

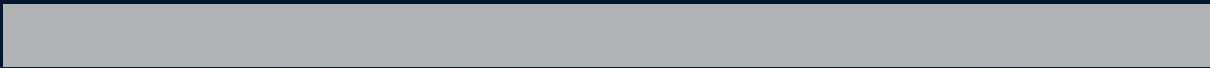


Instituto Federal  
de Defensoría Pública

# Revista

PUBLICACIÓN SEMESTRAL/No. 25/JUNIO 2018

ISSN 1870-7610





## PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL  
INSTITUTO FEDERAL DE DEFENSORÍA PÚBLICA

### Director

Mario Alberto Torres López

### Coordinadores

Mario Alberto Torres López  
Esperanza del Consuelo Vera Díaz  
Genaro González Licea  
Miriam Falcón Ugalde

Captura: Miriam Falcón Ugalde  
Diseño y formación: Armando Maya Ruiz

Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública  
Número 25, junio de 2018

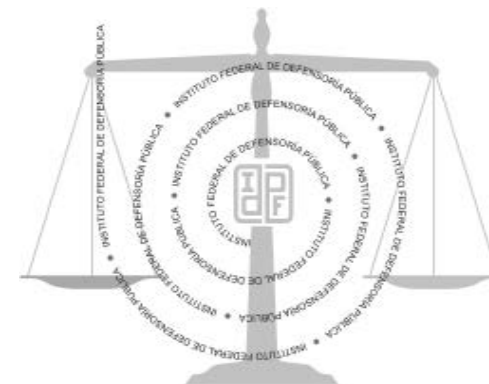
Publicación semestral, editada y distribuida por el Instituto Federal de Defensoría Pública, órgano del Poder Judicial de la Federación y del Consejo de la Judicatura Federal. Bucareli, Nos. 22 y 24, Colonia Centro, Delegación Cuauhtémoc, C.P. 06040, México, D.F., tel: 55-18-53-91 y 55-18-53-90, fax 55-18-55-62.

Editor responsable: Mario Alberto Torres López

Las opiniones expresadas en esta revista son responsabilidad exclusiva de sus autores.

Queda prohibida la reproducción total o parcial del contenido de esta publicación por vía informática, mecánica, fotocopiado o por cualquier otro medio, sin permiso por escrito del editor responsable.

© Instituto Federal de Defensoría Pública  
ISSN 1870-7610



## Índice

## Página

|                    |   |
|--------------------|---|
| Presentación ..... | 7 |
|--------------------|---|

### Presencia de la Corte y la Judicatura

|  |    |
|--|----|
| <i>Magistrado José Faustino Arango Escámez</i><br><i>Licenciada Lucero Edith Fernandez Beltrani</i><br>Consideraciones relevantes sobre la defensa como<br>derecho fundamental en cualquier proceso<br>..... | 13 |
|--|----|

|   |    |
|---|----|
| <i>Licenciada Ana Karina Castolo Rodríguez</i><br>La deficiencia epistemológica de la prueba de<br>reconocimiento: crítica desde la psicología del<br>testimonio<br>..... | 35 |
|---|----|

|   |    |
|---|----|
| <i>Licenciado José Guadalupe de la O Soto</i><br>La discrecionalidad administrativa y su falta de<br>control en México<br>..... | 73 |
|---|----|

**Presencia de la Defensoría**

*Licenciada Cornelia Sánchez Campos*  
La argumentación jurídica y la retórica en los juicios orales  
..... 103

*Maestro Miguel Ángel Alamilla Moreno*  
*Licenciado Martín Vázquez Contreras*  
Defensa técnica adecuada en la ilegal detención del imputado  
..... 127

*Licenciado Víctor César Cano Hernández*  
La defensa y el engrosamiento penal federal  
..... 143

*Doctor Óscar Enrique Castillo Flores*  
*Doctor Rolando Cuitláhuac Ríos Aguilar*  
*Doctor Raúl Rodríguez Vidal*  
Elementos jurídico-económicos para el diseño y aplicación  
de impuestos verdes  
..... 165

*Maestro Rogelio Gerardo García Rojas*  
El procedimiento abreviado: ¿derecho o beneficio?  
..... 191

*Maestro Alejandro Hernández Urías*  
*Licenciado Luis César Santos Camacho*  
Efecto de la resolución interlocutoria que niega el traslado  
de un procesado por delincuencia organizada, del centro  
penitenciario en el que se encuentra recluido al del lugar  
donde se le instruye la causa  
..... 215

*Licenciado Marcos René Sosa Hernández*  
¿Qué debe entenderse por peligro de sustracción del  
imputado a que se refiere el párrafo primero de la fracción I  
del artículo 168 del Código Nacional de Procedimientos  
Penales, para efecto de imponer la medida cautelar de  
prisión preventiva justificada?  
..... 255

**Presencia de la Comunidad Jurídica**

*Doctor Guillermo Benjamín Díaz Martínez*  
*Maestra Mayra Angélica Martínez Juárez*  
La inimputabilidad como excluyente del delito y su  
tratamiento sustantivo y procedimental  
..... 281

*Doctora Kamila Kaperska-Kurzawa*  
Las influencias históricas y circunstancias sociales  
y sociológicas en la creación de estructuras sociales  
informales de naturaleza criminal: estudio de caso  
basado en el ejemplo de grupos mafiosos italianos,  
yakuza japonesa y cárteles colombianos  
..... 305

Actividades de capacitación  
..... 327

---

## **Presentación**

El número 25 de la *Revista* del Instituto Federal de Defensoría Pública, contiene investigaciones de gran relevancia y utilidad jurídica para todo estudioso del Derecho. Nuestro agradecimiento a cada uno de los autores por permitirnos difundir, sin interés alguno, sus conclusiones rigurosamente sustentadas y, al hacerlo, enriquecernos como personas.

Sus trabajos, de indiscutible actualidad, dan cuenta de la complejidad teórica del Derecho y, al mismo tiempo, proporcionan una orientación práctica a los operadores jurídicos y al gobernado, al abordar casos concretos en controversia. Nuestros defensores y asesores públicos lo saben bien, de ahí nuestro agradecimiento como institución que somos.

Ejemplo de lo anterior, son los diversos artículos que aquí se presentan sobre el derecho constitucional a una defensa adecuada, el cual al abordarse ya sea como derecho fundamental en cualquier proceso, como defensa técnica en la ilegal detención de un imputado, o como concepto que asoma ya un posible engrosamiento normativo, nos proporciona un amplio panorama de su comportamiento constitucional, convencional y de debido proceso.

Un ejemplo más, es el conjunto de estudios relacionados con diversas disposiciones del Código Nacional de Procedimientos Penales. Uno interroga sobre lo que se debe entender por peligro de sustracción del imputado a que hace referencia dicho código, para efectos de imponer la media cautelar de prisión preventiva

justificada. Otro diserta sobre los efectos de la resolución interlocutoria que niega el traslado de un procesado por delincuencia organizada, del centro penitenciario en el que se encuentra recluso al del lugar donde se le instruye la causa. Ambos nos alertan sobre lo complejo que es interpretar y aplicar una norma tan novedosa como la referida y, al mismo tiempo, paralelamente, sobre la importancia que tienen los derechos humanos y el sentido de reinserción social en los centros penitenciarios del país.

Redondean el tema penal, tres estudios contenidos en este número. El que se refiere a la deficiencia de la prueba de reconocimiento, criticada desde la psicología del testimonio. El que aborda la impunidad como excluyente del delito y su tratamiento sustantivo y procedimental y, por último, el que analiza si el procedimiento abreviado, como forma de terminación anticipada del proceso penal acusatorio, es un derecho o beneficio.

La riqueza doctrinal de lo hasta aquí expuesto se incrementa al contar, en este mismo número, con investigaciones sobre temas de actualidad social y jurídica, como el estudio sobre los factores que propician la creación de estructuras sociales informales de naturaleza criminal, o el que se refiere a la discrecionalidad administrativa y su falta de control en nuestro país. Uno más es el que aborda los principales elementos jurídicos y económicos para diseñar y aplicar los denominados impuestos verdes y, finalmente, el que remarca la importancia de la retórica y argumentación jurídica en los juicios orales.

En este contexto, es un orgullo para el Instituto Federal de Defensoría Pública que este medio de difusión se haya convertido, con el paso del tiempo, en una herramienta de trabajo y referente de conocimiento, de

un sinnúmero de personas que desde su ámbito laboral participan en la compleja dinámica del sistema jurídico mexicano, lo cual se agradece en nombre del Instituto y del mío propio.

**Mario Alberto Torres López**

Director General

Junio de 2018

PRESENCIA DE LA  
CORTE Y LA JUDICATURA

---

**Consideraciones relevantes sobre la defensa  
como derecho fundamental  
en cualquier proceso**

*José Faustino Arango Escámez<sup>1</sup>*

*Lucero Edith Fernandez Beltrán<sup>2</sup>*

*En honor al doctor Onésimo Julián Fernández Espinosa  
Defensor Público Federal (Q.E.P.D)*

SUMARIO: I. Introducción. II. La defensa pública y su relevancia. III. La función del defensor público respecto del entorno social. IV. La visión de la ciudadanía respecto a la defensa pública. V. La defensa en la eficacia del proceso. VI. Algunas consideraciones sobre el Instituto Federal de Defensoría Pública. VII. La necesidad de implementar los servicios de orientación, asesoría y representación en materia laboral. VIII. Conclusiones. IX. Fuentes consultadas.

**I. Introducción**

En los tiempos actuales los derechos humanos han venido fortaleciéndose judicialmente con las reformas tanto a la Constitución Federal mexicana, como a la Ley de Amparo, lo que desde luego ha implicado una preparación diferente no sólo en los juzgadores, sino también en los defensores y, preponderantemente en aquéllos que pertenecen al Estado y ejercen la defensa

---

<sup>1</sup> Magistrado integrante del Primer Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Cuarta Región, con sede en Xalapa, Veracruz.

<sup>2</sup> Secretaria del Primer Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Cuarta Región, con sede en Xalapa, Veracruz.



pública en representación de los grupos más vulnerables que por escasos recursos tienen un menor acceso a una defensa privada.

Por ello, el derecho fundamental de la defensa adecuada ha venido evolucionado a partir de esas reformas y esa nueva visión judicial y de los defensores sobre la tutela a este derecho humano de tipo procesal, siendo precisamente el motivo que origina que este ensayo busque destacar la relevancia de la defensa pública, la función que ésta desempeña en un entorno social actual y lo que espera la ciudadanía obtener cuando necesita de la representación de la misma, esto es, la eficacia de ese ejercicio defensivo en el proceso respectivo, de ahí la importancia de hacer alusión también a las posibles limitantes que pueden existir actualmente y al funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública.

## II. La defensa pública y su relevancia

Resulta importante destacar, en un inicio, que el derecho fundamental de defensa está previsto en el actual texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el artículo 14, segundo párrafo, que dispone: *Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho*; asimismo, se contempla por los diversos tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano, como lo es el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el diverso 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, lo que conlleva a la existencia de un debido proceso y sus respectivas formalidades.

Así, las formalidades esenciales del procedimiento cuyo cumplimiento impone el aludido precepto constitucional, constituyen la denominada garantía de audiencia, cuyo objetivo primordial consiste en garantizar al gobernado que en aquellos procedimientos en los que sea parte, se le otorgue la oportunidad de ejercer una defensa adecuada de sus intereses antes de que las autoridades modifiquen su esfera jurídica mediante un acto privativo de la libertad, propiedad, posesiones o derechos, según lo interpretó la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la jurisprudencia P./J. 47/95 de rubro: *FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO*. En ese tenor, la garantía de audiencia, entendida ésta como el derecho de defensa, constituye una prerrogativa para el gobernado en un procedimiento jurisdiccional de cualquier naturaleza, el cual tiene como objetivo evitar el desequilibrio procesal entre las partes y al ser un componente indispensable del debido proceso, constituye un requisito fundamental para el acceso formal y material a la justicia, pues a través de su ejercicio se dota de validez a los procedimientos y se garantizan otros derechos fundamentales como lo es la libertad personal.

Por su parte, el artículo 20 de la Constitución Federal, el numeral 8.2 de la referida Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 14, numeral 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, regulan lo atinente al derecho fundamental de defensa en materia penal, dada la sensible naturaleza de dicho procedimiento jurisdiccional y la vulnerable situación de las partes durante su sustanciación. En particular, el citado artículo 20, Apartado B, fracción VIII, prevé en el procedimiento penal la garantía de defensa adecuada a



favor del inculpado atribuible, incluso, al propio Estado a través de la designación de un defensor público, cuando éste no quiera o pueda señalar abogado particular; asimismo, el propio artículo invocado, pero en su apartado C, fracción I, prevé el derecho de asesoría jurídica a favor de la víctima u ofendido.

En ese sentido, puede verse que la delicada naturaleza de los procedimientos de carácter penal, imponen al Estado la obligación de garantizar el derecho fundamental de defensa a través de la designación de defensores públicos en los casos en que el inculpado no quiera o pueda designar abogado defensor, así como de asesores jurídicos en favor de las víctimas u ofendidos dada su sensible posición en el procedimiento penal; en la inteligencia de que, conforme a lo preceptuado en el artículo 14 constitucional invocado, tal exigencia a cargo del Estado no sólo opera respecto de asuntos de esta índole, sino que trasciende, incluso, en todas las ramas del Derecho a fin de asegurar un acceso pleno a la justicia.

Cabe señalar que aunque ya se había instaurado materialmente un servicio de defensoría pública tanto a nivel nacional como en las entidades federativas, precisamente, con motivo de las prerrogativas apuntadas en el texto constitucional a favor de los acusados en los procedimientos penales, incluso, desde la Constitución de 1857 y, desde luego, la Constitución Política de 1917, mediante reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de enero de 2016, se adicionó al artículo 17 de la Constitución Federal lo siguiente:

*La Federación y las entidades federativas garantizarán la existencia de un servicio de defensoría pública de calidad para la población y asegurarán las condiciones para un servicio profesional de carrera para los*

*defensores. Las percepciones de los defensores no podrán ser inferiores a las que correspondan a los agentes del Ministerio Público.*

Así, bajo la perspectiva de que el derecho de defensa es un derecho humano que debe ser promovido, respetado, protegido y garantizado por el Estado mexicano en términos del artículo 1° de la Carta Magna; se estipuló a nivel constitucional el servicio de defensoría pública, lo que supone, incluso, que el derecho a una defensa proporcionada por el Estado constituye en sí un derecho fundamental, pues sólo con la ejecución efectiva del derecho de defensa se dota de validez a los procedimientos y se asegura el pleno acceso a la justicia, de ahí la importancia de la defensa pública, pues a través de ella, en los casos en los que el gobernado no pueda designar un abogado que lo defienda o asesore en los procedimientos jurisdiccionales, el Estado tiene la obligación constitucional de proporcionarle uno a fin de garantizar el efectivo derecho de defensa y de acceso a la justicia del particular, lo que a su vez dota de validez los procedimientos jurisdiccionales y constituye el mecanismo de garantía de otros derechos fundamentales como la libertad, integridad, propiedad, etcétera.

### **III. La función del defensor público respecto del entorno social**

Existe una responsabilidad del profesionista en cualquier ámbito, la cual no sólo se centra en un tema personal o individual, sino que, en el ejercicio de su profesión, debe tener ciertos valores y principios mínimos a seguir que es lo que se define como cualidades éticas o virtudes básicas a respetarse en la realización del referido ejercicio y es, precisamente, en ese ámbito en donde entra la responsabilidad con la sociedad que tiene cualquier

profesionista, dentro de los cuales, desde luego, no escapa el abogado en su función de litigante, y menos, el defensor en una causa penal.

La señalada exigencia, desde la perspectiva de este ensayo, se considera resulta aún más indispensable en tratándose del defensor público al pertenecer o depender éste de una estructura orgánica del Estado en la cual se le depositó la confianza de atender a los justiciables que carecen de los medios económicos necesarios para acudir a una defensa privada, o bien, que por razones de marginación, etnia, constituyen grupos vulnerables que necesitan de una defensa adecuada en un sistema normativo y judicial que atiende, por obvias razones, al sustento probatorio para aplicar o interpretar debidamente la ley y, a su vez, resolver el caso concreto en la ponderación de toda toma de decisión. Por ello, la conciencia de la responsabilidad social del defensor público es relevante para éste en el ejercicio de su encargo y, ello se traduce, en la medida que se tenga esa conciencia y se ejerza esa responsabilidad, en una mayor defensa para ese conglomerado de justiciables que pueden estar en una situación de vulnerabilidad y que, de no concebirse así o ejercerse de ese modo, esto es, con una conciencia de la importancia de esa responsabilidad social, ello puede generar, sin lugar a duda, una afectación en la vida, libertad, bienes y diversos derechos humanos del sujeto a proceso, quien con un defensor que atienda a estas circunstancias podría obtener un mejor resultado procesal, probatorio y en la decisión judicial.

En otras palabras, el defensor, en lo general, debe tener presente que sus acciones trascienden al núcleo no sólo jurídico sino personal del justiciable y, a su vez, de su familia, de manera que los errores en la defensa (falta de aportar pruebas relevantes, fenecimiento de

plazos fatales, aspectos trascendentes no destacados al juez, etcétera), impactan en realidad en dicho sujeto al proceso y en sus familiares y, desde luego, en la sociedad en general, sobre todo tratándose del defensor público pues dicha sociedad está interesada en que este tipo de defensores realicen su labor con el mayor cuidado y esmero posible, dado que cualquier persona en las mismas condiciones podría verse inmiscuido en una causa penal y ser representado por un defensor público, de ahí la conciencia que sobre la señalada responsabilidad social debe tenerse en el ejercicio de la defensa y más, por lo expuesto, en la defensa pública, entendida dicha responsabilidad social como el reconocimiento interior de la persona física (defensor) y el reconocimiento estructural del órgano (instituto de defensoría del Estado respectivo), que se deben tener presentes en cuanto a que el actuar de uno y otro repercute en la vida cotidiana de los seres humanos inmersos en procesos y quienes depositan una confianza en dichos defensores que, a su vez, les fue otorgada por el Estado para precisamente atender necesidades sociales.

Por todo ello, las reformas constitucionales y legales sobre el tema del proceso penal y en concreto del derecho fundamental de defensa, han venido abonar a la consolidación de esta visión social de la defensa pública, pues como se sostiene válidamente esas reformas deben *incluir los cambios organizacionales, la construcción y operación de la infraestructura, y la capacitación necesaria para Jueces, agentes del Ministerio Público, policías, defensores, peritos y abogados, por lo que México se está orientando hacia una reforma de segunda generación*,<sup>3</sup> lo que nos parece un pilar importante para no solamente

<sup>3</sup> Pastrana Berdejo, J. D.: *Implementación del...* cit., p. 235.

realizar adecuaciones parciales, sino integrales en todo el sistema procesal, sustantivo e institucional, a efecto de que sí resulte útil para la sociedad el mejoramiento de ese derecho fundamental de defensa.

#### **IV. La visión de la ciudadanía respecto a la defensa pública**

En concordancia con lo establecido en el apartado anterior, la ciudadanía espera de las instituciones estatales una respuesta a sus necesidades en lo general, estando inmerso o incluido en ello la protección de sus derechos humanos cuando es el propio Estado quien sujeta a proceso a un determinado gobernado y, por ende, requiere que esas instituciones le respondan eficazmente, siendo el Instituto Federal de Defensoría Pública, por citar un ejemplo, a nivel federal, uno de los entes del Estado dependientes del Poder Judicial de la Federación que se encarga de defender a grupos vulnerables sobre uno de los derechos fundamentales más ínfimos como lo es la defensa y, por esa razón, consideramos que la ciudadanía tiene una determinada visión de la defensa pública, esto es, como algo honesto, probo, efectivo, de apoyo y auxilio para el gobernado justiciable. En ese sentido, dicho instituto, del cual se hacen algunas consideraciones más adelante en este ensayo, tiene la responsabilidad de que esa visión social en torno a sus defensores públicos y asesores jurídicos sea positiva y exista confianza en el actuar de éstos y aquéllos como el factor humano que conforma esa institución.

Además, estimamos que una visión positiva de la ciudadanía sobre la defensa pública que eventualmente podrían utilizar en caso de verse inmersos en algún procedimiento y ser aplicable el auxilio de un defensor público o asesor jurídico federal, es importante para

fortalecer no sólo a la institución encargada de proveer sobre esa defensa pública, sino a consolidar el respeto de un derecho humano vital como es la defensa, correlacionado con otros derechos fundamentales como la audiencia y debido proceso que auxilian a tener un eficaz acceso a la justicia a través de una buena estrategia defensiva en cualquier proceso.

Por ello, sin duda la reforma al precepto 20 de la Constitución Federal mexicana ha auxiliado a mejorar esta visión positiva de la ciudadanía, pues con dicha reforma *se elimina la figura de la “persona de confianza” que con frecuencia es un “coyote” o litigante sin licencia, que propicia la corrupción, mejorándose la calidad de la defensa técnica*,<sup>4</sup> lo que desde nuestra perspectiva ha hecho que la defensa pública vaya adquiriendo mayor valía, pues ahora al no permitirse a la persona de confianza o al coyote se acude a gente de mayor preparación, siendo los defensores o asesores públicos una opción más solicitada, pues además de que tienen título profesional y son conocedores del Derecho representando a sus defendidos de una manera más óptima, sus servicios son gratuitos.

#### **V. La defensa en la eficacia del proceso**

Uno de los propósitos de toda defensa es buscar materializar el debido acceso a la justicia, el cual, como tal, se consagra no sólo en el ámbito nacional en la Constitución Federal mexicana en su artículo 17 y en diversas constituciones locales de este país, a más de otros ordenamientos en donde viene implícita la importancia de contar con una defensa adecuada, sobre todo en tratándose de la materia penal, sino además, tal derecho humano está previsto

<sup>4</sup> Benavente Chorres, H., *et. al: Derecho Procesal...* cit., p. 158.

en documentos normativos internacionales, verbigracia, los numerales 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Sobre el particular, estimamos que no basta la previsión normativa en textos nacionales o internacionales e, incluso, el reconcomiendo de esa garantía (el acceso a la justicia) en la jurisprudencia nacional, regional o internacional, sino que es indispensable, además, garantizar su eficacia, esto es, que se traduzca en una cuestión judicial favorable para el justiciable mediante el ejercicio que se realiza de la defensa en los tribunales correspondientes, siendo por tanto, la defensa como tal de un sujeto procesal determinado, el pilar para lograr materializar que la justicia no sólo esté prevista en su procuración e impartición, sino que llegue al gobernado que está inmerso en el litigio respectivo, de ahí la importancia de que la defensa se lleve a cabo adecuadamente, con plenitud y con el apoyo de herramientas suficientes por conducto del defensor, pues puede acontecer que el asunto en cuestión se resuelva con justicia, es decir, dándole la razón a quien en los hechos reales la tiene, pero también puede suceder que por el ejercicio indebido o deficiente de la defensa, el fallo sea adverso a quien tiene razón y favorable a quien no la posee, de ahí que la defensa sea un tema instrumental para lograr hacer efectivo ese derecho humano tan relevante como lo es el acceso a la justicia.

Por ello, consideramos que desde el punto de vista judicial, no es suficiente que la justicia que se imparta sea pronta, completa, imparcial y gratuita, pues muchas veces, pudiendo gozar la solución de un asunto determinado de todos esos atributos de la justicia que, como dijimos, están reconocidos en textos normativos y jurisprudencia nacional e internacional, no dará, aun así, el fallo respectivo, la decisión justa al caso, precisamente, por

alguna deficiencia que pueda ser imputable a la defensa, como puede ser, según referimos también, la falta de aportar pruebas relevantes, fenecimiento de plazos fatales, aspectos trascendentes no destacados al juez, etcétera, todo lo cual, siendo imputable a la defensa, impacta en la resolución del litigio más allá de que la justicia haya sido pronta, completa, imparcial y gratuita, razón por la cual, es la defensa y el defensor en concreto, el que juega un papel relevante en la verificación de un acceso a la justicia que sea eficaz y que resulte el instrumento primordial para tal propósito, constituyendo la figura del defensor una pieza fundamental, pues su proceder trasciende al mayor y mejor acceso a una decisión judicial justa, de ahí que su preparación y capacitación previa y, posteriormente, su actuación y desempeño en el juicio o proceso, son las herramientas que ejerciéndose adecuadamente consagran a la defensa como tal un instrumento importante en la salvaguarda de este derecho humano.

## **VI. Algunas consideraciones sobre el Instituto Federal de Defensoría Pública**

Es importante que desde el punto de vista institucional y para garantizar el derecho de defensa en términos de los artículos 14, 17 y 20 de la Carta Magna, así como el 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el 14 del Protocolo Internacional de Derechos Civiles y Políticos, existan entes de gobierno a nivel federal como el Instituto Federal de Defensoría Pública, el cual es un órgano auxiliar del Poder Judicial de la Federación, creado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 28 de mayo de 1998, esto es, desde antes de la incorporación del servicio de defensoría pública a nivel constitucional, que goza de independencia técnica y operativa en el desempeño de sus funciones y

se rige por la Ley Federal de Defensoría Pública y sus Bases Generales de Organización y Funcionamiento. Dicha institución tiene por objeto otorgar el servicio de defensoría pública de manera gratuita y obligatoria en asuntos del fuero federal, a fin de garantizar el derecho a la defensa en materia penal y el acceso a la justicia mediante la orientación, asesoría y representación jurídica en asuntos distintos a la rama penal que no hayan sido expresamente otorgados por la ley a otras instituciones.

Así, los servicios se brindan a través de los defensores públicos en los asuntos del orden penal federal, tanto del sistema inquisitivo tradicional como del sistema penal acusatorio, así como del sistema de justicia penal integral para adolescentes; y, por conducto de los asesores jurídicos en materia administrativa, fiscal y civil, y para garantizar un servicio de calidad, el citado Instituto Federal de Defensoría Pública solicita a los aspirantes a ocupar el cargo de defensor público o asesor jurídico, entre otros requisitos, el ser licenciado en derecho con cédula profesional, tener un mínimo de tres años de experiencia profesional y haber aprobado los exámenes de ingreso y oposición correspondientes; asimismo, somete a los servidores públicos a un procedimiento de supervisión y evaluación que se realiza de manera anual a cada funcionario y les otorga capacitación a través del plan anual correspondiente. De igual forma, para apoyar las funciones de los defensores públicos y asesores jurídicos, la institución prevé la contratación de servicios auxiliares como de consultoría y servicios periciales.

En relación con el servicio de defensa pública, conviene destacar que es precisamente que derivado de las prerrogativas que se han consagrado constitucionalmente

en los procedimientos penales en favor de los inculcados y la naturaleza misma de este tipo de procesos, que buscan armonizar, bajo un contexto de lógica y legalidad la pretensión punitiva del Estado, la libertad individual y las exigencias de la correcta y válida administración de justicia dentro de un Estado de derecho, que la defensa pública cobra especial relevancia y, correlativamente, se erige de igual rango y necesidad que la pretensión penal, *puesto que es la única forma de preservar los derechos fundamentales del inculcado y en especial su libertad, el máspreciado de todos.*<sup>5</sup>

Lo anterior, ya que el servicio de defensa pública que en materia penal tutela la Constitución Federal y regulan las leyes del Instituto Federal de Defensoría Pública se otorga a cualquier persona acusada en un procedimiento de esta índole, sin importar si cuenta con los recursos económicos o no para designar un abogado particular. Es así, ya que en el proceso penal es el propio Estado quien ejerce la pretensión punitiva, entonces, análogamente, debe garantizar en favor del inculcado contar con un servicio, incluso, a cargo del propio ente que vele en favor de sus intereses a fin de que no surjan desequilibrios procesales entre las partes, se generen situaciones de indefensión en su contra y se cumplan los fines del proceso.

Por ello, inicialmente el servicio de defensa pública en materia penal se prestaba desde la averiguación previa hasta la ejecución de sentencia por conducto del defensor público adscrito ya ante el Ministerio Público de la Federación, los Juzgados de Distrito o los Tribunales Unitarios de Circuito, de conformidad con lo que establece el artículo 17 de las Bases Generales de

<sup>5</sup> Esquinca Muñoa, C.: *La Defensoría...* cit., p. 3.



Organización y Funcionamiento de dicha institución; lo que implicaba que respecto de un mismo asunto conocerían diversos defensores públicos en función de la etapa del procedimiento.

Sin embargo, dada la incorporación del sistema de justicia penal acusatorio se reformaron tanto la Ley como las Bases Generales de Organización y Funcionamiento, ambas, del Instituto Federal de Defensoría Pública a fin de implementar las nuevas obligaciones de los defensores públicos en el sistema de justicia penal acusatorio; así, el artículo 84 del último ordenamiento invocado incorporó que para el servicio de defensa penal en el sistema acusatorio un solo defensor conocería del mismo asunto desde la etapa de investigación o audiencia inicial hasta la conclusión del juicio penal y ejecución, en su caso, incluyendo la investigación complementaria, la etapa intermedia, el juicio, los procedimientos especiales, recursos, entre otros; lo que a nuestro parecer, supone un mejor servicio de defensa penal, ya que es un solo profesionalista quien traza la estrategia de defensa desde un inicio, la perfecciona y la ejecuta con pleno conocimiento del caso, sin que sus intervenciones pudieran verse mermadas con motivo de lo que se hubiera hecho o dejado de hacer en diversa etapa del procedimiento, lo que desde luego implica un servicio de defensa más eficiente para el inculcado. Asimismo, la aludida reforma a la Ley del Instituto Federal de Defensoría Pública también adicionó el servicio respectivo en el sistema penal integral para adolescentes.

En efecto, en el actual sistema de justicia penal acusatorio la labor de los defensores públicos destaca aún más, pues por virtud del principio de contradicción que rige en este procedimiento, *la defensa asume la responsabilidad de aportar los elementos probatorios para*

*robustecer la versión de la persona defendida y/o desvirtuar las pruebas ofrecidas por la parte acusadora*<sup>6</sup> en su contra; asimismo, de ésta depende, además, el cumplimiento de los principios de participación, igualdad ante la ley e igualdad de las partes, por lo que la intervención del defensor público es necesaria desde el momento de la detención, pues a través de su participación se materializa la protección, verbigracia, contra la desaparición forzada, la tortura, entre otros tratos crueles e inhumanos y se configuran elementos de validez formal y material de la prueba.

En esa medida, se estima que el servicio de defensa pública en materia penal que brinda el Instituto Federal de Defensoría Pública es de suma importancia e interés público, puesto que con el ejercicio de la defensa penal se garantizan los fines del proceso, esto es, el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y la reparación del daño; asimismo, con la intervención de la defensa pública se protege el goce y efectivo ejercicio de los derechos humanos de los sujetos a proceso, tales como la presunción de inocencia, la integridad (tortura), la no autoincriminación y el debido cumplimiento de las formalidades en el procedimiento penal; además de que se trata ya de un derecho de rango constitucional.

Por su parte, el servicio de asesoría jurídica que otorga la aludida Institución comprende tres servicios en particular: a) el de orientación, que procede cuando el asunto no es competencia del instituto, pero que canaliza al usuario ante la institución que a juicio del asesor deba proporcionarle atención jurídica; b) el de asesoría, en el que se determina la competencia y viabilidad de

<sup>6</sup> De Pina Ravest, V. y Jiménez Padilla, A.: *Defensa pública...* cit., p. 19.

la intervención legal y procesal del instituto; y, c) el de representación, que es el patrocinio legal del usuario por parte del asesor jurídico. Dichos servicios se prestan por el Instituto en las materias administrativa, fiscal, civil y en asuntos derivados de causas penales (como la reparación del daño) todos del fuero federal que expresamente establecen las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del aludido Instituto.

De ahí la relevancia que tiene la función de los asesores jurídicos cuya finalidad primordial es garantizar el derecho fundamental de acceso a la justicia de la población en aquellas materias respecto de las cuales no existen instituciones que brinden un servicio similar y, a su vez, la importancia del Instituto Federal de Defensoría Pública, pues a través de dicho ente se proporciona un servicio gratuito, integral y de manera obligatoria a través de profesionistas que garantizan un efectivo derecho de defensa y un pleno acceso a la justicia en términos de los artículos 14, 17 y 20 de la Constitución Federal.

Sobre esto, consideramos que con justa razón se afirma que *la actuación del defensor no puede colisionar con la voluntad del defendido*<sup>7</sup> y, por ende, es esa unidad de acción, propósito y búsqueda de la verdad que consolida la relación entre el ente estatal encargado de proveer la defensa pública y el gobernado o justiciable que necesita de ese apoyo por su situación de vulnerabilidad.

## **VII. La necesidad de implementar los servicios de orientación, asesoría y representación en materia laboral**

Como se ha visto, los servicios del Instituto Federal de Defensoría Pública en materia penal, han sido modificados

con motivo de la implementación del sistema de justicia penal acusatorio en la reforma constitucional del año 2008; ello, con la finalidad de continuar proporcionando un servicio de calidad y *ad hoc* a los principios que rigen el nuevo sistema de justicia penal; para lo cual, incluso, los defensores públicos han estado en constante capacitación a fin de poder cumplir con las exigencias que el actual proceso penal impone a la defensa de los acusados y, en particular, a la defensa pública. Por tal motivo, incluso, en el área de asesoría jurídica se implementó el servicio correspondiente para las víctimas u ofendidos en los procedimientos penales.

En ese sentido, los servicios que proporciona la referida institución deben estar a la vanguardia de lo que dicta la Norma Fundamental, razón por la cual, estimamos que en el rubro de asesoría jurídica debe implementarse el servicio relativo a la rama del trabajo, derivado de la reforma constitucional en materia de justicia laboral implementada mediante decreto publicado el 24 de febrero de 2017.

En efecto, en esa propia fecha se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Decreto por el que se declaran reformadas y adicionadas diversas disposiciones de los artículos 107 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de justicia laboral, que entró en vigor al día siguiente de su publicación, por el que, en esencia, se determinó que la solución de las diferencias o los conflictos entre trabajadores y patrones estarían a cargo de los juzgados o tribunales laborales del Poder Judicial de la Federación o de las entidades federativas.

En ese orden de ideas, si de conformidad con los artículos 1, 3 y 4, fracción II, de la Ley Federal de Defensoría Pública, el Instituto Federal de Defensoría

<sup>7</sup> Benavente Chorres, H. *et. al: op., cit.*, p.159.



Pública es un órgano auxiliar del Poder Judicial de la Federación encargado de la prestación gratuita de servicios de defensa penal y asesoría jurídica en asuntos del fuero federal, en consecuencia, con motivo de la aludida reforma constitucional en materia de justicia laboral, consideramos que al trasladarse la impartición de justicia en esta rama del Derecho a cargo de los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial de la Federación y ser el Instituto Federal de Defensoría Pública un órgano auxiliar de éstos, que como tal, constituye una medida para garantizar a los gobernados el pleno acceso a la justicia, entonces, el servicio de asesoría jurídica en esta materia también debe brindarse por conducto de los asesores jurídicos de dicha institución.

Es así, pues si bien es cierto el artículo 29 de las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública prevé que el servicio de asesoría jurídica sólo se prestará respecto de las materias administrativa, fiscal, civil –incluida la mercantil– y aquélla derivada de causas penales (asesoramiento a víctimas u ofendidos), todas ellas del fuero federal, excluyendo el servicio respectivo en materia laboral; se debe entender que ello era así, en virtud de que dicho servicio estaba conferido a la Procuraduría Federal de la Defensa del Trabajo, como órgano desconcentrado de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, que es una dependencia del Poder Ejecutivo Federal, al cual pertenecen materialmente las Juntas de Conciliación y Arbitraje encargadas, hasta antes de la aludida reforma constitucional, de la solución de conflictos en materia de trabajo, como se aprecia de la tesis sin número emitida por la entonces Cuarta Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de contenido: *JUNTAS DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE. Si bien las Juntas de Conciliación y Arbitraje*

*son tribunales que jerárquicamente y desde el punto de vista de la clasificación formal de las funciones del Estado, dependen del Poder Ejecutivo y que, por consiguiente, constituyen tribunales administrativos, desde el punto de vista de la función material que les está encomendada, desempeñan una verdadera función jurisdiccional cuando resuelven una controversia de naturaleza jurídica.*

Por tanto, si como ya se dijo, con motivo de la reforma constitucional de 24 de febrero de 2017, la solución de conflictos en materia laboral quedó a cargo, en lo que interesa, de los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial de la Federación, en consecuencia, el Instituto Federal de Defensoría Pública como órgano auxiliar de éste que vela por el pleno acceso a la justicia, deberá adecuar sus ordenamientos conforme al nuevo texto constitucional e, incluir, como parte del servicio de asesoría jurídica, aquél relativo a la orientación, asesoría y representación de la clase obrera en materia laboral ante los juzgados federales encargados de su impartición, pues es la clase trabajadora la que por sus particulares condiciones pudiera requerir de los servicios gratuitos de dicha institución y de esta manera se estaría otorgando un servicio de defensa pública más completo en favor de los gobernados frente a la solución de los conflictos encomendados a los órganos ordinarios del Poder Judicial de la Federación mediante la aludida reforma constitucional de 24 de febrero de 2017.

### **VIII. Conclusiones**

Conforme a lo expuesto, se tiene que con motivo de la incorporación del servicio de defensoría pública en el texto del artículo 17 de la Constitución Federal, dicha asistencia a cargo del Estado debe considerarse en sí como un derecho fundamental, razón por la cual los defensores públicos y asesores jurídicos que provee el ente de gobierno, juegan

un papel trascendental en la verificación del pleno acceso a la justicia, constituyendo una pieza fundamental en la medida en que su proceder trasciende al mayor y mejor acceso a una decisión judicial justa.

Correlativamente, dichos servidores públicos deben cobrar conciencia en la responsabilidad social inherente al ejercicio de la defensa pública, pues sus acciones trascienden al núcleo, no sólo jurídico, sino personal y familiar de los justiciables.

Por ello, para garantizar el derecho fundamental de la defensa pública con la mayor calidad en su ejecución, en el rango federal existe el Instituto Federal de Defensoría Pública como órgano auxiliar del Poder Judicial de la Federación, encargado de brindar, por conducto de profesionistas capacitados, los servicios gratuitos de defensa pública en materia penal, así como orientación, asesoría y representación en materias administrativa, fiscal y civil, incluida la mercantil; siendo que, por virtud de la reforma constitucional en materia de justicia laboral publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de febrero de 2017, en vigor a partir del día siguiente, estimamos que la aludida institución deberá ampliar sus servicios en la rama del Derecho Laboral para otorgar a la clase trabajadora la orientación, asesoría y representación que requiera ante los juzgados federales encargados de la solución de conflictos obrero-patronales.

## IX. Fuentes consultadas

### Bibliográficas

- Benavente Chorres, Hesbert, *et. al.: Derecho Procesal Penal aplicado. Con juicio oral, derechos y principios constitucionales, Serie 3, Nuevo Sistema Penal Acusatorio*. Flores Editor, 2ª.ed., México, 2011.

- Esquinca Muñoa, César: *La Defensoría Pública Federal*. Porrúa, México, 2003.
- Pastrana Berdejo, Juan David: *Implementación del proceso penal acusatorio de oralidad en latinoamérica, Serie 1, Nuevo Sistema Penal Acusatorio*. Flores Editor, 2ª.ed., México, 2010.
- De Pina Ravest Volga y Jiménez Padilla, Alejandro: *Defensa pública y derechos humanos en el sistema penal acusatorio*. Instituto Mexicano de Derechos Humanos y Democracia, México, 2015.

### Legislativas

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos
- Protocolo Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Ley Federal de Defensoría Pública
- Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública

### Electrónicas

- IUS 2017. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

---

## **La deficiencia epistemológica de la prueba de reconocimiento: crítica desde la psicología del testimonio**

*Ana Karina Castolo Rodríguez\**

RESUMEN: El presente ensayo expone una visión crítica de la suficiencia probatoria del reconocimiento de imputados por medio de testigos desde el campo de la psicología del testimonio. Así, se aborda el contexto normativo actual; se exponen diversos factores que influyen en el reconocimiento de personas, analizados ampliamente desde el ámbito de la psicología del testimonio y, finalmente, se construyen lineamientos y pautas que se deberían incorporar en el sistema jurídico mexicano actual en aras de mayor imparcialidad.

SUMARIO: I. Introducción. II. Contexto en el sistema jurídico mexicano. III. Desarrollo teórico desde la psicología del testimonio. IV. Análisis de la normatividad vigente: adecuaciones, correcciones y adiciones. V. Conclusión.

### **I. Introducción**

El presente ensayo tiene como finalidad exponer una visión crítica de la suficiencia probatoria del reconocimiento de

---

\* Egresada y tesista de la Licenciatura en Derecho del Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), Profesional Operativa adscrita a la Ponencia del Ministro Gutiérrez Ortiz Mena en la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Agradezco los comentarios de mis profesores Rodolfo Vázquez Cardozo y Germán Sucar que enriquecieron el resultado de este trabajo. Desde luego, cualquier error, es responsabilidad mía.

imputados por medio de testigos. Para ello, es importante establecer ciertas precisiones respecto a la relevancia de este tema en el ámbito penal.

Uno de los problemas más críticos en la administración de justicia son los errores en las identificaciones por medio de testigos, que dan como resultado personas acusadas de delitos que no cometieron. Lo anterior, sin duda, requiere analizar críticamente el estándar de prueba que hemos construido para determinar la culpabilidad de una persona. Por un lado, buscamos que éste vaya más allá de toda duda razonable; sin embargo, por otro, lo construimos a partir de pruebas que, por su deficiencia epistemológica, pueden sumar a la creación de falsos positivos.

Debe señalarse que los estándares de prueba se pueden ver como mecanismos procesales a través de los cuales se distribuye el riesgo de error en las decisiones probatorias.<sup>1</sup> Así, existen dos tipos de errores, por un lado, declarar probada una hipótesis falsa (falsos positivos) o bien, declarar no probada una hipótesis verdadera (falsos negativos). De forma que el estándar puede incidir sobre la intensidad con la que se protegen los intereses o derechos potencialmente afectados por los errores antes señalados, al elevar por encima del mínimo exigido por la racionalidad epistemológica el nivel de confirmación que se requiere para dar por probado un hecho, en función de los intereses o derechos en juego en cada proceso.<sup>2</sup>

Los operadores jurídicos han considerado que el alto nivel de confirmación exigido por el estándar de prueba disminuye, en términos globales, el riesgo de que en los procesos penales se cometa un error del primer tipo, al

mismo tiempo que correlativamente también aumenta la probabilidad de que se incurra en un error del segundo tipo. Ello dado que, de conformidad con un estándar que exige probar la culpabilidad más allá de toda duda razonable, sólo se podría condenar a una persona si la hipótesis de la acusación está sólidamente confirmada.<sup>3</sup>

Estimo que dentro de la cultura jurídica nos hemos enfocado en preservar principios que son considerados como relevantes tanto en el plano normativo como en el práctico. Ejemplo de lo anterior, son los principios de presunción de inocencia, debido proceso y defensa adecuada. No obstante, prevalecen casos donde se utiliza la identificación de testigos como el único vínculo entre el hecho y el probable responsable. En estos supuestos, el estándar de prueba no puede cumplir con la función que se ha señalado anteriormente si las pruebas sobre las que se aplica son deficientes epistemológicamente, en estas situaciones estaríamos actuando bajo un *estándar de prueba hechizo*.

Según Wells<sup>4</sup> las falsas identificaciones son responsables de la mayoría de los errores judiciales.

<sup>3</sup> Véase las sentencias recaídas en los siguientes asuntos: amparo directo en revisión 715/2010 (sentencia de 29 de junio de 2011); amparo directo 21/2012 (sentencia de 22 de enero de 2014); amparo directo en revisión 4380/2013 (sentencia de 19 de marzo de 2014); amparo directo en revisión 3980/2013 (sentencia de 26 de marzo de 2014); amparo directo en revisión 3457/2013 (sentencia de 26 de noviembre de 2014); amparo directo en revisión 3046/2014 (sentencia de 18 de marzo de 2015); amparo directo en revisión 2347/2014 (sentencia de 20 de mayo de 2015); y, amparo directo en revisión 3007/2014 (sentencia de 27 de mayo de 2015); y amparo directo en revisión 3623/2014 (sentencia de 26 de agosto de 2015), todas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

<sup>4</sup> En 1990, analizó 40 casos condenatorios y, por medio de pruebas de ADN, fue posible determinar que varios habían sido injustamente condenados. En el 90% de estos casos, los imputados habían sido identificados por uno o más testigos de forma errónea. En Wells, L.G.: "Eyewitness identification... cit., pp.1-12.

<sup>1</sup> Vázquez, C.: *Estándares de...cit.*, p. 14.

<sup>2</sup> Gascón Abellán, M.: "Sobre la posibilidad... cit., pp. 130 y 131.

Incluso, en algunas situaciones, la identificación por medio de testigo puede, incluso, llegar a constituirse como *prueba madre* lo que resulta conflictivo dado que existen diversos factores que influyen en este tipo de prueba disminuyendo, a mi parecer, su suficiencia probatoria. Cuestión que ha sido poco abordada.

Así, a pesar de que el proceso de valoración y obtención de una prueba son ámbitos analíticamente separados, para que una prueba relacionada con la identificación por testigos pueda ser valorada debe existir un criterio de valoración que tome en cuenta lo señalado por la psicología del testimonio.

Por lo tanto, la cuestión radica en las siguientes interrogantes ¿puede un operador jurídico, un juez, conceder fuerza probatoria a una prueba que epistemológicamente es deficiente?, ¿es posible construir estrategias en la obtención que permita subsanar las deficiencias?

Para abordar las cuestiones antes planteadas, en un primer apartado plantearé el contexto en nuestro sistema y las problemáticas que se presentan. En el segundo, elaboraré una síntesis del amplio marco teórico en el ámbito de psicología del testimonio y, por último, tomando en cuenta el segundo apartado, señalaré qué elementos se han incorporado en nuestro sistema y cuáles deben adicionarse en aras de mayor imparcialidad.

## II. Contexto en el sistema jurídico mexicano

En nuestro sistema jurídico es posible advertir situaciones distintas en cuanto a la normatividad vigente. Cabe destacar que me referiré a reglas, en este apartado, no como a las normas procesales sobre la obtención sino a aquéllas relacionadas con la regularidad cognitiva (mínimas condiciones de imparcialidad) que permita

sostener pruebas epistemológicamente fiables. Bajo la explicación anterior, en nuestro país se dan diversos escenarios, de los cuales, los que importan son los siguientes: i) no hay reglas en materia de identificación; ii) hay reglas informadas que no se siguen; iii) hay reglas mal informadas.

Bajo el primer escenario, las actuaciones dentro de la práctica jurídica no cuentan con sustento alguno; las pruebas pueden ser inducidas o, incluso, ilícitas por obtenerse por violación a derechos fundamentales. Sin embargo, no existe normatividad que dirija la actuación de los operadores jurídicos, es decir, ante la inexistencia puede incentivarse la creación de normas en ese sentido, de acuerdo con los estándares o marcos que se han desarrollado en la teoría de psicología del testimonio.

La segunda situación se identifica con la incorporación de reglas que toman en cuenta las posibles deficiencias e implicaciones de una prueba mal obtenida, pero que los operadores jurídicos y la cultura jurídica, en general, no ha internalizado como una regla de actuación. Lo anterior conlleva a la misma situación que el primer escenario expuesto, es decir, las pruebas de identificación son mal obtenidas, influyendo así en su fiabilidad y sostenibilidad epistemológica.

Por último, es posible advertir en el tercer escenario la existencia de normas procesales para la obtención de las pruebas; sin embargo, las lagunas o deficiencias normativas conllevan a que las pruebas obtenidas sean poco fiables y que, a pesar de ello, se tomen en cuenta en el proceso valoratorio. Así, al no existir análisis crítico de las normas, el mismo sistema legitima la poca fiabilidad de las pruebas bajo el cumplimiento de las exigencias procesales.



Las normas vigentes en nuestro sistema jurídico, se encuentran en el Código Nacional de Procedimientos Penales, en los artículos 277, 279 y 146,<sup>5</sup> los cuales regulan el reconocimiento de personas, la identificación de fotografía y la identificación en caso de detenciones en flagrancia, respectivamente.

<sup>5</sup> Artículo 277. Procedimiento para reconocer personas

*El reconocimiento de personas deberá practicarse con la mayor reserva posible. El reconocimiento procederá aún sin consentimiento del imputado, pero siempre en presencia de su Defensor. Quien sea citado para efectuar un reconocimiento deberá ser ubicado en un lugar desde el cual no sea visto por las personas susceptibles de ser reconocidas. Se adoptarán las previsiones necesarias para que el imputado no altere u oculte su apariencia. El reconocimiento deberá presentar al imputado en conjunto con otras personas con características físicas similares salvo que las condiciones de la investigación no lo permitan, lo que deberá quedar asentado en el registro correspondiente de la diligencia. En todos los procedimientos de reconocimiento, el acto deberá realizarse por una autoridad ministerial distinta a la que dirige la investigación. La práctica de filas de identificación se deberá realizar de manera secuencial. Tratándose de personas menores de edad o tratándose de víctimas u ofendidos por los delitos de secuestro, trata de personas o violación que deban participar en el reconocimiento de personas, el Ministerio Público dispondrá medidas especiales para su participación, con el propósito de salvaguardar su identidad e integridad emocional. En la práctica de tales actos, el Ministerio Público deberá contar, en su caso, con el auxilio de peritos y con la asistencia del representante del menor de edad.*

*Todos los procedimientos de identificación deberán registrarse y en dicho registro deberá constar el nombre de la autoridad que estuvo a cargo, del testigo ocular, de las personas que participaron en la fila de identificación y, en su caso, del Defensor.*

Artículo 279. Identificación por fotografía

*Quando sea necesario reconocer a una persona que no esté presente, podrá exhibirse su fotografía legalmente obtenida a quien deba efectuar el reconocimiento junto con la de otras personas con características semejantes, observando en lo conducente las reglas de reconocimiento de personas, con excepción de la presencia del Defensor. Se deberá guardar registro de las fotografías exhibidas. En ningún caso se deberán mostrar al testigo fotografías, retratos computarizados o hechos a mano, o imágenes de identificación facial electrónica si la identidad del imputado es conocida por la Policía y está disponible para participar en una identificación en video, fila de identificación o identificación fotográfica.*

Artículo 146. Supuestos de flagrancia

*Se podrá detener a una persona sin orden judicial en caso de flagrancia. Se entiende que hay flagrancia cuando: [...]*

Sin embargo, a pesar de existir regulación, en la implementación del reconocimiento es posible advertir diversos vacíos legales que trascienden al valor epistemológico que se le otorga a las pruebas. Es importante destacar que, antes de la entrada en vigor del Código Nacional de Procedimientos Penales, la normatividad también era deficiente. Ante ello, la actividad jurisdiccional buscó subsanar las lagunas mediante determinados criterios. Así, por ejemplo, en el reconocimiento de personas –conocido como identificación por medio de Cámara de Gesell– se señaló como imprescindible para la constitucionalidad y licitud de la prueba que el defensor del imputado estuviese presente;<sup>6</sup> de igual forma, se señaló que el posible inculcado debía colocarse junto con otras personas de características similares. Cuestiones que fueron incorporadas en el nuevo Código Nacional.

II. Inmediatamente después de cometerlo es detenida, en virtud de que: [...]

b) Cuando la persona sea señalada por la víctima u ofendido, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere intervenido con ella en la comisión del delito y cuando tenga en su poder instrumentos, objetos, productos del delito o se cuente con información o indicios que hagan presumir fundadamente que intervino en el mismo. Para los efectos de la fracción II, inciso b), de este precepto, se considera que la persona ha sido detenida en flagrancia por señalamiento, siempre y cuando, inmediatamente después de cometer el delito no se haya interrumpido su búsqueda o localización.

<sup>6</sup> Véase tesis de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 1a./J. 10/2015 (10a.) publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, Libro 16, marzo de 2015, Tomo II, página 1038, de rubro: RECONOCIMIENTO DEL INCULPADO A TRAVÉS DE LA CÁMARA DE GESELL. EN DICHA DILIGENCIA ES NECESARIA LA ASISTENCIA DEL DEFENSOR A EFECTO DE GARANTIZAR EL DERECHO A UNA DEFENSA ADECUADA; y, tesis: 1a./J. 6/2015 (10a.) publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, Libro 15, febrero de 2015, Tomo II, página 1253, de rubro: RECONOCIMIENTO O IDENTIFICACIÓN DEL IMPUTADO DE MANERA PRESENCIAL EN EL PROCEDIMIENTO PENAL. LA AUSENCIA DEL DEFENSOR GENERA COMO CONSECUENCIA LA INVALIDEZ DE LAS DILIGENCIAS RESPECTIVAS.

Ahora bien, si tomamos en cuenta que en el proceso penal se busca probar la verdad material de los hechos que se juzgan y esto se hace precisamente a través de diversas pruebas, es importante que éste trate de arrojar resultados infalibles. De esta forma, el juez debe contar con la credibilidad o fiabilidad de las pruebas que conforman el caudal probatorio que logre rebasar la presunción de inocencia y determine la culpabilidad de una persona. De ahí que considero fundamental preguntarse si los procedimientos o técnicas de valoración que existen en la actualidad cuentan con suficiente soporte científico como para que los jueces se fíen plenamente de ellos cuando se dictamina que la prueba testimonial es creíble o fiable.

Bajo el contexto anterior, estimo que se debe construir una forma de valoración distinta a la actual. La corroboración externa de las pruebas puede ser una opción viable para disminuir el posible sesgo o error que éstas, por su naturaleza, conllevan. Así, la prueba será factible de tomarse en cuenta para probar la culpabilidad de una persona cuando existan diversas pruebas (distintas) que corroboren o sostengan lo establecido en la testimonial.

Aunado a lo anterior y tomando en cuenta aquellas situaciones en las que el caudal probatorio se ve reducido a pruebas testimoniales, propongo que este tipo de pruebas sean sometidas a un doble análisis. Por un lado, se deben cumplir las garantías constitucionales subyacentes al sistema penal, así como la legislación procesal vigente. Por el otro, estimo que deben tomarse en cuenta condiciones o mínimos criterios de regularidad cognitiva.

Es importante distinguir la regularidad formal o procedimental del reconocimiento de su regularidad material o cognitiva. Esta última tiene como principal objetivo descartar cualquier actuación sugestiva o sesgada y de esta forma, asegurar mayor fiabilidad en las pruebas de

reconocimiento. Será posible establecer que la regularidad cognitiva se encuentra satisfecha cuando el reconocimiento de identidad se ajuste a mínimas condiciones de imparcialidad para lo cual resulta imprescindible incorporar los avances y aportaciones del campo de la psicología del testimonio en nuestro sistema jurídico.

### III. Desarrollo teórico desde la perspectiva de la psicología del testimonio

En primer lugar, estimo importante señalar que la psicología del testimonio es la especialidad de la psicología jurídica que se encarga de la optimización de los procedimientos para la obtención y la valoración de la prueba testifical en sus diferentes expresiones.<sup>7</sup> La aplicación de los conocimientos, procedimientos y herramientas desarrolladas desde este campo de conocimiento, ha permitido identificar la influencia de diversas variables que concurren en el momento de producirse el delito y en la posterior identificación de los imputados.

Respecto a la identificación, se debe tomar en cuenta que cuando se realiza la tarea de reconocimiento pueden producirse diversos resultados, los cuales quedan precisados en la siguiente tabla:<sup>8</sup>

| Respuestas del testigo               | Alternativas posibles  |  |
|--------------------------------------|--|--|
|                                      | Agresor presente   | Agresor no presente  |
| Señala al que cree que es el agresor | ACIERTO<br>Agresor identificado<br>NO implica a personas inocentes     | FALSA ALARMA<br>Reconocimiento erróneo de un inocente<br>Agresor en libertad                   |
| No señala a nadie en la rueda        | FALLO<br>Agresor en libertad<br>La investigación prosigue erróneamente | RECHAZO CORRECTO<br>NO implica a personas inocentes<br>La investigación prosigue adecuadamente |

<sup>7</sup> Muñoz, J. M., *et. al.*: "Psicología jurídica... cit., pp. 3-14.

<sup>8</sup> Diges, M. y Mira, J.: "La identificación... cit., pp. 661-687.



Así, el sistema de identificación debe incrementar, por un lado, el número de aciertos y rechazos concretos y, por otro, minimizar el número de fallos y falsas alarmas. Sin embargo, ello está íntimamente relacionado con el conocimiento que se tenga de los diversos factores que pueden llegar a influir en esa identificación. Considero que entre mayor sea el conocimiento que se tenga de éstos, se podrá minimizar algunos de los errores que se cometen y sumar a la adecuada valoración de la actuación de los testigos.

En primer lugar, es importante destacar que existen factores comunes a cualquier persona independientemente del ordenamiento jurídico del que se trate, relacionados con la dificultad de realizar de manera adecuada la identificación de un sospechoso: el proceso visual y la memoria del observador.

Si tomamos en cuenta que la memoria no es inmutable, debemos estar conscientes que el acto de reconocimiento envuelve un proceso complejo de percepción y asimilación de información. El testigo, al observar al agresor, percibe determinadas características físicas, codifica y almacena la información para después intentar recuperarla en el acto procesal del reconocimiento. La veracidad y fiabilidad de un reconocimiento depende de la integridad de los procesos antes enunciados.

Así, el ser humano no capta una imagen perfecta o sin error de los acontecimientos, lo que sucede es que lo percibido puede resultar influenciado por un conjunto de factores como el entorno social, cultural, prejuicios, el estado de ánimo o el transcurso del tiempo, así como factores que inciden en la fiabilidad de la percepción visual. Estos últimos pueden estar originados a partir de una gran variedad de fuentes, tales como las asociadas con el ambiente y elementos externos al observador

(grado de luz, sombras, distancias, sonidos, señales distractoras), con aspectos inherentes al proceso óptico y neurológico de la visión (a saber, intensidad de energía luminosa que llega a la retina) y/o con un inadecuado proceso de asignación de significados derivados de la memoria, entre otros.<sup>9</sup>

Tomando en cuenta lo anterior, diversos autores han identificado dos tipos de factores i) aquéllos que pueden afectar a la memoria de un testigo presencial durante la percepción inicial del suceso y el periodo de retención posterior (factores circunstanciales);<sup>10</sup> y, ii) aquéllos que afectan a la fase de recuperación de la memoria y que pueden ser controlados, ya sea durante la fase policial o judicial<sup>11</sup> (factores o variables del sistema).

### **A. Factores circunstanciales**

Las principales variables del suceso (i) son las condiciones perceptivas en las que se produce un suceso, la duración, familiaridad de la cara del agresor, el grado de violencia, los detalles impactantes, el número de agresores y la presencia de armas en el delito.

Respecto a las condiciones perceptivas, la hipótesis más común se refiere a la correlación entre mayor

<sup>9</sup> Véase el reporte emitido por el Committee on Scientific Approaches to Understanding and Maximizing the Validity and Reliability of Eyewitness Identification in Law Enforcement and the Courts en "Identifying the culprit... cit., pp. 47-50. Resulta útil la bibliografía sobre los efectos del ruido en el proceso visual citada en ese documento, en la que destaca Geisler, W.S.: "Sequential Ideal-Observer... cit., pp.267-314.

<sup>10</sup> Son variables cuyo efecto sólo es posible estimar porque tienen lugar durante el transcurso del suceso y durante la demora variable entre la comisión y la prueba de reconocimiento. Término empleado por J.M. de Paül Velasco en *Problemática probatoria de la identificación visual del autor del delito. Aportaciones de la psicología del testimonio* en Diges, M. y Alonso-Quecuty, M.L.: *Psicología del testimonio*... cit.

<sup>11</sup> Wells, G.L. y Olson, E.A.: "Eyewitness... cit., p.54, en Manzanero, L. A: *Memoria de...* cit., p. 112.

oportunidad de ver a las personas a identificar, con una mayor probabilidad de acierto en las pruebas de reconocimiento. Sin embargo, puede suceder que el delito dure un tiempo razonable y, a pesar de ello, no se tengan muchas oportunidades de ver la cara del agresor.

Resulta también interesante que los estudios empíricos han arrojado resultados que, por un lado, confirman la correlación entre mayor tiempo de exposición mayor tasa de aciertos<sup>12</sup> y, por otro, relacionan el tiempo de exposición con una mayor tasa de falsas alarmas. Lo anterior, debido a que el testigo, al percibir la cara del agresor durante mayor tiempo, éste tiende a creer que está preparado para identificarlo con éxito, lo que provoca que emplee un criterio de decisión más laxo y, por lo tanto, mayor tasa de falsas alarmas.<sup>13</sup>

Respecto a las condiciones de *iluminación*, los estudios no han sido claros en determinar una única condición de iluminación. Lo que sí se ha señalado es que este factor influye en mayor medida tratándose de grabaciones o cámara de vigilancia. Ello dado que son de baja calidad, pues las cámaras se colocan sin ser cuidadosos respecto al ángulo de visión y a las condiciones de la luz.<sup>14</sup>

De igual forma, se ha señalado que el *número de agresores*<sup>15</sup> influye en la exactitud del testigo. Lo anterior se explica en razón de que, al estar presentes diversos rostros, el testigo –que tiene recursos atencionales limitados– discrimina a cuáles de éstos presta una mayor atención, lo que necesariamente influye en el posterior reconocimiento de aquéllos a los que no vio con tanto detenimiento.

<sup>12</sup> Shapiro, P.N. y Penrod S.: “Meta-analysis... cit., pp.139-156.

<sup>13</sup> Read, J.D.: “The availability... cit., pp. 91-121.

<sup>14</sup> Burton, A.M., et. al.: “Face recognition... cit., pp. 243-248.

<sup>15</sup> Clifford, B.R. y Hollin, C.R.: “Effects of... cit., pp. 364-370.

Dentro de estos factores también se ha señalado que la *etnia del agresor* influye en la exactitud del reconocimiento. En los casos en los que el testigo y el agresor son de la misma etnia se ha encontrado que existe un sesgo de identificación intra-etnia,<sup>16</sup> el cual se mantiene tanto para testigos caucásicos y orientales, como indios y negros.<sup>17</sup> Adicionalmente, esta dificultad también se ha manifestado el momento de reconstruir caras pertenecientes a otras etnias.<sup>18</sup> Con el objetivo de encontrar mayor claridad, Meissner y Brigham<sup>19</sup> realizaron un meta-análisis que abarca treinta años de investigación sobre el sesgo antes mencionado. El estudio incluía 59 artículos de investigación y 5 mil participantes, los resultados arrojaron un efecto espejo, es decir, los participantes acertaban más cuando reconocían caras de su misma etnia y a su vez, cometían más falsas alarmas cuando intentaban reconocer de otras etnias.

Un factor que también ha influido en la exactitud del reconocimiento es cuando el agresor comete el ilícito con la cara cubierta o bien, realiza posteriores modificaciones a su aspecto físico. En el trabajo de Terry,<sup>20</sup> se manipuló la presencia-ausencia de gafas y barba, respectivamente. El resultado fue que la tarea de reconocimiento arrojó un mayor número de falsas identificaciones.

<sup>16</sup> Este sesgo se refiere a que los testigos identifican con más exactitud a sospechosos de su propia etnia que a sospechosos de una etnia ajena a la suya.

<sup>17</sup> Loftus, E.F.: *Eyewitness...* cit., entre otros.

<sup>18</sup> Ellis, H.D., et. al.: “Recall of... cit., pp.55-59.

<sup>19</sup> Meissner, C.A. y Brigham, J.C.: “Thirty years... cit., pp.3-35.

<sup>20</sup> Terry, R.L.: “Effects of... cit., pp. 483-492; y, Terry, R.L. y Krantz, J.H.: “Dimensions of... cit., pp. 1757-1769.

### **B. Factores del testigo**

Se ha señalado que los factores relacionados con el testigo también se deben considerar al momento de valorar el reconocimiento del agresor. En este ámbito, influyen en la capacidad para identificar el género, la edad, los estereotipos que tenga el testigo, el rol del testigo (víctima o testigo), el grado de estrés, entre otros.

Resultan particularmente interesante los resultados que se obtuvieron en un estudio realizado por Kassir.<sup>21</sup> En éste, se citaba a parejas para participar en un concurso en el que se apostaba dinero, y en la tercera ronda tenía lugar el robo. Uno de ellos, la víctima, era abordada por el agresor de forma violenta, mientras que el otro era espectador de la situación. Posteriormente, se les pidió a ambos que identificaran al agresor. En una rueda de autor presente, la tasa de elecciones entre ambos fue similar (80% víctimas, 87% testigos); sin embargo, la tasa de aciertos fue muy baja, sólo 8 testigos y ninguna víctima acertaron en su identificación. Una posible explicación al resultado es que las víctimas, al experimentar un mayor grado de ansiedad, viven actividades de procesamiento irrelevantes y son, por ello, más susceptibles de distracción. Lo anterior pareciera evidenciar consecuencias importantes respecto al rendimiento de identificación entre testigos y víctimas. Paradójicamente, las víctimas –a pesar de tener un contacto directo con el agresor– pueden hacer una identificación deficiente o errónea.

En relación con lo anterior, diversos estudios señalan que el *nivel de estrés* durante el suceso influye en el rendimiento de la memoria. Así, en un meta-análisis,<sup>22</sup> que incluía todos los trabajos publicados en el ámbito hasta el

2004, se señaló que los niveles de estrés alto perjudicaban directamente la exactitud en la identificación de los reconocimientos en los que el agresor estaba presente (tasa de acierto más baja) y surgían más errores (se señalaba a un distractor inocente).

En cuanto a los *recursos atencionales*, Tooley realizó en un estudio en el que se solicitó a las personas que centraran su atención en los rasgos faciales y a otros se les dio libertad en cuanto a su foco atencional. Los resultados arrojaron que el 98% de los que recibieron instrucciones de foco atencional libre informaron haberse centrado en las manos o en el fondo de la escena, únicamente 4% de los participantes informaron haberse enfocado en los rasgos faciales. Los anteriores resultados cuestionan la idea compartida de que el testigo, al tener información respecto a los rasgos de su agresor, está en aptitud de ejercer una identificación acertada. Estrechamente relacionado con lo anterior se encuentra el factor de que el agresor posea un arma, lo cual incrementa considerablemente las posibilidades de falsas alarmas y deficiencias en la descripción de los rasgos.<sup>23</sup>

La actuación de *niños y adultos* en el proceso también ha sido un factor estudiado. En el caso de los primeros, se ha señalado que el patrón de desarrollo de las habilidades de identificación y la capacidad de memoria aumenta según la edad. En relación con la identificación de personas, en un meta análisis realizado por Pozzulo y Lindsay<sup>24</sup> se pone de manifiesto que los niños más pequeños aciertan menos que los niños de más edad y que los adultos, ello se traduce en una tasa más elevada de omisiones (no señalan al agresor) y de falsa identificación

<sup>21</sup> Kassir, S.M.: “Eyewitness identification... cit., pp. 519-529.

<sup>22</sup> Deffenbacher, K.A., et. al.: “Meta-analytic... cit., pp. 687-706.

<sup>23</sup> Véase diversos estudios realizados por Loftus, E.F., et. al.: “Some facts... cit., pp. 55-62.

<sup>24</sup> Pozzulo, J.D., et. al.: “Identification accuracy... cit., p. 549-570.

(señala con frecuencia a un sospechoso inocente). Por otro lado, en el caso de los adultos mayores y ancianos el patrón no es tan claro, por lo que se ha considerado que no debería desestimarse a un testigo de edad avanzada simplemente por ser mayor, sino que se deben contemplar otras circunstancias.

Otro factor que en la cultura jurídica es causa de exclusión de la prueba testimonial es el *alcohol*. Al respecto, se han realizado diversos estudios empíricos<sup>25</sup> de los que es posible desprender que la ingesta de alcohol tiene un efecto negativo en la codificación de la información y, por lo tanto, en la memoria. Así, la huella que se genere en la memoria no será de tan alta calidad, lo cual puede influir directamente en la capacidad de identificación.

Ahora bien, dentro de las variables a estimar del sistema también se encuentran los factores de la *retención*, los cuales están relacionados con el periodo de tiempo que transcurren entre la percepción del delito y el reconocimiento; a este periodo se le ha denominado intervalo de retención.

Tanto en estudios de laboratorio<sup>26</sup> como en estudios que simulan una situación penal,<sup>27</sup> se ha encontrado que existe un porcentaje modesto de olvido facial después de unos cuantos minutos (tres minutos aproximadamente) y ese olvido aumenta conforme pasa más tiempo. No

<sup>25</sup> Véase Dysart, J.E., *et. al.*: "The intoxicated... cit., pp. 107-114. En el artículo se señaló que el consumo de alcohol no tuvo efecto en la identificación por medio de fotografía (el agresor estaba presente) pero las diferencias sí se pusieron de manifiesto en la rueda de autor, dado que las identificaciones falsas aumentaron. En el caso analizado se estableció que los testigos y las víctimas que habían bebido antes del delito proporcionaban muchos menos datos descriptivos del autor que las víctimas que no habían bebido.

<sup>26</sup> Sheperd, J.W. y Ellis, H.D.: "The effect... cit., pp. 627-633.

<sup>27</sup> Egan, D., *et. al.*: "Eyewitness identification... cit., pp. 199-206. En lo que interesa, se determinó que después de cincuenta y seis días el olvido era tal que se equiparaba con el nivel de azar.

obstante lo anterior, el olvido en las siguientes semanas es más lento. Respecto a este fenómeno, se ha señalado que la relación entre el transcurso de tiempo y el olvido no es lineal sino logarítmica; es decir, el olvido es mucho más marcado al principio y conforme transcurre el tiempo, la pérdida se disminuye. No obstante lo anterior, existe un punto límite en el que nuestra memoria ha olvidado tanto que es posible asimilarlo al azar.<sup>28</sup> Trabajos más recientes<sup>29</sup> han señalado la relación negativa entre el intervalo de demora y la posibilidad de reconocer o identificar los rasgos faciales de un agresor, ya sea bajo falsas identificaciones (aumento de omisiones) o falsas alarmas (se señala a un inocente).

Cabe destacar que el paso del tiempo no sólo influye en la imagen de los rasgos faciales del agresor en la memoria, sino que también está la posibilidad de que surja un fenómeno denominado como *interferencia*. La *interferencia*<sup>30</sup> es el cambio en la memoria por hablar, recordar o pensar sobre el suceso y el agresor. Lo que ocasiona es una modificación en la representación mental que ya era débil o poco definida. Al respecto, resulta interesante el rol que juega la exposición a otras caras, ha habido casos en que un rostro resulta familiar,<sup>31</sup> lo que hace que el testigo sienta que una persona fue el agresor en determinado suceso. Esta cuestión de *familiaridad* también suma a las falsas

<sup>28</sup> Shepherd, J.W, Ellis, H.D. y Davies, G.W. realizaron un estudio en el que manipularon cuatro condiciones de demora (una semana, un mes, cuatro meses y once meses), obtuvieron que los participantes que identificaron durante los tres primeros meses, fallaron un 30%; el declive observado a los once meses fue mucho más marcado, únicamente el 10% fue capaz de identificar al agresor, el 75% no pudo hacerlo a pesar de tenerlo en frente.

<sup>29</sup> Deffenbacher, K., *et. al.*: "Forgetting the... cit., pp. 139-149.

<sup>30</sup> Loftus, E. y Greene, E.: "Warning: even... cit., pp. 323-334.

<sup>31</sup> Young, A.W., *et. al.*: "The faces... cit., pp. 495-523.

identificaciones al atribuir una identidad errónea a una cara que nos resulta conocida.

Además, la representación puede ser fácilmente modificada también por información que se brinde al testigo de forma sesgada o bien, por la construcción del sistema en el que el testigo se desenvuelve para realizar la identificación del agresor. Por un lado, las preguntas que se realicen al testigo deben estar estructuradas de forma que no se brinde información respecto al posible sospechoso, preguntas en las que se haga explícita cierta característica del sospechoso arrastra las estimaciones del testigo a ese extremo.<sup>32</sup> Se ha señalado que una de las peores reiteraciones en el error de las diligencias de reconocimiento es la utilización de fotografías y la posterior participación de los mismos testigos en un reconocimiento donde se les presenta a la persona que previamente habían observado en las fotografías.

En esta última situación se da lo que se ha denominado el *efecto compromiso*. En éste, el testigo que identifica erróneamente a una persona por medio de fotografías lo vuelve a hacer –también de forma equivocada– en la posterior diligencia de reconocimiento. El estudio<sup>33</sup> realizado arrojó que el 44% de los que habían elegido incorrectamente una fotografía volvían a equivocarse señalando a la misma persona, y únicamente 22% cambiaban y señalaban al agresor.

De igual forma, el hecho de que los testigos hayan pasado por diferentes diligencias de reconocimiento puede perjudicar a las identificaciones posteriores. Esto también se ha descrito como una causa de error en las identificaciones de sospechosos en procedimientos

judiciales,<sup>34</sup> provocando así un *efecto de interferencia* sobre el reconocimiento posterior, disminuyendo las identificaciones correctas y aumentando las falsas alarmas.<sup>35</sup> En un estudio<sup>36</sup> reciente, se analizó el efecto de la interpolación de ruedas, los resultados arrojaron que la participación previa en una diligencia de identificación (rueda) de sospechoso ausente incrementó el número de falsas alarmas de un 6% a un 14%, el número de omisiones de un 12% a un 44% y, por otro lado, disminuyó el número de aciertos de un 81% a 42%.

También resulta interesante la relación de haber realizado una diligencia previa con el sentimiento de confianza o seguridad de los testigos. En los casos en los que se comunicó que habían identificado correctamente al agresor, se percibió un fortalecimiento artificial de la confianza que influyó en sus juicios sobre las condiciones de visibilidad de la cara del autor y la facilidad con la que sintieron efectuar la tarea de identificación.<sup>37</sup> En un segundo estudio se comunicó a los testigos, después de que habían realizado la diligencia de reconocimiento, que uno de los miembros de la rueda había confesado la comisión del delito; el 61% cambió su identificación y señaló al que había confesado.<sup>38</sup> Lo anterior muestra de forma clara que la confianza del testigo depende de aspectos diferentes a su memoria, por ello, un sistema comprometido con la imparcialidad no se debe fiar de la confianza como predictor de la exactitud del reconocimiento.

Como ha quedado precisado, hay diversos factores (del sistema y del testigo) que influyen en la identificación.

<sup>32</sup> Loftus, E. y Ketcham, K.: *Witness for...* cit.

<sup>33</sup> Gorenstein, G.W. y Ellsworth, P.C.: "Effect of... cit., pp. 616-622. Deffenbacher, K.A., et. al.: "Mugshot exposure... cit., pp. 287-307.

<sup>34</sup> Wells, G.L. y Olson, E.A.: "Eyewitness testimony... cit., pp.277-295.

<sup>35</sup> Deffenbacher, K.A., et. al.: *op. cit.*, pp. 300.

<sup>36</sup> Manzanero, A.L., et. al.: "Efectos de... cit.

<sup>37</sup> Douglass, A. y Steblay, N.: "Memory distortion... cit., pp. 859-869.

<sup>38</sup> Hasel, L.E y Kassin, S.: "On the presumption... cit., pp. 122-126.



Resulta también interesante que los estudios relativos a la construcción o *estructura de ruedas de reconocimiento*, es decir, su tamaño y composición. Si bien no existe un número definido respecto al tamaño de la rueda, existe consenso en que el *tamaño funcional* debe ser mayor que el *tamaño nominal*; el número de componentes susceptibles de ser identificados (por la correlación de las características de los miembros con las del agresor, por ejemplo) debe ser mayor que el número de personas que componen la rueda.<sup>39</sup>

Aunado a lo anterior, la imparcialidad puede verse también afectada a partir de las cuestiones *procedimentales*, es decir, la forma dinámica de la relación reconocimiento-testigo. Al respecto, es importante tener presente que el proceso de identificación no es una cuestión relacionada únicamente con la memoria de un testigo, sino que las valoraciones morales, expectativas respecto al proceso o el resultado de su identificación, creencias y sentimientos también juegan un rol importante. Así, un testigo que recibe una citación para tomar parte de una diligencia de reconocimiento puede creer que dentro de ésta se encontrará el agresor y por ello, parte de una concepción sesgada. Para disminuir lo anterior, diversos autores proponen la implementación de instrucciones no sesgadas.<sup>40</sup> En el ejemplo, este tipo de instrucciones sería enfatizarle al testigo que el agresor puede estar o no presente en la diligencia de reconocimiento.

<sup>39</sup> Ahora bien, resulta complicado determinar con certidumbre cuántos miembros de una rueda serán descartados por el testigo, ello a pesar de tener similares características a las del agresor. Para intentar medir lo anterior, se han desarrollado diversos índices: el tamaño funcional de la rueda de Wells (en G. Wells, *et. al.*: "Guidelines for... cit., pp. 285-293); el porcentaje por debajo de la expectativa (desarrollado por Malpass, R. y Devine, P.: "Measuring the... cit., pp. 81-102) y la medida de sesgo del acusado (en Doob, A. N. y Kirshenbaum, H. M.: "Bias in police... cit., pp. 287-293).

<sup>40</sup> Malpass, R. y Devine, P.: "Eyewitness identification... cit., pp. 482-489.

Se ha señalado que el *procedimiento de presentación* de los posibles agresores dentro de la diligencia también influye en el proceso de reconocimiento del testigo. Así, la rueda secuencial permite que el testigo realice una comparación entre los rasgos faciales de la persona que se le presenta con su memoria y evita la comparación entre los miembros de la rueda (en una rueda tradicional) que puede conllevar a realizar un juicio relativo.<sup>41</sup> El juicio relativo también se propicia a través de una selección incorrecta de los distractores que forman parte de una diligencia de reconocimiento. Algunos autores enfatizan que la base sobre la que se debe elegir a los distractores es la descripción del testigo sobre el posible agresor y no del sospechoso que se haya detenido.<sup>42</sup>

De lo antes expuesto es posible identificar factores circunstanciales, factores del testigo y del propio procedimiento que influyen en la imparcialidad del reconocimiento. Con base en ellos, se analizará la normatividad vigente y de acuerdo con las lagunas existentes, o bien, de la deficiencia en las normas, se esbozarán guías.

#### **IV. Análisis de la normatividad vigente: adecuaciones, correcciones y adiciones**

Como quedó señalado en el primer apartado, nuestro sistema jurídico prevé la regulación para el procedimiento de reconocimiento de personas, a través de fotografías y en caso de delitos flagrantes. En el presente apartado se fragmentará cada artículo para enlistar las cuestiones relevantes desde el punto de vista de la psicología del

<sup>41</sup>Se refiere a la tendencia de elegir entre los componentes de la rueda al que más se parece, esta tendencia fue señalada por Wells, G.: "Improving eyewitness... cit., pp. 556-564.

<sup>42</sup> Wells, C.E., *et. al.*: "Eyewitness identification... cit., pp. 603-647.

testimonio, se señalará la adecuación de la normatividad vigente, en caso de haberla, así como la posible corrección o adición de cuestiones que sumen a la imparcialidad.

El artículo 277 prevé el procedimiento para reconocer personas, del artículo es posible desprender las siguientes cuestiones:

1. El reconocimiento siempre se realizará en presencia de su defensor;
2. El reconocimiento procederá aun sin consentimiento del imputado;
3. Se puede citar a las personas (testigos) para efectuar el reconocimiento;
4. El testigo debe ser ubicado en un lugar desde el cual no sea visto por las personas susceptibles de ser reconocidas;
5. Se adoptarán las previsiones necesarias para que el imputado no altere u oculte su apariencia;
6. Se deberá presentar al imputado en conjunto con personas con características físicas similares;
7. El acto de reconocimiento deberá realizarse por autoridad distinta a la que realiza la investigación;
8. La práctica de filas de identificación se debe realizar de forma secuencial;
9. En algunos casos (menores de edad, víctimas u ofendidos de delitos de secuestro, trata de personas o violación), el ministerio público debe disponer de medidas especiales para su participación. En estos casos, se debe contar con auxilio de peritos y asistencia del representante del menor de edad;
10. Todos los procedimientos de identificación deberán registrarse y en dicho registro deberá constar el nombre de la autoridad que estuvo a cargo, del testigo ocular, de las personas que participaron en la fila de identificación y, en su caso, del defensor.

De las ideas identificadas con los puntos 4, 5, 6 y 8 es posible advertir que nuestro sistema jurídico ha hecho un esfuerzo considerable por introducir cuestiones que sustentan procesos de reconocimiento más imparciales. Respecto a la obligación de colocar al testigo en un lugar donde no pueda ser visto por los integrantes de la diligencia de reconocimiento, no sólo debe entenderse desde la protección al testigo, sino también en términos de evitar el posible sesgo que se produzca derivado de que éste observe la dinámica de la integración de la diligencia. Sobre todo cuando es probable que el sospechoso sea tratado de forma distinta, apreciable por el testigo. También resulta interesante el énfasis en que el testigo no altere u oculte su apariencia, dado que tiene concordancia con que la posterior modificación de los rasgos físicos es un factor que influye en la exactitud del reconocimiento.<sup>43</sup>

Ahora bien, respecto a la forma de realizar la presentación de los sujetos a identificar, se señala que debe ser secuencial. Esto implica que el testigo sea capaz de realizar una tarea de comparación entre las características del individuo que se le está presentando y su memoria, y así, decida si el parecido es suficiente como para identificarlo. Ello, minimiza lo que en el apartado dos se señaló como el juicio relativo, es decir, la evaluación de los integrantes en términos de su grado de parecido con lo que se recuerda del sospechoso, siendo señalado el que más se parece de todos.

Otro factor que ha sido reconocido como fundamental en desarrollo de las diligencias es la regla *doble-ciego*, la cual también ha sido incorporada en nuestro sistema. Esta regla destaca la importancia de que la persona o el

<sup>43</sup> Véase segundo apartado, estudio de factor de alteración de apariencia.



oficial que lleve a cabo la diligencia no tenga información respecto de la identidad del posible agresor, ya que se ha demostrado que existe una potencial influencia el conocer cuál de los componentes es el sospechoso. Esta regla supone que los agentes, inadvertidamente de forma inconsciente, pueden transmitir ese conocimiento por comportamientos verbales o no verbales, lo que sesga la identificación. Así, si el que dirige la diligencia de reconocimiento no sabe quién es el sospechoso, no podrá señalárselo al testigo de ninguna manera. Sobre este punto, la normatividad podría también agregar la importancia de las *instrucciones no sesgadas*, las cuales incluyan una advertencia explícita de que el culpable podría no estar en la diligencia de reconocimiento. Lo que, a su vez, evita la falacia del culpable presente que refuerza la tendencia a realizar juicios relativos.

Ahora bien, respecto a la selección de los distractores, nuestro sistema únicamente señala que deben tener características similares a las del sospechoso. De esta forma, se seleccionan distractores parecidos al sospechoso para formar la diligencia. A pesar de que la tendencia se identifica con esta práctica, en realidad, el punto de referencia debería ser la descripción que hace el testigo sobre el sospechoso, y no colocar el foco atencional directamente en el sospechoso. Bajo esta propuesta, los distractores deberían ajustarse a esa descripción. Para Wells, la selección por parecido con el sospechoso no hace sino aumentar gratuitamente la similitud entre los distractores y éste, dificultando la prueba porque se elimina la heterogeneidad propicia. Llevada la práctica actual al extremo, podría señalarse una diligencia de reconocimiento con clones del sospechoso, éstos no sólo coincidirían en los rasgos dados por la descripción, sino también en otros rasgos no dados que no tendrían por qué coincidir con los

del sospechoso.<sup>44</sup> Así, bajo esta propuesta, una diligencia de reconocimiento no debería estar compuesta por personas todas parecidas entre sí, sino por personas que cumplan con todos los rasgos de las descripciones.

Otro elemento que no es incorporado con claridad, es el número de integrantes de la diligencia de reconocimiento. Ante ello, en la cultura jurídica, específicamente en el ámbito judicial, se ha señalado que deben ser, por lo menos, tres integrantes. Al respecto estimo pertinente establecer que desde la psicología del testimonio no hay un consenso sobre un número determinado. Sin embargo, sí se ha desarrollado una forma de determinar si el tamaño de la rueda es funcional. Para ello es necesario el uso de testigos simulados, los cuales son personas que no estaban presentes durante la comisión del delito, a los que se proporciona la descripción del agresor dada por un testigo real y se les presenta la diligencia de reconocimiento. Cada testigo debe entonces seleccionar al miembro de la rueda que cree que es el autor del delito. Así, el tamaño funcional se calcula dividiendo el número total de testigos simulados entre el número de testigos simulados que señalan al sospechoso. Si el resultado es menor que el número total integrantes, se puede decir que la rueda está compuesta funcionalmente por un menor número de personas de las que aparecen ante el testigo.<sup>45</sup>

<sup>44</sup> Manzanero, A.L.: *Memoria de testigos...* cit.

<sup>45</sup> Para mayor entendimiento, un ejemplo. Supongamos que se da información sobre el delito y las características del agresor a 35 testigos simulados. Para la identificación se les muestra 5 fotografías pertenecientes a los integrantes de la prueba de reconocimiento. Supongamos que el número 1 fue señalado por 4 testigos; el número 2 fue señalado por 1 persona; los números 1 y 5 no fueron señalados y 30 personas señalaron el número 3 (el sospechoso). Siguiendo la fórmula de tamaño funcional, el número de testigos simulados es 35 y el número de testigos que señalaron al sospechoso es 30.  $TF=35/30$  es 1,16. Si comparamos este número con el número nominal de la diligencia que es 5, entonces es posible determinar que el tamaño funcional es mucho menor que el nominal.

En sí, la permisión de citar a los testigos para realizar la diligencia de reconocimiento no es criticable, sin embargo, considero que la normatividad debería enfatizar y los jueces, al momento de valorar, deberían tomar en cuenta los efectos de que esto sesgue desde un inicio la diligencia. Lo anterior, como se señaló en el segundo apartado, se entiende bajo la perspectiva de que la identificación es una prueba donde juegan elementos subjetivos, tales como las expectativas, consideraciones morales, sentimientos, creencias. Así, un testigo que es citado puede inferir que se requiere su colaboración para determinar cuál de los presentes es el sospechoso, eliminando la idea de que éste podría no estar presente. Si bien es cierto que el sistema no puede modificar las cuestiones subjetivas de cada testigo, sí es posible minimizar los efectos de estas. Lo anterior, a través de lo que en los párrafos anteriores se denominó como *instrucciones no sesgadas*.

Otro elemento considerablemente útil es que la normatividad prevé la documentación de la diligencia; en el registro deberá constar el nombre de la persona que dirigió el reconocimiento, el del testigo y de las personas que integraron la rueda de reconocimiento, así como el del defensor. Este punto está íntimamente relacionado con la importancia de que los jueces tengan la capacidad de valorar la prueba testimonial con suficiente información, que, por ejemplo, conozcan sobre los aciertos o desaciertos en la identificación, el diálogo entre los miembros presentes así como las fotos que se hagan sobre la diligencia de reconocimiento. Si se logra una precisa y exhaustiva documentación entonces ésta es susceptible de ser tomada en cuenta en el momento de la valoración. Aunado a lo anterior, ya conscientes de la posible influencia, aleccionamiento o sesgo que puede

existir en el proceso –ya sea por cuestiones dependientes del testigo o del sistema– la documentación puede brindar señales que indiquen esta situación, lo que resulta útil para el momento en que se debe determinar el valor o la fiabilidad de la prueba en términos epistemológicos.

A su vez, el artículo 279 del mencionado Código prevé los siguientes puntos respecto a la identificación por fotografía:

1. Se realizará cuando sea necesario reconocer a una persona que no esté presente;
2. Se exhibirá su fotografía legalmente obtenida a quien deba efectuar el reconocimiento junto con la de otras personas con características semejantes;
3. Se deben observar las reglas del reconocimiento de personas, con excepción del defensor;
4. Se debe guardar registro de las fotografías exhibidas;
5. Se prohíbe mostrar al testigo fotografías, retratos computarizados o hechos a mano, imágenes de identificación facial electrónica si la identidad del imputado es conocida por la policía y está disponible para participar en una identificación en video, fila de identificación o identificación fotográfica.

Sobre el registro previsto en el numeral 4 y la exigencia de que se coloque al sospechoso junto a otras personas con características similares, resultan también aplicables los comentarios que se señalaron en los párrafos anteriores respecto al reconocimiento de personas. Ahora, sobre la exigencia de que la fotografía que se muestre sea legalmente obtenida permite que, al menos, exista registro de la procedencia de la fotografía pero ello no implica que cumpla determinados estándares como que se cumpla el tamaño funcional o

que las características de los sujetos en las fotografías tengan correspondencia con lo descrito por el testigo.

No obstante lo anterior, estimo que este tipo de identificación, por realizarse como detonante de la investigación, puede resultar bastante nociva y peligrosa para un procedimiento que esté comprometido con la imparcialidad por las siguientes razones.

Por un lado, este tipo de diligencia está limitada por la disponibilidad y la actualización de las fotografías y tiene el problema práctico de que el autor de los hechos podría no encontrarse en éstas. Por otro, dado que la identificación por fotografía es la primera actuación que permite a la policía buscar al agresor, ello implica que el testigo tendrá que reconocer posteriormente al agresor. Las investigaciones de la memoria de los testigos<sup>46</sup> indican que mostrar las fotografías podría viciar el posterior procedimiento de identificación, ya que en la diligencia en vivo el testigo podría estar señalando a la persona que identificó por fotografía y no al autor del delito.

Otro de los efectos negativos de las fotografías está relacionado con los *procesos de interferencia* causados por la exposición a un gran número de caras, lo que causa, a su vez, un deterioro en los recuerdos del testigo. También se ha demostrado que la exposición a muchas caras interfiere con la memoria original, lo que lleva a un incremento de las identificaciones erróneas, de las falsas alarmas y a la reducción de un reconocimiento exacto.<sup>47</sup>

En el contexto anterior, estimo que la identificación por medio de fotografía debería reducirse únicamente a una ayuda en la investigación, siendo fundamental que no se recurra a los mismos testigos para buscar a

posibles sospechosos y para identificar al autor del delito en la identificación en vivo, pues no debemos olvidar que es bastante improbable que el testigo identifique a otra persona que no sea la que ya había identificado previamente.

En general, las cuestiones básicas respecto a la identificación son las siguientes: i) no debería considerarse válida la identificación realizada a través de fotografías como prueba sino como elemento de apoyo en la investigación; ii) el testigo que ya tuvo la oportunidad de ver fotografías del sospechoso no debería formar parte en la prueba de reconocimiento; iii) los álbumes utilizados para las identificaciones fotográficas deberían guardarse sin alterar su composición (para los efectos de la documentación de la identificación señalada en el análisis del artículo anterior); iv) se debería preferir la diligencia de reconocimiento de personas sobre la identificación por medio de fotografías.

Si bien es cierto que el artículo 146 regula los distintos supuestos de flagrancia, es posible advertir en la segunda fracción, inciso b) la identificación del posible agresor por parte del testigo o la víctima, del artículo se desprende lo siguiente:

1. Se puede detener a una persona sin orden judicial en caso de flagrancia;
2. Existe flagrancia cuando inmediatamente después de cometer el delito una persona es detenida en virtud de que es señalada por la víctima u ofendido, algún testigo presencial o quien intervenga también en la comisión del delito;
3. Se entiende que hay flagrancia bajo el supuesto antes señalado, siempre y cuando inmediatamente después de cometer el delito no se haya interrumpido su búsqueda o localización.

<sup>46</sup> Dysart, J.E., *et. al.*: "Mugshot exposure... cit., pp. 1280-1284. Memon, A., *et. al.*: "Eyewitness recognition... cit., pp. 1219-1227.

<sup>47</sup> Linsay, R.C.L., *et. al.*: "Using mugshots... cit., pp. 121-130.

Tratándose de la identificación *in situ* que realiza la víctima o testigo en los delitos cometidos en flagrancia resulta, por su propia naturaleza, conflictiva. Supongamos que una persona camina por la calle principal de una conglomerada ciudad, una persona se acerca a ésta, le coloca la punta de una pistola cerca de la cara y le exige a gritos que suelte su bolsa sin oponer resistencia. La persona así lo hace, minutos después el agresor sale corriendo. Una persona que caminaba por el otro lado de la acera logra ver un policía que caminaba por ahí, a quien le menciona que una persona acaba de robar y le señala. Comienza la persecución, el policía lo detiene y solicita al testigo que *in situ* señale si es el agresor. El individuo (sin certeza de que efectivamente es el agresor) es detenido por el delito flagrante.

En este contexto, bajo las cuestiones reseñadas en el segundo apartado, es posible esbozar que el reconocimiento tiene deficiencia en cuanto a su imparcialidad. El testigo, por la distancia pudo no haber reconocido con exactitud los rasgos faciales de la persona, puede –incluso– que ante la amenaza de ser también lastimado haya experimentado niveles altos de estrés o que su foco atencional se haya enfocado en el arma y no en las características físicas de la persona. Cuestiones que, como ha quedado precisado desde la psicología del testimonio, influyen en el desempeño del reconocimiento.

Además, si tomamos en cuenta que la identificación del testigo o víctima es el detonante de un proceso en contra del individuo que es reconocido, el cual, insisto, puede o no coincidir con el agresor, entonces resulta aún más clara la gravedad de fiarse de este tipo de identificación. Ante tal situación, estimo que este tipo de reconocimiento debería ser útil únicamente en tanto herramienta en la investigación como razón para creer

pero, sin duda, deberá haber más elementos en el caudal probatorio que robustezcan la hipótesis de culpabilidad del detenido. En caso de no haberlas o contar con información suficiente para determinar que la persona que fue señalada es inocente, entonces se debería pausar la investigación –en sede ministerial– o el juez de control debería tener la información documentada para poder tomar una decisión en ese mismo sentido. De lo contrario, se inicia un proceso penal y se imputa a un delito a una persona equivocada.

Ahora bien, resulta interesante señalar que el nuevo sistema implica cierta oralidad y ante ello, también se deben construir estrategias en aras de obtener pruebas testimoniales (diligencias de reconocimiento) epistemológicamente fiables. Así, considero que es posible construir una propuesta que no desconozca uno de los principales principios subyacentes al sistema oral, es decir, el de la contradicción y, a la vez, tome en cuenta lo desarrollado por la psicología del testimonio. Bajo este contexto, considero que el primer reconocimiento o identificación por fotografía podría fungir como prueba pre-constituida, en razón de que, en muchas ocasiones, esta prueba tiene lugar en sede ministerial. No obstante ello, pudiera existir, ante el juez, la confrontación de esta prueba. Me explico.

En la audiencia, en la que el testigo estuviese presente, se permitiera al defensor cuestionar las condiciones en las que el testigo pudo percibir el hecho, la demora con la que realizó el posterior reconocimiento, la autonomía o libertad con la que lo realizó, los rasgos físicos que señaló como característicos del agresor, las condiciones en las que se encontraba al momento del suceso, su posición espacio-temporal y demás información. Todo ello para que el juez pueda advertir

y valorar—de forma holística— todos los factores que influyen en las pruebas de identificación.

Consecuentemente, para determinar la fiabilidad de una prueba de identificación deberá estudiarse la totalidad de las circunstancias a partir de las cuales se realizó la identificación para verificar que el mismo no haya sido sugestivo o insidioso ni tendiente a conducir a un reconocimiento erróneo.

Además, considero que el análisis deberá hacerse caso por caso ante la imposibilidad de otorgar una regla general que abarque todos los posibles escenarios, dado que cada caso contiene matices y situaciones específicas. Es decir, ante las diferentes circunstancias en que se puede efectuar un reconocimiento y la variedad de las actuaciones de la autoridad previas o concomitantes a la diligencia, resulta inviable delimitar todos los posibles presupuestos de aplicación.

No obstante lo anterior, es claro que existe suficiente evidencia empírica acerca de los posibles errores que se presentan en las diligencias de reconocimiento y los factores que influyen. Por lo que es posible colocarnos en una posición de insistir a los operadores jurídicos, los jueces, de informarse acerca de la propensión de estos errores. Considero sumamente más importante la propagación de los resultados y conocimiento de la psicología del testimonio que desarrollar a un único formato para realizar las identificaciones.

Así, se dibuja otro camino en el que se busca la protección de inocentes, no desde el uso de cuestiones procesales determinadas o a través de la implementación de un estándar de prueba determinado sino mediante conocimiento sustentado que señala que las identificaciones, a pesar de cumplir con estructuras procesales, son falibles.

## V. Conclusión

Una vez expuesto todo lo anterior, es posible contestar las preguntas esbozadas en el primer apartado en sentido afirmativo. Considero que si un sistema se compromete con la protección de valores como la libertad de una persona o la imparcialidad de un proceso, entonces se deben crear mejores estrategias que sumen a este objetivo.

Los operadores jurídicos, inmersos en la rutina y la positividad, muchas veces olvidan cuestionar o reflexionar sobre las normas que aplican día a día. Sin embargo, no debemos dejar de lado que el derecho es un ámbito dinámico, cambiante y, por lo tanto, la implementación de las normas en nuestro ámbito también debería buscar dar cuenta de los constantes cambios. Así, encuentro en la psicología del testimonio un ámbito serio y eficaz, susceptible de ser utilizado en la mejora de la práctica jurídica, sobretodo, en el Derecho Penal.

Considero que el conocimiento en esta área permite identificar cuestiones que por sentido común o por meras razones formales, seguimos y que, en realidad, presentan graves complicaciones en términos de imparcialidad y fiabilidad epistemológica.

Es tiempo de que los operadores jurídicos abramos nuestro horizonte de conocimiento a otros campos que se han desarrollado paralelamente a la positividad. En la medida de que logremos poner en duda, desde un punto de vista crítico y teórico, lo que tomamos por dado, entonces sumaremos esfuerzos para lograr un sistema práctico que corresponda con los principios que en papel se plasman.

## Bibliografía

- Burton, A. Mike; Wilson, Stephen; Cowan, Michelle y Bruce, Vicki: “Face recognition in poor-quality video: evidence from security surveillance”, en *Psychological science*, 10(3), 1999.



- Clifford, Brian R. y Hollin, Clive R.: "Effects of the type of incident and the number of perpetrators on eyewitness memory", en *Journal of applied psychology*, 66(3), 1981.
- Deffenbacher, Kenneth; Bornstein, Brian H.; Penrod, Steven y McGorty, E. Kiernan: "Meta-analytic review of the effects of high stress on eyewitness memory", en *Law and human behaviour*, 28 (6), 2004.
- Deffenbacher, Kenneth; Bornstein, Brian; McGorty, E. Kiernan y Penrod, Steven: "Forgetting the once-seen face: estimating the strength of an eyewitness's memory representation", en *Journal of experimental psychology*, 2008.
- Deffenbacher, Kenneth; Bornstein, Brian H. y Penrod, Steven: "Mugshot exposure effects: retroactive interference, mugshot commitment, source, confusion and unconscious transference", en *Law and human behavior*, vol. 30(3), 2006.
- Diges, Margarita y Alonso-Quecuty, María Luisa: "Psicología del testimonio", en *Cuadernos digitales de formación*, 29, Consejo General del Poder Judicial, 2009.
- Diges, Margarita y Mira, Joaquín: "La identificación de personas por parte de testigos y víctimas: medidas de imparcialidad", en *Justicia*, 3, 1998.
- Douglass, Amy y Steblay, Nancy: "Memory distortion in eyewitnesses: a meta-analysis of the post-identification feedback effect", en *Applied cognitive psychology*, 20, 2006.
- Dysart, Jennifer E.; Lindsay, R.C.L.; Hammond, Robin y Dupuis, Paul: "Mugshot exposure prior to lineup identification: interference, transference and commitment effects", en *Journal of applied psychology*, 86(6), 2001.

- Dysart, Jennifer E.; Lindsay, R.C.L.; MacDonald, Tara K. y Wicke, Christopher: "The intoxicated witness: effects of alcohol on identification accuracy form show ups", en *Journal of applied psychology*, vol. 87(1), feb., 2002.
- Egan, David; Pittner, Mark y Goldstein, Alvin G.: "Eyewitness identification: photographs vs live models", en *Law and human behavior*, 1 (2), 1977.
- Ellis, Hadyn D.; Davies, Graham; McMurray, Mary: "Recall of White and black faces by white and black witnesses. Using the photofit system", en *Human factors*, 21(1), 1979.
- Gascón Abellán, Marina: "Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos", en *Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 28, 2005.
- Geisler, Wilson S.: "Sequential ideal-observer analysis of visual discriminations", en *Psychological review*, 96(2), 1989.
- Green, David. M. y Swets, John A.: *Signal detection theory and psychophysics*. New York, Wiley, 1966.
- Gorenstein, Gabriel W. y Ellsworth, Phoebe C.: "Effect of choosing an incorrect photograph on a later identification by an eyewitness", en *Journal of applied psychology*, 65, 1980.
- Hasel, Lisa E. y Kassin, Saul: "On the presumption of evidentiary Independence: can confessions corrupt eyewitness identifications?", en *Psychological science*, 20, 2009.
- Kassin, Saul M.: "Eyewitness identification: victims versus bystanders", en *Journal of applied social psychology*, 14(6), 1984.
- Loftus, Elizabeth F.: *Eyewitness testimony*. Cambridge University Press, 1984.

- Loftus, Elizabeth y Greene, E.: “Warning: even memory for faces may be contagious”, en *Law and human behavior*, 4, 1980.
- Loftus Elizabeth: *Witness for the defense: the accused, the eyewitness and the expert who puts memory on trial*. St Martin’s Press, New York, 1991.
- Loftus, Elizabeth; Loftus, Geoffrey R., y Messo, Jane: “Some facts about weapon focus”, en *Law and human behavior*, 11(1), 1987.
- Malpass, Roy y Devine Patricia: “Eyewitness identification: lineup instructions and the absence of the offender”, en *Journal of applied psychology*, 70, 1985.
- Manzanero, Antonio L.; López, Beatriz y Contreras, María José: “Efectos de interferencia en el reconocimiento de personas: exactitud, discriminabilidad y sesgo de respuesta”, en F. Fariña y otros (eds.), *Psicología Jurídica*. Sociedad española de Psicología Jurídica y Forense, 2009.
- Manzanero, Antonio L.: *Memoria de testigos: obtención y valoración de la prueba testifical*. Ediciones Pirámide, 2010.
- Meissner, Christian A. y Brigham, John: “Thirty years of investigating the own-race bias in memory for faces: a meta-analytic review”, en *Psychology, public policy and law*, 7(1), 2011.
- Memon, Amina; Hope, Lorraine; Bartlett, James y Bull, Ray: “Eyewitness recognition errors: the effects of mugshot viewing and choosing in young and old adults”, en *Memory and cognition*, 30 (8), 2002.
- Muñoz, José Manuel; Manzanero, Antonio L.; Alcázar, Miguel Ángel; González, José L.; Pérez, María Luisa y Yela, María: “Psicología jurídica

- en España: delimitación conceptual, campos de investigación e intervención y propuesta formativa de la enseñanza oficial”, en *Anuario de psicología jurídica*, vol. 21, 2011.
- Pozzulo, Joanna D. y Lindsay, R. C. L.: “Identification accuracy of children versus adults: a meta-analysis”, en *Law and human behavior*, 22(5), 1998.
- Read, J. Don.: “The availability heuristic in person identification: the sometimes misleading consequences of enhanced contextual information”, en *Applied cognitive psychology*, 9, 1991.
- Shapiro, Peter N. y Penrod, Steven: “Meta-analysis of facial identification studies”, en *Psychological bulletin*, 100 (2), 1986.
- Sheperd John W. y Ellis, H.D.: “The effect of attractiveness on recognition memory for faces”, en *American journal of psychology*, 86 (3), 1973.
- Terry, Roger L.: “Effects of facial transformations on accuracy recognition”, en *The journal of social psychology*, 134, 1994.
- Terry, Roger L. y Krantz, John H.: “Dimensions of trait attributions associated with eyeglasses, men’s facial hair and women’s hair length”, en *Journal of applied social psychology*, 23, 1993.
- Vázquez, Carmen (ed.): *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*. Marcial Pons, Madrid, 2013.
- Wells, Gary; Small, Mark; Penrod, Steven; Malpass, Roy; Fulero, Solomon y Brimacombe, C. A. E.: “Eyewitness identification procedures: recommendations for lineups and photospreads”, en *Law and human behavior*, 22 (6), 1998.



- Wells, Gary L.: “Eyewitness identification evidence: science and reform”, en *Champion magazine*. National Association of Criminal Defense Lawyer, 1985.
- Wells, Gary L.; Leippe, Michael y Ostrom, Thomas: “Guidelines for empirically assessing the fairness of a lineup”, en *Law and human behavior*, vol. 3 (4), 1979.
- Wells, Gary L.: “Improving eyewitness identifications from lineups: simultaneous versus sequential lineup presentation”, en *Journal of applied psychology*, 70 (3), 1985.
- Wells, Gary L. y Olson, Elizabeth A.: “Eyewitness testimony”, en *Annual review of psychology*, 54, 2003.
- Yela, María: “Psicología jurídica en España: delimitación conceptual, campos de investigación e intervención y propuesta formativa de la enseñanza oficial”, en *Anuario de psicología jurídica*, 21, 2014.
- Young, Andrew W.; Hay, Dennis C. y Ellis, Andrew W.: “The faces that launched a thousand slips: everyday difficulties and error in recognizing people”, en *British journal of psychology*, 76, 1985.

## **La discrecionalidad administrativa y su falta de control en México**

*José Guadalupe de la O Soto\**

RESUMEN: El propósito es presentar un esquema breve que sirva para entender la discrecionalidad administrativa de las autoridades, en particular del Poder Ejecutivo en todos sus niveles de gobierno, precisando el concepto y fundamento, así como los límites jurídicos que la afectan frente a las facultades regladas de la propia autoridad administrativa, además se examina su control y sus vinculaciones, incluidas las tendencias jurisprudenciales sobre el particular en el sistema jurídico mexicano.

PALABRAS CLAVE: administración, facultades regladas y discrecionales, control de la discrecionalidad de los actos administrativos.

ABSTRACT: The purpose is to present a brief outline that serves to understand the administrative discretion of the authorities, in particular those of the Executive at all levels of government, specifying the concept and foundation, as well as the legal limits that affect it in relation to regulated powers Of the administrative authority itself, and its control and linkages, including jurisprudential tendencies on the subject in the Mexican legal system, are examined.

\* Secretario del Segundo Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y Civil del Vigésimo Segundo Circuito en Querétaro.

KEY WORDS: Administration, regulated and discretionary powers, control of the discretion of administrative acts.

SUMARIO: I. Preámbulo. II. La función administrativa y el principio de legalidad. III. Facultades regladas y discrecionales de la administración pública. IV. Arbitrio de las autoridades administrativas. V. Las facultades discrecionales reguladas en el Código Fiscal de la Federación. VI. Facultades discrecionales de apariencia negativa de las autoridades administrativas. VII. El control jurisdiccional de la facultad discrecional administrativa. VIII. Conclusiones. IX. Referencias.

## I. Preámbulo

Cualquier sociedad humana independientemente del grado de civilización en que se encuentre, necesita un orden determinado, este no es arbitrario ni causal, sino el fruto de la observancia de aquellas normas jurídicas que a los efectos de organizar la vida en sociedad se crean, lo que concierne propiamente al principio de legalidad que no es más que el requisito de observar ese determinado orden o sistema de normas jurídicas que asegura una conducta adecuada de los ciudadanos y evita las acciones arbitrarias.

La legalidad abarca dos aspectos de la regulación jurídica: la creación del Derecho y el cumplimiento de la norma de derecho. Dicho cumplimiento que bien podemos entender dentro del amplio marco de ejecución que tienen a su cargo los órganos administrativos de la sociedad. Si bien la legalidad no se convierte en concepto muerto, ha sufrido transformaciones que han llevado

al Estado a dotar de ciertas potestades discrecionales a algunos de sus órganos para agilizar el proceso de aplicación de la norma.

El margen o la necesaria interrelación entre la legalidad y la discrecionalidad administrativa, sin negar la esencia de ambos fenómenos, constituye el objeto de este trabajo.

## II. La función administrativa y el principio de legalidad

La administración pública en nuestro país descansa sobre la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, independientemente de su organización que impone tres distintas administraciones: federal, estatal y municipal, la primera concierne a nuestra Carta Fundamental en particular y, las otras dos, a la Constitución de cada Entidad de la Federación, sujetas, desde luego, a la primera, lo que viene a instituir el sometimiento de los órganos del Estado a un régimen de Derecho Positivo, que no es otra cosa que el Estado de derecho.

Tal sometimiento a las normas de derecho corresponde a las autoridades federales, estatales y municipales, en el desarrollo de sus funciones administrativas, legislativas y judiciales, en el entendido de que ninguna autoridad pública puede realizar o llevar a cabo alguna acción que no esté autorizada por un texto legal.

El principio de legalidad se entiende llanamente como la obligación que tienen todas las autoridades de ajustarse a los preceptos legales que norman sus actividades y a las atribuciones que la ley les confiere al expedir cualquier orden o mandato que afecte a un particular en su persona o en sus derechos. No existe excusa que puede oponer la autoridad para no respetar ese principio y, en caso de no suceder así se prevén instrumentos procesales

efectivos como el juicio de amparo, para obligarla a que lo acate. Inclusive constituye el remedio ejemplar de la responsabilidad oficial y de ahí le sigue el contencioso administrativo, ya sea federal o estatal, así como lo estimó en su momento Alfonso Nava Negrete.<sup>1</sup>

Lo anterior porque en principio no existe la facultad discrecional absoluta que permite a las autoridades actuar o tomar decisiones sin tener que dar explicación de sus actos, pues la jurisprudencia de la Suprema Corte ha establecido que el uso de las facultades discrecionales deberá ser razonado adecuadamente, y que ese uso puede ser revisado por los tribunales, en cuanto a que los razonamientos deben invocar correctamente las circunstancias del caso, apreciar debidamente los hechos pertinentes y no violar las reglas de la lógica.

Para el maestro español José Luis Villar Palasi, el principio de legalidad en su máximo sentido se apoya sobre ciertos presupuestos lógicos discutibles. El postulado de la complitud del ordenamiento a través de leyes formales, parte de que el legislador ha regulado ya todo supuesto pensable, toda relación posible entre Estado y particular: si falta esta regulación se quiere que no exista esta relación jurídica.<sup>2</sup> Igualmente el maestro Alfonso Nava Negrete consideró que ejercer el poder administrativo es hacerlo dentro de los límites de la ley, no puede entenderse de otra manera, la función administrativa sólo tiene tránsito por las vías de la ley.<sup>3</sup>

Tocante a esto último, José Humberto Sánchez Gutiérrez refirió que el régimen del Estado de derecho si bien concibe al Estado como un poder soberano, es decir, como el supremo poder que rige en su territorio,

no lo considera como un poder absoluto, sino como un poder sujeto al derecho y, por tanto, un poder limitado y constreñido por normas jurídicas.<sup>4</sup>

Concepto de legalidad que se encuentra contenido en los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al establecer que sólo se podrá privar al gobernado de sus propiedades, posesiones o derechos, mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho, con la obligación de fundar y motivar la causa legal del procedimiento.

Aquí cabe traer a cuento la definición de acto administrativo, que se entiende como la manifestación unilateral y externa de voluntad que expresa una decisión de una autoridad administrativa competente en ejercicio de la potestad pública. Esta decisión crea, reconoce, modifica, transmite, declara o extingue derechos y obligaciones, es generalmente ejecutivo y propone satisfacer el interés general.<sup>5</sup>

Respecto de lo cual, la atribución de potestades a la administración por el ordenamiento jurídico puede hacerse de dos maneras, en términos generales, mediante la determinación por la ley en forma precisa y completa de todas y cada una de las condiciones de ejercicio de la potestad, de manera que cree un supuesto legal concreto y una potestad aplicable al mismo, también definida en todos sus términos y consideraciones. En este caso se está en ejercicio de una facultad reglada.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> Nava Negrete, A.: "Ley y... cit., p. 127.

<sup>2</sup> Villar Palasi, J. L.: *Apuntes de...* cit., p. 131.

<sup>3</sup> Nava Negrete, A.: *op. cit.*, p. 127.

<sup>4</sup> Sánchez Gutiérrez, J. H.: *El acto...* cit., p. 353.

<sup>5</sup> Acosta Romero, M.: *Teoría general...* cit., p. 529.

<sup>6</sup> Marcheco Acuña, B.: "El control..." cit., pp. 60-61.

En cambio, definiendo la ley algunas de las condiciones de ejercicio de la potestad y remitiendo a la estimación subjetiva de la administración el resto de dichas condiciones, ya sea en cuanto a la integración última del supuesto de hecho o en cuanto al contenido concreto, dentro de los límites legales, de la decisión aplicable, o bien, de ambos elementos, estos supuestos se refieren a la potestad discrecional.<sup>7</sup>

### III. Facultades regladas y discrecionales de la administración pública

Primero debe decirse que se está en presencia de un acto formado por elementos puramente reglados, cuando una vez realizado el supuesto previsto en la norma jurídica y satisfechos los requisitos que ella prevé, la autoridad administrativa está obligada a actuar en el sentido predeterminado en la misma norma, sin posibilidad de elección. Al respecto, la ley dispone qué es lo que conviene al interés público, consistente en que siempre debe actuar con miras al interés común, al interés general, ya que de actuar de forma contraria desvirtuaría la razón de la existencia de la administración, del gobierno y del propio Estado; en este caso la autoridad administrativa no tiene otra opción que cumplir con lo prescrito y prescindir de su apreciación personal sobre el mérito del acto.

El mérito del acto administrativo, al igual que la finalidad, es esencialmente subjetiva, no confundible con aquél, ni mucho menos con el motivo del acto, aunque este comparte su carácter de razonador, pero se insiste, es subjetivo en cuanto determinante de la oportunidad para la expedición del acto. Su grado de subjetividad nos

resulta tan profundo y amplio que trasciende el ámbito de lo estrictamente legal y se sitúa, en muchos casos, en el campo de los juicios políticos.<sup>8</sup>

Santofimio, citando a Escola, mencionó que el mérito se refiere a la oportunidad o conveniencia en la expedición del acto administrativo. Conveniencia que está en íntima relación con los fines del Estado, pues obliga a quien expresa la voluntad del mismo a expresarla cuando se requiere verdadera y ciertamente, para cumplir los cometidos de éste. Implica todo un juicio de valoración por quien ejerce funciones administrativas para que los actos expedidos sean realmente beneficiosos.<sup>9</sup>

Cabe señalar que el mérito y la oportunidad como elementos del acto administrativo, el primero se entiende como la conveniencia del acto en razón de su utilidad y por la oportunidad su conveniencia en razón del tiempo. Por ejemplo, el acto administrativo que ordena la clausura de un expendio de cohetes y juegos pirotécnicos, tiene como mérito evitar explosiones y daños a los gobernados en sus personas y bienes, lo cual resulta conveniente por indudable utilidad para la población, y su oportunidad consiste en dictar esa clausura en la época de las fiestas patrias, en que sin duda, hay una marcada tendencia por detonar cohetes y encender juegos artificiales, por lo que la clausura sería conveniente en razón del tiempo.

Diverso ejemplo del mérito del acto administrativo se puede encontrar, refirió Eréndira Salgado Ledesma, en la revocación de la autorización para la celebración de un concierto masivo, cuando la autoridad advierte que los organizadores no cuentan con las medidas de seguridad y protección civil necesarias para llevarlo a cabo sin contratiempos. Ahora, en relación con la oportunidad,

<sup>8</sup> Santofimio, J. O.: *Acto administrativo...* cit., p. 81.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 82.

<sup>7</sup> *Ídem*.

la citada autora dijo que si se desalojó a un grupo de personas asentadas en la parte baja de los márgenes de un río con anticipación a la temporada de lluvias, el acto resultará oportuno.<sup>10</sup>

Otro ámbito de la doctrina refiere la oportunidad sólo como presupuesto de los actos discrecionales, donde debe justificarse la actuación en cada caso para que el acto no se tilde de arbitrario. Verbigracia, en la legislación castrense se prevé que un militar puede ser transferido por necesidades del servicio cuantas veces se requiera. Sin bien es una decisión discrecional que debe tomar su superior, la misma debe justificarse para que el acto no resulte una arbitrariedad.

Elementos que no figuran enunciativamente en el artículo 3° de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, empero, ello no significa que para la emisión de un acto administrativo no puedan llegar a ponderarse y, desde luego, ser objeto de control jurisdiccional; como sí sucede en el Derecho colombiano, en que los actos administrativos llevan el mérito como uno de sus elementos.

Según Santofimio, se trata de un esfuerzo que lleva implícita toda decisión de la administración, empero, que no genera vicios en la legalidad del acto, generando controles políticos o administrativos, pero de ninguna manera contenciosos administrativos.

Entonces, tratándose de facultades regladas, la autoridad administrativa no tiene otra opción que cumplir con lo prescrito legalmente y prescindir de su apreciación personal sobre el mérito del acto, esto significa que la norma no solamente fija sus elementos de validez como son la competencia de la autoridad, la forma que debe

revestir la resolución y la finalidad que debe perseguir, sino además el otro elemento que es su contenido.

Por otra parte, se coincide con la doctrina de que la razón de ser de los actos discrecionales radica en la imposibilidad para el legislador de concebir y prevenir en la ley todas las posibilidades de la conducta humana, motivo por el cual necesariamente al gobierno y a la administración debe conferírseles discreción para resolver los casos que aquél no pudo prever, de modo que si la administración pública quedara sujeta al cerrado régimen de facultades regladas, se vería rebasada por las necesidades de la realidad y maniatada para cumplir sus funciones.

Así las cosas, cuando la autoridad goza de discrecionalidad, aun cuando el particular se encuentre colocado en la hipótesis legal y cumpla con todas las exigencias de la norma, sólo tendrá derecho a que se resuelva su petición, pero no a que la administración se conduzca en un sentido determinado, ya que ésta puede legítimamente elegir entre varias posibilidades por razones de conveniencia.

En este caso, la ley difiere en el órgano administrativo la apreciación subjetiva de la oportunidad o conveniencia del acto a los intereses públicos; ella no predetermina totalmente cuál es la situación de hecho ante la que se dictará. El órgano administrativo tiene elección, en tal caso, sea de las circunstancias ante las cuales dictará el acto, sea del acto que dictará ante una circunstancia.<sup>11</sup>

Se insiste, por discrecionalidad administrativa podemos entender la decisión que la administración toma entre dos o más posibles soluciones, todas éstas válidas para el Derecho. Por tanto, en la potestad discrecional

<sup>10</sup> Salgado Ledesma, E.: *Manual de...* cit., pp. 169 y 170.

<sup>11</sup> Marcheco Acuña, B.: *op. cit.*, pp. 60-61.



de la administración se encuentra presente una libertad de elección por parte de ella, esto es así, dado que sin esa dosis de libertad de que goza la administración no es posible concebir a la discrecionalidad.

Para José Luis Cea Egaña, la discrecionalidad es el margen limitado de libertad que la ley concede expresamente a la administración para que, en caso de situaciones concretas, interprete y aplique sus disposiciones generales con sujeción a los fines y medios previstos en ella;<sup>12</sup> en suma, toda ésta implica un amplio margen de libertad, y aunado a ese margen discrecional de que goza la administración, debemos añadir la indeterminación de los conceptos jurídicos, mismos que contribuyen enormemente a la discrecionalidad de la administración, la potestad administrativa de decidir discrecionalmente.

Fernando Sainz Moreno estimó que la discrecionalidad suele fundarse en dos tipos de argumentos: de un lado, en la naturaleza de aquéllo sobre lo que se decide (criterio de la importancia y criterio de la dificultad técnica o valorativa), y de otro, en la posición institucional de la administración, a la que el ordenamiento constitucional atribuye una función configuradora del orden social.<sup>13</sup>

De lo anterior deriva que la discrecionalidad sería algo necesario, impuesto por la naturaleza misma de las cosas como única vía de resolver cuestiones de singular importancia o en cierto grado complicado. Es éste un argumento que parte de la idea de que cierto tipo de decisiones no es posible que estén íntegramente determinadas por el Derecho, en ocasiones porque plantea problemas de conocimiento o de enjuiciamiento, cuya situación conlleva a condiciones únicamente superables tomando una, la que sea, de las decisiones que sean posibles.

<sup>12</sup> Cea Egaña, J. L.: *Hermenéutica constitucional...* pp. 12 y 14.

<sup>13</sup> Sainz Moreno, F.: *Conceptos jurídicos...* cit., p. 304.

Cabe agregar que en la discrecionalidad está inmersa la decisión política, así por ejemplo, la declaración de incapacidad del jefe de Estado o la militarización de un servicio público son decisiones jurídicamente discrecionales, dado que el criterio con que se toman es político, esto a pesar de que se encuentran enmarcadas en una norma.

Otro argumento que justifica la discrecionalidad de la administración es el de la posición institucional que guarda está dentro del orden constitucional. A la administración le corresponde una función configuradora del orden social, cuya realización exige tomar decisiones discrecionales, esto es, dentro de un amplio margen de libertad.

Ese margen de apreciación es un espacio o ámbito de decisión no regulado o sólo parcialmente regulado por el Derecho, que el ordenamiento y, en concreto, el legislador ha otorgado a la administración. Se trata de valorar los hechos ajustados al concepto legal respectivo, teniendo presente el interés público que debe tutelarse en el caso concreto; y esta valoración se esgrime para sostener la imposibilidad que le afecta al juez para sustituir los criterios valorativos de la administración por los suyos.

La posición institucional que tiene la administración dentro del ordenamiento constitucional como ejecutora de los fines del Estado lleva consigo, ineludiblemente, la necesidad de apreciación de circunstancias muy singulares, de estimar la oportunidad concreta del poder público, lo que en suma, alimenta inevitablemente la técnica del apoderamiento discrecional. Ahora, ese mismo precepto supone que la discrecionalidad administrativa se justifica en aras de la satisfacción del interés general.

De ahí que la discrecionalidad pura sólo existe cuando el criterio de la decisión deja de ser jurídico para convertirse en político.

Por ende, los actos de discrecionalidad administrativa se justifican sólo por la naturaleza política de la decisión que se toma. Además, la discrecionalidad administrativa se puede ver en su esencia política por derivar, esta decisión, una decisión del poder público. La potestad reglamentaria, la potestad organizativa, las potestades directivas de la economía, son discrecionales en la medida en que las opciones en que se mueven sólo se resuelven por criterios políticos.

En ese tenor, el dato decisivo que determina la potestad discrecional radica en la naturaleza del criterio en que ha de fundamentarse la decisión. Sólo cuando el criterio es de naturaleza política existe una potestad discrecional desde el punto de vista jurídico.

#### **IV. Arbitrio de las autoridades administrativas**

Se dice que la autoridad administrativa lo tiene, cuando realizada la hipótesis está obligada a aplicar la consecuencia legal, aunque tenga arbitrio para evaluar o considerar circunstancias de derecho que deban matizar la aplicación de las consecuencias previstas en la norma, sin embargo, no se deben confundir las facultades discrecionales con el uso del arbitrio que la ley concede a las autoridades en determinadas condiciones.

Por ejemplo, cuando en el Código Fiscal de la Federación o cualquiera otra ley se establece el sistema de infracciones, el legislador da un límite inferior y un límite superior, la autoridad que deba aplicar la sanción tendrá que razonar adecuadamente ese arbitrio, respetando los hechos pertinentes, los lineamientos legales y las reglas de la lógica. Pero dada la infracción, la autoridad estará legalmente obligada a imponer la sanción, y dadas las circunstancias atenuantes o agravantes del hecho que

deberá apreciar adecuadamente, tendrá que moverse dentro de los límites mínimo y máximo de la sanción aplicable.<sup>14</sup>

En cambio, se trata de facultades discrecionales cuando la norma legal prevé una hipótesis de hecho, a la que la autoridad puede aplicar o no la consecuencia legal prevista en la propia norma, es decir, no basta que se satisfaga la hipótesis para que legalmente se deba aplicar la consecuencia, sino que ésta queda a discreción de la autoridad, aunque deba razonar adecuadamente su decisión.

Si la norma que señala una infracción permitiese a la autoridad sancionarla o no según su opinión, se estaría frente a facultades discrecionales, empero, si a la infracción debe seguir la sanción, la autoridad está ligada por la norma.

Y el que deba adecuar la sanción a las peculiaridades del caso, es decir, a la existencia de atenuantes o de agravantes, o a la ausencia de ambas o al beneficio económico que por la infracción obtenga el particular, es uso de un arbitrio, pero no de una facultad discrecional. En ese tenor, el juez penal al individualizar la pena, hace uso de su arbitrio, y el Ejecutivo al conceder el indulto por gracia, hace uso de una facultad discrecional.

Lo anterior se corrobora con la interpretación de los tribunales de amparo en el sentido de que es inexacto se ejerza una facultad discrecional, no delegable, en atención a que al órgano administrativo se le conceda cierto margen de apreciación para fijar la cuantía de una multa dentro del máximo y el mínimo que establece la ley, puesto que, como lo ha precisado la doctrina, únicamente puede afirmarse con certeza que hay discrecionalidad cuando

<sup>14</sup> De la Garza, S. F.: *Derecho...* cit., pp. 720-721.

la ley le otorga al funcionario administrativo un amplio campo de apreciación, para decidir si debe obrar o debe abstenerse, para resolver cuándo y cómo debe obrar, o aun, para determinar libremente el contenido de su posible actuación.

Y en los casos en que se dan los supuestos que prevé la norma, el órgano administrativo necesariamente impondrá la sanción, como se advierte de la tesis 414 de rubro: *FACULTADES DISCRECIONALES. NO TIENEN ESE CARÁCTER LAS QUE DERIVAN DE LA APLICACIÓN DE UNA NORMA QUE DEJA EN APTITUD A LA AUTORIDAD PARA IMPONER SANCIONES ENTRE UN MÍNIMO Y UN MÁXIMO*.<sup>15</sup>

Dicho de otra manera, las autoridades administrativas pueden cuantificar las multas que correspondan a infracciones cometidas y, al hacerlo, gozan de plena autonomía para fijar el monto que su amplio arbitrio estime justo dentro de los límites señalados en la ley; empero, al determinar la sanción, deben expresar pormenorizadamente los motivos que tengan para fijar la cuantía de la multa, para lo cual hay que atender a las peculiaridades del caso y los hechos generados de la infracción, y especificar cómo influyeron en su ánimo para detener dicho arbitrio en cierto punto entre el mínimo y el máximo en que oscila la multa permitida en la ley.

Otro ejemplo es cuando se solicita el registro de una marca y la autoridad examina si esa marca es susceptible de confundirse con otra en términos de la ley de la materia, y si ampara o no productos iguales o similares; dicha autoridad no está dotada de facultades discrecionales, sino de un arbitrio semejante al judicial, pues si se dan

<sup>15</sup> *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 2000*, jurisprudencia, tomo III, tesis 414, página 455.

las hipótesis de la norma, la autoridad está obligada a aplicar sus consecuencias legales, y a la inversa.

Las facultades discrecionales se caracterizan por el hecho de que, aun dada la hipótesis normativa, queda la autoridad facultada para aplicar o no sus consecuencias.

Determinar el parecido de dos marcas o dos clases de productos es materia de arbitrio no de discreción, siendo de notarse que en uno y otros casos, tiene que haber un juicio más o menos subjetivo, aunque basado en dichos objetivos, para llegar a una conclusión legal sobre si se ha satisfecho o no la hipótesis normativa para, en caso afirmativo, aplicar ineludiblemente la consecuencia legal prevista en la propia norma.

## **V. Las facultades discrecionales reguladas en el Código Fiscal de la Federación**

Para entender el contexto normativo en que actúa la administración y, por tanto, en que decide, en cuanto al margen en que la autoridad realiza una actividad de determinación de los contenidos normativos, cabe hacer la interpretación de un precepto que contiene una facultad discrecional, que constituye un supuesto jurídico que se presenta y se ha presentado en el quehacer administrativo.

Referente a que la posibilidad de compensar de oficio las cantidades que los contribuyentes tengan derecho a recibir de las autoridades fiscales por cualquier concepto, en términos del artículo 22 del propio código, que establece el pago de lo indebido, aun en el caso de que la devolución hubiera sido o no solicitada contra las cantidades que los contribuyentes estén obligados a pagar por adeudos propios o por retención a terceros, cuando éstos hayan quedado firmes por cualquier causa.

Del aludido numeral se desprende que los contribuyentes pueden optar por compensar las cantidades que tengan a su favor contra las que estén obligados a pagar por adeudo propio o por retención de terceros, siempre que ambas deriven de impuestos federales distintos de los que se estimen con motivo de la importación, los administre la misma autoridad y no tengan destino específico, presentando el aviso correspondiente.

Asimismo, no se podrán compensar las cantidades cuya devolución se haya solicitado, o cuando haya prescrito la obligación para devolverlas, ni las cantidades que hubiesen sido trasladadas de conformidad con las leyes fiscales, expresamente y por separado o incluidas en el precio, cuando quien pretenda hacer la compensación no tenga derecho a obtener su devolución en términos del artículo 22 del código, que establece el pago de lo indebido.

Inclusive, las autoridades fiscales podrán compensar de oficio las cantidades que los contribuyentes tengan derecho a recibir de dichas autoridades por concepto de pago de lo indebido, aun en el caso de que la devolución hubiera sido o no solicitada, contra las cantidades que los contribuyentes estén obligados a pagar por adeudos propios o por retención de terceros, cuando estos hayan quedado firmes por cualquier causa.

Ahora, en el citado numeral se establecen dos supuestos diferentes a efecto de llevar a cabo la compensación, el primero de ellos se refiere al derecho que tiene el contribuyente a compensar las cantidades que tengan en su favor contra las que esté obligado a pagar, para lo cual se establece de manera expresa que no se podrán compensar las cantidades cuya devolución se haya solicitado.

También dispone dicho artículo la facultad de la autoridad para compensar, de oficio, las cantidades que se adeuden al contribuyente por concepto de pago de lo indebido, independientemente de que hubiera existido o no la solicitud de devolución.

Por ejemplo, si lo que el contribuyente pretende es ejercer el derecho a compensar, ello no es posible toda vez que existe prohibición expresa de llevar a cabo una compensación de cantidades cuya devolución se ha solicitado previamente.

Otro ejemplo, si lo que el contribuyente pretende es que la autoridad ejerza su facultad discrecional de compensar de oficio las cantidades a que se ha hecho referencia, también trae como consecuencia que no sea posible compensar dichas cantidades, ya que la facultad de que se habla es discrecional, donde expresamente se señala que las autoridades fiscales podrán compensar de oficio las cantidades que los contribuyentes tengan derecho a recibir de dichas autoridades por concepto de pago de lo indebido, contra las cantidades que los contribuyentes estén obligados a pagar.

De tal suerte, al establecer una facultad discrecional por parte de la autoridad, no existe, en la especie, una obligación de ésta para que necesariamente efectúe la compensación de manera oficiosa, como se supondría haberlo solicitado el contribuyente, razón por la cual no existiría derecho alguno a favor de este.

Para abundar sobre el tema, cabe mencionar que las facultades discrecionales existen cuando la ley otorga a las autoridades administrativas prerrogativas para decidir a su arbitrio lo que considere correcto en una situación determinada, en cambio las facultades regladas existen cuando la norma señala las consideraciones para su aplicación, las cuales obligan a la autoridad a cumplir con lo que la ley señala.

Otro supuesto envuelve el término *podrán* que aparece en la parte inicial del artículo 55 del Código Fiscal de la Federación, al establecer que las autoridades fiscales podrán determinar presuntivamente la utilidad fiscal de los contribuyentes o el remanente distribuible de las personas que tributan conforme al título III de la Ley del Impuesto sobre la Renta, sus ingresos y el valor de los actos, actividades o activos, por lo que deban pagar contribuciones cuando se opongan u obstaculicen la invención o desarrollo de las facultades de comprobación de las autoridades fiscales, no presenten los libros y registros de contabilidad, entre otras.

No ha de entenderse en el sentido de que el legislador otorgó a la autoridad administrativa la facultad discrecional de dar o no la oportunidad al contribuyente de que corrija su situación fiscal cuando exista la posibilidad de determinarse presuntivamente su utilidad fiscal, pues el alcance de la norma no radica en el significado puramente gramatical que se le pide al término aludido, sino del resultado que se obtiene del examen relacionado con la naturaleza de las facultades conferidas a la autoridad hacendaria.

Ahora bien, conforme a la disposición citada es claro que se está en presencia de facultades regladas, pues dicha norma señala las consideraciones pertinentes para su aplicación, como lo es que el visitado se encuentre en alguna de las causales de determinación presuntiva establecidas por la ley, y que la autoridad visitadora tenga elementos suficientes para apreciar en lo fundamental la situación fiscal del visitado; eventos que obligan a la autoridad a proceder al cumplimiento forzoso con lo que la ley de la materia estatuye.

Por otra parte, el artículo 66 del Código Fiscal de la Federación, establece una facultad discrecional en favor

de las autoridades fiscales, consistente en que a petición de los contribuyentes, podrán autorizar el pago a plazos, ya sea en parcialidades o diferido, de las contribuciones omitidas y de sus accesorios, sin que dicho plazo exceda de dos meses para pago diferido y de treinta y seis meses para pago en parcialidades, siempre que los contribuyentes presenten el formato que para tal efecto establezca el Servicio de Administración Tributaria y paguen el 20% del monto total del crédito fiscal al momento de la solicitud de autorización del pago a plazos.

Facultad que, si bien es cierto, no es para ejercerse o aplicarse en forma caprichosa o arbitraria, dado que la autoridad para tal efecto debe ajustarse a la ley y a la lógica (fundamentación y motivación), y, desde luego, está sujeta a control constitucional, también lo es que el hecho de que el particular satisfaga los requisitos previstos en la hipótesis legal, no es suficiente para que la autoridad forzosamente deba aplicar la consecuencia, ya que ésta queda a su discreción, naturalmente expresada en forma fundada y motivada.

También debe invocarse para advertir las facultades discrecionales de las autoridades administrativas o fiscales, el artículo 69 del Código Fiscal de la Federación, que establece la obligación del personal oficial que intervenga en los diversos trámites relativos a la aplicación de las disposiciones tributarias, de guardar absoluta reserva en lo conveniente a las declaraciones y datos suministrados por los contribuyentes o por terceros con ellas relacionados, así como los obtenidos en el ejercicio de las facultades de comprobación, con las limitaciones que dispone el propio numeral en cuanto a la aplicación de dicha reserva.

Y el artículo 74 del código tributario federal, prevé una facultad genérica en favor de la autoridad hacendaria consistente en la posibilidad de condonar, hasta el 100%,



las multas por infracción a las disposiciones fiscales y aduaneras, inclusive las determinadas por el propio contribuyente que hubiesen quedado firmes con base en la apreciación discrecional de las circunstancias particulares de cada caso y las causas que asignaron la imposición de la sanción, para lo cual el Servicio de Administración Tributaria establecerá, mediante reglas de carácter general, los requisitos y supuestos por los cuales procederá la condonación, así como la forma y plazos para el pago de la parte no condonada.

Asimismo, establece que la solicitud de condonación de multas en los términos del citado numeral, no constituirá instancia y las resoluciones que dicte la Secretaría de Hacienda y Crédito Público al respecto, no podrán ser impugnadas por los medios de defensa que establece el Código Fiscal de la Federación.

## **VI. Facultades discrecionales de apariencia negativa de las autoridades administrativas**

Hablar en ese tenor, bajo el criterio estrictamente personal del que suscribe, el más próximo ejemplo es el que atiende a la intención de dividir la Ciudad de México en regiones para vender la gasolina en tarifas distintas o a precios diferenciados, cuya determinación fue emitida por la Comisión Reguladora de Energía; inclusive, la decisión de la Federación de cobrar distintas tarifas por la gasolina en el país fue discrecional y sin bases para generar condiciones de equidad.

Aquí cabe señalar que en el caso de la Megalópolis se argumentó que el cobro por traslado de combustible se debe a la complejidad en la transportación, porque no se tiene la infraestructura adecuada.

Al respecto, mucho se ha dicho de que no hay razones para subir el precio de la gasolina, inclusive, si bien el

precio del petróleo ha aumentado y el tipo de cambio se ha recuperado en los últimos meses, podría pensarse que el aumento a las gasolinas debería ser marginal o, incluso, bajar. Todo esto, sin mayor comentario, queda a la reflexión de usted estimado lector.

Diverso caso mucho más trascendente atañe al secreto fiscal y discrecionalidad del Servicio de Administración Tributaria para condonar créditos fiscales, de lo cual cabe preguntarse qué tan grave o delicado es la facultad de mérito frente a la discrecionalidad que ha ejercido dicho órgano desconcentrado de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para favorecer a empresas importantes con perdones fiscales, como lo ha mencionado Eduardo Revilla,<sup>16</sup> profesor del Instituto Tecnológico Autónomo de México.

Entretanto aludió a que se abrió la caja de pandora en materia fiscal, con la revelación de una lista de contribuyentes a los que se condonó deudas millonarias, la cual forma parte de una investigación realizada por la organización no gubernamental Fundar, titulada *privilegios fiscales, beneficios inexplicables para unos cuantos*.

Mencionó el referido catedrático y abogado que hay quienes se oponen al secreto fiscal, es decir, a que el fisco revele los detalles de las condonaciones fiscales, por ejemplo, montos o nombres de quienes recibieron el beneficio, argumentando principalmente, que la reserva de información puede dar cabida a la discrecionalidad. Otros defienden el secreto fiscal porque de dar publicidad a lo anterior podría dar pie a la competencia desleal, hágame usted el favor, como coloquialmente se dice.

Empero, la mayoría coincide en que el secreto fiscal establecido en el artículo 69 del Código Fiscal

<sup>16</sup> Revilla, E.: *Secreto fiscal...* cit.

de la Federación, no es claro respecto a qué casos se puede aplicar y en cuáles no, pues organizaciones como Fundar y México Evalúa argumentaron que el Servicio de Administración Tributaria debe hacer públicos los nombres y montos, así como los motivos por los cuales se realizó una condonación de impuestos para evitar que el beneficio se asigne discrecionalmente y para generar credibilidad.

Respecto de lo cual, siguió diciendo, el argumento del Servicio de Administración Tributaria para no publicar esta información se debe a un tecnicismo, pues lo que dicen es que la multa existía hasta ese momento y que es un crédito fiscal que no es parte de las obligaciones de transparencia que están en la ley general.

Cabe recordar que en 2013, el Congreso impulsó un programa masivo de condonaciones que se denominó *Ponte al corriente*, aunque hubo voces de que el problema es que no existen criterios generales que acoten cuándo se pueden ejecutar los programas de condonación deberían implementarse estos programas con una justificación más allá de dos o tres párrafos de un decreto, porque para que el programa fuera posible los legisladores añadieron un artículo tercero transitorio a la Ley de Ingresos de la Federación, con un análisis serio en términos de política pública y además que esos programas no beneficien de manera continua a los contribuyentes.

*Ponte al corriente*, según, tenía por objetivo condonar principalmente multas por incumplimiento de obligaciones fiscales del ejercicio 2013 y anteriores. El programa recaudó 40,335 millones de pesos brutos y condonó 166,479 millones de pesos. En ese año el Servicio de Administración Tributaria fue ampliamente

criticado, porque entre los condonados figuraron empresas como Televisa con 3,334 millones de pesos, señaló la investigación de Fundar; de ahí lo conveniente para algunos, de dichas facultades discrecionales y su falta de control.

## VII. El control jurisdiccional de la facultad discrecional administrativa

Se considera que la discrecionalidad administrativa tiene como límite el principio de legalidad, porque sin lugar a dudas, una de las características del Estado de derecho es la sujeción de la administración a los controles jurisdiccionales, que supone la posibilidad de encontrar un referente que establece el lindero de licitud o regularidad de la actuación pública.

En el Derecho comparado se han presentado diversas opciones, para un sistema de corte contencioso administrativo se ha caminado en la dirección de que el juez adquiera plena jurisdicción, de la cual no hay espacios exentos a su control. La influencia nos llega en la ruta de España a nuestros tribunales contenciosos administrativos, al menos a nivel federal, con la instauración, hace algunos años, de la plena jurisdicción al ahora Tribunal Federal de Justicia Administrativa; justamente al inicio de este milenio y refrendando dieciséis años después con las reformas publicadas en agosto de 2016.

Por consiguiente, en el plano jurisdiccional se dice que aunque las autoridades administrativas cuenten con libertad de apreciación que la ley otorga para actuar o abstenerse, con el propósito de lograr la finalidad que la propia ley les señala, su ejercicio implica, necesariamente, la posibilidad de optar o elegir entre dos o más decisiones, o bien, que cuentan con espacios

propiamente discrecionales, de apreciación, sea de los hechos determinantes o de las consecuencias o efectos jurídicos.

Lo cual no permite la arbitrariedad, ya que esa actuación de la autoridad sigue sujeta a los requisitos de fundamentación y motivación exigidos por el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, permitiendo que los actos discrecionales sean controlados por la autoridad jurisdiccional.

Lo anterior implica que las autoridades administrativas, aun con facultades discrecionales, pueden ser censuradas por un órgano jurisdiccional cuando se ejercen en forma arbitraria o caprichosa, no invoca las circunstancias que concretamente se refieren al caso discutido, resultan alteradas o son inexactos los hechos en que se pretende apoyar la resolución, o cuando el razonamiento en que la misma se apoya es contrario a las reglas de la lógica.

En consecuencia, las autoridades administrativas, aun tratándose del ejercicio de facultades discrecionales, deben observar las normas legales de competencia y forma, así como realizar el acto según el fin de la ley, sin que les sea dable apartarse de los motivos justificantes de su decisión, ni falsear los datos o hechos que invoque, mucho menos concluir razonamientos ilógicos o contrarios al fin último y al interés esencial de su actuación, lo cual se encuentra enmarcado por la necesidad de fundar y motivar su decisión, lo que se corrobora con el criterio que ha sostenido el Tribunal Federal de Justicia Administrativa, mismo que ha sido ratificado por los tribunales del Poder Judicial de la Federación, de que no sólo las facultades regladas deben ser legales, sino que también lo deben ser las discrecionales.

A lo largo de su quehacer jurisdiccional, el Tribunal Federal de Justicia Administrativa<sup>17</sup> ha distinguido entre facultad discrecional y facultad reglada, cuando las facultades o poderes de que se encuentra investido el órgano administrativo se encuentran establecidos en la ley, no sólo señalando la autoridad competente para obrar, sino también su obligación de obrar y cómo debe hacerlo, en forma que no deja margen alguno para la apreciación subjetiva del funcionario sobre las circunstancias del acto, se está en presencia de facultades o poderes totalmente reglados, vinculado su ejercicio por completo a la ley.

### VIII. Conclusiones

Es válido que ante el sometimiento a las normas de derecho, por parte de los órganos del Estado, como obligación de todas las autoridades de ajustarse a los preceptos legales que norman sus actividades y las atribuciones que la ley les confiere, no obstante que sus facultades se encuentren investidas de discrecionalidad para elegir entre varias posibilidades el sentido de su actuar, tener como límite el principio de legalidad en relación con la sujeción de la administración a los controles jurisdiccionales, tales como el juicio de amparo y el juicio contencioso administrativo, ya sea federal o local, que suponen la posibilidad de encontrar un referente de licitud o regularidad de la actuación pública.

Por lo que en ejercicio de facultades discrecionales, la administración debe observar las normas legales de competencia y forma, así como realizar el acto según el

<sup>17</sup> En la tesis número II-J-165, del Pleno de la Sala Superior del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, del rubro: *FACULTADES REGLADAS Y FACULTADES DISCRECIONALES. SU DISTINCIÓN*, publicada en la *Revista del Tribunal Fiscal de la Federación*, número 42, año V, Segunda Época del mes de junio de 1983, p. 871.

fin de la ley, sin que le sea dable apartarse de los motivos justificantes de su decisión, ni falsear los datos o hechos que invoque, mucho menos concluir razonamientos ilógicos o contrarios al fin último y al interés esencial de su actuación. Así pues, la autoridad que realiza un acto administrativo en ejercicio más o menos amplio de facultades discrecionales, no está liberada de la obligación constitucional de fundar y motivar su actuación.

También debe ponderarse como en otras legislaciones de América Latina (Cuba), donde mucho se ha dicho que la potestad discrecional de la administración, estrictamente considerada, no es susceptible de control jurisdiccional, pero el acto que la contiene sí es revisable por esa vía con respecto a los elementos reglados que todo acto administrativo debe observar; en consecuencia, la procedencia o no de la pretensión que contra él se dirija es una cuestión de fondo a examinar en la sentencia.

Finalmente, en nuestro México los tribunales federales, así como la Suprema Corte de Justicia de la Nación en cada caso concreto, deben hacer un replanteamiento de los criterios que se han sostenido y permanecido en el campo jurídico, los que incluso hasta hoy, ciertamente, limitan la revisión judicial de los actos administrativos donde se ejercen facultades discrecionales, a fin de adecuar la realidad a las concepciones actuales del Derecho Administrativo, a fin de arribar a la plena realización del derecho y la justicia social.

## IX. Referencias

- Acosta Romero, Miguel: *Teoría general del Derecho Administrativo*, 7ª. Edición. Porrúa, México, 1986.
- Cea Egaña, José Luis: “Hermenéutica constitucional, soberanía legal y discrecionalidad administrativa”, en *Revista Chilena de Derecho*,

Vol. 11, 1984.

- De la Garza, Sergio Francisco: *Derecho Financiero mexicano*. Porrúa, México, 1994.
- Marcheco Acuña B.: “El control judicial de la potestad discrecional de la administración pública en Cuba”, en *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 39, núm. 110, enero-junio, 2009.
- Nava Negrete, Alfonso: “Ley y administración”, en *Revista del Tribunal Fiscal de la Federación*, 2ª Época, Año II, número 11, marzo-abril de 1980, México, Tribunal Fiscal de la Federación.
- Revilla, Eduardo: *Secreto fiscal y discrecionalidad del SAT para condonar impuestos divide opinión de expertos*, publicación de 3 de octubre de 2016, por Arena Pública, <http://arenapublica.com.articulo/2016/10/03/5157>.
- Roldán Xopa, José: “Control jurisdiccional y decisión administrativa”, en *Lex. Difusión y análisis*, número 96, junio de 2003, 8º aniversario.
- Sainz Moreno, Fernando: *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, Civitas.
- Salgado Ledesma, Eréndira: *Manual de Derecho Administrativo, acto y autoridades administrativas*. Editorial Porrúa y Universidad Anáhuac, México, 2015.
- Sánchez Gutiérrez, José Humberto: *El acto discrecional: principios que lo rigen y su jerarquía*. Ver en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2396/24.pdf>
- Santofimio, Jaime Orlando: *Acto administrativo, procedimiento, eficacia y validez*. Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1994.

- Villar Palasi, José Luis: *Apuntes de Derecho Administrativo, Parte General*, Tomo I. Madrid 1977, Ed. Artigrafía.

***Legislación consultada***

- *Código Fiscal de la Federación*
- *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*
- *Semanario Judicial de la Federación*

PRESENCIA DE LA DEFENSORÍA



---

## **La argumentación jurídica y la retórica en los juicios orales**

*Cornelia Sánchez Campos\**

SUMARIO: Introducción. I. Concepto de argumentación jurídica. II. Argumentación jurídica y retórica. III. Argumentación y debate jurídico. IV. La argumentación en los juicios orales (sistema acusatorio). V. Aplicación de la retórica en los juicios orales. Conclusiones. Bibliografía.

### **Introducción**

En el primer capítulo nos enfocaremos en el concepto de argumentación jurídica, desde su origen etimológico proveniente del latín *argumentum*, palabra compuesta por *arguere* que significa *sacar en claro o dejar ver con claridad* y *mentum* que quiere decir *instrumento o medio*, hasta los significados más actuales, dejando ver que en todo momento la argumentación jurídica tiene como base la existencia de una controversia o contradicción que debe ser debatida por los contendientes ante un órgano jurisdiccional hasta llegar a su convencimiento.

Enseguida nos centramos en el análisis de la argumentación jurídica y la retórica, la segunda como elemento necesario de la primera para su utilización en el campo de los juicios orales, destacando la argumentación retórica clásica al estimar que las etapas establecidas

---

\* Titular de la Delegación Chihuahua del Instituto Federal de Defensoría Pública.

por Quintiliano en su obra *Institutiones* siguen vigentes cuando se trata de discurso, debate y oralidad, siempre y cuando sus principios básicos sean actualizados con las modernas teorías de la argumentación jurídica.

En el siguiente apartado se toca el punto de la argumentación en el debate jurídico, por considerar que la sistematización del discurso en la contienda legal no sólo contribuye a la discusión democrática y crítica de las partes, sino que también proporciona técnicas que les permiten plantear y defender sus teorías con eficacia, en aras de lograr la convicción del órgano judicial con base en los argumentos jurídicos vertidos de la mejor forma para la solución del caso planteado.

El capítulo cuarto se refiere a la importancia de la argumentación jurídica en los juicios orales, debido al auge que ha cobrado la implementación de estos últimos en los países latinos, incluido el nuestro, considerándose que todo fiscal, defensor o juez, que participe en las audiencias de este orden, deberá contar con los conocimientos jurídicos suficientes, incluyendo técnicas de argumentación y de retórica, para que pueda intervenir con éxito tanto en el planteamiento de su teoría como en la refutación de la tesis contraria.

Finalmente, nos ubicamos en la adecuación de cada parte de la retórica clásica, ahora denominada por los juristas *argumentación retórica clásica*, en el desarrollo de una audiencia de juicios orales, en el entendido de que deberá de prescindirse del uso impropio o inoportuno del arte retórico o de sofisterías, así como razones que no correspondan al caso, por considerarse que no contribuyen al objetivo de una contienda judicial en donde el lenguaje adecuado será el mejor elemento para comunicarse y crear convicción en quien deba decidir.

## I. Concepto de argumentación jurídica

La argumentación jurídica ha logrado en la actualidad un gran auge y desarrollo debido, por un lado, a la exigencia dirigida hacia los órganos jurisdiccionales para que ofrezcan razones más sólidas y sistematizadas que den sustento a sus resoluciones y, por el otro, a la necesidad de los litigantes de desarrollar técnicas de argumentación para la mejor defensa de los intereses de sus representados.

Si los argumentos son razonamientos que se emplean para demostrar una proposición o para convencer a otro de aquello que se afirma o se niega, la *argumentación jurídica* puede considerarse la ciencia que se encarga de explicar las razones por las cuales se aplica el derecho de una forma u otra tendientes a crear convicción en determinadas personas. Argumentar es plantear una buena razón para convencer a otros de adherirse a cierta tesis o de adoptar alguna teoría o comportamiento.

Un argumento es análogo a un conjunto de fases, las cuales principalmente establecen el progreso del argumento desde el enunciado inicial acerca de un problema sobre el que no se ha llegado a un acuerdo, hasta la conclusión final. Hablar de argumentos es un indicio de la existencia de un problema, donde la validez de éstos ha de ser finalmente establecida o refutada, generando así la resolución de la discrepancia.

La palabra argumentación deriva del término *arguere* que quiere decir *sacar en claro* o *dejar ver con claridad*. Los fonemas indoeuropeos de los que deriva son *argu* y *arg*, términos que se refieren a la claridad y al brillo. De esa misma raíz etimológica deriva la palabra *argentum* que se refiere a la plata, la cual recibía ese nombre debido a que este metal posee ambas cualidades. De forma metafórica, los antiguos latinos consideraban que las características

de la plata representaban un conjunto de ideas de un modo claro y que brillara por sí solo. De ahí que el objeto de la argumentación sea presentar ideas diáfanas que nadie pueda cuestionar.<sup>1</sup>

La argumentación jurídica se distingue –por lo menos en su sentido clásico y etimológico– como el ejercicio de razonamiento que busca que una idea o una explicación sean claras y brillen por sí solas. Por eso Cicerón define a la argumentación como *las razones que hacen fe de una cosa dudosa* y San Isidoro de Sevilla sostiene que *el argumento no ofrece nunca prueba a base de testigos o de documentos escritos, sino que encuentra la verdad sirviéndose únicamente del raciocinio*; y de ahí viene el nombre de *argumentum*, es decir, *argutum inventum* (invención sagaz).<sup>2</sup>

De acuerdo con el jurista mexicano José Luis Vallarta Marrón, hijo del ilustre abogado Ignacio L. Vallarta: *argumentación jurídica es un razonamiento que tiene por fin convencer a otra persona acerca de la corrección o veracidad de una tesis, conforme a Derecho*.<sup>3</sup>

Cualquiera que sea la naturaleza de la función del jurista, la argumentación será el instrumento para convencer al juez, a la opinión pública, a las partes en un litigio o al medio académico, dejando siempre lugar a argumentaciones meta-jurídicas con tal de lograr la persuasión. Se afirma esto, en razón de que la argumentación del abogado postulante generalmente está impregnada de parcialidad y subjetividad de acuerdo con los intereses de la parte que representa.

La teoría de la argumentación jurídica, contempla las artes y las ciencias del debate, retórica, dialéctica

parlamentaria, diálogo, conversación y, por supuesto, la persuasión. Estudia las reglas de la inferencia, la lógica y las reglas de procedimiento en ambos sistemas. La argumentación se ocupa principalmente de llegar a conclusiones a través del razonamiento lógico, es decir, afirmaciones basadas en premisas.

De acuerdo con Jaime Cárdenas Gracia *la argumentación es una superación de las teorías tradicionales de la interpretación, en las cuales importa cómo se motiva, cómo se descubren los argumentos, cuáles son sus tipos y cómo se puede evitar la manipulación de los instrumentos retóricos. Se considera que es importante dar razones para sostener las pretensiones y que no sólo implican apelar a la autoridad y al procedimiento, sino que entrañan a su contenido para que mediante la ponderación sean elegibles las razones más convincentes*.<sup>4</sup>

Aunque en la teoría de la argumentación se incluye el debate y la negociación, las cuales están dirigidas a alcanzar unas conclusiones aceptables de mutuo acuerdo, su principal motivación circunscribe la rama del debate social en el que la victoria sobre un oponente es el principal objetivo.

Este arte y ciencia son, con frecuencia, el medio por el cual algunas personas exponen sus creencias o intereses en un diálogo racional, en simples coloquios o durante el proceso de argumentación o defensa de ideas. La argumentación es usada en los juicios para probar y comprobar la validez de ciertos tipos de evidencias.

## II. Argumentación jurídica y retórica

La retórica, del latín *rethorica* es el arte del bien decir, de embellecer la expresión de los conceptos, de dar al

<sup>1</sup> Otero Praga, M. e Ibáñez Mariel, R.: *Argumentos...* cit., pp. 62 y 63.

<sup>2</sup> Hernández Franco, J.A.: *Argumentación...* cit., p. 32.

<sup>3</sup> Vallarta Marrón, J.L.: *Argumentación...* cit., p. 2.

<sup>4</sup> Cárdenas Gracia, J.: *La argumentación...* cit., p. 203.

lenguaje escrito o hablado eficacia bastante para deleitar, persuadir y conmover. Esta primera acepción presenta la cara positiva del tópico, pero la retórica muestra también una cara negativa que se concreta en los siguientes significados: uso impropio o intempestivo del arte retórico o sofisterías, o razones que no son del caso.

*La retórica es la técnica consistente en presentar la propia posición envuelta con el ropaje de la exquisitez verbal o escrita que le presta plausibilidad e incita a persuadir o conmover. Si quien presenta su posición de esta manera, logra su objetivo, obtendrá un derecho artístico que es definido por Puy Muñoz en su Tópica Jurídica, como el tópico con el que se presenta la propia posición jurídica rodeada de la belleza formal propias del lenguaje y del discurso jurídico, para hacerla más atractiva al juez o a la parte contraria, a la hora de enjuiciarla o valorarla.*<sup>5</sup>

La fuerza del tópico radica en que el jurista, capaz de producir un derecho artístico, tendrá más posibilidades de alcanzar su objetivo que el incapaz de presentar su conocimiento embellecido con el arte de la retórica.

A lo largo de los siglos, la retórica constituía una herramienta imprescindible para todo jurista, quien debía conducirse en sus escritos y en sus discursos con una corrección impecable, lo que se llegó a convertir casi en un sello personal de la función que el jurista debería desarrollar en su vida. Virtud que se ha venido perdiendo a través de los tiempos, pero tiende a cobrar vigencia en la implantación de la oralidad en los juicios.

### **1. La argumentación retórica clásica**

En la antigüedad, la retórica fue sistematizada por Quintiliano en su obra *Instituciones*, la que tuvo gran

trascendencia, incluso fue el libro de texto por el cual se formaron gran cantidad de generaciones durante la Edad Media. Quintiliano dividió la preparación del discurso en cinco etapas, que denominaba: *inventio*, *dispositio*, *elocutio*, *memoria* y *actio*.

La *inventio* se concretaba en el hallazgo de argumentos. Era cronológicamente, el primer momento del proceso. El orador almacenaba el conjunto de razones que podrían servirle para la defensa de su posición. Un buen orador no se olvidaba de incluir algunos argumentos que pudieran molestar su propia defensa, porque su uso adecuado, sobre todo anticipándose a las posibles objeciones del contrario, era determinante para salir airoso de la contienda.

La *dispositio* era el momento en que se organizaba y ordenaba todo el material almacenado y se seleccionaba lo que convenía presentar al público y lo que debía ser desechado. Esta segunda fase suponía un avance organizativo en relación con la primera.

La *elocutio* era la fase en la que se estructuraba el argumento que se quería presentar; había que elaborar el esquema de trabajo de forma que fuese conducente y adecuado para la postura que se iba a defender y la finalidad que se quería alcanzar.

La cuarta fase se denominaba *memoria* y consistía en retener en la mente las palabras y la estructura de las ideas de manera que pudieran ser recordadas en el momento oportuno. Esta etapa se considera importante porque en la lectura de un discurso se está impedido para percibir las reacciones de quien escucha, además la posibilidad de hablar sin leer permite hacer más ameno el discurso y produce en quien escucha la sensación de que el hablante domina el tema que está exponiendo.

<sup>5</sup> Otero Parga, M.: *Cuestiones...* cit., p. 191.

En la quinta y última fase, que es la que se conoce con el nombre de *actio* o *pronuntiatio*, se realiza la representación o dramatización del discurso. Se considera importante porque es la parte destinada a inclinar la voluntad del oyente suscitando sus afectos, recurriendo a móviles éticos o pragmáticos y provocando su compasión (*conquestio* o *conmiseratio*) o su indignación (*indignatio*) para atraer la piedad del público y lograr su participación emotiva.

En esta etapa se resume y sintetiza lo que fue desarrollado para facilitar el recuerdo de los puntos fuertes y lanzar la apelación a los afectos; es un buen lugar para lanzar un elemento nuevo, inesperado e interesante que refuerce todos los demás creando en el que escucha una impresión final positiva y favorable.

La retórica creada por Quintiliano viene a formar parte de lo que ahora los juristas denominan *argumentación retórica clásica*, método que tiende a cobrar vigencia en la actualidad por contener enseñanzas básicas para el desarrollo de los debates en los juicios orales, en donde el lenguaje es la carta fuerte para comunicarse y crear convicción en quien debe decidir sobre el caso planteado.

*La retórica nos provee de los instrumentos necesarios a fin de generar formas adecuadas de comunicación de saberes prácticos para cada tipo de situaciones en un contexto argumentativo, respecto de un auditorio al que se busca enseñar, conmover y deleitar; y obtener en nuestro caso de la retórica jurídica, una decisión judicial o una negociación favorable.*<sup>6</sup>

Entre los retóricos griegos se reconocían tres tipos de discurso:

*El judicial*, era el que iba dirigido a los jueces y trataba de convencer sobre lo justo o lo injusto a fin de acusar o defender a alguien.

*El deliberativo*, iba dirigido a una asamblea y tenía como finalidad persuadir sobre lo útil o nocivo de algo mediante la acción de aconsejar o desaconsejar.

*El epidíptico*, era dirigido al público en general y trataba de demostrar que algo era hermoso, ejemplar o siniestro, a través del elogio o la vituperación.

Este esquema fue desarrollado por Aristóteles en su libro de *Retórica*, en el que destaca que en cada uno de los géneros del discurso, el tipo de auditorio y el fin son distintos.<sup>7</sup>

## 2. Nueva argumentación retórica

Este método se le atribuye al polaco Perelman, quien buscaba una teoría de la argumentación distinta a la de la demostración que parte de la evidencia y se sirve de la lógica formal. Según este autor, el discurso busca la adhesión del auditorio y no está en relación con la verdad de las tesis presentadas. El discurso persuasivo se construye en función de la imagen que el orador se ha hecho de su público. Lo hace fundándose en supuestos puntos de acuerdo y en premisas que se entienden compartidas.

La aportación principal de Perelman es la creación del *auditorio universal*, constituido por todos los seres dotados de razón, en el cual los valores también universales llegarían a su objetivación por el grado de convicción alcanzado por todos sus componentes.<sup>8</sup>

La diferencia del *auditorio universal* radica en que no es susceptible de persuasión sino de convicción, debido

<sup>6</sup>Otero Praga, M. e Ibáñez Mariel, R.: *op. cit.*, p. 76.

<sup>7</sup> Almanza Altamirano, F. y Peña Gonzáles, O.: *Manual de...* cit., p. 135.

<sup>8</sup> Otero Praga, M. e Ibáñez Mariel, R.: *op. cit.*, p. 90.



a que éste está formado por seres dotados de razón. *El discurso destinado a la convicción del hombre promedio razonable se transmite a través de un soporte mediático incapaz de procesar esa convicción, y que la sustituye por una persuasión rudimentaria fijada en la imagen, donde se introduce en el receptor de modo clandestino y deforme. Es el destino de los grandes mensajes que apuntan a la paz, al amor, a la amistad.*<sup>9</sup>

El concepto *auditorio* es central en la teoría de la argumentación de Perelman. Este autor considera que un argumento es fuerte cuando es capaz de convencer a un auditorio universal, y un argumento es débil cuando sólo es capaz de convencer a un auditorio particular. Para su teoría no existen razones verdaderas o falsas, sino razones fuertes o débiles.

### 3. Argumentación retórica aplicada

Esta teoría se le atribuye a Neil MacCormick, quien estudia el razonamiento jurídico a partir de la práctica de la argumentación ante los estrados. Para este autor, la argumentación es la labor de justificación de las resoluciones judiciales, es decir, buscar las razones que muestren que tales decisiones satisfacen tanto la justicia como el derecho, la afectividad integrada con la racionalidad; por esto también se le conoce como teoría integradora.

Según MacCormick, *los problemas se presentan sobre los hechos (prueba y calificación) o sobre el derecho (interpretación y relevancia). En estos casos, MacCormick plantea tres pilares para justificar la decisión, y para saber cuándo una decisión está mal tomada. Son los de universalidad, consistencia y coherencia, y consecuencia.*

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 91.

*En estos tres pilares se asienta tanto la justificación interna como la justificación externa de una decisión judicial.*<sup>10</sup>

El esquema justificatorio de MacCormick, se aplica asimismo a lo que podemos llamar casos extremos, también llamados casos trágicos, dilemáticos, en que confrontan dos derechos universales de igual ponderación al primer examen, donde toda resolución significa sacrificar uno de ellos; conflictos que giran sobre discordancias respecto de derechos fundamentales, valores y creencias que no pueden resolverse con los criterios tradicionales: jerárquico, temporal, de especialización o de prevalencia.

### III. Argumentación y debate jurídico

Sea cual fuere el debate o diálogo argumentativo, éste se desarrolla en etapas, y cada una de ella impone ciertas actividades a los participantes de acuerdo con el siguiente esquema:<sup>11</sup>

| ETAPA DE APERTURA   | ETAPA DE CONFRONTACIÓN   | ETAPA DE ARGUMENTACIÓN  | ETAPA DE CIERRE   |
|---|--|---|---|
| Los participantes se ponen de acuerdo en tres cosas: la cuestión que se debatirá, el tipo de diálogo a desarrollar y las reglas que lo regularán. | Se determinan el tema objeto del diálogo y las posturas que se sostendrán en el mismo. | Se plantean las líneas estratégicas de argumentación por cada parte tendientes a llegar a la resolución de la controversia. | Una vez que se consigue el objetivo del debate o el consenso entre los participantes, se debe dar por terminado el diálogo. |

<sup>10</sup> *Ibidem*, p.96.

<sup>11</sup> Almanza Altamirano, F. y Peña Gonzáles, O.: (citando a Ureta Guerra en la obra *Técnicas de argumentación jurídica para la litigación oral y escrita*), *op. cit.*, p. 137.

La retórica no sólo contribuye a la discusión democrática y crítica, sino que también proporciona técnicas que permiten a las partes atacar y defenderse con eficacia, pero lo más importante es que se puede considerar a la argumentación como una lucha o batalla con palabras en vez de armas.

Para entender el lenguaje jurídico se debe, sin más, entender el lenguaje en general, conocerlo desde su propia naturaleza. Hasta ahora ha prevalecido la idea de entender el lenguaje legal desde las ciencias sociales, pero ello no es una relación inseparable, es una relación decidida por la concepción de la ley como reguladora de la sociedad, y hasta ahí.

#### **IV. La argumentación en los juicios orales (sistema acusatorio)**

El nombre del sistema se justifica por la importancia que en él adquiere la acusación, ya que resulta indispensable para que se inicie el proceso, primero que exista la imputación y luego la acusación, la que implica que el acusado debe conocer detalladamente los hechos por los cuales se le somete a juicio; al juez le resulta imposible actuar de oficio, debe ser legalmente excitada su actuación por parte del órgano acusador.

El sistema acusatorio resulta propio de regímenes democráticos y liberales, sus raíces las encontramos en la Grecia democrática y la Roma republicana, en donde la libertad y la dignidad de quienes ostentaban la categoría de *ciudadano*, ocupaban un lugar preferente en la protección brindada por el ordenamiento jurídico de cada Estado.

Otros principios importantes de este sistema son la *oralidad*, la publicidad y la contradicción. Tanto en Grecia como en Roma la *oralidad* era inherente al proceso;

dado que la escritura no había alcanzado el desarrollo y utilización que más tarde lograría; la forma de expresión dominada por toda la gente, necesariamente fue la oral, es por esa razón que en esa época se hacían de viva voz los planteamientos, y de la misma forma se resolvían los asuntos llevados al conocimiento de los jueces.

Al confrontar este sistema con el inquisitivo se advierte cómo en el acusatorio el juez debe ocupar un puesto más pasivo en el desarrollo de la contienda judicial, lo que le permite lograr mayor imparcialidad frente a las partes. En general, el tribunal se involucra poco con las tesis de una y otra de las partes, limitándose a oírlas y valorarlas, al igual que a los testigos y presenciar el desahogo de las pruebas necesarias para demostrar el suceso fáctico en examen.

La pasividad del juez en la audiencia conlleva a que las partes se desempeñen con amplia libertad, para aportar argumentos y probanzas que le permitan mejor resolver, es por ello que la contradicción en el debate adquiere marcada importancia. Las tesis planteadas por las partes permiten una mejor búsqueda de la verdad real de lo acontecido. De acuerdo con el principio de igualdad, no puede existir preeminencia alguna de las partes y toda actuación debe tener una finalidad propia del procedimiento.

La oralidad conlleva una notable ventaja para el sistema, pero también se cree que posibilita un mayor grado de estigmatización del reo, pues la comunidad tendrá mayor posibilidad de conocerlo directamente al tener la posibilidad de comparecer personalmente al debate.

Podría pensarse que la oralidad es un peligro para que las partes con facilidad de dicción puedan manipular con sus argumentos a los jueces; sin embargo, de eso

no está exento el sistema escrito, pues la capacidad de argumentación puede constituir también una ventaja para el que escribe bien, los giros efectivos al exponer, pueden resultar ventaja o no, pero lo cierto es que los jueces también desarrollan capacidades propias que les permiten distinguir los argumentos valiosos de aquéllos que sólo pretenden sensibilizarlos en favor de alguna de las partes sin razón jurídica alguna.

De acuerdo con el principio de oralidad las peticiones de los abogados, los alegatos, las pruebas, el debate en juicio y los recursos requieren de la palabra hablada y, por lo tanto, es indispensable que los abogados sepan expresarse adecuadamente para que el juez o tribunal comprenda el mensaje y se convenza de sus peticiones. En el sistema penal acusatorio que se rige por los principios de oralidad y contradicción, las partes tienen la oportunidad para contradecir verbalmente los hechos y el derecho expresado por el contrario y, por lo tanto, es indispensable una adecuada y eficaz argumentación.

## V. Aplicación de la retórica en los juicios orales

Se estima que la retórica clásica sistematizada por Aristóteles y Quintiliano en la obra del último *Instituciones*, considerada en su aspecto positivo, es decir, –prescindiendo del uso impropio o intempestivo del arte retórico o de sofisterías, así como razones que no son del caso–, ahora denominada por los juristas *argumentación retórica clásica*, puede ser aplicada en la actualidad por contener enseñanzas básicas para el desarrollo de los debates en los juicios orales, en donde el lenguaje es la carta fuerte para comunicarse y crear convicción en quien debe decidir sobre el caso planteado.

Aristóteles dividió la retórica en cuatro partes: invención, disposición, elocución y acción; la tradición

romana (Cicerón y Quintiliano) añadió la memoria a estas cuatro partes. Estas etapas definen las cinco fases en el proceso de creación de un discurso eficaz.

*Los estudios retóricos han sido retomados en la segunda mitad del siglo XX en la nueva retórica, a partir de los trabajos de Perelman, Olbrechts-Tyteca (1958) y Toulmin (1958), en la que se concibe la naturaleza del lenguaje como esencialmente persuasiva. Se le considera un precedente histórico de las ciencias del lenguaje que se ocupan actualmente del estudio del uso lingüístico.*<sup>12</sup>

A continuación se relacionan las etapas de la retórica clásica denominadas Aristóteles, Cicerón y Quintiliano: *inventio*, *dispositio*, *exordio*, *narratio*, demostración, *elocutio*, *memoria* y *actio*, con las diversas actividades de los juicios orales.

### 1. *Inventio*

Es la etapa cognitiva de buscar información para el tema sobre el que va a tratar el discurso, descartando aquellas ideas que no sean pertinentes. Se trata de encontrar los argumentos más adecuados al propósito y las circunstancias de la comunicación. Para efecto de los juicios orales esta parte se traduce en:

- Analizar los hechos y las pruebas inherentes al caso para encontrar el entramado argumental que el fiscal o defensor deberá exponer.

### 2. *Disposición (dispositio)*

Es el momento de la planificación, de organizar el discurso en secuencias coherentes y con una orientación

<sup>12</sup>Centro Virtual Cervantes: página de internet: [cvc.cervantes.es/ensenanza/biblioteca\\_/retorica.htm](http://cvc.cervantes.es/ensenanza/biblioteca_/retorica.htm), 5 de enero de 2015.

argumentativa clara. Desde un punto de vista retórico, el discurso se articula en un exordio (introducción o proemio, en que se busca preparar el ánimo del auditorio), una narración (que persigue informar del tema del discurso o caso), una argumentación y demostración (que busca convencer de los argumentos a favor del caso en la confirmación, y disuadir de los argumentos contrarios en la refutación) y una peroración (o conclusión, en que el orador persigue conmover a la audiencia).

### A. Exordio

Es la primera parte del discurso, en la que se busca preparar el ánimo y llamar la atención del auditorio. Su función es indicar que el discurso comienza, procura atraer la atención del receptor, fijar su interés y establecer el tema, tesis u objetivo. Es necesario mostrar modestia para capturar la simpatía del público y quizás explotar su tendencia a identificarse con quien está en apuros o es débil.

El alegato de apertura o de clausura en un juicio oral, tiene por objeto llamar la atención y preparar el ánimo de los oyentes e indicar cuál es el contenido del discurso, y si el caso así lo requiere, puede iniciar con lo siguiente:

- Introducir brevemente la teoría del caso;
- Fijar o establecer la hipótesis acusatoria o de la defensa que se pretende demostrar en la argumentación (si es el alegato de apertura, porque si es el de clausura entonces el abogado deberá referirse a las pruebas desahogadas con las que demostró su teoría del caso);
- La hipótesis de la parte contraria para restarle el efecto sorpresa cuando sea enunciada por la contraparte;
- Mencionar en orden los cargos de la acusación;

- Manejar buen nivel de comunicación;
- Para atraer la atención se pueden utilizar figuras retóricas como anécdotas, citas, máximas, parábolas.

### B. La narratio

Es el desarrollo y la parte más extensa del discurso y describe los hechos necesarios para demostrar la conclusión que se persigue; sin embargo, debe evitarse aburrir al auditorio y procurar ser muy claro en la exposición. Si el tema presenta subdivisiones, es preciso adoptar un orden conveniente (*partitio* o *divisio*). En la *partitio* tenemos que despojar al asunto de los elementos que no nos conviene mencionar y desarrollar, amplificando aquéllos que sí nos convienen.

En esta parte el abogado deberá dar a conocer al juez los hechos relevantes del caso, pero sobre todo aquellos acontecimientos, personas o cosas que después, en la demostración, le sirvan de apoyo para probar su hipótesis. En ella se incluye:

- Narrar los hechos adecuándolos a las premisas fácticas y jurídicas;
- Mencionar los hechos relevantes que puedan demostrarse posteriormente con las pruebas;
- Describir los hechos ocurridos de manera cronológica;
- Mencionar las circunstancias de modo, tiempo y lugar, así como los elementos del delito de que se trata;
- La narración consta de las siguientes partes: I) iniciación o planteamiento, que son los antecedentes de la acción para ubicarnos en un lugar y tiempo determinado; II) nudo o complicación, que es la parte notable de la

narración en donde se va a referir al hecho motivo de la acusación; y, III) desenlace, que viene hacer la solución final o el resultado de las acciones, esto es las consecuencias del hecho.

### C. Argumentación y demostración

Es la parte más importante del alegato de clausura, porque en ella se demuestra la hipótesis y teoría del caso con pruebas y argumentos y se refuta la del contrario, y es aquí donde la retórica muestra su utilidad para convencer al juez de nuestra postura, para lo cual el abogado podrá:

- Enunciar y reafirmar la teoría del caso de manera persuasiva;
- Mencionar las pruebas en que se basa y demuestran la hipótesis;
- Enunciar los argumentos, ya sean lógicos como los razonamientos deductivos, inductivos, ya sean informales utilizando el modelo argumentativo de Toulmin;
- Utilizar tanto premisas fácticas como jurídicas para reforzar los argumentos;
- Objetar las pruebas de la parte contraria y se refutan sus argumentos, o se anticipan para restarles impacto.

### 3. Elocución (elocutio)

Es la etapa de la expresión en que el discurso toma forma. El estilo adecuado en retórica reúne cuatro cualidades: corrección, claridad, elegancia y decoro, cualidades que orientan la selección léxica y gramatical. Las denominadas figuras retóricas (usos no habituales de formas lingüísticas y significados) constituyen recursos elocutivos al servicio de la belleza y persuasión del discurso.

### 4. Memoria

Es una etapa de carácter interno y personal del abogado, pues su objetivo es utilizar las técnicas adecuadas para lograr la memorización del discurso, a fin de lograr la presencia duradera de éste en su mente para poder comunicarlo de forma eficaz ante un auditorio.

### 5. Actio, pronuntiatio o peroratio

Es el momento de la actuación, de la espectacularización del discurso. Las técnicas retóricas en esta fase se relacionan con el movimiento del cuerpo, el gesto y la modulación de la voz. Es la parte destinada a inclinar la voluntad del oyente suscitando sus afectos; se puede recurrir a móviles éticos o pragmáticos a fin de provocar la compasión (*conquestio* o *conmiseratio*) e indignación (*indignatio*), si el caso lo requiere, para lograr la participación emotiva del público mediante recursos estilísticos patéticos.

*Resume y sintetiza lo que fue desarrollado para facilitar el recuerdo de los puntos fuertes y lanzar la apelación a los afectos; es un buen lugar para lanzar un elemento nuevo, inesperado e interesante, el argumento-puñetazo que refuerce todos los demás creando en el que escucha una impresión final positiva y favorable.<sup>13</sup>*

Es el momento final del discurso en el que se resumen las partes más importantes de las conclusiones para que sean retenidas en la memoria del juez, no se trata de repetir los argumentos, sólo los más fuertes y contundentes, en esta parte se mencionan:

- Sólo los argumentos más importantes que puedan resistir las críticas y objeciones;

<sup>13</sup> Romera, Á.: *Manual de...* cit.



- Utilizar la amplificación pero con moderación;
- Evitar utilizar las falacias *ad misericordiam* y *ad populum* pues sería un mal uso de la retórica;
- Un buen alegato de clausura es un proyecto de sentencia para el juez;
- No usar la agresión verbal como arma de persuasión, ya que para lograr los resultados que perseguimos no es necesario que nos empenemos en ofender al abogado o a los jueces;
- Tampoco se debe utilizar el terrorismo verbal, los abusos de lenguaje, el sarcasmo encarnizado, no conducen a nada bueno. Más bien disponen en contra de quien recurre a tales recursos. Vistos con objetividad, parecen elementos retóricos dirigidos a ocultar el hecho de que no se cuenta con buenos argumentos, el que sabe usar bien los que tiene, puede permitirse ser cortés y comprensivo.

## Conclusiones

1. En los tiempos actuales en los que la argumentación jurídica ha cobrado auge tanto en el ámbito enseñanza-aprendizaje, como en su divulgación y aplicación, resultó de gran trascendencia investigar su significado, origen y evolución, concluyendo que las bases y principios de los filósofos griegos y romanos en las artes que precedieron a la teoría de la argumentación jurídica, siguen teniendo vigencia, siempre y cuando sean renovadas y complementadas con los pilares que le dan sustento a la ciencia de la lógica y del razonamiento.

2. En el segundo capítulo de este trabajo nos hemos enfocado en el análisis de la retórica, por ser el elemento que cobra más importancia en las actividades inherentes a los juicios orales, pues del uso de un lenguaje y de

una técnica adecuada en el ámbito de la oratoria y de la retórica, dependerá el éxito del planteamiento argumentativo de las teorías del caso de cada parte, así como de la fuerza de convicción que se logre permear hacia el órgano jurisdiccional para lograr la emisión de una resolución jurídicamente correcta y justa.

3. No se pasó por alto el impacto de la aplicación de las técnicas del debate argumentativo en el plano de las audiencias orales de las que ahora nos ocupamos, por lo que se clasificaron en forma general las diversas fases de los juicios en cuestión para dar cabida a la argumentación en las actividades de los operadores jurídicos en el alegato de apertura, en la confrontación de las partes al sostener cada una su postura ante la controversia, en el desahogo de pruebas, así como en los interrogatorios y contrainterrogatorios, sin dejar de mencionar la actividad argumentativa en el cierre del debate que equivale al elemento *actio* o *pronuntatio* del arte retórico.

4. Para mejor entendimiento de la relación que se da entre la argumentación jurídica y los juicios orales en el sistema penal acusatorio, los cuales tienden a generalizarse en los sistemas jurídicos contemporáneos, dedicamos el capítulo IV de este trabajo a dar un panorama general de las características de este sistema, destacando la oralidad que es el elemento toral que propicia el uso de la retórica, advirtiéndole que el uso de la palabra en los juicios no es propia de la actualidad, pues tanto en Grecia como en Roma la *oralidad* era inherente al proceso dado que la escritura no había alcanzado el desarrollo y utilización que más tarde lograría.

5. Finalmente, se realizó un ejercicio para conocer si la *argumentación retórica clásica* puede ser aplicada en el desarrollo de los juicios orales por contener enseñanzas básicas para la expresión verbal y el desarrollo de

los debates, en los que el lenguaje es la carta fuerte para comunicarse y crear convicción en quien debe decidir sobre la controversia planteada; llegándose a la conclusión de que la mayoría de las actividades en los referidos juicios sí pueden adecuarse a los principios y técnicas de la argumentación, así como a las diferentes fases de la retórica establecidas en la antigüedad por los filósofos griegos y romanos.

### Bibliografía

- Almanza Altamirano, Frank y Peña Gonzáles, Oscar: *Manual de Argumentación Jurídica*. Editorial Flores, México, 2013.
- Atienza, Manuel: *Las razones del derecho*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2005.
- Cárdenas Gracia, Jaime: *La argumentación jurídica como derecho*. UNAM, México, 2010.
- Díaz Aranda, Enrique y otros: *Lineamientos prácticos de teoría del delito y proceso penal acusatorio*. Editorial STRAF, México, 2014.
- García Máynez, Eduardo: *Introducción al estudio del derecho*, 47ava edición. Porrúa, México, 1995.
- Hernández Franco, Juan Abelardo: *Argumentación jurídica*. Oxford University Press, México, 2010.
- Ihering, R. Von: *La lucha por el derecho*, séptima edición facsimilar. Porrúa, México, 2014.
- Lara Chagoyán, Roberto: *Argumentación jurídica*. Porrúa, México, 2011.
- Otero Parga, Milagros: *Cuestiones de argumentación jurídica*, tercera edición. Porrúa, México, 2014.
- Otero Praga Milagros e Ibáñez Mariel, Roberto: *Argumentos de la argumentación jurídica*. Porrúa, México, 2010.

- Platas Pacheco, María del Carmen: *Filosofía del derecho (argumentación jurisdiccional)*. Porrúa, México, 2006.
- Ribeiro Toral, Gerardo: *Verdad y argumentación jurídica*. Porrúa, México, 2012.
- Vallarta Marrón, José Luis: *Argumentación jurídica*, segunda edición. Porrúa, México, 2014.

### Sitios virtuales

- Centro Virtual Cervantes, página de internet: *cvc.cervantes.es/ensenanza/biblioteca\_/retorica.htm*, 5 de enero de 2015.
- Romera, Ángel: Manual de retórica y recursos estilísticos, página de internet *retorica.librodenotas.com*, 5 de enero de 2015.

---

## **Defensa técnica adecuada en la ilegal detención del imputado**

*Miguel Ángel Alamilla Moreno\**

*Martín Vázquez Contreras\*\**

RESUMEN: El derecho fundamental y humano de defensa adecuada está garantizado en el artículo 20, Apartado A, fracción IX de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, numeral que se invoca con base en el transitorio segundo de las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación de fecha 18 de junio del año 2008, hoy también, precepto normativo 20, Apartado B, fracción VIII de la Ley Suprema de la Unión, otorgando al gobernado en el Estado mexicano, la certeza de ser representado por un profesional del Derecho a través de un Defensor Público Federal, una representación jurídica integral, profesional y, desde luego, con técnica jurídica en el campo del Derecho, desde la óptica de los juicios orales puntualmente en las Agencias del Ministerio Público de la Federación, en el Centro de Justicia Penal Federal que corresponda a cada ciudad del país, como de los Tribunales de alzada, en ese orden, corresponde por disposición de la ley, al Instituto Federal de Defensoría Pública brindar el patrocinio legal gratuito para que el gobernado

---

\* Defensor Público Federal.

\*\* Oficial Administrativo del Instituto Federal de Defensoría Pública.

tenga acceso a la justicia profesional e integral. SUMARIO: Introducción. I. Defensa adecuada en el sistema de justicia oral y adversarial. II. El principio de presunción de inocencia, su aplicabilidad ante la detención. III. Calificación del control de legalidad de la detención del imputado con datos de prueba ilícitos. IV. Conclusiones. V. Fuentes consultadas.

PALABRAS CLAVE: defensa técnica adecuada, Defensor Público Federal, presunción de inocencia, flagrancia, ilegal detención, datos de prueba, nulidad de datos de prueba, capacitación, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Código Nacional de Procedimientos Penales.

## Introducción

El trabajo que se propone a la opinión pública es el relativo a la defensa técnica adecuada que debe prevalecer por parte del Defensor Público Federal en el caso que se declare de ilegal una detención por parte del Juez de Control, respecto de los datos de prueba que obren en los registros de la carpeta de investigación, lo anterior, con la finalidad de que no sean utilizados nuevamente en ningún proceso por el Fiscal Federal y se desglosen dichos datos de prueba de la carpeta de investigación.

Asimismo, resaltando que el principio de presunción de inocencia debe prevalecer, en todo momento, en favor del gobernado ante el esclarecimiento de los hechos en casos en concreto.

Posteriormente se hace un análisis de un caso hipotético, específicamente el Juez de Control que califique de legal una detención o declare de ilegal una

detención, estableciendo qué debe realizar el Defensor Público Federal en la aplicación de la estrategia legal respecto de los datos de prueba existentes, desde luego, basado en una defensa técnica adecuada, protegiendo en todo momento los intereses jurídicos del defendido.

Por último, conclusiones respecto al tema que se aborda, por ello, la invitación al lector de construir juntos una visión objetiva en mejoría de nuestra nación mexicana.

## I. Defensa adecuada en el sistema de justicia oral y adversarial

La reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación en fecha 18 de junio del año 2008, marcó en la historia del sistema jurídico mexicano para abrir una nueva brecha en el Derecho positivo mexicano, entre ellos, la reforma al artículo 20, Apartado A, fracción IX de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es decir, el derecho fundamental y humano de defensa adecuada, es así que a diez años de haberse llevado a cabo dicha reforma, los derechos de toda persona imputada para contar con una defensa técnica y adecuada, se ubica, en el numeral 20, Apartado B, fracción VIII, de la Carta Magna.

Como Defensor Público Federal, desempeñar, desarrollar y practicar la función encomendada en el día a día requiere de profesionalización al momento de encontrarse en un Centro de Justicia de Juicio Oral.

La profesionalización que debemos tener como Defensores Públicos Federales, es tema que debe tomarse con suma seriedad, como también el personal administrativo que el día de mañana, a través de examen de selección, ocupe el cargo de Defensor Público Federal.

Toda persona que cuente con un Defensor Público Federal debe ser sabedor que está siendo representado por un profesional del Derecho, pues éste desempeñará una defensa técnica adecuada ante el Fiscal Federal en la Agencia del Ministerio Público de la Federación, como también, ante el Juez de Control en un Centro de Justicia Penal Federal, en tratándose al momento que se ejercite acción penal en contra del imputado.

Es de vital importancia, resaltar que de acuerdo con el artículo 20, Apartado A, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que refiere: *A. De los principios generales: I. El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen.*

En tal naturaleza, el principio de presunción de inocencia debe encontrarse presente en todo momento dentro del proceso penal acusatorio.

Asimismo, es de explorado derecho que corresponde al órgano técnico la investigación de los delitos, de conformidad con lo previsto en los artículos 21 y 102, Apartado A, párrafo decimotercero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por lo tanto, al mismo, aportar datos de prueba ante el Juez de Control que corroboren la legalidad de la detención de la persona que se le pretende imputar un hecho que pudiese ser constitutivo de delito.

En esa tesitura, el derecho de defensa protege al gobernado de no quedar en ningún momento en estado de indefensión en cualquier etapa del proceso judicial. Robustece lo anterior, lo establecido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de la jurisprudencia con número de registro 2009005, bajo la voz: *DEFENSA ADECUADA EN MATERIA PENAL.*

*LA FORMA DE GARANTIZAR EL EJERCICIO EFICAZ DE ESTE DERECHO HUMANO SE ACTUALIZA CUANDO EL IMPUTADO, EN TODAS LAS ETAPAS PROCEDIMENTALES EN LAS QUE INTERVIENE, CUENTA CON LA ASISTENCIA JURÍDICA DE UN DEFENSOR QUE ES PROFESIONISTA EN DERECHO.*<sup>1</sup> Por lo tanto, la defensa técnica es obligatoria. En suma jurídica, la aludida se encuentra establecida en los artículos 115, 116, 117 y 122 del Código Nacional de Procedimientos Penales, por tanto, la defensa técnica adecuada, está prevista desde la máxima Norma Fundamental del país, como en tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano y el ordenamiento procesal de la materia, conllevando así certeza jurídica en los gobernados.

<sup>1</sup> *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Registro: 2009005, Primera Sala, Jurisprudencia, Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 18, mayo de 2015, Tomo I, materia(s): constitucional, penal, Tesis: 1a./J. 26/2015 (10a.), página: 240. *DEFENSA ADECUADA EN MATERIA PENAL. LA FORMA DE GARANTIZAR EL EJERCICIO EFICAZ DE ESTE DERECHO HUMANO SE ACTUALIZA CUANDO EL IMPUTADO, EN TODAS LAS ETAPAS PROCEDIMENTALES EN LAS QUE INTERVIENE, CUENTA CON LA ASISTENCIA JURÍDICA DE UN DEFENSOR QUE ES PROFESIONISTA EN DERECHO.* Conforme al parámetro de control de regularidad constitucional, que deriva de la reforma al artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, que se configura por la observancia y aplicación de las normas constitucionales y de fuente internacional en materia de derechos humanos, así como la directriz de interpretación *pro personae*; el artículo 20, apartado A, fracción IX, del referido ordenamiento constitucional, texto anterior a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, debe interpretarse armónicamente con los numerales 8.2, incisos d) y e), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 14.3, incisos b) y d), del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, así como el criterio contenido en la tesis aislada P. XII/2014 (10a.) (\*), emitida por el Tribunal Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro: “DEFENSA ADECUADA DEL INCUPLADO EN UN PROCESO PENAL. SE GARANTIZA CUANDO LA PROPORCIONA UNA PERSONA CON CONOCIMIENTOS TÉCNICOS EN DERECHO, SUFICIENTES PARA ACTUAR DILIGENTEMENTE CON EL FIN DE PROTEGER LAS GARANTÍAS PROCESALES DEL ACUSADO Y EVITAR QUE SUS



## II. El principio de presunción de inocencia su aplicabilidad ante la detención

El principio de presunción de inocencia se encuentra en los artículos 14, segundo párrafo; 16, primer párrafo; 19, primer párrafo; 20, Apartado B, fracción I; 21; y, 102, Apartado A, párrafo décimo tercero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como también en lo previsto en los artículos 9, 10 y 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de fecha 16 de diciembre de 1976. De lo indicado, se puede advertir que el mismo, tiene rango constitucional. Así tenemos la tesis: 1a. I/2012 (10a.), de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, con número de registro 2000124, Libro IV, enero de 2012, Tomo 3, materia(s): constitucional, página: 2917, bajo el rubro:

*PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO ESTÁ CONSIGNADO EXPRESAMENTE EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, A PARTIR DE LA REFORMA PUBLICADA*

*DERECHOS SE VEAN LESIONADOS.*”, y la propia doctrina de interpretación constitucional generada por esta Primera Sala. Lo anterior, para establecer que el ejercicio eficaz y forma de garantizar el derecho humano de defensa adecuada en materia penal implica que el imputado (lato sensu), a fin de garantizar que cuente con una defensa técnica adecuada, debe ser asistido jurídicamente, en todas las etapas procedimentales en las que intervenga, por un defensor que tenga el carácter de profesional en derecho (abogado particular o defensor público); incluso, de ser posible, desde el momento en que acontezca su detención. La exigencia de una defensa técnica encuentra justificación al requerirse de una persona que tenga la capacidad técnica para asesorar y apreciar lo que jurídicamente es conveniente para el imputado, a fin de otorgar una real y efectiva asistencia legal que le permita estar posibilidad de hacer frente a la imputación formulada en su contra. Lo cual no se satisface si la asistencia es proporcionada por cualquier otra persona que no reúna la citada característica, a pesar de ser de la confianza del referido imputado. Consultada el 25-02-2018.

*EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 18 DE JUNIO DE 2008. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reiterado en diversos asuntos que el principio de presunción de inocencia es un derecho universal que se traduce en que nadie puede ser condenado si no se comprueba plenamente el delito que se le imputa y la responsabilidad penal en su comisión, lo que significa que la presunción de inocencia la conserva el inculpaado durante la secuela procesal hasta que se dicte sentencia definitiva con base en el material probatorio existente en los autos. Por otra parte, el Tribunal en Pleno sustentó la tesis aislada P. XXXV/2002, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XVI, agosto de 2002, página 14, con el rubro: “PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.”, en la que estableció que en la Ley Suprema, vigente en ese entonces, no estaba expresamente establecido el principio de presunción de inocencia, pero de la interpretación armónica y sistemática de sus artículos 14, segundo párrafo, 16, primer párrafo, 19, primer párrafo, 21, primer párrafo, y 102, apartado A, segundo párrafo, se advertía que los principios constitucionales del debido proceso legal y el acusatorio resguardaban implícitamente el diverso de presunción de inocencia. De ahí que el perfeccionamiento de la justicia penal en nuestro país ha incidido en que este principio se eleve expresamente a rango constitucional a partir de la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, para quedar ahora contenido en el artículo 20, apartado B, denominado: “De los derechos de toda persona imputada”, que*

*en su fracción I, establece: “I. A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa”. Consultado el 25-02-2018.*

De lo anterior, Luigi Ferrajoli<sup>2</sup> establece que la presunción de inocencia se integra por los siguientes significados garantistas:

- a) *La regla de tratamiento del imputado;*
- b) *La regla de juicio.*

La primera va a excluir o restringir al máximo la limitación de la libertad personal y, la segunda invocada, es cuando se impone la carga acusatoria de la prueba hasta la absolución en caso de duda, dicho en otras palabras, es de explorado derecho que en caso de duda el Juez de Control debe absolver.

De igual forma, Noguera Alcalá Humberto, considera que la presunción de inocencia es el derecho que tienen todas las personas a que se considere *a priori*, como regla general, que ellas actúan de acuerdo con la recta razón, comportándose conforme a los valores, principios y reglas del ordenamiento jurídico, mientras un tribunal no adquiera la convicción, a través de los medios de prueba legales, de su participación y responsabilidad en el hecho punible determinada por una sentencia firme y fundada.<sup>3</sup>

### **III. Calificación del control de legalidad de la detención del imputado con datos de prueba ilícitos**

Debe señalarse que el cambio en el nuevo proceso penal acusatorio es en relación con cuestiones procedimentales, pero el Derecho sustantivo sigue prevaleciendo, sólo se adecuó a las nuevas disposiciones adjetivas, ejemplo claro

<sup>2</sup> Ferrajoli, L.: *Derecho...* cit., p. 551.

<sup>3</sup> Nogueira Alcalá, H.: “Consideraciones sobre...” cit., pp. 221 y ss.

de ello es el tema de que las nulidades de acto fuera y dentro del proceso continúan existiendo, como lo prevé el artículo 97 del Código Nacional de Procedimientos Penales, esto a colación del tema que tratamos, una defensa adecuada debe prever todas y cada una de las posibilidades que se puedan presentar dentro de los diversos debates que se den en cada una de las audiencias, sin que sea un debate más importante que otro, por el contrario, cada debate, cada punto a controvertir es de gran importancia, ya que trasciende una etapa sobre otra, por lo que, desde el primer debate la defensa debe cuidar y planear su estrategia, eso implica un conocimiento, tanto del proceso como de la carpeta de investigación y las circunstancias de su propio defendido, no será suficiente con tener conocimiento del proceso, sino que la tarea de la defensa en el nuevo sistema penal se agudiza y exige una nueva visión y compromiso, no sólo con el representado, sino con la profesión misma.

En ese orden de ideas es que, el abogado al entrar en una audiencia en la cual ha sido detenido en flagrancia su representado, debe distinguir los diferentes debates que existirán en la audiencia inicial, y el primero es el de legalizar la detención por parte del Juez de Control, dentro del cual no se debatirá sobre la existencia de delito, y mucho menos por la comisión del delito por parte del sujeto activo, el punto central del debate, consistirá en saber si de acuerdo con el artículo 146<sup>4</sup> del Código

<sup>4</sup> Código Nacional de Procedimientos Penales, Artículo 146, Supuestos de flagrancia.

*Se podrá detener a una persona sin orden judicial en caso de flagrancia. Se entiende que hay flagrancia cuando:*

*I. La persona es detenida en el momento de estar cometiendo un delito, o*  
*II. Inmediatamente después de cometerlo es detenida, en virtud de que:*  
*a) Es sorprendida cometiendo el delito y es perseguida material e ininterrumpidamente, o*

Nacional de Procedimientos Penales, se actualiza alguna de las dos fracciones que prevé dicho numeral.

Para ello, la defensa debe tener presentes las hipótesis de flagrancia, ya que es muy común que se confunda con el delito mismo, recordando que para que se actualice la flagrancia, figura tipificada en el artículo 16, párrafo quinto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ésta debe darse en el momento mismo de la comisión de un hecho probablemente constitutivo de delito, o inmediatamente después de la comisión, ésta es la base de la flagrancia.

Sin embargo, es común perder de vista las bases de la flagrancia, esto puede ser más claro en el siguiente ejemplo:

- A un concesionario de transporte público en la modalidad de taxi, una persona de sexo masculino le hace una señal para que se detenga y le brinde el servicio público, el concesionario lo transporta al lugar indicado por el usuario, al momento de llegar al lugar, se acerca un sujeto ofreciendo algún tipo de narcótico, al mismo tiempo llegan tres policías y detienen al concesionario, al usuario y al sujeto que ofreció el narcótico.

En este ejemplo, los policías aprehensores detienen al concesionario y al usuario, cuando no habían cometido delito alguno, extendiendo la conducta del sujeto activo,

*b) Cuando la persona sea señalada por la víctima u ofendido, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere intervenido con ella en la comisión del delito y cuando tenga en su poder instrumentos, objetos, productos del delito o se cuente con información o indicios que hagan presumir fundadamente que intervino en el mismo. Consulta realizada el 26-02-2018.*

*Para los efectos de la fracción II, inciso b), de este precepto, se considera que la persona ha sido detenida en flagrancia por señalamiento, siempre y cuando, inmediatamente después de cometer el delito no se haya interrumpido su búsqueda o localización.*

que es, quien ofreció el narcótico, pero por cuanto a las otras dos personas, no se les podía detener con base en una supuesta flagrancia, en razón de que no se actualizaba ninguna de las hipótesis previstas por el artículo 146 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Es por ello que cada operador jurídico debe estar atento y, sobre todo, con conocimiento de las instituciones jurídicas, pues como se señaló en enunciados precedentes una etapa depende de otra, al igual que un acto depende de otro acto.

Una vez que se identifica adecuadamente la flagrancia, la defensa debe analizar si en cada caso concreto, con los datos de prueba que obran en los registros de la carpeta de investigación, son suficientes, idóneos y adecuados para decretar de legal una detención.

Si el defensor cree que no se actualiza algún supuesto de flagrancia, pueden ocurrir dos hipótesis respecto del debate de control de la detención, el primero que decreten de legal la misma y, el segundo, que se decrete de ilegal; si ocurre lo primero continuará la audiencia con la imputación del detenido, pero si ocurre lo segundo, en ese momento el detenido debe ser puesto en inmediata libertad.

Pero una adecuada defensa, en cualquier supuesto que se dé, ya sea decretando o no de legal de detención tiene tarea por hacer, si se decreta de legal, analizar la decisión del Juez de Control y, en caso de creer aun que no existía flagrancia, debe plantear el argumento en el momento de recurrir un posible auto de vinculación a proceso, como parte de los agravios en apelación o en conceptos de violación en el amparo indirecto.

Ahora bien, si se decreta de ilegal la detención, será una victoria que revestirá a la defensa, pero aun así su intervención, por más que el defendido quede

en libertad se terminó; por el contrario, parte de una defensa técnica adecuada consiste en promover todo lo necesario y adecuado para brindarle un debido proceso al representado.

Así las cosas, el defensor debe promover una nulidad en términos de los artículos 97, 98, 99 y 101 del Código Nacional de Procedimientos Penales, de todos los datos de prueba que obren en los registros de la carpeta de investigación, ya que al decretarse de ilegal una detención, todos los datos de prueba obtenidos de forma directa en la detención y que no pudieran haberse obtenido de forma independiente de la detención, deben ser declarados nulos, por lo que el defensor debe tener cuidado de identificar cuáles son esos datos de prueba, para que de forma inmediata, una vez que se decreta de ilegal la detención, esos datos sean declarados nulos, solicitando así el desglose de los multicitados datos de prueba declarados nulos de los registros de la carpeta de investigación, esto para que no puedan ser utilizados en ningún proceso penal a partir de su declaración de nulidad.

A mayor abundamiento, tiene aplicación la jurisprudencia XX. 1º. P.C. J/5(10ª), publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 49, diciembre de 2017, Tomo IV, materia penal, número de registro 2015779, página 1832.<sup>5</sup> Como se puede

<sup>5</sup> DETENCIÓN ILEGAL. SE CONFIGURA CUANDO NO SE REALIZA BAJO LOS SUPUESTOS DE FLAGRANCIA O CASO URGENTE, SINO EN CUMPLIMIENTO A UNA ORDEN DE LOCALIZACIÓN Y PRESENTACIÓN PARA QUE EL INCUPLADO ACUDA A DECLARAR DENTRO DE UNA AVERIGUACIÓN PREVIA Y, CON BASE EN ELLA, POSTERIORMENTE ES CONSIGNADO ANTE EL JUEZ, SIN LA OPORTUNIDAD DE RETIRARSE LIBREMENTE DE LAS OFICINAS MINISTERIALES UNA VEZ CONCLUIDA ESA DILIGENCIA, POR LO QUE LAS PRUEBAS QUE DIRECTA O INDIRECTAMENTE SE HAYAN OBTENIDO A PARTIR DE AQUÉLLA DEBEN EXCLUIRSE POR CARECER DE VALOR

observar, la encomienda del defensor para brindar un servicio técnico adecuado, estriba que tenga una ardua preparación y compromiso para que su visión sea una defensa integral.

*PROBATORIO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIAPAS).* Conforme a los párrafos quinto, sexto y séptimo del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo perpetrado, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta con la misma prontitud a la del Ministerio Público, debiendo existir un registro inmediato de la detención; además de que sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley, y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, el Ministerio Público podrá, bajo su más estricta responsabilidad, ordenar la detención de las personas, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder, supuesto que sólo podrá tener lugar siempre que no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia; y que en los casos de detenciones por urgencia o flagrancia, el Juez que reciba la consignación deberá ratificar inmediatamente la detención del indiciado o decretar su libertad con las reservas de ley. Por su parte, del artículo 269 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Chiapas (abrogado), se advierte que se justifica la detención de una persona, sin previa orden judicial, cuando sea sorprendida en comisión flagrante del ilícito o en caso urgente. Luego, de la interpretación del precepto constitucional referido, en relación con el numeral 269 mencionado y el diverso 269 Bis A de dicho código, se obtiene que para la detención por caso urgente se requiere que concurran los siguientes requisitos: a) Que la orden se emita por el Ministerio Público previamente a la detención del imputado; b) Se trate de un delito grave, así calificado por la ley; c) Que el representante social no esté en posibilidad de acudir a la autoridad judicial por razones de la hora, el lugar u otras circunstancias a solicitar la orden de aprehensión; y, d) Que cuente con indicios fundados de que el indiciado pueda sustraerse de la acción de la justicia. Ahora bien, con base en este marco normativo, si la detención del inculcado no se realiza bajo los supuestos de flagrancia o caso urgente, sino en cumplimiento a una orden de localización y presentación girada por el Ministerio Público para que aquél comparezca a declarar dentro de una averiguación previa, y en virtud de esa presentación, el inculcado rinde su declaración, quedando posteriormente consignado ante la autoridad jurisdiccional, dicha detención, así como la señalada deposición, son ilegales. Ello es así, porque la comparecencia ante el agente ministerial, derivada del cumplimiento de la orden de localización y presentación del indiciado para que declare dentro de una indagatoria, con independencia de que afecta temporalmente su libertad deambulatoria, no tiene como propósito lograr su detención, sino que aquél acuda ante la



## V. Conclusiones

El Estado mexicano a través del Poder Legislativo, el 18 de junio del año 2008 reformó la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, conllevando así a la implementación del nuevo sistema de justicia penal en México, hoy día a casi diez años de esa reforma, como también casi a dos años de encontrarse el sistema de justicia en su aplicación, hoy denominada en su consolidación, las partes integrantes del mismo en el ámbito federal, como son el Juez de Control, Defensores Públicos Federales, Asesores Jurídicos Federales, Agente del Ministerio Público de la Federación, peritos, policías, periodistas, la capacitación profesional debe ser continua para obtener un resultado eficaz y eficiente para los intervinientes, ya que el eje central de la defensa técnica adecuada es el gobernado, es decir, la persona que se encuentra en calidad de imputado o víctima. En tal sentido, el Estado Mexicano requiere la capacitación integral en sus elementos policiacos, se estima de vital importancia, toda vez que, son las personas primarias que entran en contacto directo con el imputado ante un hecho probablemente delictivo o para la atención

*autoridad ministerial a declarar y, una vez finalizada la diligencia que motiva su presencia, pueda retirarse libremente del lugar para que regrese a sus actividades cotidianas; por tanto, cuando no existen pruebas que pongan de manifiesto que el indiciado se haya marchado del lugar después de rendir su declaración ministerial, se presume que permaneció en calidad de detenido desde que se le limitó su libertad ambulatoria, en virtud de la referida orden de localización y presentación, lo que torna ilegal esa detención. En consecuencia, si el sujeto no es detenido en flagrancia ni en ejecución de una orden de detención, por notoria urgencia, previamente emitida por el Ministerio Público, en los términos constitucionalmente previstos, sino en virtud de esa orden de localización y presentación ministerial, ello torna evidente que desde su “presentación” siempre estuvo en calidad de detenido; entonces, esa detención es ilegal, lo que, a su vez, conlleva la exclusión de las pruebas que directa o indirectamente se hayan obtenido a partir de ésta, por carecer de valor probatorio.*

a la víctima, de ahí su interpretación objetiva respecto de los hechos circunstanciales de modo, tiempo y lugar para determinar si su actuar se encuentra apegado al marco constitucional. En esa medida de capacitación profesional por parte de todos los actores en el sistema de justicia penal acusatorio y adversarial, debe conllevar a la obtención de mejores resultados, en la inteligencia que precisamente por ello se llevó a cabo la reforma, palabra en su interpretación latina re: volver, forma, es decir, volver a dar forma puntualmente al sistema de justicia penal en el Estado mexicano, mayormente que no sólo se llevó a cabo una reforma Constitucional, sino la creación de un Código Nacional de Procedimientos Penales, ordenamiento procesal que muestra lo que el constituyente originario planteó en búsqueda del bien común. Bien común que, debe encontrar su base en el respeto irrestricto de los derechos humanos y fundamentales del gobernado, pues toda detención ilegal por parte de un elemento policial constituye un acto de molestia, una afectación a su esfera jurídica como gobernado; pero más allá, el quebrantamiento de la norma jurídica constitucional por parte de quienes de origen tienen obligación constitucional de hacerla respetar. Mientras tanto, la capacitación continua para Defensores Públicos Federales otorgará así una certeza en la defensa técnica adecuada, dando cabal cumplimiento a lo establecido en la máxima Carta Magna, en las leyes que nos rigen como Defensor Público Federal, como servidores públicos del Instituto Federal de Defensoría Pública, como también en la misión-visión del Instituto aludido, siempre en pro de los derechos humanos y fundamentales de los usuarios del servicio de defensa penal.



## V. Fuentes consultadas

- Benavente Chorres, Hesbert: *La audiencia inicial conforme al Código Nacional de Procedimientos Penales*. Editorial Flores, segunda edición, México, 2017.
- *Código Nacional de Procedimientos Penales*. 17 de junio de 2016.
- *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. <http://www.diputados.gob.mx>
- *Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”* de 1969.
- Ferrajoli, Luigi: *Derecho y razón*. Editorial Trotta, quinta edición, Madrid, 2001.
- Ley Federal de Defensoría Pública. DOF. 17 de junio de 2016.
- Nogueira Alcalá, Humberto: “Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia”, en *Ius et praxis*, No. 11, Talca, 2005.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966.
- *Semanario Judicial de la Federación*, <http://www.scjn.pjf.gob.mx>

## La defensa y el engrosamiento penal federal

Víctor César Cano Hernández\*

RESUMEN: Como abogados defensores, ya sea particulares o públicos, estamos conscientes que ante la designación para tomar la defensa técnica de una persona, lo primero que nos viene a la mente es qué se le imputa; es decir, cuál es el hecho previsto en la norma que se atribuye al presunto, el Agente del Ministerio Público como órgano técnico de acusación, se supone, debe tener claro el hecho fáctico para determinar qué tipo penal se actualiza, desde la lectura de derechos hasta que formule sus alegatos de clausura, si fuera el caso, pero ello no es definitivo, por lo que el defensor debe analizar qué tipo penal corresponde según las circunstancias del hecho.

Lo anterior, no es desconfianza en el representante social sólo que si el Juez de Control al dictar el auto de vinculación a proceso puede otorgar una clasificación jurídica distinta a la asignada por el Ministerio Público en la imputación,<sup>1</sup> es de suma importancia

\* Defensor Público Federal.

<sup>1</sup> Artículo 316, fracción IV, párrafo segundo, del Código Nacional de Procedimientos Penales.

...El auto de vinculación a proceso deberá dictarse por el hecho o hechos que fueron motivo de la imputación, el juez de control podrá otorgarles una clasificación jurídica distinta a la asignada por el Ministerio Público misma que deberá hacerse saber al imputado para los efectos de su defensa...

que al establecer el defensor su teoría del caso esté convencido de la clasificación jurídica del hecho que se atribuye al imputado, a efecto de plantear sus argumentos defensivos de forma pertinente.

Cuando el defensor analiza el hecho fáctico para poder determinar el tipo penal aplicable, no obstante que por la naturaleza del hecho o bien jurídicamente tutelado puede establecer *a priori* de qué norma prohibitiva se trata, se enfrenta a que debe analizar no sólo el Código Penal Federal, sino que también más de una decena de leyes especiales que contienen disposiciones sustantivas que confluyen con las previstas en el Código Penal Federal, es decir, se enfrenta a una sobre regulación o engrosamiento normativo que va a dificultar su labor.

En ese mismo tenor, el defensor no sólo debe tener dominio del Código Nacional de Procedimientos, sino también de todas las leyes que se derivan o complementan a éste, dicha pluralidad de leyes dificultan su aplicación y no abonan a la debida impartición de justicia. Para establecer qué ha originado el engrosamiento citado, se analizará lo relativo a qué motiva la política criminal en nuestro país y los principios y postulados del *ius puniendi*, para entender cómo se podría revertir dicha tendencia legislativa.

SUMARIO: Resumen. I. Antecedentes. II. Normas penales en el fuero federal. III. Política criminal. IV. Principios y postulados del *ius puniendi*. V. Conclusiones. VI. Fuentes de consulta.

## I. Antecedentes

El constituyente permanente, desde que existe pluralidad partidista en su conformación, ha desatado una oleada de creación de normas para justificar su función ante los ciudadanos y los intereses de los grupos de poder. Ello ha generado que sobre una misma materia se promuevan una diversidad innecesaria de leyes que dificultan su aplicación, la normativa debe sistematizarse para evitar que los operadores del Derecho, pero sobre todo el ciudadano, no perito en esa materia, pueda entender los alcances y consecuencias de la norma penal.

La desmedida producción normativa en el Derecho Penal mexicano, no abona a la debida impartición de justicia, sino al contrario, la complica y propicia corrupción e irregularidades, ya que la sobreabundancia normativa es terreno fértil para el abuso.

Al Estado mexicano se le exigen múltiples funciones, con lo cual se posibilita un margen en materia de política criminal al ejercer la función punitiva. El legislador incurre en una producción normativa en la que prevalezca una desmedida discrecionalidad, en lugar de una racionalidad del legislador que limite la producción de normas punitivas a los principios que orientan el *ius puniendi*, principalmente el Derecho Penal una respuesta de última *ratio*.

En relación con la actividad legislativa algunos autores han opinado lo siguiente:

Luigi Ferrajoli, nos ilustra al mencionar que: *El derecho es siempre realidad no natural sino artificial; que la validez de las normas se identifica con su pertenencia a cierto ordenamiento, determinada por su conformidad con las normas que regulan su producción y que también pertenecen al mismo; y que las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento*

*para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional.*<sup>2</sup>

Bruno Leoni, indica: *Que la legislación parecería un remedio rápido y racional y de largo alcance a todo tipo de mal, que un remedio que se hace a través de la legislación puede resultar demasiado rápido para ser eficaz y estar conectado con puntos de vista e intereses fortuitos de los legisladores.*<sup>3</sup>

Fernando Centenera Sánchez-Seco, refiere: *Que el colapso normativo deviene por un derecho penal burocrático que abruma a los tribunales abundando en la problemática con normas deficientes con lenguajes oscuros y ambiguos, una larga lista de derogaciones y reenvíos que hacen del cuerpo legislativo un auténtico laberinto.*<sup>4</sup>

Por otro lado, Nicolás Laino estableció: *Que más que descodificar se debería recodificarse, porque esto permitiría tener una legislación penal exhaustiva dotada de sistematicidad, y obligaría al legislador a hacerse cargo siempre de la unidad y coherencia del sistema.*<sup>5</sup>

Manuel Atienza, ha planteado que hay razones de índole teórico y otras de carácter práctico para establecer una teoría de la legislación,<sup>6</sup> señalando que el Derecho se ha desarrollado a partir de su producción legislativa.

Rosario Fassina, Eliana Page y Sofia Lammel, en lo que hace al engrosamiento o inflación legislativa penal,<sup>7</sup> mencionan: *En determinadas coyunturas políticas y sociales distintos movimientos han apelado para redefinir*

*o modificar el Código penal. Se exigen nuevas legislaciones y se denuncian antiguas, generalmente para aumentar las penas o tipificar nuevos delitos (Martín 2014). Como resultado de dichas presiones, los actores políticos han aplicado lo que muchos autores denominan “demagogia punitiva” o “populismo punitivo”, lo cual ha conducido a una creciente “inflación legislativa”.*

Si bien las autoras citadas se refieren a la inflación legislativa del Código Penal argentino, nos da una referencia respecto a qué es lo que origina la excesiva producción legislativa en materia penal, que trae como resultado la inflación de los códigos penales y sirve para comprender el concepto de la creación desmesurada de normas penales.

Guadalupe Robles, menciona que *los legisladores entran en una desenfrenada competencia, buscando presentar al mayor número de iniciativas o crear leyes, provocando inflación legislativa, que no es otra cosa que la sobreproducción innecesaria y desordenada de normas aumentando los niveles de ineficacia del derecho.*<sup>8</sup>

Los puntos de vista de los autores citados, confluyen en establecer que la creación desmedida de normas sobre un mismo tema, terminan creando una inflación legislativa, cuando la tendencia debería ser el crear disposiciones legales que se agruparan en un código único, lo ateniendo a un tema específico como el penal, atendiendo los principios del *ius puniendi*.

En ese aspecto, hay que tener claro que el Derecho Penal tiene sus normas sustantivas y adjetivas, que se han ido engrosando con el paso del tiempo por capricho o descontrol del Poder Legislativo, con la posibilidad de que la tendencia sea otra, claro ejemplo de ello es la creación

<sup>2</sup> Ferrajoli, L.: *Derechos...* cit., pp. 18, 20 y 25.

<sup>3</sup> Leoni, B.: *La libertad...* cit., p. 8.

<sup>4</sup> Centena, F.: *Crisis de la...* cit., p. 3.

<sup>5</sup> Laino, N.: *El recupero...* cit., p. 6.

<sup>6</sup> Atienza, R. M.: *La proliferación...* cit., p. 90.

<sup>7</sup> Fassina, R., et. al.: *La inflación...* cit., p. 3.

<sup>8</sup> Robles, G.: “La inflación...” cit.

del Código Nacional de Procedimientos Penales, aunque se queda corto ya que los legisladores crearon otras leyes complementarias o derivadas de éste.

## II. Normas penales en el fuero federal

### 1. Sustantivas

Son aquellas disposiciones legales que establecen los delitos, las penas y medidas de seguridad, reglas sobre los delitos y responsabilidad en la comisión de los mismos, causas de exclusión del delito y de extinción de la responsabilidad, así como otras cuestiones relativas a la facultad del Estado a castigar a quien actualiza algún tipo penal atendiendo a la facultad de *ius puniendi*, pero dependiendo de la política criminal vigente. Las siguientes leyes contienen tipos penales y aspectos sustantivos penales en el fuero federal, es pertinente citarlas como referencia al tema que se trata:

- Código Penal Federal;
- Código Fiscal de la Federación;
- Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales;
- Ley de Amparo;
- Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente;
- Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos;
- Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada;
- Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias;
- Ley General de Víctimas;
- Ley Nacional de Ejecución Penal;
- Ley de Migración;
- Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro;
- Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas;

- Ley General de Bienes Nacionales;
- Ley de Propiedad Industrial; y,
- Tratados Internacionales.

### 2. Adjetivas

Las normas adjetivas, son aquéllas que contienen aspecto relativos al procedimiento. Para determinar el carácter sustantivo o adjetivo de una norma debe atenderse a la función que desempeña, con independencia del código en el cual se encuentra incluida, dado que la naturaleza de la norma no depende del ordenamiento en que esté prevista, sino de la función que cumpla, es decir, la ubicación legislativa de la norma no es la que determina su naturaleza sustantiva o adjetiva, ni un criterio científico para identificar la norma procesal frente a la norma sustantiva.<sup>9</sup>

Lo anterior, relativo a que un cuerpo normativo sustantivo contenga disposiciones adjetivas y viceversa, atiende a falta de técnica legislativa, por lo que hay que definir la función específica de la norma para entender su naturaleza, el siguiente listado son leyes que, en apariencia, corresponden a una legislación adjetiva.

- Código Nacional de Procedimientos Penales;
- Ley Nacional de Ejecución de Penas;
- Ley Federal contra la Delincuencia Organizada;
- Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República;
- Acuerdos del Procurador General de la República;
- Acuerdos del Consejo de la Judicatura Federal;

<sup>9</sup> Tesis jurisprudencial *NORMAS JURÍDICAS. SU UBICACIÓN LEGISLATIVA NO DETERMINA SU NATURALEZA SUSTANTIVA O PROCESAL*. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo en revisión 1543/2003. 20 de marzo de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Armando Cortés Galván. Secretario: José Álvaro Vargas Ornelas.

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;
- Tratados Internacionales; y,
- Jurisprudencia.

Se puede puntualizar que el legislativo genera normas sin atender a principios técnicos básicos de los procesos legislativos, precisamente para evitar la generación descontrolada, que se apartan de la pertenencia a un sistema normativo, lo cual no abona la impartición de justicia y, sin duda, dificulta la actividad defensiva ante el poder punitivo del Estado; las leyes que se enlistaron ilustran la desmedida producción normativa.

### III. Política criminal

#### 1. Causal explicativo de la criminología

La criminología es considerada como una ciencia sintética y causal explicativa de todas aquellas conductas que se consideran antisociales, es decir, que se encuentran al margen de las normas sociales.<sup>10</sup> Analiza los factores que provocan que las personas actualicen los tipos penales como aquellas conductas prohibidas por disposición legislativa, para su análisis las conductas se clasifican en social, asocial, parasocial y antisocial, así como los niveles de interpretación crimen, criminal y criminalidad.

El objeto de la criminología son las conductas antisociales y, por lo tanto, los sujetos que las cometen;<sup>11</sup> dichas conductas son las previstas en todos los tipos penales contenidos en el Código Penal Federal y las leyes especiales enumeradas en líneas anteriores, y los sujetos, son las personas que actualicen las conductas

<sup>10</sup> Nicolás, Beatriz: *La Criminología Causal*, [www.infoderechopenal.es/criminologia-causal.html](http://www.infoderechopenal.es/criminologia-causal.html), publicada 10 de abril de 2014, consultada 25 de septiembre de 2017.

<sup>11</sup> Rodríguez Manzanera, L.: *Criminología*, cit., p. 16.

prohibidas, se agregaría que siempre y cuando sean imputables, ya que de no serlo para efectos criminológicos no tendría relevancia.

#### 2. Ejecución de penas

La ejecución de la penas con base en la entrada en vigor el 19 de junio de 2011 de la reforma a los artículos 18 y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en términos del artículo quinto transitorio del decreto respectivo, corresponde en exclusiva al Poder Judicial la imposición de las penas, así como su modificación y duración, durante el tiempo de compurgación la autoridad judicial debe supervisar la aplicación de penas alternativas a la de prisión, la concesión de beneficios o el lugar donde deba extinguirse la pena, esta reforma plantea que las facultades del ejecutivo se constriñen a la administración de los centros de reclusión.

No hay que dejar de mencionar que así como coexisten el nuevo sistema de justicia penal en el Código Nacional de Procedimientos Penales vigente en todo el territorio nacional desde el 18 de junio de 2016, y el sistema mixto o inquisitivo del Código Federal de Procedimientos Penales, de igual manera coexisten dos tipos de ejecución de penas, el relativo al nuevo sistema previsto en la Ley Nacional de Ejecución Penal y el que corresponde al anterior sistema, previsto en la Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados y Código Federal de Procedimientos Penales. Ello es comprensible ya que los sistemas de justicia penal citados son diferentes y, como consecuencia, la ejecución de las penas también debe tener su particular trato, ya que no son compatibles.



### 3. Formas o medios de ponerla en práctica

La política criminal se puede poner en práctica desde las acciones y programas del Poder Ejecutivo, mediante el proceso legislativo así como a través de la procuración y administración de justicia.

La Administración Pública Federal instrumenta mediante un plan anual las políticas públicas en atención a las necesidades sociales, en el ámbito penal la Comisión Nacional de Seguridad, Secretaría de la Defensa Nacional y Secretaría de Marina, realizan los actos tendientes a salvaguardar la seguridad interior del país mediante actos transitorios o permanentes en el territorio nacional que se requieran, dependiendo de las instrucciones giradas por el titular del ejecutivo como tal y como presidente del Consejo Nacional de Seguridad Pública;<sup>12</sup> igualmente algunas posturas de política criminal se derivan de acuerdos y pronunciamientos celebrados en la Conferencia Nacional de Gobernadores, y en la conferencia nacional de procuradores de justicia.<sup>13</sup>

El Poder Legislativo genera política criminal, mediante la creación de normas enfocadas a la prevención del delito, procuración y administración de justicia; lo que desde luego debe ser de manera prudente atendiendo a criterios de racionalidad y ponderando los derechos fundamentales de las personas, y no atender situaciones mediáticas por reclamo social.

<sup>12</sup> El Consejo Nacional de Seguridad Pública (CNSP) es el órgano superior del Sistema Nacional de Seguridad Pública SNSP, y es presidido por el Presidente de la República, e integrado por los Secretarios de Gobernación, Defensa Nacional, Marina, el Procurador General de la República, los Gobernadores de los Estados, el Jefe del Gobierno de la Ciudad de México, el Comisionado Nacional de Seguridad, y el Secretario Ejecutivo del SNSP.

<sup>13</sup> La conferencia tiene como objetivo ser el órgano colegiado generador de acciones innovadoras y mejores prácticas en procuración nacional de justicia.

Por último, mediante actos procesales los ministerios públicos y los juzgadores tienen la posibilidad de aplicar su criterio e interpretación de la norma penal, que muchas de las veces atiende a posturas de política criminal, derivadas del reclamo social; lo que frecuentemente nos lleva a criterios subjetivos de interpretación sin que exista racionalidad en la aplicación del principio de última *ratio*.

### 4. Garantía penal como principio de legalidad

Juárez y Medina refieren que: *la dogmática jurídico-penal –por influencia de Claus Roxin– establece la necesidad de que los conceptos jurídicos-penales se construyan conforme a un sistema que se caracterice por su orientación, por decisiones valorativas, pero sobre todo, por criterios político-criminales; sustentado en la claridad, certeza y orden conceptual, referenciado a la realidad y orientación de las finalidades que pretenda obtener la política criminal, básicamente el ius puniendi deberá orientarse al respeto de la persona y su dignidad.*<sup>14</sup> Se coincide con sus posturas, ya que en México la política criminal debe brindar certeza jurídica y la actividad del Estado en ejercicio del poder punitivo debe tener como contrapeso los derechos fundamentales, ya que las personas tienen una clara desventaja ante el poder estatal y, por ello, debe tener un espectro protector; no obstante ello, el Estado debe actuar con prudencia y racionalidad pero sobre todo con respeto a la presunción de inocencia. Por ello la medida cautelar de prisión preventiva debería ser, en todos los casos, rogada y no oficiosa a pesar del clamor social.

<sup>14</sup> Juárez Bribiesca, A. y Medina Ramírez, M. A.: *Política criminal...* cit., p. 8.

### 5. Eficacia de la lucha contra el delito

En nuestro país la lucha contra el delito tiene su principal eje de acción en contra de la delincuencia organizada, con motivo del tráfico de narcóticos hacia Estados Unidos de América, país que tiene un amplio mercado de consumo que cada vez va en aumento. Por ello se han destinado cuantiosos recursos para el combate a la delincuencia transnacional, lo que ha generado un combate frontal a los grupos de delincuencia organizada que operan en el país desde el sexenio del ex presidente de México Felipe Calderón Hinojosa a la fecha, sin que se vislumbre un control o fin a las hostilidades que han vuelto tan inseguras las áreas públicas de muchas ciudades en nuestro país; esa es la percepción social generalizada.

En otros tipos de delitos, en México no se tiene un plan o política para prevenir la comisión de éstos, salvo la educación cívica que se proporciona en el nivel básico. Según el Observatorio Nacional Ciudadano,<sup>15</sup> las carpetas de investigación reportadas por las procuradurías y fiscalías de los Estados de la República se aprecia un incremento constate en la incidencia delictiva sin que se realicen actos de gobierno para frenarla, al respecto aporta los siguientes datos:

*Si se compara la incidencia del primer trimestre de 2017 respecto a la del mismo periodo de años anteriores, pues los delitos de alto impacto aumentaron de acuerdo con las estadísticas del Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública (SESNSP). En este sentido vale la pena señalar que si se contrastan los valores absolutos del primer*

<sup>15</sup> El Observatorio Nacional Ciudadano es una organización de la sociedad civil que fomenta el entendimiento de las condiciones de seguridad, justicia y legalidad del país, buscando incidir en la eficacia de las políticas y acciones de la autoridad.

*trimestre de 2017 con el mismo lapso de 2016 se aprecia el incremento de 29.48% de los homicidios dolosos, de 12.57% de los homicidios culposos, de 19.75% de los secuestros del fuero federal y común, de 29.55% de las extorsiones, de 32.31% de los robos con violencia, de 13.10% de los robos de vehículos, de 3.18% de los robos a casa habitación, de 47.43% de los robos a negocio, de 31.69% de los robos a transeúnte y de 5.74% de las violaciones.*

Como se advierte de los datos que se citan los incrementos delictivos son considerables, sin que el Estado mexicano tome acciones para revertirlos.

### IV. Principios y postulados del *ius puniendi*

#### 1. Facultad sancionadora del Estado

Es el derecho del Estado frente a sus ciudadanos para sancionarlos dentro de un territorio determinado, aunque existe una excepción al principio de territorialidad,<sup>16</sup> en el Código Penal Federal y otros contenidos en tratados internacionales. Dentro de nuestro territorio esa potestad sancionatoria se divide en fuero federal, fuero común y fuero castrense.

Hay que tomar en cuenta que el *ius puniendi* encuentra sus límites dentro de los derechos humanos que nuestra Carta Magna y tratados internacionales de los que México es parte consagran a todas las personas, con los mecanismos que los garantizan.

<sup>16</sup> Artículo 4o.- Los delitos cometidos en territorio extranjero por un mexicano contra mexicanos o contra extranjeros, o por un extranjero contra mexicanos, serán penados en la República, con arreglo a las leyes federales, si concurren los requisitos siguientes: I.- Que el acusado se encuentre en la República; II.- Que el reo no haya sido definitivamente juzgado en el país en que delinquiró, y III.- Que la infracción de que se le acuse tenga el carácter de delito en el país en que se ejecutó y en la República.

El pacto social propuesto por Jean-Jacques Rousseau, en esencia, propone que para vivir en sociedad, los seres humanos acuerdan un contrato social que les otorga ciertos derechos al Estado a cambio de abandonar la libertad de la que dispondrían en estado de naturaleza, por derecho natural inherente a la persona. Lo que implica, que se concede al Estado ciertos derechos, entre ellos, esa facultad sancionadora *ius puniendi*, con los límites ya citados.

## 2. Los fines de la pena

Cuando hablamos de la pena es porque los actos de prevención del delito fueron ineficaces y el Estado tuvo que actuar ejerciendo el *ius puniendi*. Para poder determinar cuál es la finalidad, hay que tomar en cuenta que en nuestro país nunca ha existido la idea de castigar en retribución al mal cometido, ya que hasta la reforma constitucional de 2011 al artículo 18, la finalidad era readaptar al sentenciado, después de la reforma reinsertar para propiciar su reintegración a la comunidad; en ambos casos se busca que esa persona que ha actualizado una conducta prohibida por la ley penal, no vuelva a cometer conductas similares sin retribucionismo alguno. Si el sistema penitenciario no cumple con su función debido a la sobrepoblación de internos, ese es otro tema que hay que solucionar pero que implica una considerable carga presupuestal.

La excepción es la reparación del daño a la que está obligado el sentenciado respecto de la víctima u ofendido, donde sí se hace una retribución pecuniaria que satisfaga el daño causado.

## 3. Humanismo

Desde Cesare Bonesana, Marqués de Beccaria, en su tratado *De los delitos y de las penas*, a nuestros días, las formas y medios de ejercer el *ius puniendi* han ido

adquiriendo más humanismo, de ahí que a los derechos protectores de las personas se les denomine derechos humanos. Guillermo Cabanellas de Torre refiere: *desde que Beccaria pronuncia su primera palabra humanitaria han transcurrido más de dos siglos; sin embargo, sus ecos permanecen aún vibrando, quizás ahora con acentos más firmes, como si desde entonces no hubiera habido otro grito más fuerte en las estepas frías en las que hasta entonces militaban las sanciones contra el delito*,<sup>17</sup> Beccaria inspiró un movimiento de cambio en el Derecho Penal que se caracterizaba por su extrema e innecesaria crueldad, como menciona el autor, a la fecha los principios introducidos por Beccaria motivan constantes reformas al Derecho Penal en búsqueda de que su aplicación sea lo menos lesiva posible, en aras también de un Derecho Penal de mínima intervención.

No obstante la evolución del Derecho Penal enmarcado por los derechos humanos previstos en la Carta Magna y los tratados internacionales, se ha creado un Derecho Penal especial para delitos de delincuencia organizada, que los tratadistas denominan Derecho Penal del Enemigo, al que no aplican muchos de los derechos procesales y humanos que a otros delitos sí; lo que exhibe una terrible desigualdad que se contrapone a los principios básicos de igualdad que todo sistema jurídico debe contener.

## 4. Garantismo penal

El garantismo penal tiene que ver con el Derecho Penal mínimo limitando el poder punitivo del Estado, refiere Carbonell *que esta vertiente del garantismo se proyecta en garantías penales sustanciales y garantías penales*

<sup>17</sup> Cabanellas de Torres, G.: *Beccaria y...* cit., p. 10.

*procesales*;<sup>18</sup> aunque el autor hace distinciones entre aspectos sustantivos y adjetivos del Derecho Penal, nos decantamos porque el citado garantismo está plasmado en los derechos procesales y fundamentales del justiciable, que es la garantía de defensa ante el poder punitivo del Estado.

No hay que soslayar que al hablar de garantismo penal también opera el Derecho Penal diferenciado respecto a la delincuencia organizada, donde las garantías son severamente limitadas.

En un país con democracia constitucional como el nuestro, debe existir una justicia penal garantista enriquecida por el entorno internacional, porque derivado del pacto social las personas no pueden conceder al Estado facultades que los sometan a la tiranía, sino más bien se le permite al Estado ejercer el *ius puniendi* con la mínima intervención y una serie de garantías irrenunciables.

## V. Conclusiones

Primero. En el aspecto sustantivo, a efecto de revertir el engrosamiento penal en el fuero federal, se propone que los tipos penales previstos en leyes especiales se integren al Código Penal Federal y que se establezca una disposición expresa que impida crear alguna norma posterior que contenga descripciones típicas, ya que cualquier otro delito que se pretenda tipificar se deberá integrar al citado código. Lo relativo a teoría del delito, teoría de la pena, causas de exclusión y extintivas de responsabilidad deben estar contenidas únicamente en el libro primero del Código Penal Federal para el mismo efecto.

<sup>18</sup> Carbonell, Miguel. Cfr. [http://www.miguelcarbonell.com/docencia/Qu\\_es\\_el\\_garantismo\\_Una\\_nota\\_muy\\_breve.shtml](http://www.miguelcarbonell.com/docencia/Qu_es_el_garantismo_Una_nota_muy_breve.shtml). Consultado el 28 de septiembre de 2017.

Segundo. En relación con la parte adjetiva, para poder revertir el engrosamiento penal en el fuero federal se propone que cualquier disposición procesal se integre al Código Nacional de Procedimientos Penales. Para evitar un engrosamiento nocivo del Derecho Penal, tratar de frenar las causas o fenómenos subyacentes en la creación excesiva de normas penales, evitando remedios paliativos para sopesar exigencias sociales y si realmente es necesario la creación de normas por causas de utilidad pública, que se elaboren respetando las exigencias del *ius puniendi*, bajo el principio de proporcionalidad.

Tercero. Lo planteado es útil para la sociedad, ya que las normas penales son de su interés para conocer los delitos y las consecuencias de actualizarlos, porque la ignorancia del contenido y alcance de dichas normas no los exime de su cumplimiento. Al ser las normas penales sustantivas un catálogo de conductas prohibidas al ciudadano, le debe ser claro y sin reticencias, cuáles son todas y cada una de ellas, para que esté en posibilidades de conducirse de acuerdo a ese conocimiento. Por tanto, se entiende que la sociedad tiene interés en conocer qué explica la proliferación normativa de normas sancionadoras y el procedimiento para aplicarlas y si esa actividad se encuentra o no justificada y, en su caso, qué medidas legislativas son necesarias.

Esta aportación pretende establecer si la concentración de normas penales dispersas en dos codificaciones, uno sustantivo y otro adjetivo, resultan de suma utilidad social, además de que los operadores del Derecho Penal tendrían facilitada su labor cotidiana. La conveniencia es porque resulta útil a la sociedad disponer de dos normas que concentren, una el aspecto sustantivo y otra el adjetivo, evitando el engrose desmedido del Derecho Penal, facilitando el conocimiento de la norma y, por ende, su cumplimiento.

## VI. Fuentes de consulta

### Bibliografía

- Acale, M. y otros 8: *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2004.
- Atienza R. M.: *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de derecho*. Editorial Thompson Civitas, Madrid, España, 2004.
- Cabanellas de Torres, Guillermo: *Becaria y su obra*. Editorial Heliastra, S.R.L., Argentina, 1993.
- Centena F.: *Crisis de la ley*, en Luigi Ferrajoli: *Primer encuentro de jóvenes investigadores de la sociedad española de filosofía y política*. Universidad de Valencia, España, 2012.
- Fasina R., Page E. y Lammel S.: *La inflación legislativa penal y los efectos del encarcelamiento*. Universidad de Buenos Aires, 2015.
- Ferrajoli, L.: *Derechos y garantías, la ley del más débil*. Editorial Trota, cuarta edición, 2004.
- Jakobs, G.: *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho funcional*. Editorial Civitas, primera edición, 1996, reimpresión 2000, Madrid.
- Juárez Bribiesca, Armando y Medina Ramírez, Marco Antonio: *Política Criminal (México Chile)*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2011.
- Laino N.: *El recupero del principio de legalidad como estrategia ante la deriva inflacionaria del Derecho Penal*. Universidad de Palermo, Argentina, 2010.
- Laporta, F.: *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de derecho*. Editorial Thomson Civitas, Madrid, 2004.
- Leoni B.: *La libertad y la ley*. Unión Editorial, S.A., 2010.

- Martín, A.: *Reformas penales y proporcionalidad de las penas*. Editorial Ediar, Argentina, 2014.
- Moccia, S.: *El Derecho Penal entre ser y valor: función de la pena y sistemática teleológica*. Editorial B de F., Montevideo-Buenos Aires, 2003.
- Montealegre, E.: *Libro homenaje al profesor Gunther Jakobs: El funcionalismo en Derecho Penal*. Primera edición, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones en Filosofía y Derecho, Colombia, 2003.
- Robles G.: “La inflación legislativa”, en *periódico electrónico El Debate*, 2016, consultado el 06/03/2017.
- Rodríguez Manzanera, Luís: *Criminología*. Editorial Porrúa, S.A., México, 1981.
- Sánchez, S.: *Libro homenaje a Claus Roxin: Política criminal y nuevo Derecho Penal*. Editorial J.M. Bosch, Barcelona, España, 1997.
- Sarrulle, O.: *La crisis de legitimidad del sistema jurídico penal*. Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, 1998.
- Tavolari, R.: *Instituciones del nuevo proceso penal*. Editorial Jurídica de Chile, Chile, 2005.
- Valencia L.: *Revista legislativa de estudios sociales y de opinión pública*, volumen 6, número 11, México, 2013.
- Zafaroni, E.: *Hacia un raelismo jurídico penal marginal*. Editorial Monte Ávila Latinoamericana, primera edición, Caracas, Venezuela.

### Legislación

- Acuerdos del Consejo de la Judicatura Federal.
- Acuerdos del Procurador General de la República.
- Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales.



- Código Fiscal de la Federación.
- Código Nacional de Procedimientos Penales.
- Código Penal Federal.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Ley de Amparo.
- Ley de Migración.
- Ley de Propiedad Industrial.
- Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.
- Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.
- Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos.
- Ley General de Bienes Nacionales.
- Ley General de Víctimas.
- Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente.
- Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro.
- Ley Nacional de Ejecución de Penas.
- Ley Nacional de Ejecución Penal.
- Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias.
- Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.
- Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas.

#### **Fuentes de consulta en internet**

- [www.infoderechopenal.es/criminologia-causal.html](http://www.infoderechopenal.es/criminologia-causal.html)
- <http://www.secretariadoejecutivo.gob.mx/sistema-nacional/consejo-nacional.php>
- <https://www.conago.org.mx/>
- [www.juridicas.unam](http://www.juridicas.unam.mx/)

- <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/131/17.pdf>
- <http://onc.org.mx/tag/estadisticas/>
- <https://criminologiacomunicacionymedios.files.wordpress.com/2013/08/beccaria-cesar-tratado-de-los-delitos-y-de-las-penas.pdf>
- [http://www.miguelcarbonell.com/docencia/Qu es el garantismo Una nota muy breve.shtml](http://www.miguelcarbonell.com/docencia/Qu%20es%20el%20garantismo%20Una%20nota%20muy%20breve.shtml)

---

## Elementos jurídico-económicos para el diseño y aplicación de impuestos verdes

*Óscar Enrique Castillo Flores\**  
*Rolando Cuitláhuac Ríos Aguilar\*\**  
*Raúl Rodríguez Vidal\*\*\**

RESUMEN: La necesidad de contar con más recursos financieros por parte de gobiernos locales, en el contexto de fuertes restricciones de las finanzas públicas federales de México, ha dado lugar al surgimiento de algunas iniciativas de gobiernos estatales para allegarse ingresos extraordinarios, mediante lo que esas autoridades han llamado *impuestos verdes*. Ante tales iniciativas, es necesario hacer precisiones metodológicas y conceptuales sobre lo que debe entenderse al hablar de impuestos verdes. Los impuestos verdes tienen una connotación ontológica que los distingue de otros instrumentos de recaudación fiscal. Su justificación y principio rector sería la búsqueda

---

\* Asesor Jurídico Federal. Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Chihuahua.

\*\* Doctor en Economía por la UNAM, se ha especializado en el análisis de la economía ambiental, indicadores de desempeño ambiental y vulnerabilidad al cambio climático. [rcrios31@gmail.com](mailto:rcrios31@gmail.com)

\*\*\* Doctor en Derecho por la UJED-UNAM, se ha especializado en la teoría de derechos humanos, transparencia gubernamental y derechos de los contribuyentes.

Los dos últimos autores son profesores de tiempo completo en la Facultad de Administración Fiscal y Financiera de la Universidad Autónoma de Coahuila, Unidad Torreón, y son integrantes del Cuerpo Académico denominado “Fiscalidad Multidisciplinaria y Sustentabilidad”.

de formas de corregir las externalidades presentes e internalizar los costos ambientales mediante un ajuste por la vía impositiva de los incentivos que mueven a los agentes económicos, teniendo propósitos estrictamente ambientales, más que fiscales o recaudatorios, y teóricamente pudiera realizarse bajo criterios de neutralidad fiscal. Diversas experiencias internacionales sobre la aplicación de impuestos verdes, han mostrado la utilidad de estos instrumentos.

**PALABRAS CLAVE:** impuestos verdes, metodología, política fiscal.

**ABSTRACT:** The need for more financial resources from local governments, in the context of strong restrictions on Mexico's federal public finances, has led to the emergence of some initiatives by state governments to raise extraordinary revenues, called "green taxes". Given these initiatives, it is necessary to make methodological and conceptual precisions on what should be understood when talking about green taxes. Green taxes have an ontological connotation that distinguishes them from other tax collection instruments. Its justification and guiding principle would be the search for ways to correct the externalities present and internalize the environmental costs through an adjustment by the tax route of the incentives that move the economic agents, having strictly environmental, rather than fiscal or collection, and theoretically could be carried out under criteria of fiscal neutrality. Various international experiences on the application of green taxes have shown the usefulness of these instruments.

**KEY WORDS:** green taxes, methodology, fiscal policy.

**SUMARIO:** Introducción. I. Impuesto verde: precisión metodológica. II. Concepto de impuesto verde. III. Consideraciones jurídicas para la aplicación de un impuesto verde. IV. Análisis *ex ante* para el diseño de un impuesto verde. V. Diseño de un impuesto verde. VI. Análisis *ex post* de la aplicación de un impuesto verde. VII. Algunas experiencias internacionales en el diseño y aplicación de impuestos verdes. VIII. Conclusiones. IX. Referencias bibliográficas.

### **Introducción**

El artículo presenta los aspectos conceptuales y metodológicos, de índole económica y jurídica que deben seguirse al momento de diseñar y aplicar un impuesto verde, tomando como base las propuestas que en ese sentido han desarrollado organismos de cooperación internacional y lo que establece la normatividad mexicana.

En la primera sección se establecen los supuestos metodológicos sobre los cuales se apoya el presente artículo, señalando aspectos ontológicos y gnoseológicos que permiten precisar nuestro objeto de estudio.

En la segunda sección se muestra, en términos conceptuales, el significado de impuesto verde tomando en cuenta el criterio generado por organizaciones internacionales que ha sido aceptado también internacionalmente, que de manera clara diferencian un impuesto verde de otro tipo de gravamen.

En la tercera sección se revisan los elementos jurídicos más importantes que justifican y fundamentan la puesta en práctica de los impuestos verdes.

En la cuarta sección se plantea el ejercicio de análisis *ex ante* que debe seguirse para el diseño de un impuesto verde y, eventualmente, de su puesta en práctica. Dicho ejercicio se conoce con el nombre de valoración contingente.

En la quinta sección se detallan los pasos que debe seguir el diseño de un impuesto verde, de acuerdo con la propuesta de organismos internacionales de cooperación y de la revisión de la normatividad mexicana aplicada a esta materia.

Enseguida se describe el ejercicio *ex post* que ha de realizarse una vez que se tienen resultados de la implantación de un impuesto verde.

El artículo ofrece, en la quinta sección, la descripción de algunas experiencias internacionales que comprueban la utilidad de estos instrumentos de gestión, a partir de un diseño y aplicación eficaces. Se ofrece una sección de conclusiones que resumen lo visto a lo largo del artículo.

### **I. Impuesto verde: precisión metodológica**

A fin de establecer de manera correcta el método más apropiado para analizar un determinado fenómeno, sea éste económico, político o ambiental, se requiere en primera instancia determinar su naturaleza ontológica, o en otras palabras el *Ser* de dicho fenómeno; es decir, caracterizar su origen, determinantes y componentes que lo integran y, a la vez, lo diferencian de otros fenómenos, a fin de no sólo conocerlo, sino además poder transformarlo, a la manera como lo propone la filosofía de la praxis (Sánchez Vázquez, 1977).

Lo anterior, visto en un plano más particular y en referencia al estudio de los problemas relativos a la interacción sociedad-naturaleza, aunque de manera lenta, se ha venido abriendo espacio de manera consistente

en los últimos 30 años, buscando la mejor perspectiva gnoseológica que permita la comprensión holística de tal interacción. Al respecto, Leff señala:

*... la complejidad de la problemática ambiental no puede ser comprendida ni resuelta si no es con el concurso y la integración de muy diversos campos del conocimiento. Si bien esto no es cuestionable en términos generales, lo cierto es que ha habido un alto grado de dificultad para poder diferenciar y concretar los niveles y las formas en los que estos conocimientos se generan y se integran con el propósito de: a) explicar las causas históricas de la problemática ambiental; b) diagnosticar la especificidad de casos concretos; y, c) planificar acciones concertadas para su resolución.<sup>1</sup>*

En tal contexto teórico, las iniciativas de ley que han tomado algunas autoridades locales de México, impulsando la puesta en práctica de un gravamen sobre actividades industriales y/o comerciales identificadas como contaminantes del medio ambiente y que han calificado a dicho gravamen como impuesto verde, impulsan a precisar su naturaleza, para descubrir su significado particular que lo diferencia claramente de otros instrumentos de recaudación usados por las autoridades hacendarias. Al precisar conceptualmente el sentido de un impuesto verde no sólo se conoce su *Ser*, sino que se evita desvirtuar el sentido y propósito que tiene.

### **II. Concepto de impuesto verde**

El objetivo central de un impuesto verde (Peters, 2012) es la corrección de una externalidad ambiental negativa, mediante la internalización del costo ambiental al agente contaminante a través del pago de un monto determinado.

<sup>1</sup> Leff, E. (Coordinador): *Los problemas...* cit., pp. 27 y 28.

Así, en tanto no se especifique cómo la medida impositiva elimina la externalidad negativa e impacta positivamente en el medio ambiente, aunque se presente como *verde*, dicho impuesto será meramente recaudatorio.

Acquatella y Bárcena definen conceptualmente lo que es un impuesto verde, señalando que:

*La principal finalidad de un impuesto verde es incentivar una reducción de la contaminación y la degradación ambiental e inducir un mejor desempeño ambiental de los agentes económicos. Es decir, su justificación y principio rector sería la búsqueda de formas de corregir las externalidades presentes e internalizar los costos ambientales mediante un ajuste por la vía impositiva de los incentivos que mueven a los agentes económicos.*<sup>2</sup>

Además de las ventajas que pueden significar la internalización de un daño ambiental en el agente contaminador, los impuestos verdes son también un mecanismo de captación de recursos para la hacienda pública (Rodríguez, Ríos y Castillo, 2016), justo ahora cuando la situación económica internacional y nacional presiona fuertemente a las finanzas públicas mexicanas y, dentro de ellas, a las de los gobiernos locales, espacio éste en donde crecen los problemas ambientales de contaminación atmosférica, manejo de residuos sólidos, escasez de agua, movilidad urbana, es decir, todos estos factores que van a contracorriente de lo que, en términos integrales, llamamos desarrollo sostenible, visión holística que debe aglutinar sinérgicamente las políticas públicas.

Para mayor precisión conceptual del alcance de un impuesto verde, la Comisión Económica para América

<sup>2</sup> Acquatella, J. y Bárcena, A.: *Política...* cit., p.15.

Latina y el Caribe (CEPAL, 2015) señala los beneficios de un impuesto verde en términos ambientales y fiscales:

*... los impuestos ambientales no sólo permiten inducir una reducción de la contaminación producida, sino que también tienen el potencial de aportar ingresos tributarios adicionales al Estado. A su vez, estos recursos pueden ser utilizados para reducir otros impuestos distorsivos del sistema tributario, como aquéllos que recaen sobre los salarios o sobre la inversión; los impuestos ambientales pueden generar lo que se ha denominado un doble dividendo, un medio ambiente más limpio y un sistema tributario más eficiente, en la medida en que permitan el reemplazo, en la base tributaria total, del capital y el ingreso laboral a costa del consumo y producción de bienes contaminantes.*<sup>3</sup>

### III. Consideraciones jurídicas para la aplicación de un impuesto verde

El antecedente más documentado sobre el tema ambiental en la legislación tributaria mexicana se encuentra en 1971, cuando entró en vigor la Ley Federal para Prevenir y Controlar la Contaminación Ambiental (Diario Oficial de la Federación, 1971). En este ordenamiento jurídico se aprecia, por primera vez, una referencia directa al tema impositivo relacionado con el medio ambiente.

Pero no es hasta la promulgación de la Ley Federal del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, (LGEEPA) vigente a partir de 1988, donde se encuentran plenamente identificados los instrumentos económicos como un mecanismo alternativo para la prevención y control de la contaminación ambiental y formas de aprovechamiento de los recursos naturales que carecen de sustentabilidad.

<sup>3</sup> Comisión Económica para América Latina y el Caribe: *El desafío...* cit.



En particular, los artículos 21 y 22 de la LGEEPA son los apartados donde se encuentran definidos los instrumentos económicos, en dónde se señalan los puntos siguientes:

- Se plasma la libertad a las legislaturas locales para establecer las competencias a nivel estatal y municipal para el diseño, desarrollo y aplicación de instrumentos económicos orientados al cumplimiento de la política ambiental.
- Se definen los instrumentos económicos como aquellos mecanismos normativos y administrativos fiscales, financieros o de mercado, mediante los cuales las personas asumen los beneficios o costos ambientales.
- Se considera como instrumentos económicos de carácter fiscal, a los estímulos fiscales que incentiven el cumplimiento de la política ambiental.
- Se precisa que, en ningún caso, estos instrumentos tendrán un fin meramente recaudatorio.
- Se consideran estímulos fiscales a aquéllos dirigidos a la investigación y la utilización de tecnologías limpias, favorables al medio ambiente.

En 1996 se introdujeron reformas a la LGEEPA que clarifican, aún más, el sentido de los instrumentos económicos, señalando:

- La idoneidad de los instrumentos económicos para hacer cumplir dos principios ambientales:
  - El que contamina paga:
  - El que conserva y hace un uso sustentable de los recursos naturales recibe un estímulo o compensación.

Autores como Figueroa (2007), señalan que una fuente muy importante en donde se sustenta la legitimidad

de los instrumentos económicos, se haya en los tratados y convenios internacionales que tiene suscritos nuestro país, ya que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece, en su artículo 133, que dichos instrumentos jurídicos tienen carácter de Ley Suprema de la Nación.

Al respecto, es de subrayarse que a partir de la llamada Cumbre de la Tierra, celebrada en Río de Janeiro en 1992, México ha suscrito varios tratados internacionales en dónde expresamente se hace alusión a los instrumentos económicos como una forma de impulsar el cumplimiento de la política ambiental.

Entre otros convenios, destacan los siguientes:

- Cumbre de la Tierra, principio 11, recomienda la promulgación de leyes ambientales de acuerdo con el contexto económico y social de cada país.
- Agenda 21, punto 8.4 de la Sección 8, inciso c, señala que se deben establecer medidas a nivel interno para asegurar la coherencia de las políticas, planes e instrumentos de las políticas sectoriales, económicas, sociales y del medio ambiente, incluidas las fiscales.
- Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte, artículo 2, señala las obligaciones de las Partes, entre ellas (inciso f), la de promover el uso de instrumentos económicos para la eficiente consecución de las metas ambientales.
- Con la Unión Europea se convino en el Acuerdo de Asociación Económica, Concertación Política y Cooperación entre la Unión Europea y sus Estados Miembros y los Estados Unidos Mexicanos (llamado TLCUEM), en su artículo 34.2, estimular los incentivos económicos para asegurar el cumplimiento de la gestión ambiental.

Es importante señalar que, no obstante los antecedentes anteriores, subsiste una discusión doctrinaria respecto a la constitucionalidad de los impuestos verdes, ya que algunos autores consideran que su carácter es manifiestamente extrafiscal (Figueroa, 2004; Jiménez, 1996; González, 1987).

Por el contrario, otros autores (Ríos y García Bueno, 2007), se pronuncian por la constitucionalidad de los impuestos verdes, y para ello se basan en lo que establece la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Novena Época (1A/J: 46/2005), al admitir que las contribuciones extrafiscales son válidas y que sólo debe el legislador, justificarlas en la exposición de motivos, en los dictámenes o en la misma ley, y respetando dos principios: justicia tributaria y su carácter secundario.

Al ser los impuestos verdes especialmente sensibles a la percepción de la opinión pública, es estratégico considerar que no deben ser planteados de manera aislada o independiente de otros fines que se establecen en la política de desarrollo nacional, estatal o municipal. Por ello, los artículos 25, 26 y 27 de nuestra Carta Magna son fundamentos que dan cobertura al diseño e puesta en operación de los instrumentos económicos y, en particular, de los impuestos verdes.

Otro aspecto estratégico a considerar desde el punto de vista jurídico, y que tiene que ver con su iniciativa por los Estados y Municipios, es que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece, en sus artículos 117 y 118, las limitaciones en materia de iniciativa de impuestos para Estados y Municipios a aquellas áreas no reservadas exclusivamente para el nivel federal. En esta limitación no se menciona el aspecto ambiental, por lo cual es factible legislar en la materia para estos dos niveles de gobierno, tomando en cuenta los

acuerdos de coordinación fiscal existentes. Cada Estado deberá analizar a profundidad su propia normatividad fiscal, a fin de contemplar en ésta los impuestos verdes.

Aquí llegamos al punto de ¿cómo diseñar impuestos verdes que efectivamente cumplan con su cometido de coadyuvar a resolver alguna problemática ambiental?, ¿cómo hacerlo para que no se distorsione su propósito y además cumpla con la normativa señalada por la jurisprudencia?

En los puntos siguientes se hace una exposición metodológica acerca del diseño e implementación de un impuesto verde.

#### **IV. Análisis *ex ante* para el diseño de un impuesto verde**

En política pública la toma de decisiones debe ir acompañada de la información apropiada como forma de prever el nivel de aceptación que tendrá entre la población la puesta en práctica de una determina acción gubernamental. Sí, en todas las decisiones trascendentes debe esto ser una regla, lo es aún más cuando se trata de medidas de índole fiscal, que directamente afectarán el ingreso de las personas.

Siendo los impuestos verdes poco conocidos en el universo de la política fiscal prevaleciente en México, cualquier intento por llevarlos a la práctica requiere de un mayor conocimiento previo del contexto social en que se pretenden instaurar.

El método de valoración contingente es precisamente una muy buena herramienta de investigación, que nos acerca a sentir el pulso ciudadano respecto a los problemas ambientales que más le interesan y, sobre todo, qué tanto estarían dispuestos a aceptar un impuesto que buscará la solución de ese problema ambiental detectado. La valoración contingente, como todos los instrumentos

demoscópicos, tiene sus limitaciones, a pesar de ello, hoy es habitual su uso en Europa y Estados Unidos.

*La utilidad del método es muy variada. Va desde la administración nacional o municipal que necesita evaluar las iniciativas que propone, hasta las organizaciones preocupadas por el medio ambiente que desean saber el valor social del patrimonio natural o los tribunales que deben imponer sanciones económicas a quienes causen daño a bienes colectivos. (Riera, 1994:5).*

En la economía clásica el medio ambiente *per se* no tiene un referente de precios de mercado (Daly y Farley, 2004), a lo sumo, algunos de los bienes naturales, como el bosque o el ecosistema marino llegan a tener uno, pero siempre relacionado con el uso comercial de la madera o las pesquerías, respectivamente, rara vez en cuanto al servicio ambiental que proporcionan cada uno de ellos. Así, el método de valoración contingente busca crear un mercado de precios hipotético sobre aquel bien natural o problema de contaminación que se consideran prioritarios. *Se trata de simular un mercado mediante encuesta a los consumidores potenciales. Se les pregunta por la máxima cantidad de dinero que pagarían por el bien si tuvieran que comprarlo, como lo hacen con los demás bienes. De ahí se deduce el valor que para el consumidor medio tiene el bien en cuestión. (Riera, 1994:5).*

Llevar a cabo un ejercicio de valoración contingente para la elaboración de una política pública requiere:

- interés de la autoridad más alta;
- preparación conceptual;
- información estadística suficiente;
- recursos financieros y humanos de acuerdo con la profundidad del estudio;
- oportunidad; y,
- tiempo necesario.

Todos estos son elementos *sine qua non* para realizar una investigación científica que se aparte de cualquier sesgo y que realmente contribuya a la toma de decisiones en favor del bien común y en el caso de los impuestos verdes, del medio ambiente.

Cuando se habla desde la autoridad de la toma de *decisiones dolorosas, pero necesarias*, suponemos que éstas están basadas en un análisis técnico que toma en cuenta, además de las características propias del hecho en el que se quiere influir, el contexto social en el cual se van a aplicar tales medidas. La ciencia es la mejor aliada de las decisiones políticas. No usarla en momentos clave de decisiones relevantes, puede llevar al fracaso la medida que se impulsa, ocasionar la desaprobación y malestar social y, eventualmente, al debilitamiento del margen de maniobra política de la autoridad.

Enseguida se describen las etapas a considerar en el diseño y aplicación de un impuesto verde, metodología propuesta por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico y la CEPAL y que han contado con amplia aceptación en Europa y Estados Unidos.

## V. Diseño de un impuesto verde

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE, 2011), establece nueve aspectos a considerar en el diseño de un impuesto verde, aquí se destacan cinco de ellos:

- Dirigirse hacia un punto concreto de contaminación ambiental a resolver, o hacia alguna conducta contaminante de algún agente particular.

Este primer paso es de suma importancia, ya que es a partir de aquí donde se identifica de modo preciso el daño ambiental a corregir y, en su caso, al contaminador que lo ocasiona, evitando con ello caer en generalizaciones e

indefiniciones que pueden propiciar poca transparencia sobre el propósito del impuesto verde desde su inicio.

- El monto del impuesto verde debería idealmente tener correspondencia al daño ambiental que se ocasiona por un agente contaminador.

La valoración crematística de un daño ambiental es, sin duda, un reto que enfrenta la economía, pues debe considerar no sólo el valor de mercado del bien natural, sino el servicio que éste presta a la cadena de vida. Por ello, las autoridades que impulsan el impuesto tanto como el órgano legislativo que corresponda, deben contar con estudios técnicos muy detallados que aproximen lo más cercano posible el monto del impuesto con la corrección de la externalidad negativa que se quiere eliminar.

- El impuesto debe ser creíble y su tasa predecible con objeto de motivar mejoras ambientales.

El impuesto verde debe tener un objetivo ambiental y social claro: remediar un daño ambiental y/o cambiar actitudes contaminantes. Por ello, es impensable un impuesto verde que no sea costo-eficiente, pues eso puede conducir a la ruina de la actividad productiva hacia donde se focaliza el impuesto; debe ser también realista de acuerdo con el diagnóstico técnico-científico del daño, para ver si es posible eliminar, mitigar o reparar ambientalmente éste.

- Los ingresos generados por el impuesto verde deben dirigirse de manera exclusiva hacia la reparación del daño ambiental identificado.

Ante la debilidad de ingresos a las finanzas públicas, es muy tentador utilizar los recursos obtenidos mediante un impuesto verde hacia otros fines determinados por la autoridad. Al respecto, el impuesto verde tiene la característica de que los ingresos que se reciban por su puesta en práctica, cuenta ya con un objetivo establecido

previamente, por lo que cualquier desviación a lo anterior desvirtúa el propósito del impuesto, propiciando *pari pasu* la no corrección del daño ambiental y la incredulidad social ante la actuación de la autoridad.

- La comunicación clara es vital para obtener la aceptación pública al impuesto verde.

Los acontecimientos sociales que se suscitaron en varias partes de México durante la primera semana del año 2017, son una muestra de la falta de comunicación efectiva del gobierno acerca de una política pública que se emprendió. Ningún sector de la sociedad apoyó tal política, y más aún, casi ningún sector social estaba enterado de manera objetiva, del propósito y trascendencia de la liberación del precio de las gasolinas y diésel ocurrido a partir del primer día del año.

La liberalización del precio de las gasolinas es un hecho poco entendido y menos apoyado por la sociedad. De manera independiente a muchos factores subyacentes en el ánimo social, el gobierno no expuso de manera clara y suficiente ni *ex ante* ni *ex post* las razones de su decisión, provocando el repudio generalizado a ésta.

Así, si cualquier impuesto, tributo, tarifa o medida recaudatoria conocida debe ser perfectamente explicada a la ciudadanía antes de su puesta en operación, el impuesto verde, dado su propósito eminentemente de beneficio ambiental, lo debe ser aún más.

## **VI. Análisis *ex post* de la aplicación de un impuesto verde**

Habiendo recorrido distintas etapas que presenta la puesta en práctica de un impuesto verde, llegamos a la etapa final del proceso, la cual consiste en realizar un examen evaluatorio acerca de los resultados obtenidos a partir de la entrada en vigor de la medida fiscal verde.

La evaluación de una política es un aspecto fundamental, al menos por dos razones:

- Permite comparar objetivamente los resultados alcanzados contra los objetivos que se plantearon.
- Sirve de base para mejorar la planeación de nuevas acciones que se pretenden emprender.

Resulta paradójico que en el llamado proceso administrativo (Chiavennato, 2012) que incluye la planeación, gestión, control y evaluación, las partes más débiles son precisamente los extremos, es decir la planeación y la evaluación, siendo que al llevarse a cabo correctamente ambos aspectos, los otros dos componentes (gestión y control) verían reducirse sus problemas de manera significativa, al igual que los recursos que se emplean en ellos, que dicho sea de paso, suelen consumir la mayor parte de éstos.

En economía (Mankiw, 1997) se dice que la actitud del consumidor se guía por el precio, el gusto, la necesidad, y las expectativas. Con esta aproximación general, el ejercicio de evaluar *ex post* el impacto de un impuesto verde (OECD, 2000), se hace a través de distintas herramientas de análisis, dependiendo de la externalidad negativa que se pretendía eliminar al momento de poner en marcha el impuesto y que busca saber cómo se modificó alguno de los elementos señalados al inicio de este párrafo, y la repercusión de ello sobre el medio ambiente.

Así, cuando el impuesto verde se aplicó sobre el consumo de combustibles, el análisis *ex post* mostraría, a partir de una línea base dada, la variación final o intermedia de dicho consumo. Por ejemplo, si la medida sobre las gasolinas que ocurrió en el país a principios del año 2017 se hubiera tratado, no de una liberación de precios, sino de un impuesto verde para limitar el consumo de combustible a efecto de reducir las

concentraciones atmosféricas contaminantes que causan daños en la salud de las personas y los ecosistemas, el análisis de evaluación tendría que tomar en cuenta, al menos:

- El consumo de combustible observado a partir de la entrada en vigor de la medida. Se esperaría una reducción en dicho consumo.
- La compra de vehículos. Se esperaría un desplazamiento hacia aquellos que consumen menos combustible, o incluso una baja en las ventas generales, aunque desde luego una supuesta caída de las ventas no depende de solo un aspecto.
- Tendencia a la reducción de las concentraciones de contaminantes atmosféricos generados por la quema de combustibles fósiles (ozono, óxidos de nitrógeno, bióxido de carbono).
- Menor incidencia de enfermedades respiratorias debido a la contaminación.

Contando con información de calidad, es factible que en corto tiempo se pueda evaluar con claridad la efectividad de la medida tomada en el caso hipotético que se señala.

En cambio, cuando el impuesto verde se orientó a la corrección de un problema que tiene que ver con la recuperación de un ecosistema, el tiempo para evaluar puede ser mayor, ya que cuando se trata de aspectos naturales, existen más variables a tomar en cuenta y el grado de incertidumbre aumenta. Por ello se requiere que, en el momento del diseño del impuesto, se contemple con la mayor precisión posible el tiempo esperado para el recobre del ecosistema o se establezca un escenario donde se plasme qué tipo de cambios positivos ocurrirán.



## VII. Algunas experiencias internacionales en el diseño y aplicación de impuestos verdes

Los impuestos verdes se han aplicado en los países desarrollados de manera progresiva y con diferente nivel de éxito. Por ejemplo, en los países industrializados se aplican este tipo de impuestos a la energía, al contenido de carbono, en los combustibles fósiles (impuestos al CO<sub>2</sub>), al contenido de azufre en los combustibles, a la gasolina, y a la gasolina con plomo, al diésel, a las emisiones de óxidos de nitrógeno en plantas generadoras, a los vehículos automotores, a los compuestos orgánicos clorados (pesticidas y solventes), a los metales pesados (en baterías) y compuestos tóxicos en diversos productos químicos, a los clorofluoro carbonos y al cadmio, nitrógeno, y fósforo fertilizantes, entre otros.

Otros de los ejemplos de aplicación de los impuestos verdes, cuya característica es que su destino no implica una recaudación para el fisco central sino para el servicio público más cercano a tal impuesto, son aquéllos identificados como cargos por uso de recursos naturales como pueden ser los cargos o tasas por utilizar la capacidad de absorción de los cuerpos de agua nacionales.

Otro ejemplo de tarifas que se cobran es por la entrada a parques nacionales, la obtención de licencias de caza y el uso de zonas de conservación. Un reto importante en este aspecto es que los mencionados cargos o tarifas estén suficientemente valorados para evitar que se exploten de manera irracional.

Un caso ilustrativo de subvaloración del recurso es el agua. En la mayoría de los países el precio del agua cubre, cuando mucho, el costo unitario de operación, pero no refleja el valor real del recurso ni las externalidades negativas que genera su uso excesivo (Saldívar, 2007). En particular, en México, el tema del cobro de las tarifas por

el uso del agua se ha convertido en un tema que excede lo estrictamente económico o ambiental, para hacer un caso que se interpreta de justicia social. Esta situación dificulta de una manera notoria el poder llevar a cabo acciones tendientes a instaurar una cuota, impuesto, o tarifa ambiental sobre este recurso.

Los países europeos y nórdicos, desde finales de la década de los años 80 e inicios de los 90, empezaron a implementar *reformas fiscales verdes*, especialmente en materia impositiva. En una primera etapa, estas reformas se plantearon como respuesta a la crisis económica y a los altos niveles de desempleo que enfrentaban estos países, y tuvieron como objetivo reducir la imposición directa al trabajo (como las cotizaciones a la seguridad social) a través de la sustitución con impuestos indirectos ambientales, fomentando de esta manera la creación de empleo al abaratar el costo del factor trabajo, sin alterar la carga fiscal (Rodríguez 2001). En esta etapa, las reformas fiscales verdes trataron de conjugar objetivos ambientales, como la reducción de gases de efecto invernadero, con objetivos socioeconómicos, como es el incremento en el empleo. Dinamarca, Finlandia y Suecia fueron quienes emprendieron con mayor fuerza las reformas fiscales verdes, introduciendo impuestos sobre la contaminación atmosférica y a los residuos sólidos.

En comparación con el Continente Europeo, la experiencia latinoamericana en impuestos verdes ha sido a nivel local más que federal. Este esfuerzo, aún lento, se ha expandido, contribuyendo con ello a fortalecer la experiencia en el tratamiento de este tema. En Buenos Aires, la capital de Argentina, el aumento de la generación de residuos sólidos urbanos constituye un

problema real que afecta al ambiente y a la calidad de vida de la población, ante lo cual, se diseñó el impuesto verde llamado *gravamen ambiental basura cero*.

El objetivo de dicho gravamen fue la reducción progresiva de la disposición final de residuos sólidos urbanos, con plazos y metas concretas, por medio de la adopción de medidas orientadas a la reducción en la generación de residuos, la separación selectiva, el reciclado y la reutilización, así como disminución de desechos a depositar en rellenos sanitarios, hasta la prohibición general de la disposición final de materiales reciclables como reutilizables para el año 2020 (Administración Gubernamental de Ingresos Públicos, 2014).

En Ecuador se ha creado una ley de fomento ambiental y optimización de los ingresos del Estado en el 2011, en la cual ya se han creado impuestos para la mejora de decisiones de consumo. Algunos impuestos que se han creado han sido el impuesto ambiental a la contaminación vehicular que tiene como objetivo el reducir la contaminación del ambiente producida por el uso de vehículos motorizados de transporte terrestre. Otro impuesto relacionado es el impuesto redimible a las botellas plásticas no retornables, el cual busca también disminuir la contaminación y, a la vez, estimular el proceso de reciclaje.

El hecho generador de este impuesto es embotellar bebidas en botellas plásticas no retornables, que son comúnmente utilizadas en bebidas alcohólicas, refrescos, agua. La tarifa establecida para este impuesto a las botellas plásticas es de hasta dos centavos de dólar por cada botella, manejando una política de retorno con tarifa de igual manera, en la cual se le devolverá en su totalidad a quien recolecte, entregue y retorne las botellas. Algunos de los resultados que se han obtenido son la reducción de las botellas plásticas en el medio ambiente, que a su vez

se representa en la reducción de la degradación ambiental y, por la parte social, se incluye que se ha dotado de un valor de cambio a un material que por definición había perdido su valor, lo cual se generó un efecto-ingreso para recolectores de la basura (Amoroso, 2014).

Durante los últimos años, los objetivos de las reformas fiscales verdes se han ido modificando hacia temas más relacionados con la eficiencia energética, la promoción de las energías renovables o el reciclaje. Además, las reformas fiscales verdes han ampliado los instrumentos tributarios inicialmente utilizados incluyendo medidas ambientales por el lado del gasto. Sin embargo, la reciente crisis económica ha traído de nuevo a la discusión de la política fiscal, la necesidad de introducir medidas de consolidación fiscal que apunten a impuestos de alto potencial recaudatorio; y de restringir o recortar el gasto público. Ello pone en cuestionamiento la prioridad de implementar este tipo de reformas fiscales verdes por su bajo nivel de recaudación y la falta de evaluación de impacto de los programas ambientales. Esto significa una experiencia muy importante para el caso mexicano, en particular si se desea explorar como una alternativa de ingreso para los municipios.

## VIII. Conclusiones

Remarcando algunos puntos vistos a lo largo de artículo, se pueden señalar:

- La definición ontológica del fenómeno que se estudia permite identificar con claridad sus rasgos distintivos, es decir, aquello que lo distingue de otros fenómenos similares, posibilitando con ello el análisis concreto de su naturaleza, origen, desarrollo y comportamiento.

- En términos jurídicos, al ser los impuestos verdes especialmente sensibles a la percepción de la opinión pública, es estratégico considerar que no deben ser planteados de manera aislada o independiente de otros fines que se establecen en la política de desarrollo nacional, estatal o municipal. Por ello, los artículos 25, 26, y 27 de nuestra Carta Magna, son fundamentos que dan cobertura al diseño y puesta en operación de los instrumentos económicos y, en particular, de los impuestos verdes.
- El antecedente más documentado sobre el tema ambiental en la legislación tributaria mexicana se encuentra en 1971, cuando entró en vigor la Ley Federal para Prevenir y Controlar la Contaminación Ambiental (Diario Oficial de la Federación, 1971). En este ordenamiento jurídico se aprecia, por primera vez, una referencia directa al tema impositivo relacionado con el medio ambiente.
- Los antecedentes jurídicos directos de los impuestos verdes se encuentran en la LGEEPA de 1988 y 1996, además de su presencia en tratados y convenios internacionales de México, lo que les otorga la calidad de Ley Suprema.
- La Suprema Corte de Justicia de la Nación reconoce la constitucionalidad de los tributos extrafiscales, como lo son los impuestos verdes, a condición de que sean justificados por el legislador en la exposición de motivos, dictamen o en la misma ley.
- Los impuestos verdes forman parte de la política fiscal seguida en países europeos y en Estados Unidos. Su puesta en práctica es cada vez mayor, y su metodología se sigue perfeccionando.

- Los impuestos verdes se diseñan y aplican con objetivos precisos, que identifican claramente al agente contaminador al que se dirige el impuesto, y la externalidad negativa que se pretende corregir, es decir el objetivo ambiental que se pretende beneficiar.
- Una buena parte del éxito de un impuesto verde descansa en una efectiva comunicación de las autoridades con los ciudadanos, explicando claramente el propósito, alcance, beneficio y metas cuantificables. La autoridad debe realizar estudios *ex ante* para conocer la disposición a pagar de los ciudadanos y el grado de conocimiento del problema ambiental que se pretende corregir con la aplicación del impuesto.
- La evaluación *ex post* de la aplicación de un impuesto verde sirve para corregir o fortalecer procedimientos, analizar resultados, comunicar a la sociedad claramente los logros o limitaciones encontradas, y contar con una base sólida de información para proyectos futuros.
- Las experiencias internacionales muestran el distinto nivel de éxito alcanzado con la puesta en práctica de impuestos verdes, en donde se destaca que en la medida en que el impuesto sea diseñado de manera precisa, en cuanto a su objetivo a resolver, el tiempo de su permanencia y el agente contaminador al que se dirige, tiene mayores posibilidades de cumplir con su cometido.
- Un punto en contra de los impuestos verdes es que la coyuntura económica se convierte en un limitante importante, ya que la necesidad de recaudación por parte de las autoridades provoca que el diseño se haga pensando más

en la cantidad de ingresos extraordinarios por obtener, que realmente la corrección de una externalidad negativa o la eliminación de un patrón de producción o consumo insustentables.

## IX. Referencias bibliográficas

- Acquatella, J. y Bárcena, A.: *Política fiscal y medio ambiente. Bases para una agenda común*. CEPAL, 2005, Santiago de Chile.
- *Administración gubernamental de ingresos públicos. Gravámenes ambientales en la ciudad autónoma de Buenos Aires*. Buenos Aires: Rentas, 2014.
- Amoroso, X.): *Tributación ambiental: caso de Ecuador*. Servicio de Rentas Internas del Ecuador, 2014, México.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe: *El desafío de la sostenibilidad ambiental en América Latina y el Caribe*. Santiago de Chile, 2015.
- Daly, H, y Farley, J.: *Ecological Economics. Principles and Applications*. Second Edition, Islanders Press, 2004.
- Chiavennato, I.: *Introducción a la teoría general de la administración*. MacGraw Hill Editores, México, 2000.
- González, F.: “Estrategias reguladoras de política ambiental: controles directos versus impuestos”, en *HPE*, No. 104, España, 1987.
- Jiménez, J.: “El tributo ecológico y su carácter extrafiscal. Un estudio de figuras autonómicas”, en *Impuestos*, No 1, España, 1996.
- Leff, E. (Coordinador): *Los problemas del conocimiento y la perspectiva ambiental del desarrollo*. Siglo XXI editores, México, 2000.

- Mankiw, G.: *Principios de Economía*. MacGraw Hill Editores, México, 1997.
- Organisation for Economic Co-operation and Development: *Behavioral Responses to Environmental-Related Taxes*. Paris, 2000.
- —————: *Environmental taxation. A Guide for Policy Makers*. Paris, 2011.
- —————: *El sistema tributario, la innovación y el medio ambiente*. Traducción al español por el Foro Consultivo Científico y Tecnológico, AC., México, 2011.
- Peters, S.: *The role of green fiscal mechanisms in developing countries: lessons learned. inter-american development bank. technical notes*. No.IDB-TN-364, Washington, DC., 2012.
- Riera, P.: *Manual de valoración contingente*. Instituto de Estudios Fiscales, Barcelona, 1994.
- Ríos, G. y García, M.C.: “Alcances de los principios materiales de justicia tributaria en el sistema tributario mexicano. La capacidad contributiva, la igualdad y la proporcionalidad tributaria”, en *Revista de Derecho Fiscal*. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Rius, A.: *Servicios públicos y reforma ambiental en América Latina*. CEPAL, Santiago de Chile, 2014.
- Rodríguez R., Ríos R. y Castillo O.: “Fiscalidad sostenible: propuesta para las zonas metropolitanas de México. El caso de la Comarca Lagunera”, en *Revista Ubi Societas Ubi Jus*, Año III, Volumen 5. Centro de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de Chihuahua, México, 2016.
- Rodríguez, M.: *El doble dividendo de la imposición ambiental. Una puesta al día*. Instituto de Estudios Fiscales, España. Citado en Almeida, M.: *Política*

*fiscal en favor del medio ambiente en el Ecuador.* España, 2001.

- Saldívar, A.: *Las aguas de la ira: Economía y cultura del agua en México. ¿Sustentabilidad o gratuidad?* Facultad de Economía, UNAM, México.

### **Normatividad consultada**

- *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.*
- *Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente.*

### **Jurisprudenciales**

- *Suprema Corte de la Nación.* Tesis de Jurisprudencia 1A/J:46/2005, página 157, Primera Sala, Novena Época.

### **Tratados internacionales**

- Tratado Ambiental de América del Norte.
- Asociación Económica y Concertación Política entre la Unión Europea y sus Estados Miembros con los Estados Unidos Mexicanos.
- Agenda 21.

## **El procedimiento abreviado: ¿derecho o beneficio?**

*Rogelio Gerardo García Rojas\**

SUMARIO: I. Introducción. II. Fracción VII del apartado A del artículo 20 constitucional. III. Argumento a *rubrica y sedes materiae*. IV. Naturaleza procesal del procedimiento abreviado. V. El procedimiento abreviado como obligación de las partes. VI. Momento procesal oportuno para formular la petición. VII. Imposición de la pena como tema excluido de la Litis. VIII. El procedimiento abreviado como garantía de dignidad. IX. Conclusión. X. Bibliografía.

### **I. Introducción**

En las siguientes líneas abordaremos un tema nodal y álgido relacionado con el procedimiento abreviado, dilucidar la incógnita de si es un derecho del imputado, o bien, un beneficio, brete hasta este momento insoluto. El dilema nace incluso antes de la reforma constitucional del 2008; recordemos que la transición hacia el sistema de justicia oral, inició en las legislaciones de Nuevo León y de Chihuahua, primeras en contemplar un procedimiento penal de corte acusatorio oral.

En el Estado de Nuevo León, el 28 de julio de 2004 se incorpora en la ley adjetiva penal el procedimiento abreviado mismo que se abre a petición del inculpado; si bien el Ministerio Público puede oponerse, esto es sólo si demuestra que la apertura de este procedimiento representa un riesgo para la víctima, ofendido o para la sociedad.

\* Defensor Público Federal.



En Chihuahua, el 9 de agosto del año 2006, se expide un nuevo Código de Procedimientos Penales, en el cual se incorpora el procedimiento abreviado en el que se reservó su apertura únicamente a solicitud del Ministerio Público.

Después de la reforma constitucional comenzó la proliferación de códigos estatales que acogían un procedimiento penal de corte acusatorio oral, en los que no hubo uniformidad en relación con el tema, pues si bien es cierto, la mayoría dejaba la potestad exclusiva para instar esta vía procesal al Ministerio Público, otros la concedían conjuntamente al imputado.<sup>1</sup>

Si bien es cierto, el Código Nacional de Procedimientos Penales (en lo sucesivo CNPP) normativamente prevé que el procedimiento abreviado iniciara a solicitud del Ministerio Público, el problema no se zanja, pues en la práctica las y los defensores han confrontado este marco normativo al presentar solicitudes de procedimiento abreviado, no obstante que el texto legal no lo prevea, sin que las resoluciones judiciales tampoco sean uniformes, pues existen criterios en el sentido de que el imputado si tiene la legitimación procesal activa, y otras que niegan tal posibilidad. En este artículo daremos cuenta de las principales razones que se han enarbolado tanto en favor como en contra y, finalmente, tomaremos postura al respecto.

## **II. Fracción VII del apartado A del artículo 20 constitucional**

Para despejar la incógnita planteada es menester comenzar por el principio, por el texto constitucional, por el artículo 20, Apartado A, fracción VII, mies para la instrumentación del procedimiento abreviado:

<sup>1</sup> V. gr. el CPP del Estado de México, el del Estado de Durango.

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

A.

*De los principios generales:*

...

*VII. Una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del inculcado, se podrá decretar su terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley. Si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, el juez citará a audiencia de sentencia. La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculcado cuando acepte su responsabilidad;*

Este párrafo merece ser indexado en tres partes:

La primera, en la cual dispone que debe existir una vía procesal específica que permita concluir el proceso penal de modo anticipado. Esta previsión constitucional obliga a que en la legislación secundaria se diseñe e instrumente una vía procesal diferente a la ordinaria que permita dar celeridad al proceso penal, terminándolo de manera prematura, históricamente en este sentido se instrumentaron los procesos sumarios, en los cuales se reducen los plazos, concentran diversas etapas del procedimiento e, incluso, se prescinde de unas de ellas.

La teoría reconoce que los textos constitucionales en su parte dogmática son normalmente dispositivos, prevén determinada figura jurídica, esbozan sus lineamientos constitutivos esenciales, y le corresponde a una legislación secundaria diseñar los supuestos y las modalidades en que ello ocurra, instrumentar

lo necesario para que la norma constitucional pueda llevarse a cabo.

Por supuesto debe entenderse los diversos requisitos de oportunidad, admisibilidad y procedencia y por modalidades la estructura misma, el modo o manera cómo se llevará a cabo, incluida la denominación o *nomen iuris*, en este aspecto el CNPP abandona los términos de sumario o sumarísimo y adopta la expresión de *abreviado*.

En este contexto, es claro que la Constitución obliga al legislador ordinario a concebir una forma anticipada de conclusión del proceso, mandato que de no acatarse incluso constituiría una omisión legislativa, exigible mediante juicio de amparo, dada su naturaleza jurídica como derecho humano constitucionalmente reconocido, por tanto no queda al arbitrio del legislativo el prever o no prever una vía sucinta por ser un imperativo constitucional, lo que conserva es la libertad de decidir la forma, modo o manera en la cual se instrumentará esta disposición.

Sin embargo, no obstante que se conceda a la legislación secundaria la potestad de que en ella se disponga el cómo, esto no significa que se pueda legislar de modo tal que se haga ilusorio o nugatorio el ejercicio del derecho, sino antes bien, debe preferir que la instrumentación normativa optimice su ejercicio, en particular lo relativo al derecho humano de acceso a la justicia, (que implica la celeridad en su impartición) y en cumplimiento al principio de congruencia sistémica tampoco puede diseñarse el ejercicio de tal derecho en contravención a disposiciones constitucionales.

Ya que el hecho que se haga referencia a la terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que establezca la ley, no da lugar a suponer que la ley secundaria pueda concederle al Ministerio

Público la potestad exclusiva para iniciar el procedimiento abreviado, puesto que, en todo caso, al reglamentar tal cuestión deben observarse los fines o propósitos establecidos constitucionalmente (promover la cultura de la verdad y la agilidad de los procesos penales, mediante el acto de la aceptación del inculpado de manera libre y ante una autoridad judicial que garantice el respeto de sus derechos fundamentales); reconocimiento expreso que se traduciría en la eliminación de etapas procesales y la consecuente satisfacción de la sociedad por la inmediata imposición de la sanción a la conducta que quebranta el orden legal.

En su parte media, la fracción en análisis dispone de manera peculiar dos presupuestos de admisibilidad para la apertura de esta vía procesal: 1. Que el imputado reconozca ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias su participación en el delito; y 2. Que existan medios de convicción suficientes para corroborar la imputación.

Estas dos precondiciones de procedencia son insalvables, porque están constitucionalmente señaladas, en íntima relación con lo dicho en los párrafos que anteceden, si bien es cierto la ley secundaria puede confeccionar los supuestos y modalidades de admisibilidad para este procedimiento, necesariamente deben insertarse específicamente estos dos.

Esto es muy importante, por lo que vale la pena ahondar en una interpretación a *contrario sensu*, la aceptación voluntaria y la concurrencia de medios de convicción suficientes son requisitos *sine qua non*, que de no presentarse, impiden insuperablemente la procedencia de tal figura de terminación anticipada, ergo, son los dos únicos requisitos de procedibilidad constitucionales. Si en la legislación secundaria se

exigen diversos o adicionales requisitos podrían ser inconstitucionales.

Por último, la tercera parte del párrafo indexado contiene otro mandato constitucional: que la ley secundaria prevea algún tipo de beneficios para el imputado que se someta a esta forma anticipada.

Esta disposición es nodal en el tema que planteamos, ya que la referencia al término *beneficios* en el contexto constitucional implica que debe existir uno o varios, siendo inadmisibles que no exista ninguno, pues la Carta Magna expresamente manda la inclusión de algún tipo de gracia, la que sea y, por ende, si se exige constitucionalmente es a nivel de derecho humano, y por lógica es que la aplicación de ellos debe imperar en el procedimiento penal.

Es decir, la parte final de esta disposición puede leerse del modo siguiente: todo aquél que se someta a una forma anticipada de conclusión del proceso, recibirá un beneficio. Así entendida esta disposición, el beneficio al que en este rubro nos referimos constituye un derecho humano constitucionalmente reconocido.

Si bien es cierto, la Constitución no prescribe en específico qué tipo de beneficio debe incorporarse en la ley, también lo es que éste no puede ser contrario a la misma, en la legislación adjetiva nacional se optó por la fórmula de la disminución de la punibilidad en una porción, específicamente la reducción del rango inferior, que puede ser, según el caso de *hasta* dos tercios, un medio o un tercio.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Artículo 202. Oportunidad

...

...

*Cuando el acusado no haya sido condenado previamente por delito doloso y el delito por el cual se lleva a cabo el procedimiento abreviado es sancionado con pena de prisión cuya media aritmética no exceda de cinco años, incluidas sus calificativas atenuantes o agravantes, el Ministerio Público podrá solicitar*

Debemos hacer un impasse, destaquemos que el CNPP utiliza la locución *hasta* como una preposición para referirse al máximo de la reducción, lo que implica la existencia de un umbral que inicia en un punto y concluye en otro, el punto inicial es el rango inferior de la punibilidad original yendo *hasta* dos tercios, un medio o un tercio hacia abajo, lo que no implica que la reducción sea necesariamente en esa porción, sino dentro de ella.

De lo anterior, a la luz de la Constitución, se puede decir que el procedimiento abreviado tiene las siguientes características:

- Es un derecho humano constitucionalmente reconocido.
- Constituye un pilar que rige el diseño del procedimiento penal, como vía procesal tendente a cumplir con la exigencia de una impartición de justicia pronta.
- La voluntad del imputado y la suficiencia demostrativa de la acusación son requisitos ineludibles para su procedencia.
- Debe preverse algún tipo de beneficio que no sea incompatible con la propia constitución.

### III. Argumento a *rubrica y sedes materiae*

El primer argumento que suele usarse para debatir si el procedimiento abreviado es un derecho o un beneficio,

*la reducción de hasta una mitad de la pena mínima en los casos de delitos dolosos y hasta dos terceras partes de la pena mínima en el caso de delitos culposos, de la pena de prisión que le correspondiere al delito por el cual acusa. En cualquier caso, el Ministerio Público podrá solicitar la reducción de hasta un tercio de la mínima en los casos de delitos dolosos y hasta en una mitad de la mínima en el caso de delitos culposos, de la pena de prisión...*

...

se presenta desde la perspectiva argumental *a rubrica* y *sedes materiae*, lineamientos argumentativos que forman parte de la interpretación sistemática, postula que el sentido en la interpretación de una norma debe darse a partir de su ubicación estructural dentro del cuerpo de la ley o código que la contiene, en la inteligencia que la ingeniería normativa habitualmente segmenta el contenido de una codificación en libros, títulos, capítulos, secciones, artículos, apartados, fracciones, incisos, párrafos y partes.

Lo anterior implica que la ubicación de un precepto en un sitio específico de la estructura de la ley no es gratuita, obedece a un orden, a una estructura y, por ende, debe ser un factor determinante para desentrañar su sentido, contenido y alcance.

Esta postura hermenéutica tiene un doble filo argumental, ya que sirve tanto para considerarlo un beneficio, como para considerarlo un derecho; en el primer supuesto se afirma que al estar previsto, el procedimiento abreviado, en el apartado A del artículo 20 constitucional no es un derecho, porque los derechos de la persona imputada están previstos en el apartado B, por lo que a lo que realmente tiene derecho es a un juicio oral y público.

La respuesta a esta postura contra argumenta que la porción normativa en estudio se ubica dentro del título primero de la Constitución, dedicado a la descripción de los derechos humanos y sus garantías, lo que permite inferir que la existencia de una forma anticipada de conclusión del proceso es una prerrogativa constitucionalmente prevista, además, al estar prevista en el apartado A del artículo 20, consagrado a los principios generales del procedimiento penal acusatorio oral, forma parte de sus ejes rectores, como principio afín a todas las partes.

Además no puede excluirse como un derecho para el imputado por el simple hecho de que no esté contemplado

en el apartado B del artículo 20 constitucional, pues de cualquier forma se ubica dentro del título primero de la Carta Magna y, además, no puede entenderse restrictivamente que una persona en conflicto con la ley penal sólo tenga los derechos refractados de modo específico en el apartado B, pues esta visión haría nugatoria una amplia gama de diversas prerrogativas diseminadas en diversos artículos constitucionales.

Por el contrario, precisamente al estar dentro de los *principios generales*, la terminación anticipada del proceso forma parte de las directrices inherentes al sistema de justicia, que trazan el diseño del proceso y, por ende, exigibles por todas las partes ya que son comunes, ergo, reservar el acceso a sólo una de ellas atentaría contra la igualdad procesal.

Además, debe analizarse sistemáticamente esta disposición con lo que, por su parte, dispone el párrafo segundo del artículo 17 constitucional, en el que se prevé como eje rector de todo el sistema de impartición de justicia mexicano, la expeditéz y prontitud, lo que supone que las normas adjetivas atiendan a este mandato y si el procedimiento abreviado es la única vía alterna para llegar a la sentencia de una manera acelerada, negar el derecho del imputado a su acceso es negarle su posibilidad de una vía sumaria y, con ello, también se haría nugatorio su derecho de recibir esa justicia rápida.

Sin soslayar que si se concibe al procedimiento abreviado como un principio, se abona al argumento de que es un derecho del imputado, más que un mero mecanismo procesal, pues la etimología jurídica indica que entenderse por *principio* aquello que rige, que prima, que opera en primer lugar, así obliga a que se prefiera recurrir a un medio anticipado en lugar de o antes que un juicio oral.

#### IV. Naturaleza procesal del procedimiento abreviado

Para poder contar con más elementos teóricos que nos permitan dilucidar el tópico planteado, es preciso entrar al estudio de la naturaleza procesal del procedimiento abreviado.

La teoría general del proceso, tradicionalmente registra como formas de composición de los conflictos la autotutela, la autocomposición y la heterocomposición; en la primera se reconoce el derecho a que las personas *motu proprio* y de forma *unilateral* resuelvan un conflicto determinado como forma excepcional y urgente, en el que no se admite la demora dada su condición extrema, en materia penal podemos identificar como la forma más común de autotutela a la legítima defensa, toda vez que en ella una persona que se ve injustamente agredida por otra, decide instintivamente, repeler la agresión sin tener que incoar procedimiento alguno.

Respecto a la autocomposición, el doctor Luis Octavio Vado Grajales explica que existen dos formas en las que se puede presentar:

A) Unilateralmente, cuando sólo una de las partes del conflicto legalmente puede darlo por terminado, sin que interese el parecer de la otra, al ceder lisa y llanamente a la pretensión de la otra, como puede ser en el caso del allanamiento, el desistimiento y en materia penal el perdón; y,

B) Bilateralmente, genéricamente se presenta mediante la transacción, en la cual ambas partes se hacen concesiones recíprocas a fin de resolver el conflicto.<sup>3</sup>

El espectro en la autocomposición bilateral es mucho más amplio, en virtud de que no es necesario que la transacción se lleve a cabo directamente por las

partes, sino que puede (en ocasiones debe), intervenir un tercero que coadyuve para zanjar la diferencias, que genere las condiciones óptimas para que se dirima la controversia, e incluso plantee soluciones específicas, siempre y cuando la resolución final provenga de las partes, aquí encontramos a la negociación, mediación y conciliación.

La heterocomposición se define como la solución de conflictos entre personas por un tercero, normalmente el Estado, quien les quita a los particulares la capacidad de resolver sus conflictos esta forma de solución de controversias en materia penal, tiene que ver con las diversas etapas históricas del Derecho Penal, particularmente a partir de la denominada *venganza pública*, momento en el cual el Estado reclama para sí el monopolio de la sanción de los delitos.

Dentro de la heterocomposición podemos ubicar a los procesos litigiosos y los proceso no litigiosos, los primeros implican que las partes tienen un conflicto de intereses, pues sus pretensiones y resistencias son contrarias e irreductibles, en tal supuesto se sustancia toda la secuela procesal para que quien resuelva pueda determinar a qué parte le asiste la razón jurídica.

En los no litigiosos, si bien es cierto existe una concurrencia de voluntades de las partes, también lo es que no pueden por sí solas dirimir la litis, en virtud de que la materia de que trata es reservada al Estado por conducto del Poder Judicial o tribunales administrativos; tal es el caso del divorcio voluntario, en los que las partes no pueden, jurídicamente, dar por terminado el matrimonio al existir consenso en esta pretensión deben acudir ante el Poder Judicial para que sancione la disolución del vínculo matrimonial y lo declare en una sentencia.

<sup>3</sup> Cfr. Cienfuegos Salgado, D. y Macías Vázquez, M. C.: "Medios... cit.



En otro criterio de clasificación dentro de la teoría general del proceso, se reconoce que un proceso judicial puede concluir de manera normal o anormal. El primer supuesto se actualiza cuando el proceso concluye mediante la emisión de una sentencia que se ocupa de la litis planteada, por ejemplo en materia penal consiste en declarar si el hecho venido a juicio es o no delito, si la persona acusada es o no penalmente responsable en su comisión y las penas a imponer, en el segundo grupo se ubican todas aquellas resoluciones judiciales que dan por concluido el juicio sin resolverlo en el fondo, por ejemplo un sobreseimiento por cualquier causa de extinción de la acción penal.

Por esta razón, los acuerdos reparatorios que se tomen con posterioridad a la emisión del auto de vinculación a proceso, así como la suspensión condicional de éste, son formas anormales de terminación del mismo, en virtud de que no se dicta una sentencia que se ocupe de la litis efectivamente planteada, sino que, sin entrar a este debate se prefiere la solución del conflicto, determinación que lleva al sobreseimiento del caso.

Con base en los anteriores criterios clasificatorios podemos identificar al procedimiento abreviado como una forma de heterocomposición no litigiosa, si bien es cierto el CNPP reserva la legitimación procesal activa, exclusiva al representante social, también lo es que se exige que concorra la voluntad de la persona sujeta a proceso, pues sin su aceptación expresa de responsabilidad en los hechos y voluntad de someterse a tal forma anticipada de terminación del proceso no es posible que sea admitido a trámite.

Aunado a que al procedimiento abreviado no se llega de manera inopinada o espontánea, sino que

necesariamente presupone la previa transacción entre la fiscalía, la defensa y la persona imputada, a efecto de presentar a quien resuelve el caso ya debidamente dirimido.

La participación de la víctima en las transacciones es limitada, única y exclusivamente a la fijación de la reparación del daño, pues en el procedimiento abreviado lo que se gestiona es la admisión de responsabilidad en relación con el delito que se le imputa, así como la fijación de la pena de prisión, más no se pone sobre la palestra ninguna reducción a la reparación del daño, ese tema es reservado para el legítimo interés de la víctima, quien incluso puede presentar oposición al respecto, siendo vinculante únicamente en la medida en que se encuentre fundada.

Luego entonces, al ser el abreviado un procedimiento no litigioso, supone que todos los intervinientes deben estar conformes con su sustanciación, para que no exista litis, pero de todos los partícipes el único que impide, insuperablemente que se substancie, es el imputado, pues su voluntad no está sujeta a condición alguna, a diferencia de la de la víctima quien de presentar una oposición requiere que verse sobre la reparación del daño y que esté fundada.

## **V. El procedimiento abreviado como obligación de las partes**

Como ya se dijo, si se analiza el procedimiento abreviado desde la perspectiva de que es un principio rector del proceso, entonces se convierte en una característica inherente al mismo y en una directriz de conducta procesal de las partes, tan es así que el propio CNPP en sus artículos 117, fracción X y 131, fracción XVIII,

impone como obligación, tanto de la fiscalía como de la defensa promover las formas anticipadas.<sup>4</sup>

El hecho de que se imponga a la partes como una obligación, debemos recordar que toda obligación implica un vínculo existente entre dos o más personas, inmersas en una relación bilateral en la cual una (el obligado) está compelida a dar, hacer o no hacer, frente a ésta se encuentra otra (el beneficiario) que es la que recibe el contenido de la obligación y puede exigir su cumplimiento.

El CNPP impone la obligación de *promover* esta vía procesal, promover es un verbo transitivo que significa fomentar, favorecer la realización o el desarrollo de una cosa, iniciándola o activándola si se encuentra paralizada o detenida provisionalmente. Hacer que se produzca un hecho como respuesta o reacción a algo. Así entendido este concepto es claro que es *una obligación de hacer*.

En esta línea argumental cabe formular la pregunta ¿Quién es el receptor de esa obligación de hacer? ¿El sistema? Es decir, es una herramienta procesal a efecto de que no se sature y evitar su colapso, y en tal supuesto, entonces la obligación de las partes de promover esta forma anticipada es más bien como una lealtad al proceso, o por el contrario, la persona que puede hacer valer el

<sup>4</sup> Artículo 117. Obligaciones del Defensor  
Son obligaciones del Defensor:

...  
X. Promover a favor del imputado la aplicación de mecanismos alternativos de solución de controversias o formas anticipadas de terminación del proceso penal, de conformidad con las disposiciones aplicables;  
Artículo 131. Obligaciones del Ministerio Público  
Para los efectos del presente Código, el Ministerio Público tendrá las siguientes obligaciones:

...  
XVIII. Promover la aplicación de mecanismos alternativos de solución de controversias o formas anticipadas de terminación del proceso penal, de conformidad con las disposiciones aplicables.

cumplimiento de dicha obligación es el imputado, no sólo como sujeto protagónico del proceso penal, sino como receptor directo de la misma.

Sin duda, tiene más sustento lógico jurídico que sea la persona imputada quien tenga la potestad de exigir el cumplimiento de esta obligación impuesta en el CNPP a los operadores profesionales (fiscal y defensa), y si es ella quien puede pedir el cumplimiento de esta obligación, la mejor forma de hacerlo es que tenga la legitimación procesal activa para instar él, el procedimiento abreviado.

## VI. Momento procesal oportuno para formular la petición

Un argumento sólido para repudiar la legitimación procesal activa de la persona imputada para instar esta forma anticipada, consiste en que conceder esta potestad implica obligar al representante social a presentar su acusación, aun cuando no haya concluido su investigación complementaria y, por ende, no esté en aptitud de saber si su acusación estará suficientemente corroborada para que pueda obtener la apertura de este tipo de procedimiento y la eventual sentencia condenatoria, además de obligarle a realizar un acto procesal de modo anticipado, antes del momento procesal oportuno.

En efecto, recordemos que dictado el auto de vinculación a proceso se señala un plazo para la investigación complementaria, en el cual, como la semántica lo indica, las partes habrán de allegarse de mayores datos de prueba que les permitan, de ser necesario, sustentar su teoría del caso que presentarán en el juicio oral o, en su defecto, tomar decisiones estratégicas respecto al derrotero del procedimiento.

En esta fase procesal el Ministerio Público debe practicar todos los actos de investigación que le permitan

esclarecer el hecho y determinar en definitiva la pretensión punitiva del Estado, en virtud de que tiene el *onus probandi* en un estándar de plenitud, más allá de toda duda razonable, por eso solicita ese plazo complementario para continuar con la investigación, hasta que estime que ha llegado a ese estándar probatorio que le permitirá afrontar un juicio oral.

Si en el transcurso de esta investigación la persona imputada solicita la apertura del procedimiento abreviado, el fiscal tendría que formular su acusación en términos de la fracción I del artículo 201 del CNPP, *no obstante* que el plazo no haya terminado, y se puede presentar el caso de que no esté en aptitud de acusar, por ende, el órgano judicial no puede obligarlo, en este sentido es incuestionable que el imputado no puede solicitar la apertura del procedimiento abreviado, al menos no en esta fase procesal.

Supuesto diferente es si la persona imputada o su defensa solicitan la apertura del procedimiento abreviado *después* de que el fiscal ha presentado su acusación y ha fijado en definitiva la pretensión punitiva del Estado, pues en tal supuesto la acusación ya ha sido formulada; sin embargo, al ser el procedimiento abreviado un proceso jurisdiccional heterocompositivo no litigioso implica que el imputado acepte la acusación que formuló la fiscalía lisa y llanamente, incluso con la pena que ahí se haya solicitado según la fracción IX del artículo 335 del propio CNPP. Situación que nos lleva al siguiente punto de análisis.

## **VII. Imposición de la pena como tema excluido de la litis**

En virtud de que el procedimiento abreviado implica que la persona imputada acepta lisa y llanamente los cargos expresados por la fiscalía, incluida la propia pena de

prisión que éste solicite, y si partimos de que la solicitud se presenta después de que se ha formulado acusación, es claro que la fiscalía no solicitará una penalidad disminuida, sino pedirá aquella que, según estime acorde con la culpabilidad del agente, que sería de la mínima natural hacia arriba, y si atendemos al segundo párrafo del artículo 206 del CNPP deberá ser aceptada por el acusado, lo cual no implica que sea la que efectivamente se imponga.

El ya citado tercer párrafo establece a la letra que: *No podrá imponerse una pena distinta o de mayor alcance a la que fue solicitada por el Ministerio Público y aceptada por el acusado*. Esto disipa el punto máximo de la punibilidad, la cual no podrá ser rebasada por quien juzga en acato al principio general del derecho de congruencia de las resoluciones judiciales y a la prohibición de *non plus ultra petitio*.

Sin embargo, dicha prevención normativa no releva a las y los jueces de su obligación de individualizar la pena de conformidad con la nueva punibilidad que se le presenta, que va de la reducción de la mínima que sea procedente hasta la que haya pedido la fiscalía y aceptado la persona imputada, esto básicamente porque la imposición de las penas es una función constitucionalmente reservada, monopolizada a la autoridad judicial, e imponer las penas implica que sea el juez quien, dentro de los parámetros normativos, la individualice según el grado de culpabilidad del agente. Así lo explican los siguientes criterios de jurisprudencia:

Época: Décima Época, registro: 2010950, instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, tipo de tesis: aislada, fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 26, enero de 2016, tomo IV, materia(s): Constitucional, Penal, Tesis: XXIII.4 P (10a.), página: 3390.

*PROCEDIMIENTO ABREVIADO. LA CIRCUNSTANCIA DE QUE EL INCUPLADO ACEPTA LA PROPUESTA DEL MINISTERIO PÚBLICO DE INSTAURARLO, ADMITA SU CULPABILIDAD EN EL HECHO QUE LE ATRIBUYE Y LA APLICACIÓN DE UNA PENA REDUCIDA HASTA EN UN TERCIO DE LA MÍNIMA SEÑALADA PARA EL DELITO CORRESPONDIENTE, NO IMPIDE AL JUEZ DE GARANTÍA ANALIZAR LAS CIRCUNSTANCIAS QUE GARANTICEN EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD ENTRE LA ACCIÓN TÍPICA LLEVADA POR EL IMPUTADO Y LA SANCIÓN QUE CORRESPONDA AL ILÍCITO DE QUE SE TRATA (NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN EL ESTADO DE ZACATECAS). Conforme a los artículos 421 a 426 del Código Procesal Penal para el Estado de Zacatecas, el procedimiento abreviado es un modo alternativo de solución de controversias, cuya instauración parte de las concesiones que el fiscal realiza a cambio de obtener la admisión de la culpabilidad del imputado, como lo es la aplicación de una pena reducida hasta en un tercio de la mínima señalada para el delito correspondiente; sin embargo, la circunstancia de que el inculcado acepte la propuesta del Ministerio Público de instaurarlo, admita su culpabilidad en el hecho que le atribuye en su escrito de acusación y la aplicación de la sanción en los términos señalados, no impide al Juez de Garantía analizar las circunstancias que garanticen el principio de proporcionalidad entre la acción típica llevada por el imputado y la pena que corresponda al ilícito de que se trata, pues es ahí donde el juzgador puede variar la pena objeto del acuerdo en aras de resguardar el mencionado principio, siempre que no exceda de la propuesta*

*por el Ministerio Público, pues ésta representa una garantía efectiva para el imputado desde el inicio del procedimiento. Ello es así, en tanto que el citado artículo 426, incluso prevé la posibilidad de que pueda dictar una sentencia absolutoria, lo que de suyo revela que es la participación del Juez en aras de mejorar su situación, lo que puede influir en la determinación tomada por la fiscalía y el imputado.*

*Época: Décima Época, registro: 2005597, instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, tipo de tesis: aislada, fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 3, febrero de 2014, tomo III, materia(s): Penal, tesis: XVII.2o.P.A.10 P (10a.), página: 2577.*

*PROCEDIMIENTO ABREVIADO. CUANDO SE ORDENA SU INICIO, EL JUEZ DE GARANTÍA NO ESTÁ OBLIGADO A IMPONER LA PENA DE PRISIÓN QUE SOLICITA EL MINISTERIO PÚBLICO, POR HABERLA PACTADO CON EL INCUPLADO (NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN EL ESTADO DE CHIHUAHUA). El Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua establece en sus artículos 387 a 392 que podrá iniciarse el procedimiento abreviado, a solicitud del Ministerio Público, cuando el imputado admite ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su intervención en el hecho delictuoso, en términos de la fracción IV del artículo 389 de dicho código, siempre que exprese su conformidad libre, voluntaria e informada, asistido de su defensor, sobre la apertura del citado procedimiento, conozca su derecho a exigir un juicio oral y renuncie voluntariamente a él, así como que acepte ser juzgado con base en los antecedentes*

*recabados en la etapa de investigación. De lo que se advierte que admitir los hechos constituye el límite de lo pactado entre las partes y sus consecuencias son cuestiones procesales, dado que no se abre la etapa intermedia, ni se dicta el auto de apertura del juicio oral. En ese sentido, cuando se ordena el inicio de dicho proceso y el Ministerio Público solicita la aplicación de la pena de prisión que pactó con el inculpado, ello no obliga al Juez de garantía a imponerla en esos términos, pues la limitante para él, establecida en el párrafo segundo del mencionado artículo 392, es la de no imponer una pena superior a la solicitada por el Ministerio Público, lo que indica que no es un requisito plasmado por el legislador ni una posibilidad, que la sanción deba ser pactada entre el inculpado y la representación social, dado que, de haber sido esa su intención, la redacción de la citada limitante sería: “No podrá imponer una pena superior a la pactada por el Ministerio Público y el imputado”.*

Este tema puede ser incorporado por la defensa cuando el órgano judicial abra el debate en términos del segundo párrafo del artículo 205, solicitándole expresamente al juzgador, que haga uso de su potestad constitucionalmente exclusiva de imponer penas, y ejerza su arbitrio judicial de conformidad con el grado de culpabilidad que efectivamente revele la persona acusada dentro del rango mínimo disminuido, según corresponda, y el máximo pedido por la fiscalía y aceptado por el imputado, incluso formule alegatos de interpretación conforme, con base en la potestad constitucionalmente reservada a las y los jueces a punir en términos del artículo 21 constitucional.

### **VIII. El procedimiento abreviado como garantía de dignidad**

Por último, debe analizarse el tópico de que la persona imputada tiene derecho a que se respete su dignidad, en este contexto, a no ser exhibido en juicio público oral, menos aún, cuando asume su responsabilidad y ha ponderado, con la asesoría de su defensor, que el marco probatorio de la fiscalía no sólo es lo suficientemente sólido para demostrar su culpabilidad y vencer su presunción de inocencia, sino también fue lícitamente obtenido y en esta reflexión entiende que no tiene ninguna posibilidad real de defensa.

En este supuesto, obligarlo a ir a un juicio sólo para la vanagloria personal o institucional de la fiscalía, sería exhibirlo en un juicio innecesario, sería obligar a la defensa a realizar una labor estoica, similar a lo que en materia médica se denominan *procedimientos heroicos*, en los que las posibilidades de triunfo son nulos o escasas, viéndose sometido a un espectáculo dantesco de escarnio público.

Planteada esta hipótesis, la persona imputada quien se asume derrotada no puede ser llevada al cadalso, pues se atentaría contra su derecho a recibir un trato digno, por lo que debe tener acceso a prescindir del mismo y solicitar el procedimiento abreviado, ya no tanto por la posible reducción de su pena, sino más importante aún, para preservar su dignidad.

### **IX. Conclusión**

Desde la perspectiva de la teoría general del proceso, el procedimiento abreviado es una forma anticipada, heterocompositiva de los conflictos, del tipo no litigiosa que, dada la naturaleza de los derechos en juego, requiere ser sancionada por un órgano del Estado, en la especie un órgano judicial.



Visto así, sustanciar el proceso penal por esta vía supone la concurrencia de voluntades de las partes respecto a la satisfacción de cada una de sus pretensiones, de la fiscalía que se sancione al responsable, por la víctima que se le repare el daño o se garantice su reparación, y la persona imputada a ser juzgada con dignidad y a recibir algún tipo de beneficio.

Como principio procesal debe ser preferida, el Ministerio Público como obligación de hacer la persona imputada es la beneficiaria de la misma, por ende, debe poder ser instado directamente por ella o su defensa.

Lo anterior, una vez que se haya presentado la acusación ministerial y que, de ser el caso, la víctima haya fijado en definitiva su pretensión, en virtud de que es hasta este momento procesal en el que el imputado, al asumirse derrotado, puede dirimir la litis, allanándose precisamente mediante la solicitud del procedimiento abreviado.

Lo anterior no es impedimento que en la etapa de debate, se pueda incorporar el tema de la individualización de la pena y, con ello, la eventual concesión de substitutivos penales y beneficios, ya que estos rubros son potestades constitucionalmente reservadas al órgano judicial, sin que le sea vinculante lo que al respecto las partes hayan concertado, con la salvedad de que no puede ir más allá, ni imponer una pena diversa, pues la propuesta de las partes es el punto máximo de la punibilidad y el mínimo se fija por la reducción que la ley prevé, según sea el caso, y serán las y los jueces quienes individualicen la pena con base en el grado de culpabilidad efectivamente evidenciado.

## X. Bibliografía

- Barreda, Solórzano, Luis de la: “Punibilidad, punción y pena de los substitutivos penales”, en *Memorias del Primer Congreso Mexicano de Derecho Penal*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1981.
- Carbonell, Miguel: *Los juicios orales en México*. Porrúa, México, 2006.
- Cienfuegos Salgado, David y Macías Vázquez, María Carmen, *et. al.*: “Medios alternativos de solución de conflictos”, en *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Corigliano, Mario E.: “Juicio abreviado una imposición de criterios de oportunidad en el sistema penal”, en *Derecho y cambio social*, número 21-año VII-, Perú, 2010.
- de Diego Di/ez, Luis Alfredo: *Justicia criminal consensuada: algunos modelos del derecho comparado en los EE.UU., Italia y Portugal*. Tirant lo Blanc, España, 1999.
- Díaz de León, Marco Antonio: *Proceso sumario oral en el sistema de enjuiciamiento penal mexicano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2680/17.pdf>, 14 de septiembre del 2015.
- Eymerico, Nicolao: *Manual de inquisidores para el uso de las inquisiciones de España y Portugal*. Mompeller, 1821. Visible en: [www.historiayverdad.org/manual-de-inquisidores-1821.pdf](http://www.historiayverdad.org/manual-de-inquisidores-1821.pdf).
- García Ramírez, Sergio: *El debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Visible en [www.ijf.cjf.gob.mx/cursosesp/2012/jornadasitinerantes/procesosgr.pdf](http://www.ijf.cjf.gob.mx/cursosesp/2012/jornadasitinerantes/procesosgr.pdf), 14 de septiembre de 2015.

- \_\_\_\_: *La reforma penal constitucional*. Porrúa, México, 2010.
- Godoy, Mario Aguirre: *Derecho procesal civil*. Centro Editorial Vile, Guatemala, 1996.
- Guasp, Jaime: *Concepto y método de derecho procesal*. Madrid, 1997.
- Martínez Pineda, Ángel: *El proceso penal y su exigencia intrínseca*. Porrúa, México, 1993.
- Pendás García, Benigno: *El utilitarismo como filosofía jurídica y política. estudio preliminar*, en [biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2847/4.pdf](http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2847/4.pdf), al 03 de enero de 2016.
- Rivera Silva, Manuel: *El procedimiento penal*. Porrúa, México, 1982.
- Rodríguez García, Nicolás: *La justicia penal negociada, experiencias de derecho comparado*. Universidad de Salamanca, España, 1997.

**Efecto de la resolución interlocutoria que niega el traslado de un procesado por delincuencia organizada, del centro penitenciario en el que se encuentra recluso al del lugar donde se le instruye la causa**

Alejandro Hernández Urías\*  
Luis César Santos Camacho\*\*

RESUMEN: La Constitución, la legislación secundaria y la jurisprudencia, permiten la competencia penal por razones de seguridad, la cual implica el traslado de un procesado por delincuencia organizada a un centro de reclusión diverso a aquél en donde se le instruye la causa, tomando en consideración las características del hecho investigado, las circunstancias personales del imputado, por razones de seguridad en las prisiones, por otras que impidan garantizar el desarrollo adecuado del proceso; en este caso, será competente para conocer del asunto un Juez de Distrito distinto al del lugar de comisión del delito, es decir, será competente el tribunal del lugar en que se ubique el centro especial o de máxima seguridad; no obstante, en la práctica se aprecia que el procesado y su proceso son separados, es decir, la causa penal se le instruye en un Estado y él se encuentra recluso en otro. Cuando el procesado solicita vía incidental su

\* Defensor Público Federal.

\*\* Oficial Administrativo del Instituto Federal de Defensoría Pública..

traslado al lugar donde se le sigue proceso, los jueces, por regla general, niegan dicho traslado, argumentando una serie de cuestiones irrelevantes, que tienen por efecto la violación de diversos derechos humanos.

SUMARIO: I. Introducción. II. Competencia por razones de seguridad. III. Principales argumentos empleados por los juzgadores para negar el traslado de una persona. IV. Derechos humanos que se vulneran con la negativa de traslado de un procesado por delincuencia organizada. V. Conclusiones. VI. Referencias.

## **I. Introducción**

El trámite del incidente no especificado de solicitud de traslado del centro penitenciario en el que se encuentra recluso el procesado por delitos de delincuencia organizada al del lugar donde se le instruye la causa, resulta de gran importancia, a efecto de garantizarle –entre otros– su derecho a la reinserción social y a una defensa adecuada; sin embargo, la resolución incidental que niega su petición tiene por efecto la afectación directa de sus derechos fundamentales.

La finalidad de realizar el presente ensayo consiste en exponer que este tipo de resoluciones no están fundadas y motivadas o que lo están incorrectamente, lo cual genera la violación a derechos humanos del procesado.

Los efectos de la resolución incidental que niega el traslado de un procesado por delincuencia organizada del centro penitenciario en el que se encuentra recluso, al del lugar donde se le instruye la causa, son la violación de los derechos humanos de reinserción social, presunción de inocencia, acceso efectivo a la justicia, defensa adecuada e integridad personal y trato digno de los detenidos.

El problema se presenta cuando los procesados por delincuencia organizada solicitan su traslado –vía incidental– del centro penitenciario en el que se encuentran reclusos al del lugar donde se les instruye la causa, caso en el cual en la resolución interlocutoria que dirime el incidente, los Jueces de Distrito emplean argumentos que no se encuentran probados en autos; por ejemplo, señalan que el encausado pone en riesgo la tranquilidad y seguridad del centro al que desea ser trasladado, al representar un grupo de poder en el interior de éste, además de pertenecer a grupos delictivos en el exterior; toman en consideración el estudio clínico criminológico de personalidad del procesado, de los que siempre se desprende que éste tiene un vínculo criminógeno con un grupo delictivo, se desarrolló en tal lugar del país, el cual presenta altos índices de criminalidad, tiene una expansión criminógena contaminante, capacidad criminal alta, adaptabilidad social baja, índice de estado peligroso alto; que la persona privada de su libertad está siendo procesada por delitos clasificados como graves, por ende, requiere de medidas especiales de seguridad; otorgan valor probatorio a los acuerdos de la Secretaría de Gobernación y del Consejo de la Judicatura Federal, que representan argumentaciones ajenas a las legalmente aplicables.

Finalmente, el modelo epistemológico empleado es el formalismo jurídico, al utilizar las disposiciones normativas contenidas en la Constitución, Código Federal de Procedimientos Penales, Código Nacional de Procedimientos Penales, Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y Tribunales Colegiados.

## II. Competencia por razones de seguridad

Recordemos que la reforma constitucional de 18 de junio de 2008 busca modernizar el sistema de justicia penal; disminuir considerablemente los altos niveles de impunidad y de inseguridad pública que se presentan en nuestro país; además de armonizar el modelo de justicia con los instrumentos internacionales de los que México es parte y que reglamentan diversos derechos de las partes en el proceso.

A pesar de ser una de las reformas más importantes y trascendentales en la historia de nuestro país, no ha dejado de ser objeto de severas críticas, como la del Doctor Ricardo Ojeda Bohórquez, quien indica:

*La reforma procesal penal no encaja en nuestro Derecho constitucional y se ha tornado polémica... El modelo de proceso penal acusatorio oral no encaja en el sistema constitucional mexicano, porque la reforma constitucional de 2008 mezcló elementos garantistas de modelos acusatorios con elementos de corte inquisitivo, en función del interés social y nacional, como son los temas de delincuencia organizada (artículo 16), arraigo (artículo 16), prisión preventiva (artículo 18) y proceso abreviado (artículo 20, inciso A, fracción VII); y también porque la propia Constitución dejó disposiciones más garantistas (artículo 14) que no tiene el modelo importado acusatorio oral, como son: formalidades del procedimiento, procedimiento escrito, fundamentación y motivación, entre otras; y por el contrario, suprimió derechos fundamentales importantes como la libertad provisional bajo caución y el careo constitucional.<sup>1</sup>*

<sup>1</sup> Ojeda Bohórquez, R.: *El Nuevo...* cit., p. 26.

La incompatibilidad que señala el Magistrado Ojeda Bohórquez obedece al interés del gobierno para contar con mayores elementos jurídicos en su lucha contra la delincuencia organizada.

Relacionado con lo anterior, el Magistrado Miguel Ángel Aguilar López, sostiene:

*Surge una política criminal que trata de dar la impresión de que existe un legislador que combate eficientemente la delincuencia, el Derecho Penal simbólico es una muestra de la crisis del Derecho Penal. Es una función de engaño que no cumple con la tarea político criminal al huir de la solución de los conflictos, la inflación penal lejos de inhibir el delito, tiene efectos criminógenos, sin lograr la protección efectiva de bienes jurídicos, sólo se apacigua al ciudadano haciéndole creer que se está haciendo algo por su seguridad. Desafortunadamente, algunos gobiernos han optado por insertar medidas legislativas penales que dan preponderancia a la seguridad de la ciudadanía en detrimento de derechos fundamentales.<sup>2</sup>*

En consecuencia, este tipo de competencia se presenta en materia penal y encuentra su fundamento en los artículos 18, octavo y noveno párrafo; 19 segundo párrafo, ambos constitucionales; 10, párrafo tercero del Código Federal de Procedimientos Penales; 22 del Código Nacional de Procedimientos Penales; y 45 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

De las disposiciones normativas citadas, se desprende que la competencia por razón de seguridad consiste en la posibilidad de recluir a un procesado en un centro de reclusión –de máxima seguridad– distinto al del lugar en donde se le instruye la causa penal, en cuyo caso será

<sup>2</sup> Aguilar López, M.: *Presunción...* cit., pp. 233-234.

competente para conocer del asunto un Juez de Distrito distinto al del lugar de comisión del delito, es decir, será competente el tribunal del lugar en que se ubique el centro especial o de máxima seguridad, atendiendo a los siguientes requisitos:

- las características del hecho investigado;
- las circunstancias personales del imputado;
- por razones de seguridad en las prisiones;
- por otras que impidan garantizar el desarrollo adecuado del proceso;
- que se trate de delitos de delincuencia organizada, sin embargo, en la práctica este tipo de competencia también se aplica para aquellas personas a quienes se les atribuye delitos de secuestro o trata de personas.

Estos requisitos forman parte de lo que la doctrina llama Derecho Penal del Enemigo, debiendo señalarse lo siguiente:

*El derecho penal del enemigo es, tal como lo concibe Jakobs, un ordenamiento de combate excepcional contra manifestaciones exteriores de peligro, desvaloradas por el legislador y que éste considera necesario reprimir de manera más agravada que en el resto de supuestos (Derecho Penal del Ciudadano). La razón de ser de ese combate más agravado estriba en que dichos sujetos (“enemigos”) comprometen la vigencia del ordenamiento jurídico y dificultan que los ciudadanos fieles a la norma o que normalmente se guían por ella (“personas en Derecho”) puedan vincular al ordenamiento jurídico su confianza en el desarrollo de su personalidad.”*<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Quintero, M. y Polaino-Orts, M.: *El pensamiento...* cit., p. 414.

Sin embargo, el problema no es que se faculte a la autoridad para recluir a un procesado en un centro de reclusión –de máxima seguridad– distinto al del lugar en donde se le instruye la causa penal, sino que en este caso la competencia para juzgarlo radica en el juez del lugar donde se cometió el delito, contrario a lo que legalmente se establece.

Por tanto, si una persona privada de su libertad es trasladada a un centro de máxima seguridad, también debe serlo su proceso, a efecto de ser juzgado por un Juez de Distrito que se ubique en el lugar donde está el centro especial o de máxima seguridad, lo cual le permitiría tener acceso a la reinserción social, ejercer debidamente su derecho de defensa, tener acceso efectivo a la justicia, ser considerado inocente hasta que se declare lo contrario por sentencia ejecutoriada y, sobre todo, a ser considerado una persona que merece respeto en su integridad y dignidad.

Sobre este tema, había sido criterio de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación,<sup>4</sup> que los requisitos para la competencia por razones de seguridad los puede hacer valer y acreditar el Ministerio Público de la Federación, o bien la autoridad judicial, de oficio o a petición de parte, pero en ambos casos deberán satisfacerse objetivamente todas las exigencias señaladas, pues las simples afirmaciones de que se surte la excepción a la regla, en cuanto a *otras que impidan garantizar el desarrollo del proceso*, porque se presume que pueda interferir en la marcha regular del proceso la influencia económica del procesado y la cuantía del asunto, no es suficiente para que opere la excepción, y

<sup>4</sup> Jurisprudencia 1a./J. 41/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. X, Novena Época, septiembre de 1999, p. 17.



debe seguir conociendo del asunto la autoridad judicial del lugar en el que se cometieron los hechos delictivos. Lo anterior es así, en virtud de que la autonomía, objetividad, independencia e imparcialidad son las características sobre las que se rigen los órganos federales para impartir justicia, de conformidad con lo que establece el artículo 100 de la Constitución General de la República, y estos principios rigen a todos los órganos integrantes del Poder Judicial Federal. Además que conforme a la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación la cuantía del negocio no es un elemento que se tome en cuenta, como en otras legislaciones, para determinar la competencia de los tribunales federales, de tal suerte que en forma alguna está demostrado que estas circunstancias influyan en el ánimo del juzgador para cumplir cabalmente con la administración de justicia que consagra el artículo 17 constitucional.

Además, dicha Primera Sala<sup>5</sup> también sostenía que no se justificaba trasladar a un procesado a un reclusorio de máxima seguridad, con la sola apreciación subjetiva del juzgador, sin motivo razonable del que se pueda derivar que el centro de reclusión en el que se encuentra el procesado no sea seguro para llevar a cabo el proceso penal de que se trate y se tema la evasión del mismo, pues si bien es cierto que existen prisiones de máxima seguridad que poseen instalaciones más seguras o sistemas más modernos, también lo es que los reclusorios preventivos fueron hechos precisamente para albergar a personas sujetas a proceso y, por tanto, debe presumirse que cuentan con las medidas necesarias de seguridad para evitar la fuga de los acusados, pues de aceptar que al existir temor de que se evadan sin fundamentar y

<sup>5</sup> Jurisprudencia 1a./J. 9/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. IX, Novena Época, marzo de 1999, p. 5.

razonar tal determinación, todas las causas penales de los juzgados de la República serían susceptibles de remitirse a las prisiones de máxima seguridad para el conocimiento de los jueces penales que tienen competencia sobre ellos, por una estimación subjetiva del juzgador sin razonar al respecto, lo que no sería lógico ni jurídico.

Sin embargo, en una postura regresiva y a pesar de que este tipo de resoluciones –como cualquier acto de autoridad– ya sea dictada por el Ministerio Público de la Federación o juez de la causa, requiere estar debidamente fundada y motivada, debiendo exponerse las disposiciones normativas, los motivos y razonamientos lógicos que acrediten los supuestos exigidos por la legislación aplicable, debiendo aportar las pruebas conducentes de sus afirmaciones, en virtud de que la actualización de la competencia por excepción de que se trata no puede derivar de una potestad indiscriminada, arbitraria, o meramente subjetiva por parte del consignador, lo que no sería lógico ni jurídico. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación,<sup>6</sup> actualmente señala que esto no debe observarse tratándose de delitos de delincuencia organizada, pues en este caso, existe disposición expresa en el artículo 18 constitucional.

Para la reclusión preventiva y la ejecución de sentencias en materia de delincuencia organizada se destinarán centros especiales, los que revisten este carácter son los centros de reclusión de máxima seguridad por contar con las medidas de seguridad e instalaciones necesarias para la protección integral de los procesados o sentenciados, y la disminución del riesgo de fuga.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> Jurisprudencia 1a./J. 3/2016, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, t. II, Décima Época, mayo de 2016, p. 953.

<sup>7</sup> Jurisprudencia 1a./J. 72/2015, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, t. I, Décima Época, noviembre de 2015, p. 672.

De lo anterior se desprende que los centros especiales sólo tienen que ver con medidas de seguridad para la vigilancia de una persona privada de su libertad.

Sobre el tema en particular, el Magistrado Miguel Ángel Aguilar López, señala:

*La complejidad de la vida humana ha creado una delincuencia especializada y más violenta que ataca bienes jurídicos esenciales ante lo cual el Estado debe reaccionar en forma eficiente a través de la investigación, persecución y sanción de esa delincuencia que, por su fortaleza merece, un esfuerzo especial, en su caso mediante el establecimiento de apartados especiales pero no de un Derecho Penal que excluya a quienes delinquen bajo dicha condición. Debe pugnarse por desterrar la impunidad, la corrupción, y que al delincuente organizado a través de un proceso justo, se le imponga la pena que proporcionalmente le corresponda. Negar la condición de ser humano, implica un retroceso en el reconocimiento jurídico de la dignidad del individuo obtenida después de un largo proceso de la humanidad en el que se venció la crueldad y la injusticia... no debe soslayarse al hombre como el eje de la actividad estatal, como un fin en sí mismo y no al servicio de las políticas en vigor, en tanto que el derecho está destinado a regir a las personas no a los enemigos.<sup>8</sup>*

Finalmente, consideramos que no resulta adecuado restringir los derechos humanos de una persona procesada por delitos de delincuencia organizada, en virtud de que debe ser considerada como persona, pues considerarlo como un *enemigo* y aplicarle un Derecho Penal de excepción es contrario al sistema garantista

adoptado por nuestro país, aunado a que se corre un grave riesgo al no saber quién es el enemigo, término empleado en cuestiones de guerra no de Derecho Penal.

### **III. Principales argumentos empleados por los juzgadores para negar el traslado de una persona**

Un gran número de incidentes no especificados promovidos para que una persona procesada por delitos de delincuencia organizada sea trasladada del centro penitenciario en el que se encuentra recluido al del lugar donde se le instruye la causa, concluyen con una resolución interlocutoria que niega dicho traslado y en la cual se emplean diversos argumentos, que en nuestra opinión se refieren a cuestiones no probadas en autos o argumentaciones ajenas y contrarias a las que legalmente deben aplicarse.

Entre los argumentos más comunes de los jueces federales encontramos los siguientes:

1. Por medidas de seguridad institucional el encausado pone en riesgo la tranquilidad y seguridad del centro al que pretende ser trasladado, al representar un grupo de poder en el interior de éste, además de pertenecer a grupos delincuenciales en el exterior.

Sobre este punto, María Eloísa Quintero y Miguel Polaino-Orts, realizan la siguiente aseveración:

*La erosión de la seguridad cognitiva en la vigencia de la norma determina que el legislador considere necesario, para mantener a salvo la seguridad colectiva, reprimir con especiales medidas asegurativas el déficit de reconocimiento de la estructura social que represente el enemigo. Esas medidas tienen como fundamento la especial peligrosidad del sujeto, de manera que*

<sup>8</sup> Aguilar López, M.: *op. cit.*, p. 232.

*la función de las mismas no es sólo la estabilización de expectativas normativas sino primordialmente la eliminación de un peligro.*<sup>9</sup>

2. El centro penitenciario al que pretende ser trasladado el procesado no cuenta con medidas y sistemas de seguridad adecuados para su internamiento y permanencia.

Sin embargo, en la mayoría de los casos, estas manifestaciones hechas por el director del Centro Estatal de Reinserción Social al que se solicita el traslado y por el área correspondiente del Órgano Administrativo Desconcentrado de Prevención y Readaptación Social, respectivamente, no se encuentran probadas en autos, pues se limitan a meros informes no sustentados con pruebas. Sería bueno que estas autoridades acreditaran la forma en que la persona privada de su libertad forma parte de un grupo de poder y que, a pesar de estar privado de su libertad, sigue perteneciendo a algún grupo delincuenciales en el exterior, pues dicha aseveración debe tener fundamento en una investigación no en una afirmación vaga e imprecisa.

3. Derivado del estudio clínico criminológico de personalidad, se desprende que el inculcado tiene un vínculo criminógeno con un grupo delictivo en el país, se desarrolló en Guerrero, en clave territorial con altos índices de criminalidad, tiene una expansión criminógena contaminante, capacidad criminal alta, adaptabilidad social baja, índice de estado peligroso alto.

En el mismo sentido, el *a quo*—indebidamente—valora la prueba documental que establece la personalidad del inculcado, lo cual es contrario a los nuevos criterios

jurisprudenciales, pues debe ser juzgado y tratado –en todo momento– por el acto realizado, no por lo que es o se dice que es.

La valoración de esa documental, a la cual los juzgadores le atribuyen carácter y valor de dictamen pericial, contraviene lo dispuesto por los artículos 14 y 18, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como lo previsto en la jurisprudencia 21/2014, sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, toda vez que el juzgador expone al procesado como peligroso, con nocividad criminal alta, y otros calificativos, propios del Derecho Penal de autor y que de acuerdo con los numerales y jurisprudencia citados no es posible hacer.

Lo anterior, en virtud de que el Derecho Penal no puede sancionar la ausencia de determinadas cualidades o la personalidad, porque está limitado a juzgar actos; máxime que el artículo 14, tercer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al establecer que en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata, revela, del modo más claro y literal posible, que el Derecho Penal únicamente puede prohibir la comisión de conductas específicas (no la personalidad); es decir, sólo aquel acto prohibido por una norma penal, clara y explícita, puede dar lugar a una sanción.

4. No se soslaya lo establecido en el artículo 1° constitucional, que establece la obligación de todas las autoridades de promover, respetar, proteger y garantizar a los gobernados los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, sin embargo, ello

<sup>9</sup> Quintero, M. y Polaino-Orts, M.: *op. cit.*, p. 415.

no implica que las cuestiones planteadas por éstos siempre deban ser resueltas de manera favorable a sus pretensiones, ni siquiera con el argumento de establecer la interpretación más amplia que se aduzca, cuando tales interpretaciones no encuentran sustento en las reglas de derecho aplicables, ni pueden derivarse de éstas.

Asimismo, los juzgadores no deberían olvidar que no todas las cuestiones que les son planteadas por los procesados deben desecharse o declararse improcedentes, lo que se busca no es que resuelvan conforme a las reglas de derecho aplicables, sino conforme a los principios que derivan de los derechos humanos a que toda persona tiene derecho, porque en caso contrario, resulta una posición muy cómoda decir a todo que no; en la mayoría de este tipo de cuestiones incidentales se plantea la violación a diversos derechos humanos, a lo cual tendrían que estudiar y contestar si esas violaciones existen o no, en caso de existir porque las permiten y no limitarse a sostener que las disposiciones que se invocan no se refieren al traslado de procesados, pues efectivamente no lo establecen expresamente, sino que esas disposiciones implican el reconocimiento de derechos humanos que son violados con la negativa de traslado.

5. Que el artículo 18, último párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dispone que para la prisión preventiva tratándose de delitos de secuestro, se destinarán centros especiales, como en el caso los Centros Federales de Readaptación Social, con categoría de instituciones penitenciarias de seguridad máxima, creados para albergar a personas relacionadas con delitos de secuestro.

Con este argumento, los jueces van más allá de lo que la propia Constitución les permite, pues la reclusión

preventiva en centros especiales o de máxima seguridad se permite sólo en delitos de delincuencia organizada. Así resulta importante señalar:

*La legitimidad de las normas de Derecho penal del enemigo a que se refiere Jakobs no depende de él, como observador, ni de ningún otro autor. Depende del legislador que, en función de las expectativas socialmente protegibles, haga una selección de las preferencias de ese Estado y plasme esa selección en las normas jurídicas. Su legitimidad viene, por tanto, dada del hecho de que las expectativas sociales que ella protege sigan manteniendo su actualidad. Las normas de Derecho penal del enemigo son, en tanto existentes en un Estado democrático, normas plenamente legitimadas por quien debía hacerlo: el delito de asociación para delinquir, por ejemplo, existe (y es legítimo) porque existe la expectativa social de que una conducta de tal calibre no puede quedar impune, porque, si así quedara, impediría el desarrollo de la personalidad por parte de los sujetos respetuosos con la norma: si la conducta de que unos sujetos se asocien con un fin ilícito o terrorista fuera impune, considera el legislador que los demás ciudadanos respetuosos con la norma perderían su confianza, su seguridad cognitiva en que la norma les va a seguir protegiendo ante ataques ilegítimos, y por ello selecciona esa expectativa y cree preferible y conveniente sancionarla, reduciendo la esfera de libertad de los sujetos asociados para mantener la seguridad colectiva de toda la sociedad. La legitimación de las normas jurídicas es independiente de la valoración de un observador: las normas no son legítimas porque un autor las describa, sino porque la expectativa siga siendo vigente. Cuando la expectativa*

*es actual y la norma, según el legislador, legítima, debe existir el precepto en cuestión, si es que se quiere tener un equilibrio entre estructura normativa y sociedad en que la norma se integra. Si la expectativa no fuera actual, esto es, si las normas son internamente disfuncionales, entonces las instancias legitimadas para ellos retirarán esa norma por ilegítima, esto es, porque la actualidad de la expectativa que protege ya ha perdido su vigente.*<sup>10</sup>

Por otro lado, en la amplia discusión consistente en determinar si nuestra Constitución puede o no violar derechos humanos, el último párrafo del artículo 18 constitucional es el más claro ejemplo de que sí puede, y de hecho lo hace. Desde luego, esta disposición no es inconstitucional, pues se encuentra inserta en nuestra Carta Fundamental, pero si es inconvencional, por ser contraria a los tratados internacionales en materia de derechos humanos que el Estado mexicano ha suscrito.

En este orden de ideas, insertamos la opinión del Doctor Sergio García Ramírez, quien indica:

*La legitimidad de ciertas medidas no deriva de que éstas se hallen recogidas en el texto constitucional, sino de su intrínseca compatibilidad con los valores y principios de una sociedad democrática. Si la inserción en la ley suprema legitimara cualquier medida, sería posible justificar los más grandes despropósitos a través del sencillo mecanismo de reforma constitucional. Dicho sea de paso, esto ha sucedido en México: cuando los autores de proyectos controvertibles advirtieron la inconstitucionalidad de ciertas propuestas de legislación secundaria,*

<sup>10</sup> Günther, J.; Polaino Navarrete, M. y Polaino-Orts, M.: *El derecho...* cit., p. 87.

*sugirieron reformar la Constitución para adecuarla a aquéllas. Así ha sucedido una vez más, de manera notable, en determinados aspectos de la RC de 2007.*<sup>11</sup>

Entonces, no todo lo que contiene una Constitución está siempre legitimado, pues para estarlo deben ser compatibles con los valores y principios de una sociedad.

6. Que la persona privada de su libertad está siendo procesada por delitos clasificados como graves, en términos del artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales, por ende requiere de medidas especiales de seguridad.

No obstante, insistimos que la competencia por razones de seguridad sólo se establece para delitos de delincuencia organizada y no para otros delitos, aun cuando estos sean considerados graves, en términos del artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales, ya abrogado.

7. Al colocarse el procesado en el régimen de excepción previsto en los artículos 18 constitucional y 45 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, máxime porque la medida cautelar que guarda el prenombrado encausado en el lugar de su reclusión preventiva, cuenta con las medidas de seguridad e instalaciones para la protección integral del propio enjuiciado y la disminución del riesgo de fuga lo que hace evidente que no le asiste la prerrogativa de ser trasladado al diverso centro de reclusión que solicita la defensa, sin que ello de modo alguno transgreda los derechos a la integridad y de dignidad como infundadamente lo alega el inconforme, sobre todo porque, se colma lo dispuesto en el artículo 18, último párrafo, primera parte de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en razón de

<sup>11</sup> García Ramírez, S.: *La reforma...* cit., p. 50.



que la reclusión preventiva en materia de delincuencia organizada se está llevando a cabo en un centro especial de reclusión.

Sobre este punto, el Doctor Sergio García Ramírez, al tratar el tema de la escisión del Derecho Penal, señala:

*Desde hace tiempo se ha insinuado, recogido o consolidado –tres pasos en una sola dirección, difícilmente reversible y sumamente preocupante– la idea de escindir el Derecho penal sustantivo, procesal y ejecutivo, que fue construido a lo largo de dos siglos de trabajos en favor de la racionalidad y la democracia. La escisión trae consigo, por lo pronto, un sistema doble de justicia penal. Así se habría quebrantado la unidad tradicional, afanosamente conseguida, y tendríamos al frente una encrucijada y un doble camino –a reserva de que luego fuese uno solo, sinuoso– precisamente en el ámbito en el que es más necesario contar con seguridades plenas. En primer término, existe un sistema penal “ordinario” o “regular”, en el que desembocan las mejores corrientes democráticas y garantistas, surgidas, sobre todo, en el último tercio del siglo XVIII y que prosperaron a lo largo de los siglos XIX y buena parte del XX. En segundo término, comienza a existir un sistema nominalmente “excepcional” o “extraordinario”, con procedimientos ajustados y garantías “limitadas”, supuestamente necesario para lidiar con formas complejas de criminalidad. Desde luego, el sistema extraordinario tiene constantes avances sobre los territorios del otro, y al cabo de algún tiempo pudiera convertirse en ordinario. Habría operado una ley semejante a la que se predica en economía: la moneda mala habría desplazado a la buena. En este caso, el desplazamiento significaría erosión de libertades,*

*mengua de garantías y retraimiento de la democracia. En México abrimos la puerta hacia el doble sistema cuando introducimos en la Constitución, sin conciencia clara sobre el destino de nuestros pasos, un concepto importante que pudo quedar alojado en la norma secundaria: delincuencia organizada. Sin embargo, este concepto tuvo entonces un alcance moderado y no se pretendió constituirlo en eje de un nuevo orden penal extraordinario. Empero, se había sembrado la semilla de una planta que crecería. Eso que paso entonces podría ocurrir con cualquier reforma precipitada –aunque sea producto de la buena fe, que no basta para menesteres legislativos–, si no se analiza rigurosamente su alcance ni se miden sus posibles implicaciones.<sup>12</sup>*

Pero el doble sistema que reconoce el Estado mexicano no debe permitir la violación de derechos fundamentales, sino el respeto de éstos de manera progresiva, que nada tiene que ver con la seguridad de las prisiones.

*Es el legislador, y no un autor (observador), el que decide, de acuerdo a las expectativas sociales, cuándo se respeta el deber mínimo de civilidad y cuando se infringe: por ejemplo, el autor de un delito de lesiones es “ciudadano”, porque –pese a su desliz incidental– se sigue orientando en líneas generales por el respeto a la norma; no es “ciudadano”, sino “enemigo”, el autor de un delito de violencia de género, porque –aunque haya cometido la misma acción objetiva, a saber: golpear a otro– continúa siendo un peligro, un impedimento, para que la víctima pueda desarrollar su personalidad, su proyecto social: por eso, se le impone medidas contra enemigos especialmente agravadas,*

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 51.

*que limitan su esfera de libertad persona (prohibición de comunicación o acercamiento a la víctima, prohibición de residencia en un lugar, abandono del hogar familiar, etc.)*<sup>13</sup>

Así como la prisión preventiva oficiosa, trasladarlo a un centro de reclusión de máxima seguridad, ubicado en un lugar diverso a aquél en que se cometió el delito, complicándole su derecho de defensa, entre otros.

8. La permanencia del procesado en su actual centro de reclusión, no vulnera los principios de igualdad procesal ni de debido proceso, tampoco impide el desarrollo del mismo ni de una adecuada defensa, pues existen tecnologías que garantizan dichos principios, al implementarse el desahogo de los medios de prueba por el método de videoconferencia como se dispuso en el Acuerdo 74/2008 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal; diligencias en las cuales pueden estar presente el defensor, pudiendo interrogar directamente al propio inculcado o a los testigos.

Probablemente el método de videoconferencia permita a la defensa estar presente en diligencias, teniendo la oportunidad de interrogar directamente al propio inculcado y a los testigos, pero se olvida la comunicación libre y de manera privada que debe existir entre procesado y defensor.

9. La prisión preventiva se está llevando a cabo con base en el respeto a los derechos humanos del procesado, y con estricto apego a lo dispuesto en el artículo 18 constitucional.

Con total apego al artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos desde luego que sí, pero no con base en el respeto a sus derechos humanos, como quedará precisado en el siguiente punto.

<sup>13</sup> Günther, J.; Polaino Navarrete, M. y Polaino-Orts, M.: *op. cit.*, p. 93.

Con mayor razón si apreciamos que el Estado no tiene una política criminal eficaz que le dé resultado en su lucha contra la delincuencia organizada, generando únicamente un doble sistema penal que viola derechos fundamentales sin ningún resultado a sus intereses.

#### **IV. Derechos humanos que se vulneran con la negativa de traslado de un procesado por delincuencia organizada**

##### **1. Derecho a la reinserción social**

Señala la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación,<sup>14</sup> que de la evolución histórica del artículo 18 constitucional, se advierte que los cambios en su redacción reflejan los diversos propósitos que han perseguido la pena y el sistema penitenciario en su conjunto; en principio, se consideró que el autor del delito era una persona degenerada, de ahí que la Constitución General tuviera como finalidad su regeneración; en un segundo momento, se le percibió como un sujeto mental o psicológicamente desviado que requería de una readaptación, en ambos casos debía ser objeto de tratamiento; mientras que las reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008 y el 10 de junio de 2011, básicamente resultaron en:

- a. La sustitución del término readaptación por reinserción;
- b. El abandono del término delincuente;
- c. La inclusión del fomento al respeto por los derechos humanos, como medio para lograr la reinserción;

<sup>14</sup> Tesis 1a. CCXXI/2016, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 1, septiembre de 2016, p. 509.

- d. La inclusión de un objetivo adicional a lograr la reinserción, consistente en procurar que la persona no vuelva a delinquir; y,
- e. La adición del concepto beneficios como parte de la lógica del sistema penitenciario.

La intención del Constituyente consistió en cambiar el concepto penitenciario de readaptación social por uno más moderno y eficiente, denominándolo reinserción o reintegración a la sociedad, apoyado, entre otros elementos, en el respeto a los derechos humanos y el trabajo.

Asimismo, estamos ante la presencia de un cambio de paradigma previsto en el artículo 18 constitucional, que no tiene la pretensión de evaluar elementos que tiendan a calificar la condición psicológica del inculcado. Una solicitud de traslado de una persona detenida debe estar apoyado de manera indispensable en los resultados del respeto a los derechos humanos, el trabajo, la educación, la salud y el deporte. Así, la reinserción social no puede depender de un cambio psicológico o de forma de pensar y de sentir del interno, pues ello implicaría un retroceso al concepto de readaptación social, abandonado expresamente en 2008.<sup>15</sup>

Este derecho de reinserción social no debe limitarse a los procesados por delitos de delincuencia organizada, pues a pesar de ser considerados como *enemigos* deben tener una reinserción social basada en el trabajo, la educación, la salud y el deporte. Sostener lo contrario, significa violar sus derechos humanos, pues si bien no se le puede obligar a trabajar o realizar determinadas actividades, sí debe tener una serie de opciones que en determinado momento le permitan reintegrarse a la vida

<sup>15</sup> Tesis 1a. CCXXII/2016, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. 1, septiembre de 2016, p. 504.

en sociedad, no como infractor de la ley penal, sino como una persona con derechos y obligaciones, preparada para no volver a delinquir.

## **2. Derecho fundamental de presunción de inocencia**

Sobre este derecho fundamental de presunción de inocencia, el autor italiano Luigi Ferrajoli, sostiene:

*La culpa y no la inocencia debe ser demostrada y es la prueba de la culpa y no la de la inocencia, que se presume desde el principio, la que forma el objeto del juicio... En consecuencia –si es verdad que los derechos de los ciudadanos están amenazados no sólo por los delitos sino también por las penas arbitrarias– la presunción de inocencia no es sólo una garantía de libertad y de verdad, sino también una garantía de seguridad o si se quiere de defensa social: de esa seguridad específica ofrecida por el estado de derecho y que se expresa en la confianza de los ciudadanos en la justicia; y de esa específica defensa que se ofrece a éstos frente al arbitrio primitivo.<sup>16</sup>*

Así, tenemos que la presunción de inocencia implica libertad, verdad, seguridad jurídica y confianza en la justicia.

Por tanto, la resolución incidental que niega el traslado de un procesado por delincuencia organizada viola el derecho fundamental de presunción de inocencia, previsto en el artículo 20, apartado B, fracción I, de la Constitución Federal, consistente en que toda persona sometida a un proceso penal debe ser tratada como inocente en tanto no se declare su culpabilidad por virtud de una sentencia condenatoria.

<sup>16</sup> Ferrajoli, L.: *Derecho...* cit., p. 549.

El Derecho Penal dentro de un Estado de derecho tiene que respetar los derechos fundamentales de toda persona sin excepción.

Por ende, los jueces no deben emitir ningún tipo de resolución que implique la anticipación de la pena, en atención a la vertiente regla de trato procesal de la presunción de inocencia.

Al respecto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación,<sup>17</sup> establece que la presunción de inocencia es un derecho que puede calificarse de *poliédrico*, en el sentido de que tiene múltiples manifestaciones o vertientes relacionadas con garantías encaminadas a regular distintos aspectos del proceso penal. Una de sus vertientes se manifiesta como *regla de trato procesal* o *regla de tratamiento* del imputado, en la medida en que este derecho establece la forma en la que debe tratarse a una persona que está sometida a proceso penal. En este sentido, la presunción de inocencia comporta el derecho de toda persona a ser tratado como inocente en tanto no se declare su culpabilidad por virtud de una sentencia condenatoria. Dicha manifestación de la presunción de inocencia ordena a los jueces impedir en la mayor medida posible la aplicación de medidas que impliquen una equiparación de hecho entre imputado y culpable, es decir, conlleva la prohibición de cualquier tipo de resolución judicial que suponga la anticipación de la pena.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al resolver de fondo el caso Suárez Rosero vs. Ecuador, sostuvo que del artículo 8.2 de

<sup>17</sup> Jurisprudencia 1a./J. 24/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, t. I, Décima Época, abril de 2014, p. 497.

dicha convención deriva en la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, toda vez que la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva.

Lo anterior, pone de manifiesto que esa restricción no debe sobrepasar los límites estrictamente necesarios para asegurar el desarrollo eficiente de las investigaciones, el desarrollo adecuado del proceso y evitar que la persona se evada de la acción de la justicia; pero en ningún momento debe implicar la restricción de otros derechos fundamentales, que le permiten afrontar el proceso abierto en su contra.

### **3. Derecho de acceso efectivo a la justicia**

Se encuentra previsto en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 17 de nuestra Constitución Federal.

Del análisis conjunto de estas disposiciones se desprenden, entre otras, las siguientes cuestiones:

#### **A. Prohibición de hacerse justicia por propia mano**

Los particulares tienen que acudir ante autoridades específicas, los tribunales, a solicitar que se les haga justicia, pues *obra ilegalmente quien por sí y ante sí resuelve sobre su situación jurídica y la de otro*.

Al respecto, el Doctor Ignacio Burgoa Orihuela, señala:

*En términos estrictos esta disposición constitucional no contiene una garantía individual propiamente dicha... se traduce en una relación jurídica existente entre el gobernado por un lado y el Estado y sus autoridades por otro, en virtud de la cual se crea*

*para el primero un derecho subjetivo público y para los segundo una obligación correlativa.*<sup>18</sup>

### **B. Expedita y eficaz administración de justicia**

Es una obligación que se le impone al Estado para preservar el orden social mediante la eliminación de la venganza privada. Además, este servicio de impartición de justicia debe ser gratuito.

Se garantiza a favor de los gobernados el acceso efectivo a la justicia, derecho fundamental que consiste en la posibilidad de ser parte dentro de un proceso y a promover la actividad jurisdiccional que, una vez cumplidos los respectivos requisitos procesales, permita obtener una decisión en la que se resuelva sobre las pretensiones deducidas, y si bien en ese precepto se deja a la voluntad del legislador establecer los plazos y términos conforme a los cuales se administrará la justicia, debe estimarse que en la regulación respectiva puede limitarse esa prerrogativa fundamental, con el fin de lograr que las instancias de justicia constituyan el mecanismo expedito, eficaz y confiable al que los gobernados acudan para dirimir cualquiera de los conflictos que deriven de las relaciones jurídicas que entablan, siempre y cuando las condiciones o presupuestos procesales que se establezcan encuentren sustento en los diversos principios o derechos consagrados en la propia Constitución General de la República.<sup>19</sup>

El servicio otorgado por los tribunales debe ser gratuito, toda vez que se espera que el acceso a la justicia no excluya ni aún a las personas con escasos recursos económicos. La remuneración de los titulares de los

órganos jurisdiccionales es responsabilidad del Estado; por ello, ninguna persona debe erogar una cantidad de dinero en calidad de honorarios o como contraprestación a los funcionarios que intervienen en la administración de justicia, como condición para que se efectúen las actuaciones jurisdiccionales correspondientes. Sólo se pagan costas cuando a una parte, vencida en un proceso, se le condena a pagarlas, pero, en este sentido, las costas son las que tuvo que erogar la parte vencedora, es decir, los gastos que tuvo que realizar durante el curso del proceso, en el entendido de que ninguno de esos gastos se usó para pagar por la administración de justicia.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación<sup>20</sup> definió el acceso a la tutela jurisdiccional como el derecho público subjetivo que toda persona tiene, dentro de los plazos y términos que fijen las leyes, para acceder de manera expedita a tribunales independientes e imparciales, a plantear una pretensión o a defenderse de ella, con el fin de que, a través de un proceso en el que se respeten ciertas formalidades, se decida sobre la pretensión o la defensa y, en su caso, se ejecute esa decisión.

De lo anterior, la Primera Sala<sup>21</sup> señala que este derecho comprende tres etapas, a las que corresponden tres derechos:

- a) una previa al juicio, a la que le corresponde el derecho de acceso a la jurisdicción, que parte del derecho de acción como una especie del de petición dirigido a las autoridades jurisdiccionales y que motiva un pronunciamiento por su parte;

<sup>18</sup> Burgoa Orihuela, I.: *Las garantías...* cit., p. 636.

<sup>19</sup> Tesis P./J. 113/2001, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIV, septiembre de 2001, p. 5.

<sup>20</sup> Tesis 1a. LXXIV/2013, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 1, marzo de 2013, p. 882.

<sup>21</sup> *Ídem*.



- b) una judicial, que va desde el inicio del procedimiento hasta la última actuación y a la que corresponden las garantías del debido proceso; y,
- c) una posterior al juicio, identificada con la eficacia de las resoluciones emitidas.

Asimismo, la obligación de analizar oficiosamente la infracción a un derecho humano de acceso a la justicia se satisface y se justifica, cuando puede determinarse que la interpretación y aplicación de la ley al caso concreto son contrarias a la finalidad de lograr la protección más amplia de la persona. Esto es, aunque existe la autonomía e independencia de los jueces en el ejercicio de su arbitrio judicial, queda claro que cuando se afecta un derecho humano como el de acceso a la justicia, la aplicación de la norma en la resolución judicial debe obedecer a un ejercicio de ponderación en el que exista la mayor aproximación a la finalidad de lograr la protección más amplia de la persona, y si esto no es así, en cualquier instancia de revisión, existe la razón para concluir que ha habido una violación manifiesta de la ley que ha dejado sin defensa al quejoso, y procederá suplir y analizar oficiosamente la cuestión procesal o de fondo.

La violación a este derecho humano se materializa en la interposición de los recursos o incluso el juicio de amparo indirecto en contra de alguna resolución que afecte los intereses del procesado, porque las comunicaciones oficiales tanto del Instituto Federal de Defensoría Pública como de los órganos jurisdiccionales no son ágiles y exceden, por mucho, el tiempo con que se cuenta para la interposición del medio de defensa, lo cual vulnera el acceso efectivo a la justicia de la persona privada de la libertad. Esta situación no acontecería si el procesado se encuentra privado de su libertad en el lugar del juicio, manteniendo comunicación libre y directa con su defensa.

Al respecto, existe un intento para aminorar estas violaciones al derecho de adecuada defensa, sin embargo, hasta el momento es insuficiente, primero por referirse a cuestiones muy específicas y, segundo, porque es un acto que se realiza sin la presencia y asesoría del defensor del procesado, limitándolo en la defensa técnica a que tiene derecho.

Como ejemplo, podemos citar que el Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Décimo Tercer Circuito,<sup>22</sup> sostiene –haciendo una interpretación extensiva y armónica de los artículos 17 constitucional y 23 de la Ley de Amparo– que si una persona privada de su libertad promueve la demanda de amparo por su propio derecho, no señala autorizados y señala como domicilio para oír y recibir notificaciones el Centro Federal de Readaptación Social en que se encuentra recluido, la presentación del escrito por el que desahoga la prevención sobre la aclaración de la demanda, en la oficialía de partes del centro de reclusión, interrumpe el plazo para el cómputo de su oportunidad, por existir imposibilidad jurídica y material para que éste presente esa promoción directamente en el juzgado que conoce del juicio de amparo.

#### **4. Derecho de defensa adecuada**

Los argumentos de los jueces para sostener la negativa de traslado de una persona procesada por delitos de delincuencia organizada son equivocados, en virtud de que dicha negativa lesiona directamente otros derechos, como el de una defensa adecuada previsto en el artículo 20 de la Constitución Federal, en tanto

<sup>22</sup> Tesis XIII.P.A. 13 P, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, t. IV, Décima Época, octubre de 2017, p. 2429.

que el procesado se encuentra físicamente en un lugar diverso de aquél en que se sigue la causa penal.

Toda vez que los fundamentos que generalmente utilizan, como son el Acuerdo General 21/2008 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, trata de la competencia de los Juzgados de Distrito para conocer de distintos delitos cometidos en lugar distinto al de su jurisdicción, por razones de seguridad en las prisiones; el objeto de dicho acuerdo, es precisar los alcances del párrafo tercero del artículo 10 del Código Federal de Procedimientos Penales, fijando la competencia de los Jueces de Distrito, cuando se actualice una hipótesis excepcional a la competencia territorial prevista por dicho precepto; sin embargo, ello no implica que deba negarse el traslado del inculpado, a un diverso centro de reclusión en el que se encuentra internado, puesto que ello no dirime lo alegado por el quejoso en cuanto sostiene que requiere estar presente en todas las diligencias y estar en contacto directo con su defensor público nombrado o designado en el juzgado donde se lleva a cabo su proceso.

En otro aspecto, el argumento relativo a que al tratarse de un delito de delincuencia organizada, debe mantenerse al inculpado en un centro de reclusión preventivo especial para proteger la seguridad de la sociedad, no es razón para hacer nugatoria su petición.

Independientemente de lo anterior, los juzgadores también consideran que, de hacerse el aludido traslado, podría provocar hacinamiento y poner en riesgo la propia integridad física del solicitante del traslado, dado que refiere que no existen informes sobre el particular que sustenten su afirmación; que al tratarse del delito de delincuencia organizada, sólo le será dable al juzgador ordenar su traslado en el centro de máxima seguridad,

cuando exista una causa que legal y materialmente lo amerite.

Al analizar Miguel Polaino-Orts si el Derecho Penal del Enemigo existe en los ordenamientos actuales o si su existencia es meramente hipotética, al referirse al caso de España y México, señala:

*Empecemos por las medidas de corrección y seguridad, instrumentos penales sobre cuya legitimidad y conveniencia existe práctica unanimidad en todas las legislaciones y países del mundo. Se trata, como es sabido, de medidas que se imponen por regla general a sujetos inimputables, o – junto a una pena– a aquellos sujetos imputables que presentan un alto grado de peligrosidad. Una grande tipología abarca estas medidas en la actualidad: internamiento en centros de deshabitación, alejamiento del hogar familiar por parte del agresor doméstico, privación de la licencia de porte de armas, etc. La doctrina suele afirmar que las medidas de seguridad, precisamente porque se orientan por la personalidad del autor, desempeñan una función de prevención especial: así, el internamiento en un centro de desintoxicación o deshabitación está especialmente dirigido a un sujeto que presenta ese tipo de peculiares circunstancias.<sup>23</sup>*

Empero, dichos razonamientos lógico-jurídicos para negar el traslado del quejoso no cumplen con los requisitos formales de todo acto de autoridad que exige el artículo 16 constitucional, relativos a la adecuada y legal fundamentación y motivación, por lo que se vulneraron los derechos fundamentales del procesado a una adecuada defensa.

<sup>23</sup> Quintero, M. y Polaino-Orts, M.: *op. cit.*, p. 424.

Además, como lo dispone el artículo 18 constitucional, en tratándose de delincuencia organizada, no se restringe el derecho del inculcado para tener acceso a su defensor, entonces, tanto el principio procesal de la inmediación como el de la adecuada defensa se salvaguardan en la medida en que el imputado tiene contacto directo e inmediato con el juez de su causa y con su defensor.

Máxime que los acuerdos del Consejo de la Judicatura Federal sobre instrumentación competencial o medidas administrativas para diligencias judiciales vía videoconferencias o cuestiones de hecho no probadas, relativas a hacinamiento o sobrepoblación, deben excluirse por tratarse de una argumentación ajena a la que legalmente es aplicable.

Sobre este punto, el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito,<sup>24</sup> establece que la negativa vía incidental del juez de proceso a la solicitud de traslado del procesado de un Centro Federal de Readaptación Social a aquél en donde se le instruye la causa por la comisión del delito de delincuencia organizada, debe cumplir con los principios de debida y adecuada fundamentación y motivación, en términos del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, toda vez que podría lesionar directamente otros derechos como el de defensa adecuada, previsto en el artículo 20 constitucional, en tanto que el procesado se encontraría físicamente en un lugar diverso al en que se sigue la causa penal.

Lo anterior implica que el procesado tenga contacto directo e inmediato con el juez de la causa y su defensor.

Asimismo, señala que deben excluirse argumentaciones ajenas a las legalmente aplicables, como

<sup>24</sup> Tesis III.2o. P.63 P, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, t. IV, Décima Época, noviembre de 2014, p. 3065.

los acuerdos del Consejo de la Judicatura Federal sobre la instrumentación competencial o medidas administrativas para las diligencias judiciales vía videoconferencias, así como cuestiones de hecho no probadas en el incidente respectivo, relativas al hacinamiento o sobrepoblación planteadas para negar el traslado.<sup>25</sup>

### **5. Derecho a la integridad personal y al trato digno de los detenidos**

Dicho derecho encuentra su fundamento en la propia dignidad humana, ya que es en atención a su valor intrínseco y a su calidad única y excepcional, que la persona es merecedora de un trato acorde con su calidad de tal.

De forma concisa, en el ámbito del Derecho Internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha establecido, acorde con los artículos 8, 25 y 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que el debido proceso *abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos y obligaciones están bajo consideración judicial*, tal como lo precisó en la opinión consultiva OC-9/87, de 6 de octubre de 1989, presentada por el Gobierno de la República Oriental del Uruguay, respecto de las garantías judiciales en estados de emergencia.

Asimismo, la aplicación del debido proceso *no se limita a los recursos judiciales en un sentido estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos*, lo que implica

<sup>25</sup> *Ídem*.

que la actuación de los órganos estatales dentro de un proceso se realice en condiciones de igualdad; así lo refirió dicho órgano internacional en el caso *Ivcher Bronstein vs Perú*, en la sentencia de 6 de febrero de 2001, así como en la sentencia del caso *Cabrera García y Montiel Flores vs México*, de 26 de noviembre de 2010.

Trasladando esto al caso concreto, este derecho se instrumenta como la posibilidad de todo justiciable de acceder a un proceso en el cual cuente con todos los elementos necesarios para desplegar su defensa de la mejor forma posible, por lo cual, todo aquello que trunque esa posibilidad, resulta atentatorio del debido cumplimiento de ese elenco mínimo de garantías y trastoca los derechos de la parte afectada.

Esto constituye un derecho humano de las personas privadas de su libertad a ser reclusas en el centro penitenciario más cercano a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de reinserción social; aunado a que el ejercicio de tal derecho representa un acto volitivo del inculcado que puede manifestarlo en una petición concreta para ser trasladado al centro penitenciario más cercano a su domicilio, pues sólo así, en atención a la cercanía con su comunidad puede alcanzar con mayor eficacia el objetivo constitucional de la reinserción social.

En este sentido, si la ley no establece en qué casos y con qué condiciones los procesados pueden seguir sus procesos en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, ello no obstaculiza el goce de dicho beneficio, puesto que lo contrario implicaría que el derecho humano en comento y, en consecuencia, el propio mandato del Constituyente Permanente, quedaran sujetos a un acto de voluntad de uno de los Poderes derivados del Estado.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, reconoce que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos.

Es decir, del contenido de los artículos 1° y 18 constitucionales, se advierte que la prisión preventiva es una medida cautelar que tiene por objeto asegurar el normal desarrollo de un proceso; mientras la prisión, como pena, atiende a su resultado, en específico, la rehabilitación y reintegración del sentenciado a la sociedad.

Asimismo, el sistema penitenciario se sustenta sobre las bases del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte, como medios para lograr la reinserción de los procesados a la sociedad y procurar que no vuelvan a delinquir, para lo cual podrán quedar internos en centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de reinserción social, siempre y cuando no se trate de internos implicados con la delincuencia organizada, o en su caso, que requieran de medidas especiales de seguridad, para quienes se destinarán centros especiales.

Igualmente, el abandono del término delincuente muestra la intención del Constituyente Permanente de eliminar cualquier vestigio relacionado con la peligrosidad de la persona, reafirmando la prohibición de que cualquier consideración vinculada con etiquetas a la personalidad tenga incidencia en la ejecución penal, como ejemplo la etiqueta de peligroso.

Por tanto, al sustituirse el modelo de readaptación por el modelo de reinserción, los reductivos y sustitutivos de la pena pasaron de ser beneficios propios de un estado paternalista, a derechos propios de un sistema democrático basado en los derechos humanos, la persona privada de su libertad deja de ser un desadaptado para convertirse en sujeto de derechos y obligaciones, derechos no sólo de fuente interna sino de fuente internacional, en virtud de la reforma al artículo 1° de nuestra Carta Magna.

En el mismo sentido, el *a quo* –indebidamente– valora diversas pruebas documentales que consideran al inculcado con capacidad criminal alta, adaptabilidad social baja e índice de estado peligroso alto, lo cual es contrario a los nuevos criterios jurisprudenciales, pues debe ser juzgado y tratado por el acto realizado no por lo que es o se dice que es.

Es decir, la valoración de esas documentales contravienen lo dispuesto por los artículos 14 y 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como lo previsto en la jurisprudencia 21/2014, sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, toda vez que el juzgador expone al procesado como peligroso, con nocividad criminal alta y otros calificativos propios del Derecho Penal de autor, y que de acuerdo con los numerales y jurisprudencia citados no es posible hacer.

Lo anterior, en virtud de que el Derecho Penal no puede sancionar la ausencia de determinadas cualidades o la personalidad, porque está limitado a juzgar actos; máxime que el artículo 14, tercer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al establecer que en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aun por

mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata, revela, del modo más claro y literal posible, que el Derecho Penal únicamente puede prohibir la comisión de conductas específicas (no la personalidad); es decir, sólo aquel acto prohibido por una norma penal, clara y explícita, puede dar lugar a una sanción.

Asimismo, el segundo párrafo del artículo 18 constitucional, abandonó del término *readaptación* y su sustitución por el de *reinserción*, a partir de la reforma constitucional de junio de 2008, prueba que la pena adquiere nuevas connotaciones. El hecho de que la Constitución haya eliminado la posibilidad de que el sistema penal opere bajo la premisa de que alguien es desadaptado, fundamenta la convicción de que nuestro sistema se decanta por un Derecho Penal sancionador de delitos, no de personalidades.<sup>26</sup>

Finalmente, el derecho a la integridad personal así como el derecho a que toda persona privada de su libertad sea tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, también se encuentran previstos en los artículos 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por tanto, estos derechos que asisten a los detenidos deben respetarse independientemente de las conductas que hayan motivado la privación de la libertad, así sea que puedan ser objeto de variadas y limitadas modulaciones en específicas circunstancias, de modo que su inobservancia es violatoria de derechos humanos.

<sup>26</sup> Jurisprudencia 1a./J. 21/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, t. I, Décima Época, marzo de 2014, p. 354.



## V. Conclusiones

Primera. La competencia penal por razones de seguridad sólo debe aplicarse tratándose de delitos de delincuencia organizada –en la forma prevista en la legislación y jurisprudencia– y no quedar al libre arbitrio de los juzgadores.

Segunda. Las resoluciones que resuelven un incidente no especificado de solicitud de traslado del centro penitenciario en el que se encuentra recluso el procesado por delitos de delincuencia organizada al del lugar donde se le instruye la causa, no se encuentran fundadas y motivadas o lo están incorrectamente, principalmente porque los argumentos empleados no se encuentran probados en autos y porque en éstas se otorga valor probatorio a los acuerdos de autoridades administrativas, que representan argumentaciones ajenas a las legalmente aplicables.

Tercera. Los efectos de la resolución incidental que niega el traslado de un procesado por delincuencia organizada, del centro penitenciario en el que se encuentra recluso al del lugar donde se le instruye la causa, son la violación de los derechos humanos de reinserción social, presunción de inocencia, acceso efectivo a la justicia, defensa adecuada e integridad personal y trato digno de los detenidos.

Cuarta. A pesar de existir dos sistemas penales en nuestro país –garantista y de excepción– no es óbice para vulnerar derechos fundamentales de los procesados por delincuencia organizada.

## VI. Referencias

### Bibliográficas

- Aguilar López, Miguel Ángel: *Presunción de inocencia*. Consejo de la Judicatura Federal, México, 2009.

- Burgoa Orihuela, Ignacio: *Las garantías individuales*. Porrúa, 40ª edición, México, 2008.
- Ferrajoli, Luigi: *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*. Trotta, 9ª edición, España, 2009.
- García Ramírez, Sergio: *La reforma penal constitucional (2007-2008)*. Porrúa, 4ª edición, México, 2010.
- Günther, Jakobs; Polaino Navarrete, Miguel y Polaino-Orts, Miguel: *El derecho penal del enemigo en el contexto del funcionalismo*. Flores, México, 2008.
- Ojeda Bohórquez, Ricardo: *El nuevo amparo penal*. Inacipe, México, 2014.
- Quintero, María Eloísa y Polaino-Orts, Miguel: *El pensamiento filosófico y jurídico-penal*. Flores, México, 2007.

### Normativas

- *Código Federal de Procedimientos Penales*.
- *Código Nacional de Procedimientos Penales*.
- *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.
- *Ley Federal contra la Delincuencia Organizada*.

### Electrónicas

- <https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/SemanarioIndex.aspx>

---

**¿Qué debe entenderse por peligro de sustracción del imputado a que se refiere el párrafo primero de la fracción I del artículo 168 del Código Nacional de Procedimientos Penales, para efecto de imponer la medida cautelar de prisión preventiva justificada?**

*Marcos René Sosa Hernández\**

RESUMEN: El artículo 168 del Código Nacional de Procedimientos Penales en su párrafo primero, fracción I, establece lo siguiente:

*...Artículo 168. Peligro de sustracción del imputado...*

*Para decidir si está garantizada o no la comparecencia del imputado en el proceso, el Juez de Control tomará en cuenta, especialmente, las siguientes circunstancias:*

*I. El arraigo que tenga en el lugar donde deba ser juzgado determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y las facilidades para abandonar el lugar o permanecer oculto. La falsedad sobre el domicilio del imputado constituye presunción de riesgo de fuga...*

Esta porción normativa nos indica uno de los motivos que debe considerar el Juez de Control para imponer la medida cautelar de prisión preventiva justificada.

Recordemos que cuando se lleva a una persona ante el Juez de Control y está detenida, la audiencia que se genera es la estipulada en artículo 307 del Código Nacional de Procedimientos Penales,

---

\* Defensor Público Federal.

conocida como audiencia inicial, con la que dicho sea de paso, comienza el proceso.

Esta audiencia empieza si la persona está detenida, con el control de la legalidad de la detención y en caso de que se declare legal esa detención, se formulará la imputación al detenido, después se le dará la oportunidad de declarar a efecto de que si es su deseo la conteste, se resolverá sobre la solicitud de vinculación a proceso, en su caso, se efectuará debate sobre las medidas cautelares a imponer y, finalmente, sobre el plazo para el cierre de la etapa de investigación complementaria.

Así, ya sea que el defendido y su defensor decidan que se resuelva sobre la solicitud de vinculación a proceso en esa misma audiencia inicial, caso en el que se abrirá debate sobre medidas cautelares después de que, en su caso, se le haya vinculado a proceso o dentro del plazo de setenta y dos horas o su ampliación de ciento cuarenta y cuatro a que se refiere el artículo 313, del ordenamiento adjetivo nacional, hipótesis en que el debate sobre medidas cautelares se realizará antes de que se decrete la suspensión de la audiencia inicial, el Juez de Control debe tomar en cuenta, entre otras cosas, para imponer una medida cautelar, *el arraigo que el imputado tenga en el lugar donde deba ser juzgado determinado por el domicilio*, que es la parte normativa que nos interesa tratar por ser la que más se ha presentado en la práctica.

Al respecto, se han adoptado dos criterios para decidir cuándo se considera que el imputado tiene *arraigo domiciliario* para efecto de imposición

o no de la prisión preventiva justificada; el primero se refiere a que el arraigo debe ser en el lugar donde deba ser juzgado, entonces, si no tiene su domicilio en la ciudad en la que se encuentra el centro de justicia, se considerará que no tiene arraigo domiciliario (aun cuando sí lo tenga en otro lugar de la República) y, en consecuencia, imponen en automático como medida cautelar la de prisión preventiva justificada, siempre y cuando la fiscalía la haya solicitado. El segundo criterio, establece que aun cuando el imputado no tenga su domicilio en el lugar en el que deba ser juzgado o en el que deberá llevarse el proceso, si acredita que tiene su domicilio en otro lugar de la República se considera que sí tiene arraigo domiciliario en razón de que tiene un domicilio fijo en el que puede ser localizado, aun cuando éste se encuentra en una ciudad o Estado diverso al que deba llevarse el proceso, este último criterio es el que estimo debe prevalecer por considerar que se encuentra apegado a diversos principios que deben observarse para la aplicación de las medidas cautelares, máxime si esas son privativas de la libertad, lo que trataré de justificar en el desarrollo del presente trabajo.

SUMARIO: I. Planteamiento del problema. II. Medidas cautelares para delitos que no merecen, como medida cautelar, prisión preventiva oficiosa. III. Caso práctico. IV. Análisis de la cuestión planteada a la luz de los principios pro persona, proporcionalidad y presunción de inocencia. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

## I. Planteamiento del problema

En el caso, la pregunta que pretendo responder es la siguiente, ¿qué se debe entender por *arraigo domiciliario determinado por el domicilio*, en el lugar donde el imputado deba ser juzgado o donde se lleve su proceso, para efecto de imponer la medida cautelar de prisión preventiva justificada?

La problemática que he advertido en diversas audiencias iniciales y que es la que trato de puntualizar, es cuando el delito por el que se vinculó a proceso al imputado es de los que *no son de prisión preventiva oficiosa*, esto es, no son los delitos a que se refieren los artículos 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales; no obstante ello, la fiscalía solicita al Juez de Control que imponga, como medida cautelar, la de prisión preventiva *justificada* (no oficiosa), basando su petición en lo que establece el párrafo primero, fracción I, del artículo 168 del Código Nacional de Procedimientos Penales, específicamente en la hipótesis referente a *no tener arraigo domiciliario en el lugar del juicio*, es decir, por no tener su domicilio en el lugar donde se llevará el proceso (aunque sí tenga arraigo domiciliario en otro lugar) motivo por el cual los Jueces de Control acceden a la solicitud; ese argumento aparentemente justifica la necesidad de cautela, pues evita que la persona se evada la acción de la justicia.

## II. Medidas cautelares para delitos que no merecen, como medida cautelar, prisión preventiva oficiosa

Cuando el delito por el que se vinculó a proceso al imputado no es de los que merecen prisión preventiva oficiosa, entonces, la fiscalía necesariamente debe solicitar cualquiera de las referidas en el catálogo que prevé el

artículo 155 del Código Adjetivo Nacional aplicable, a excepción de la establecida en la fracción XIV de dicho numeral.

La excepción a lo anterior acontece cuando el delito no merece prisión preventiva oficiosa, pero por las circunstancias particulares del caso la fiscalía solicita la medida cautelar de *prisión preventiva*, tendrá que *justificar* el motivo de su solicitud. Esta justificación debe ser útil para garantizar en el caso que nos ocupa *la presencia del imputado en el proceso*; además, se debe atender al principio de proporcionalidad y de mínima intervención y debe tratarse de un delito que prevea como sanción pena privativa de libertad, pues de otra manera no será posible que se imponga como medida cautelar la prisión preventiva *justificada*; en consecuencia, cuando se justifique debidamente la solicitud de prisión preventiva y esta solicitud concorra con las demás exigencias citadas, el Juez de Control podrá imponer al imputado esa medida cautelar.

El Código Nacional de Procedimientos Penales en el referido párrafo primero de la fracción I del artículo 168, da la pauta para estimar actualizado el peligro o riesgo de que el imputado pueda evadirse o sustraerse de la acción de la justicia al no estar garantizada su presencia en el proceso, al referir que si no tiene *arraigo en el lugar donde deba ser juzgado* determinado por el domicilio, entonces se actualiza tal riesgo.

Por lo anterior, se ha dado el caso que la fiscalía solicita que se imponga como medida cautelar la *prisión preventiva justificada*, por el simple hecho de que el imputado aun cuando sí tiene arraigo domiciliario en un lugar determinado, no lo tiene en el lugar donde se desarrollará el proceso o donde deba ser juzgado como lo dice el Código Nacional y, por esta sola situación, el Juez

de Control accede a la petición, aunque el delito no sea de los de prisión preventiva oficiosa, aspecto que considero extremo *alejado del principio de proporcionalidad y de mínima intervención*, así como contrario a los principios *pro homine y al de presunción de inocencia*.

### III. Caso práctico

Como ejemplo pondré el siguiente: en la Ciudad de Tijuana, se lleva a cabo el ejercicio de la acción penal con detenido en contra de “X”, por el delito de portación de arma de fuego del uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea del país, mismo que está previsto y sancionado en los artículos 11, inciso b) y 83, fracción II, ambos de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos. Para este tipo de arma la ley prevé una punibilidad que va de tres a siete años de prisión y multa de cincuenta a doscientos días, dicho delito no está contemplado en el catálogo de delitos que merecen prisión preventiva oficiosa. Se lleva a cabo la audiencia inicial en la que se ratifica la legalidad de la detención, se le formula imputación, se le da la oportunidad para declarar y se abstiene de hacerlo, la fiscalía solicita la vinculación a proceso, justificando dicha petición, al preguntarle al imputado si quiere que se resuelva en la misma audiencia o se quiere acoger al plazo de setenta y dos horas o su ampliación, decide que en esa misma audiencia, entonces, se le vincula a proceso. La fiscalía refiere entrar a debate sobre medidas cautelares, pidiendo la imposición de la prevista en la fracción XIV del artículo 155 del Código Nacional Adjetivo para la materia, consistente en prisión preventiva *justificándose* en la circunstancia de que el imputado no tiene arraigo domiciliario en el lugar del proceso (Tijuana), pues su domicilio está en la Ciudad de México, lo que está debidamente acreditado. Su petición

la funda en lo que refiere la fracción I del artículo 168 de ése ordenamiento jurídico; por esta situación y sin más consideraciones el Juez de Control impone al imputado la medida cautelar de prisión preventiva justificada, por no tener arraigo domiciliario en el lugar del proceso. El ejemplo que se dio es un criterio que muchos jueces del país han adoptado, mismo que estimo es incorrecto por ir en contra de los principios ya mencionados.

### IV. Análisis de la cuestión planteada a la luz de los principios *pro persona*, proporcionalidad y presunción de inocencia

#### A. Principio *pro persona*

Efectivamente la fracción I del artículo 168 a estudio, establece que una de las circunstancias que se deben observar para tener por garantizada la presencia del imputado a juicio es que tenga arraigo domiciliario *en el lugar donde deba ser juzgado, determinado por el domicilio*. Si interpretamos de manera literal y restrictiva esa porción normativa, entonces en el ejemplo que se dio tenemos que efectivamente es válida la resolución que impone la medida de prisión preventiva justificada, por el simple hecho de que el imputado no tiene su domicilio en la ciudad de Tijuana, sino en la Ciudad de México; sin embargo, tan peligrosa es esta interpretación que puede dar lugar a diversos resultados de acuerdo con lo que cada juez considere por *tener arraigo en el lugar del proceso determinado por el domicilio*, pues ¿qué se debe entender por tal situación? En el ejemplo dado, si tenemos que el Estado de Baja California se integra territorialmente por cinco municipios a saber, Tijuana, Mexicali, Ensenada, Tecate y Playas de Rosarito, entonces podríamos decir que como el lugar del proceso es en Tijuana, si el imputado tiene su domicilio en cualquiera de los otros municipios



¿ya no tiene arraigo domiciliario? o por vivir en el mismo Estado, sí lo tendría sin importar los kilómetros que hay entre el Centro de Justicia y su domicilio? o tal vez podríamos decir que si el imputado tiene su domicilio en el Estado de Baja California Sur o Sonora, que son colindantes con el Estado de Baja California ¿también debe considerarse que tiene arraigo domiciliario, pero fuera de esos Estados ya no lo tiene? estas interpretaciones, y otras más, podrían darse dependiendo de quién resuelva el planteamiento; por ende, para evitarlos considero que se debe atender a la interpretación más amplia y favorable para el gobernado de acuerdo con el principio *pro homine*, que prevé el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y que ha sido considerado de la siguiente manera en la siguiente jurisprudencia:

*INTERPRETACIÓN CONFORME. NATURALEZA Y ALCANCES A LA LUZ DEL PRINCIPIO PRO PERSONA. A juicio de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la supremacía normativa de la Constitución no se manifiesta sólo en su aptitud de servir como parámetro de validez de todas las demás normas jurídicas, sino también en la exigencia de que tales normas, a la hora de ser aplicadas, se interpreten de acuerdo con los preceptos constitucionales; de forma que, en caso de que existan varias posibilidades de interpretación de la norma en cuestión, se elija aquella que mejor se ajuste a lo dispuesto en la Constitución. En otras palabras, esa supremacía intrínseca no sólo opera en el momento de la creación de las normas, cuyo contenido ha de ser compatible con la Constitución en el momento de su aprobación, sino que se prolonga, ahora como parámetro interpretativo, a la fase de aplicación de esas normas. A su eficacia normativa directa se añade su eficacia como marco de*

*referencia o criterio dominante en la interpretación de las restantes normas. Este principio de interpretación conforme de todas las normas del ordenamiento con la Constitución, reiteradamente utilizado por esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, es una consecuencia elemental de la concepción del ordenamiento como una estructura coherente, como una unidad o contexto. Es importante advertir que esta regla interpretativa opera con carácter previo al juicio de invalidez. Es decir, que antes de considerar a una norma jurídica como constitucionalmente inválida, es necesario agotar todas las posibilidades de encontrar en ella un significado que la haga compatible con la Constitución y que le permita, por tanto, subsistir dentro del ordenamiento; de manera que sólo en el caso de que exista una clara incompatibilidad o una contradicción insalvable entre la norma ordinaria y la Constitución, procedería declararla inconstitucional. En esta lógica, el intérprete debe evitar en la medida de lo posible ese desenlace e interpretar las normas de tal modo que la contradicción no se produzca y la norma pueda salvarse. Así el juez ha de procurar, siempre que sea posible, huir del vacío que se produce cuando se niega validez a una norma y, en el caso concreto, de ser posibles varias interpretaciones, debe preferirse aquella que salve la aparente contradicción. Ahora bien, la interpretación de las normas conforme a la Constitución se ha fundamentado tradicionalmente en el principio de conservación de ley que se asienta a su vez en el principio de seguridad jurídica y en la legitimidad democrática del legislador. En el caso de la ley, fruto de la voluntad de los representantes democráticamente elegidos, el principio general de conservación de las normas se ve reforzado por una*

*más intensa presunción de validez. Los tribunales, en el marco de sus competencias, sólo pueden declarar la inconstitucionalidad de una ley cuando no resulte posible una interpretación conforme con la Constitución. En cualquier caso, las normas son válidas mientras un tribunal no diga lo contrario. Asimismo, hoy en día, el principio de interpretación conforme de todas las normas del ordenamiento a la Constitución, se ve reforzado por el principio por persona, contenido en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual obliga a maximizar la interpretación conforme en aquellos escenarios en los cuales, dicha interpretación permita la efectividad de los derechos fundamentales de las personas frente al vacío legislativo que puede provocar una declaración de inconstitucionalidad de la norma.*

*Tesis de jurisprudencia 37/2017 (10a.) Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de diecisiete de mayo dos mil diecisiete.<sup>1</sup>*

Por ende en el caso concreto y de acuerdo con el principio *por persona*, para resolver lo relativo a la imposición de la medida de prisión preventiva justificada, debe atenderse a una interpretación amplia y sistemática, lo que implica que la interpretación de la fracción I del artículo 168 del Código Nacional de Procedimientos Penales, *no debe ser literal ni asilada*, sino a la luz del citado principio; bajo esta óptica, entonces tendremos que en el ejemplo y todos aquellos casos reales que así surjan, si la persona imputada tiene arraigo domiciliario acreditado aunque no sea en

la ciudad o Estado en el que se deba llevar el proceso, no debería ser posible acceder a la petición de la fiscalía de imponerle una prisión preventiva, por no haber una verdadera *justificación* para ello.

### **B. Principio de proporcionalidad**

Aunado a lo anterior, cuando se impone una medida cautelar, como en el caso, la de prisión preventiva *justificada* (no oficiosa), debe observarse el principio de proporcionalidad que prevé el artículo 156 del Código Nacional de Procedimientos Penales, mismo que si bien sólo hace alusión a éste y no indica en qué consiste, es innegable que es la doctrina la que nos dice que este principio o *test* se aplica cuando está en juego la afectación de algún derecho fundamental (entre otras situaciones), en el caso específico el derecho a la libertad de las personas previsto en el artículo 14 de la Constitución de nuestro país, entonces, cuando se coarte el derecho a la libertad personal a través de una medida cautelar como la de prisión preventiva *justificada*, deben satisfacerse los siguientes requisitos de acuerdo con el citado test de proporcionalidad: 1.- La medida cautelar debe ser *idónea*, esto es, la adecuada para lograr el objetivo perseguido. En el ejemplo el objetivo perseguido es garantizar la presencia del imputado al proceso y evitar que se evada de la acción de la justicia; 2.- La medida debe ser *necesaria*, esto es, que dentro de todas las alternativas posibles sea la menos gravosa y restrictiva por no haber otra medida que de igual manera logre el objetivo perseguido, es aquí donde el *principio de mínima intervención* que prevé el mismo artículo 156, del Código Adjetivo Nacional, se potencializa en razón de que precisamente se debe tomar en cuenta que la prisión preventiva es la última *ratio* por ser la más invasiva para la persona; 3.- Debe ser *proporcional* (en

<sup>1</sup> Época: Décima Época, registro: 2014332, instancia: Primera Sala, tipo de tesis: jurisprudencia, fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 42, mayo de 2017, tomo I, materia(s): Constitucional, tesis: 1a./J. 37/2017 (10a.), página: 239.

sentido estricto), por lo que debe quedar acreditado que la medida es cualitativamente de mayor beneficio al perjuicio que se ocasiona al derecho fundamental afectado, en el caso, al derecho a la libertad personal. Respecto al principio o test de proporcionalidad el siguiente criterio nos ilustra un poco:

*TEST DE PROPORCIONALIDAD. METODOLOGÍA PARA ANALIZAR MEDIDAS LEGISLATIVAS QUE INTERVENGAN CON UN DERECHO FUNDAMENTAL. El examen de la constitucionalidad de una medida legislativa debe realizarse a través de un análisis en dos etapas. En una primera etapa, debe determinarse si la norma impugnada incide en el alcance o contenido inicial del derecho en cuestión. Dicho en otros términos, debe establecerse si la medida legislativa impugnada efectivamente limita al derecho fundamental. De esta manera, en esta primera fase corresponde precisar cuáles son las conductas cubiertas prima facie o inicialmente por el derecho. Una vez hecho lo anterior, debe decidirse si la norma impugnada tiene algún efecto sobre dicha conducta; esto es, si incide en el ámbito de protección prima facie del derecho aludido. Si la conclusión es negativa, el examen debe terminar en esta etapa con la declaración de que la medida legislativa impugnada es constitucional. En cambio, si la conclusión es positiva, debe pasarse a otro nivel de análisis. En esta segunda fase, debe examinarse si en el caso concreto existe una justificación constitucional para que la medida legislativa reduzca o limite la extensión de la protección que otorga inicialmente el derecho. Al respecto, es necesario tener presente que los derechos y sus respectivos límites operan como principios, de tal manera que las relaciones entre el derecho y sus límites encierran una colisión que*

*debe resolverse con ayuda de un método específico denominado test de proporcionalidad. En este orden de ideas, para que las intervenciones que se realizan a algún derecho fundamental sean constitucionales debe corroborarse lo siguiente: (i) que la intervención legislativa persiga un fin constitucionalmente válido; (ii) que la medida resulte idónea para satisfacer en alguna medida su propósito constitucional; (iii) que no existan medidas alternativas igualmente idóneas para lograr dicho fin, pero menos lesivas para el derecho fundamental; y, (iv) que el grado de realización del fin perseguido sea mayor al grado de afectación provocado al derecho fundamental por la medida impugnada. En este contexto, si la medida legislativa no supera el test de proporcionalidad, el derecho fundamental preservará su contenido inicial o prima facie. En cambio, si la ley que limita al derecho se encuentra justificada a la luz del test de proporcionalidad, el contenido definitivo o resultante del derecho será más reducido que el contenido inicial del mismo.*

*Amparo en revisión 237/2014. Josefina Ricaño Bandala y otros. 4 de noviembre de 2015. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien formuló voto concurrente. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretarios: Arturo Bárcena Zubieta y Ana María Ibarra Olguín.<sup>2</sup>*

<sup>2</sup> Época: Décima Época, registro: 2013156, instancia: Primera Sala, tipo de tesis: aislada, fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 36, noviembre de 2016, tomo II, materia(s): Constitucional, tesis: 1a. CCLXIII/2016 (10a.), página: 915.

Respecto al principio de proporcionalidad el docente Rubén Sánchez Gil precisa lo siguiente:

*El principio de proporcionalidad resulta más ventajoso que simplemente recurrir a la “razonabilidad” ya que da pautas objetivas y precisas para calificar la justificación de la intervención legislativa en algún derecho fundamental, mediante el examen de los aspectos relativos a los tres subprincipios que lo componen según la doctrina y la práctica constitucionales más divulgadas: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, cuyo empleo han adoptado países como España y México.*<sup>3</sup>

Además, respecto a la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva justificada, el autor argentino José I. Cafferata Nores<sup>4</sup> refiere que si los riesgos que se pretenden evitar, entre ellos el que el imputado se evada de la acción de la justicia, pueden neutralizarse a través de una medida diversa a esa deben aplicarse medidas diversas que impliquen una privación de la libertad, como por ejemplo una garantía económica, ya que la privación de la libertad debe ser la última *ratio*, la excepción y no regla, por lo que debe autorizarse sólo cuando sea imprescindible y no sustituible por alguna otra igualmente eficaz pero menos gravosa.

Evidentemente nosotros estamos de acuerdo con los autores señalados, mismos que son coincidentes en precisar que la medida cautelar de prisión preventiva debe imponerse como última opción, atendiendo siempre a aquéllas que resulten menos gravosas para el imputado, ya que de lo contrario, se desnaturalizaría

su razón de ser al imponerse de manera injustificada e indiscriminada para casos en los que, razonablemente, pueden resultar igual de efectivas otras medidas cautelares que no requieran privar de la libertad a la persona.

Aterrizando este principio a casos que se dan como el del ejemplo citado en este trabajo, estimo que la imposición de la medida de prisión preventiva *justificada* impuesta por el simple hecho de no tener arraigo en el lugar del proceso, no resiste un análisis bajo el *test* de proporcionalidad por lo siguiente: 1. si bien esa medida cautelar pudiera ser *idónea* para los fines que se pretenden, que en el caso, es lograr la comparecencia del imputado al proceso y que no evada la acción de la justicia, también lo es que en el catálogo de medidas cautelares que prevé el artículo 155 del Código Nacional Procedimental, hay otras medidas cautelares igualmente idóneas para cumplir ese objetivo, por lo que atendiendo al principio de *mínima intervención*, se deberá acudir a cualquiera de esas medidas, pues también son idóneas y menos lesivas; 2.- la medida cautelar de que hablamos *no es necesaria* en razón de que existen otras medidas menos gravosas y restrictivas, a través de las cuales se puede lograr el fin perseguido, lo que implica que se debe atender a ellas; y, 3.- esa medida cautelar *no es proporcional* en relación con el riesgo que se quiere impedir, ya que no se justifica tener privada de la libertad a una persona por el simple hecho de *presumir* que por no tener su domicilio en el lugar del proceso se vaya a evadir de la acción de la justicia, por lo que el beneficio que tendría imponer tal medida es menor al riesgo que le causaría al imputado la privación de la libertad, dicho en otras palabras, el perjuicio que

<sup>3</sup> Sánchez Gil, R.: *El principio...* cit, p. 37.

<sup>4</sup> Cafferata Nores, J.I.: *Proceso penal...* cit, p. 188.



se causa al derecho humano de la libertad es mayor al perjuicio que, en su caso, se pretende evitar, que es lograr la comparecencia del imputado al proceso o lugar del juicio.

Por tales razones, estimo que la aplicación de la medida cautelar de prisión preventiva *justificada*, también va en contra de este principio.

### **C. Presunción de inocencia**

Este principio está regulado en el artículo 20, apartado B, fracción I, de la Constitución Política de este país. La Suprema Corte de Justicia de la Nación también lo ha interpretado de la siguiente forma:

*PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA DE TRATO PROCESAL.*

*La presunción de inocencia es un derecho que puede calificarse de “poliédrico”, en el sentido de que tiene múltiples manifestaciones o vertientes relacionadas con garantías encaminadas a regular distintos aspectos del proceso penal. Una de sus vertientes se manifiesta como “regla de trato procesal” o “regla de tratamiento” del imputado, en la medida en que este derecho establece la forma en la que debe tratarse a una persona que está sometida a proceso penal. En este sentido, la presunción de inocencia comporta el derecho de toda persona a ser tratado como inocente en tanto no se declare su culpabilidad por virtud de una sentencia condenatoria. Dicha manifestación de la presunción de inocencia ordena a los jueces impedir en la mayor medida posible la aplicación de medidas que impliquen una equiparación de hecho entre imputado y culpable, es decir, conlleva la prohibición de cualquier tipo de resolución judicial que suponga la anticipación de la pena.*

*Tesis de jurisprudencia 24/2014 (10a.) Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha diecinueve de marzo de dos mil catorce.*<sup>5</sup>

Lo que significa que los jueces deben abstenerse de aplicar medidas que impliquen dar un trato similar de culpables a las personas que están siendo procesadas; bajo estos términos, es innegable que la figura de prisión preventiva es equiparable a la de una sentencia condenatoria, ya que en ambos supuestos la persona se encuentra privada de la libertad, con motivo de una resolución judicial que tiene relación directa con la comisión de un delito; por ende, es que la prisión preventiva debe tenerse como última opción para lograr los objetivos pretendidos.

No obstante lo anterior, tenemos que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, en relación con la presunción de inocencia y con la prisión preventiva, ya se ha pronunciado en el siguiente sentido:

Época: Décima Época, registro: 2001432, instancia: Primera Sala, tipo de tesis: aislada, fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XI, agosto de 2012, tomo 1, materia(s): Constitucional, tesis: 1a. CXXXV/2012 (10a.), página: 493.

*PRISIÓN PREVENTIVA. NO TRANSGREDE EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.*

*Conforme al artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, no pueden suprimirse el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la propia convención*

<sup>5</sup> Época: Décima Época, registro: 2006092, instancia: Primera Sala, tipo de tesis: jurisprudencia, fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 5, abril de 2014, tomo I, materia(s): Constitucional, tesis: 1a./J. 24/2014 (10a.), página: 497.



*o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella. Ahora bien, la privación de la libertad de una persona en forma preventiva con arreglo a la ley y al procedimiento fijado para ello no constituye una transgresión al principio de presunción de inocencia, toda vez que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su texto anterior a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, permite que se restrinja la libertad de una persona como medida cautelar, mediante un auto de formal prisión dictado por un delito que merezca pena de prisión; lo que es acorde con el artículo 7.2 de la referida Convención que dispone que nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas, máxime que el detenido preventivamente no purga una pena anticipada.*

*Amparo en revisión 27/2012. 28 de marzo de 2012. Mayoría de cuatro votos. Disidente: José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretario: Horacio Nicolás Ruiz Palma.*

Lo que implica que si la figura de la prisión preventiva está debidamente regulada en las leyes de nuestro país y ésta es impuesta de acuerdo con aquéllas, entonces, no habrá violación al principio de presunción de inocencia como regla de trato procesal.

Hasta aquí estamos de acuerdo, pues no obstante que la prisión preventiva realmente no debería existir como forma de evitar un *posible* riesgo, esa está regulada en nuestra Constitución Política (artículos 18, párrafo primero y 19, párrafo segundo) y en el Código Nacional de Procedimientos Penales (artículos 155, fracción XIV

y 167); sin embargo, aun así puede suceder el caso que se violente el principio de presunción de inocencia, esto sucede en el caso que nos ocupa, cuando por el simple hecho de que el imputado no tiene arraigo en el lugar en el que se llevará el proceso, pero sí en otro diverso, se le impone esta medida cautelar aparentemente *justificada*; lo anterior se afirma porque si bien tal medida está debidamente regulada en la ley, también lo es que atendiendo a los principios de mínima intervención y *pro persona*, la fracción I del citado artículo 168 del Código Nacional Adjetivo Penal, debe interpretarse en sentido lato y sistemático y no de manera literal y restrictiva, ello a efecto de evitar un daño que podría ser mayor al peligro que se trata de evitar con la imposición de aquélla; por ese motivo, si existen otras medidas cautelares que podrían ser impuestas al imputado a efecto de garantizar su presencia en el proceso y evitar el peligro o riesgo de que se sustraiga de la acción de la justicia, como podría ser la exhibición de una garantía económica, o la presentación periódica al Centro de Justicia o al lugar que determine el Juez de Control, o combinar estas u otras que se tienen al alcance para lograr el mismo objetivo, entonces deben aplicarse esas de manera preferente, pensar lo contrario, estimo, violentaría el principio de presunción de inocencia, ya que no se le estaría dando la oportunidad al imputado de demostrar que está dispuesto a cooperar con la justicia y a cumplir las condiciones que se le impongan, sino que simplemente por el hecho de no tener arraigo domiciliario en el lugar del proceso, se estaría *presumiendo* que se va a evadir de la acción de la justicia; al respecto, podemos encontrar un ejemplo similar en el siguiente criterio:

**PRISIÓN PREVENTIVA JUSTIFICADA. LA IMPOSICIÓN DE ESTA MEDIDA CAUTELAR BAJO EL ARGUMENTO DE QUE POR LA PENA DE PRISIÓN QUE MERECE EL**

*HECHO DELICTUOSO QUE SE IMPUTA AL ACUSADO, ÉSTE PODRÍA SUSTRARSE DE LA ACCIÓN DE LA JUSTICIA Y NO COMPARECER A JUICIO, VIOLA EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, EN SU VERTIENTE DE REGLA DE TRATO PROCESAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO).*

*El artículo 19, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos regula el carácter excepcional de la medida cautelar de prisión preventiva, ya que establece la posibilidad de que el Ministerio Público la solicite al Juez cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. Por su parte, el artículo 20, apartado B, fracción I, de la Constitución Federal reconoce el derecho fundamental de presunción de inocencia cuya vertiente de “regla de trato procesal”, ha sido interpretada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia 1a./J. 24/2014 (10a.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación del viernes 4 de abril de 2014 a las 10:40 horas y en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 5, Tomo I, abril de 2014, página 497, de rubro: “PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA DE TRATO PROCESAL.”, en el sentido de que toda persona sometida a un proceso penal debe ser tratada como inocente en tanto no se declare su culpabilidad por virtud de una sentencia condenatoria, lo que constriñe a los Jueces a impedir, en la mayor medida, la aplicación*

*de disposiciones que impliquen una equiparación de hecho entre imputado y culpable, es decir, conlleva la prohibición de cualquier tipo de resolución judicial que suponga la anticipación de la pena. Sobre esta base, la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva justificada, prevista en el artículo 194, apartado B, del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, bajo el argumento de que por la pena de prisión que merece el hecho delictuoso que se imputa al acusado, éste podría sustraerse de la acción de la justicia y no comparecer a juicio, por no tener derecho a la justicia restaurativa ni a que se le conceda beneficio o sustitutivo penal alguno, viola el mencionado principio de presunción de inocencia, pues dicho pronunciamiento presupone de suyo la anticipación de la pena, lo cual constitucionalmente está proscrito en el actuar de los juzgadores, en atención a la vertiente regla de trato procesal.*

*PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO CON RESIDENCIA EN CIUDAD NEZAHUALCÓYOTL, ESTADO DE MÉXICO.*

*Amparo en revisión 491/2015. 18 de febrero de 2016. Unanimidad de votos, con voto concurrente del Magistrado Miguel Enrique Sánchez Frías. Ponente: Fernando Alberto Casasola Mendoza. Secretario: Fernando Emmanuelle Ortiz Sánchez.<sup>6</sup>*

*En relación con la prisión preventiva, el Magistrado Miguel Ángel Aguilar López ha precisado lo siguiente:*

*En México la prisión preventiva pone en duda el respeto al principio de presunción de inocencia; medida*

<sup>6</sup> Época: Décima Época, registro: 2011746, instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, tipo de tesis: aislada, fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 30, mayo de 2016, tomo IV, materia(s): Constitucional, tesis: II.1o.33 P (10a.), página: 2834.

*cautelar de carácter eminentemente procesal que tiene por objeto asegurar que el probable responsable de la comisión de un delito no se sustraiga a la acción de la justicia, para asegurar la fluidez del procedimiento penal; la cual no puede ser desproporcionada o irracional que refleje exceso de poder o restrinja la posibilidad de obtener la libertad bajo caución. Se sostiene que es incompatible con la presunción de inocencia, porque la culpabilidad del sujeto solamente es probable, por ende, la prisión preventiva se convierte en una pena anticipada. En consecuencia, se deben reducir las medidas que restrinjan los derechos del acusado durante la secuela del proceso; de ahí que las medidas precautorias deben respetar el principio de proporcionalidad de la prisión preventiva, es decir, debe ser subsidiaria, sustentarse en indicios de la culpabilidad del imputado y con duración inferior a la pena impuesta. No obstante, México actualmente proyecta un exceso en su utilización, pues reafirma su connotación penalizadora al condicionar la obtención de la libertad provisional bajo caución a delitos no considerados legalmente como graves, a pesar de que ese carácter tiene la mayoría de los ilícitos penales.<sup>7</sup>*

Por lo tanto, aun cuando aparentemente la medida cautelar de prisión preventiva no violenta el principio de presunción de inocencia por estar regulada en las leyes de nuestro país, puede imponerse sólo cuando está justificada, por lo que es preciso atender al caso concreto y no sólo a la previsión legal de ella, ya que puede haber ocasiones, como en el ejemplo que se ha tratado en este trabajo, que tal medida sí resulte violatoria de este principio.

<sup>7</sup> Aguilar López, M.A.: *Presunción de...* cit, p. 256.

## V. Conclusiones

El párrafo primero, fracción I, del artículo 168 del Código Nacional de Procedimientos Penales, en la hipótesis referente al *arraigo que tenga el imputado en el lugar en el que deba ser juzgado determinado por el domicilio*, para decidir si está o no garantizada su comparecencia al proceso, debe ser interpretada por los jueces atendiendo al principio *pro hómine*, es decir, de manera amplia y no literal, ya que de otra manera, si el imputado tiene arraigo domiciliario en cualquier otro lugar, pero no en el del proceso y ésta es la única causa por la que se impone, como medida cautelar, la prisión preventiva *justificada*, además de ir en contra del citado principio, se violentarían los diversos principios de proporcionalidad, mínima intervención y presunción de inocencia; por ende, si la persona tiene arraigo domiciliario en cualquier lugar de la República, independientemente de que no sea en el lugar exacto donde se desarrollará el proceso, se deberá presumir que sí está garantizada su comparecencia al juicio y que no existe el riesgo procesal de evasión de la justicia, salvo prueba en contrario. Consecuentemente, no se le debe imponer la medida cautelar de prisión preventiva justificada.

## VI. Bibliografía

- Aguilar López, Miguel Ángel: *Presunción de inocencia. Principio fundamental en el sistema acusatorio*. Consejo de la Judicatura Federal, primera edición, México, 2009.
- Cafferata Nores, José I.: *Proceso penal y derechos humanos*. Editores del Puerto S.R.L., Argentina, 2000.

- Sánchez Gil, Rubén: *El principio de proporcionalidad*. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2007.

**Legislación**

- *Código Nacional de Procedimientos Penales*.
- *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* vigente.
- *Semanario Judicial de la Federación*.

PRESENCIA DE LA  
COMUNIDAD JURÍDICA

---

## **La inimputabilidad como excluyente del delito y su tratamiento sustantivo y procedimental**

*Guillermo Benjamín Díaz Martínez\**

*Mayra Angélica Martínez Juárez\*\**

RESUMEN: El sistema penal en el ámbito procesal con vigencia total en el país a partir del 18 de junio de 2016, encuentra incompatibilidades con los códigos penales de cada entidad federativa, las cuales se van descubriendo en su implementación. En el presente escrito se plantea una diferencia de criterios entre el código de referencia y el código penal veracruzano, este último señala, como excluyente del delito, a la inimputabilidad y dispone hacerla valer de oficio en cualquier etapa del procedimiento; por el contrario, el Código Nacional ordena un procedimiento especial, por ello, resulta tema de análisis.

SUMARIO: Introducción. I. El Derecho punitivo. II. Elementos del tipo penal. III. Culpabilidad e inimputabilidad como excluyente del delito. IV. Resultados. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

### **Introducción**

La transformación del proceso penal mexicano fue –y aún subsiste en los procesos pendientes–, de naturaleza mixta con mayor inclinación hacia su etapa

---

\* Secretario de Estudio y Cuenta del Poder Judicial del Estado de Veracruz.

\*\* Secretaria de Estudio y Cuenta del Poder Judicial del Estado de Veracruz.



inquisitiva, por tal motivo, es uno de los mayores retos que ha enfrentado el Estado de derecho en México, pues significó una profunda modificación de instituciones y leyes para adaptarlas a la nueva dinámica que ha sido difícil de poner en marcha y sobre la cual se sigue trabajando.

La reforma al sistema de seguridad pública y de justicia penal implementada a partir de 2008, ha traído consigo novedades interesantes, como la facultad del Poder Judicial para ejecutar y supervisar el cumplimiento de la pena y las medidas de seguridad social, entre otras, que antes estaban en manos del Poder Ejecutivo; o, la eliminación de la calidad de autoridad del ministerio público, en el proceso penal.

Lo anterior, se implementó con el propósito de salvaguardar los derechos humanos y los principios rectores del proceso acusatorio adversarial que rige a partir del Código Nacional de Procedimientos Penales –en adelante Código Nacional–, único para todo el país.

El Código Nacional, vigente en la parte procesal en toda la República Mexicana, se encuentra en una fase de adecuación, pues en la práctica, surgen distintas interpretaciones de sus disposiciones que generan confusión y criterios encontrados, tanto en los tribunales locales como los federales. El proceso se ha unificado, empero, la legislación sustantiva de cada Entidad federativa sigue siendo potestad de cada una y ello genera confrontaciones entre una norma y otra, ante su compatibilidad con su propio código de procedimientos y no así con el nacional.

## I. Derecho punitivo

El Derecho, para abordar su análisis, está comprendido por grandes clasificaciones, que permiten al estudioso,

al operador jurídico, al académico, entre otros, especializar su búsqueda, depurar y enfocar en una dirección la investigación propuesta.

En el Derecho Penal no hay excepción a la regla anterior, pues también tiene definida su estratificación en una parte general y otra especial; en la primera, los tratadistas refieren que incluye una teoría de la ley penal, una teoría del delito y por último, una teoría de la pena y de las medidas de seguridad. En el rubro especial se encuentran los delitos en particular, las penas y medidas de seguridad aplicadas a los delitos.

En ese sentido, la teoría de la pena va intrínsecamente ligada a la preexistencia de una ley, en la cual se contemplen tipos penales, base de la que parte la teoría para hacer un análisis dogmático de los elementos de un ilícito.

La configuración del hecho que la ley señala como delito es la parte total de este escrito, pues sin la contemplación de los elementos del tipo penal no hay teoría del caso a edificar, dado que es a partir de ésta que se estructura e inicia un procedimiento penal.

A efecto de analizar la problemática que se observa en la teoría del delito, primero es necesario señalar que delito es la *acción u omisión que sancionan las leyes penales* en términos del Código Penal veracruzano vigente, conceptualizado así en general por los ordenamientos sustantivos de las demás entidades de la República Mexicana.

Para Díaz-Aranda:

*El derecho penal subjetivo es sinónimo del “derecho a penar” que tiene el Estado, el cual es más conocido por su denominación latina: ius puniendi, y se puede definir como la facultad del Estado para prohibir las conductas consideradas*

*como delitos e imponer las sanciones penales a quienes las realizan.*<sup>1</sup>

Esta facultad se encuentra expresamente establecida en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su arábigo 73, fracción XXI, artículo 21 párrafo II y diverso 18, los cuales sustentan la emisión, aplicación y ejecución de las normas penales.

## II. Elementos del tipo penal

La norma establece lo que se considera una conducta ilícita y que se entiende desapegada al orden social, que una vez materializada vulnera derechos o bienes jurídicos tutelados, cuya principal defensa estriba la pena impuesta al ejecutor de un delito, es decir, el castigo como ejemplo social.

La teoría del delito comprende presupuestos como la ley, el sujeto activo y la víctima, los cuales son necesarios para su existencia, también llamados generales y, además, los especiales, que dependen de cada delito.

Entre los elementos del delito o el ahora llamado hecho que la ley señala como delito, se encuentran los denominados positivos, los cuales deben actualizarse para determinar su existencia, a *contrario sensu*, el aspecto negativo de ellos refiere que hay una causa que impide la configuración plena del delito y por lo tanto, deriva en la ausencia del mismo.

De acuerdo con Castellanos, un tratadista clásico del Derecho Penal, los elementos esenciales del delito son: conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, mas esta última requiere de la imputabilidad como presupuesto necesario. Aunque hay diversas clasificaciones de ellos, desde siete hasta quien los limita a tres.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Díaz-Aranda, E.: *Lecciones...* cit., p. 3.

<sup>2</sup> Castellanos Tena, F.: *Lineamientos...* cit., p.130.

En el sistema funcionalista, Díaz-Aranda refiere como estructura de análisis del delito, la conducta-típica, antijurídica y culpable, vuelve a encuadrar en la citada en el orden final, la imputabilidad que se circunscribe a la mayoría de edad y la ausencia de trastornos mentales.<sup>3</sup>

En el contexto advertido, encontramos a la culpabilidad como uno de los componentes del ilícito; Contreras, considera que la teoría del delito *es la parte de la ciencia del derecho penal que se ocupa de explicar qué es el delito y cuáles son sus elementos, facilitando así la averiguación sobre la existencia de un delito en cada caso concreto*,<sup>4</sup> luego entonces, a través de ella, se describen brevemente los mismos.

El primer elemento es la conducta, entendida por Castellanos *como el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito*.<sup>5</sup>

En ese sentido, únicamente puede cometerse un acto u omisión por una persona, empero, no interesa cualquier conducta, sino aquélla que se encuentra tipificada como delito en una norma penal, pues, sólo la realización de esos tipos pueden juzgarse y sancionarse, en su caso.

*Si se da por sentado que la teoría del delito nos enseña los diferentes niveles del análisis que deben resolver de forma integrada el estudio de la conducta humana para calificarla como “delito”, está claro que esa caracterización obliga a una ordenada segregación de “hechos” que una vez convertidos en “tipos” (descritos e individualizados por la ley) deberán ser sancionados como prescribe la norma en el entendido de que se trata de conductas prohibidas (punibles).*<sup>6</sup>

<sup>3</sup> Díaz-Aranda, E.: *Teoría...* cit., p. 7.

<sup>4</sup> Contreras López, R.: *Derecho...* cit., p. 141.

<sup>5</sup> Castellanos Tena, F.: *op. cit.*, nota 2, p. 149.

<sup>6</sup> *Teoría...* cit., p. 16.

La tipicidad es la coincidencia exacta de la conducta con el tipo penal mencionado en la ley. En este elemento se incluyen los aspectos objetivos que describen los aspectos materiales de la acción u omisión de relevancia penal, y los elementos subjetivos entre los que se encuentra el dolo y la culpa, nuestro Código Penal veracruzano señala que las acciones u omisiones sólo son dolosas o culposas.

El aspecto negativo de la tipicidad se denomina atipicidad, se basa en que los elementos que componen el tipo no puedan satisfacerse totalmente por la conducta realizada, es decir, puede tener alguno de los presupuestos del mismo, pero si falta uno o varios, la conducta no es típica.

En cuanto al siguiente elemento, relativo a la antijuridicidad, Bustos señala que:

*La antijuridicidad de una situación social concreta resulta de una segunda valoración de dicha situación. Esta vez la valoración se hace desde todo ordenamiento jurídico. La antijuridicidad implica afectación del bien jurídico (antijuridicidad material) y contrariedad de la conducta típica con todo el ordenamiento jurídico (antijuridicidad formal).<sup>7</sup>*

Luego entonces, la base fundamental de éste es la contradicción que se realiza al mandato legal, que a pesar de prohibir la acción u omisión por considerarlas no apegadas a lo correcto socialmente, ésta se comete por el sujeto activo.

Para este componente hay causas de justificación, las cuales configuran el aspecto negativo de la antijuridicidad, a través de los cuales hay condiciones que tienen el poder de excluir el elemento antijurídico de una conducta típica.

<sup>7</sup> Bustos Ramírez, J. y Hormazábal Malarée, H.: *Lecciones...* cit., p. 145.

Contreras establece como causas de justificación *el cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho, la legítima defensa y el estado de necesidad*.<sup>8</sup> En el actual Código Penal del Estado de Veracruz, su arábigo 25 contiene las siguientes causas:

*Artículo 25.- Son causas de justificación: I. Actuar en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio legítimo de un derecho; II. Actuar contra lo dispuesto en una norma de naturaleza penal incumpliendo su mandato por tener un impedimento legítimo; III. Repeler una agresión actual o inminente y contraria a derecho, en protección de bienes propios o ajenos, siempre que exista necesidad razonable de la defensa y no medie provocación suficiente por parte del que rechaza la agresión o de la persona a quien defiende. Se presumirá la legítima defensa cuando se cause un daño a quien, por cualquier medio, trate de penetrar o penetre sin derecho al lugar en que, temporal o permanentemente, habite el que se defiende, su familia o cualquier persona a la que tenga obligación de defender, o donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que tenga igual obligación de defensa, siempre que la presencia del extraño revele evidentemente una agresión; IV. La necesidad de salvar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro grave, actual o inminente que no se tuviere el deber jurídico de afrontarlo, no provocado por el agente dolosa o culposamente, lesionando otro bien jurídico de igual o menor valor...; VI. Que se produzca un resultado que no se previó, por ser imprevisible.*

En caso de darse alguno de los supuestos previamente señalados, la conducta típica existirá, pero no actualizará

<sup>8</sup> Contreras López, R.: *op. cit.*, nota 4, p. 183.

el tercer elemento que es el antijurídico, por lo tanto, evita la configuración del delito.

### III. Culpabilidad e inimputabilidad como excluyente del delito

En cuanto a la conciencia sobre la antijuridicidad de la conducta, es indispensable que se actualice mediante el hecho de conocer y saber las consecuencias del hecho y además perseguir el mismo.

La culpabilidad, como último componente es *el reproche que se hace al autor del injusto porque pudiendo actuar conforme a la norma, no lo hizo*.<sup>9</sup>

Los aspectos de la culpabilidad se derivan en la no exigencia de otra conducta al agente, su actuación por miedo o temor fundado a un mal o peligro inminente, realizar la acción bajo un error invencible, y la imputabilidad del sujeto, que se refiere a las reglas de imputación, como la edad o desarrollo psíquico, permanente o provocado.

En una primera aproximación, por breve y necesariamente simplista, podríamos decir que, en palabras de Beling, una acción (u omisión) típicamente antijurídica sólo es penalmente relevante, si además de poder censurar el hecho por su propia nocividad podemos también reprochar a su autor el haberlo cometido. Tradicionalmente, el elemento de la culpabilidad, arrancado de concepciones escolásticas, se identificaba con el aspecto estrictamente subjetivo partiendo, desde luego, de concepciones partidarias de la plena existencia del llamado libre albedrío, de esta manera, una conducta resultaría culpable cuando se realizó de manera *maliciosa*, derechamente encaminada a contravenir las prescripciones del ordenamiento jurídico penal

(culpabilidad dolosa) o cuando hubiera tenido lugar por imprudencia, falta de atención o negligencia de su autor (culpabilidad imprudente o culposa).<sup>10</sup>

Sin embargo, el análisis del dolo o la culpa, ha quedado ubicado por los doctrinarios en la conducta típica y no en la culpabilidad; en ese tenor, de acuerdo con nuestro código sustantivo veracruzano, las causas de inculpabilidad se clasifican de la siguiente manera:

*Artículo 26.- Son causas de inculpabilidad: I. Que razonablemente no pueda exigirse al agente una conducta diversa de la que llevó a cabo; II. Que el agente actúe por miedo o temor fundado e irresistible de un mal inminente o grave en su persona o de alguien ligado a él por vínculos de parentesco, por lazos de amor o de estrecha amistad; III. Que el agente realice la acción o la omisión bajo un error invencible sobre: a) Alguno de los elementos objetivos que integran el tipo penal; o b) La ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma o porque crea que está justificada su conducta. Si el error es vencible, será responsable a título de culpa si el tipo legal admite ésta; o IV. La inimputabilidad.*

En estas hipótesis se contempla en último lugar la inimputabilidad, que en específico se aborda en cuanto a los trastornados o retrasados mentales, los cuales, por su condición, se considera que no deben ser sujetos de proceso hasta sus últimas consecuencias, ya que al existir esta causa de inculpabilidad el delito no se configura.

Esta causa de inculpabilidad se define como *la carencia o falta de capacidad de un sujeto, de conocer o entender lo ilícito de un hecho, y consecuentemente dada su*

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 189.

<sup>10</sup> Sandoval Delgado, E.: *Circunstancias...* cit., p. 24.

*incapacidad, se encuentra imposibilitado para determinarse espontáneamente conforme a esta comprensión.*<sup>11</sup>

Bajo la concepción de la teoría finalista que persigue el objeto o motivo de la conducta, es decir, la búsqueda del resultado ilícito, la excluyente consistente en la inimputabilidad del sujeto con retraso o trastorno mental, justifica la inexistencia de un delito, pues en ese supuesto, la persona no busca el resultado ni conlleva en sí mismo un fin, al momento de actualizar la conducta típica, que si bien es antijurídica, carece del elemento de culpabilidad por la falta de intención del sujeto.

En opinión de Díaz-Aranda:

*Como estructura de análisis desde finales del siglo XIX se convino en una estructura de tres categorías o escalones: conducta típica, antijurídica y culpable. Dicha estructura tripartita ha permanecido hasta nuestros días y la evolución de los sistemas (clásico, neoclásico, final de acción y funcional) se ha reflejado en la modificación del contenido de cada categoría. Por ejemplo, el tipo del sistema clásico se conformaba exclusivamente con el tipo objetivo, mientras que en el sistema final de acción el tipo requiere del tipo objetivo y del tipo subjetivo (dolo o culpa) y en el sistema funcional el tipo requiere del tipo objetivo delimitado con los criterios de imputación al tipo subjetivo.*<sup>12</sup>

Por lo tanto, en el sistema finalista se considera que a la culpabilidad le corresponde el papel más importante en la teoría del delito, el del juicio de reproche por la realización de una conducta típica y antijurídica, cuando el sujeto tuvo la capacidad de comprender el carácter ilícito de su conducta y la capacidad de motivarse o determinarse

de acuerdo con esa comprensión (imputabilidad), además tuvo conciencia de la antijuridicidad de la conducta realizada y, por último, que al sujeto le era exigible dicha conducta y que pudiendo obrar de otro modo, no lo hace.

En ese contexto, si no existe la anterior capacidad, es imposible la configuración del delito, es decir, al no entender ni buscar el fin de la acción que se comete, el juicio de reproche es innecesario.

En el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, el verbo imputar, significa *atribuir a alguien la responsabilidad de un hecho reprochable*.<sup>13</sup> A *contrario sensu*, la inimputabilidad obedece a la imposibilidad de reprochar ese injusto, como previamente se ha definido.

En la clasificación de la inimputabilidad encontramos que tal causa surge de tres vertientes o métodos: biológico, psicológico y mixto; el primero se apoya en la naturaleza del ser humano, existe cuando el sujeto no tenga madurez mental para conocer y comprender sus actos, como puede ser un trastorno mental; en el segundo caso, deriva de un aspecto psicológico, enfermedad mental o anomalía psicosomática; el último se refiere a ambos tipos de problemas que pueden acontecer en el sujeto, al grado que estas características influyen en su comportamiento o percepción de la realidad y evitan que su comprensión y voluntad le impidan tener pleno conocimiento de sus actos, es decir, en el momento de la comisión de una conducta impropia o contraria a lo socialmente aceptable, no logra discernir su magnitud.

El Código Nacional habla de una inimputabilidad temporal, al disponer en su artículo 311 que el juez podrá decretar la suspensión del procedimiento por

<sup>11</sup> García Ramírez, S.: *La imputabilidad...* cit. p. 47.

<sup>12</sup> Díaz-Aranda, E.: *Cuerpo...* cit., p. 13.

<sup>13</sup> <http://dle.rae.es/?id=L9orXDb>



trastorno mental temporal del imputado durante el proceso; también obliga al defensor, en el diverso 117, a presentar argumentos y datos que desvirtúen la existencia del hecho que la ley señala como delito, o aquéllos que permitan hacer valer alguna causal de inimputabilidad, sobreseimiento o excluyente de responsabilidad a favor del imputado, cuando, en la parte sustantiva de nuestro ordenamiento penal veracruzano, se establece a las causas de inculpabilidad como elemento negativo de la culpabilidad y a la inimputabilidad como parte de las primeras, en cuyo caso, en el Estado de Veracruz se determina como una eximente de los elementos del tipo penal, al desacreditarse la culpabilidad por cuestiones de trastorno o retraso mental que ubiquen al sujeto activo como inimputable.

El artículo 23 del Código Penal de Veracruz, establece como excluyentes del delito: *...I. La ausencia de conducta; II. La atipicidad; III. Las causas de justificación; y IV. Las causas de inculpabilidad.*

A su vez, el diverso 26 enuncia las causas de inculpabilidad: *...IV. La inimputabilidad.*

En la parte de la fracción IV estipula a los inimputables en tres incisos:

*a) Los menores de dieciocho años de edad; b) Los que al momento de realizar la conducta típica carezcan de capacidad para comprender el hecho ilícito por trastorno, enajenación o retraso mentales; y c) Los que al momento de realizar la conducta típica, a virtud de cualquier causa, no tuvieron la capacidad de comprender el carácter ilícito o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, con excepción de aquellos casos en que el sujeto activo haya provocado dolosa o culposamente dicho estado. Si se halla gravemente disminuida la capacidad del agente, el*

*juzgador podrá aplicarle hasta la mitad de la sanción que corresponda al delito de que se trate o una medida de seguridad...*

Aunado a lo anterior, el numeral 27 de la misma norma señala que las causas de exclusión se harán valer de oficio en cualquier etapa del procedimiento. Esto tiene congruencia con lo expresado en el caso de este elemento por el tratadista Girón:

*Para la imposición de una pena es necesario que la persona haya realizado una conducta típica y antijurídica, en el pleno uso de sus facultades mentales, y que además sea mayor de edad. Por ello a la capacidad de culpabilidad también se le denomina imputabilidad. Su antítesis es la ausencia de capacidad para la imposición de una pena, y se le llama inimputabilidad.<sup>14</sup>*

Tocante a la parte procedimental, en el Código Nacional de Procedimientos Penales, se sostiene como obligación tanto del defensor como del ministerio público, hacer notar al juzgador el estado de inimputabilidad y la determinación legal de ello, a través de las pruebas periciales correspondientes, empero, aún ante la presencia de la causa de inimputabilidad, no se hace valer como excluyente del delito o no está expresamente referido en el ordenamiento; por el contrario, en su arábigo 416 establece un ajuste de procedimiento a discrecionalidad del juez, empero, sólo aclara que se debe respetar el debido proceso y continuar el mismo hasta el dictado de la sentencia, la cual puede ser absolutoria.

Lo anterior no hace diferencia con los demás procedimientos, a excepción de la imposición de medidas de seguridad y la prohibición expresa de seguirle un

<sup>14</sup> Girón Palles, J.: *Teoría...* cit., p. 93.

procedimiento abreviado a un inimputable; pues, en todo proceso penal debe respetarse el debido proceso y los principios del sistema acusatorio adversarial.

Las ideas de la teoría finalista riñen con la disposición anterior del Código Nacional y la actualización de los elementos del tipo penal, para determinar la existencia del mismo, es decir, no tiene justificación, pues lo que debe acontecer en estos casos es respetar la no configuración del delito por falta de uno de sus elementos (culpabilidad) y, en todo caso, sobreseer el juicio.

En ese tenor, en el diverso 327 del código en comento, se enuncian las causas de sobreseimiento:

*El Ministerio Público, el imputado o su Defensor podrán solicitar al Órgano jurisdiccional el sobreseimiento de una causa; recibida la solicitud, el Órgano jurisdiccional la notificará/ a las partes y citará/, dentro de las veinticuatro horas siguientes, a una audiencia donde se resolverá/ lo conducente. La incomparecencia de la víctima u ofendido debidamente citados no impedirá/ que el Órgano jurisdiccional se pronuncie al respecto. El sobreseimiento procederá/ cuando: I. El hecho no se cometió/; II. El hecho cometido no constituye delito; III. Apareciere claramente establecida la inocencia del imputado; IV. El imputado este/ exento de responsabilidad penal; V. Agotada la investigación, el Ministerio Público estime que no cuenta con los elementos suficientes para fundar una acusación; VI. Se hubiere extinguido la acción penal por alguno de los motivos establecidos en la ley; VII. Una ley o reforma posterior derogue el delito por el que se sigue el proceso; VIII. El hecho de que se trata haya sido materia de un proceso penal en el que se hubiera dictado sentencia firme respecto del imputado; IX. Muerte del imputado, o X. En los demás casos en que lo disponga la ley.*

Arábigo que no contempla expresamente como causa de sobreseimiento, la excluyente del delito, en relación con las causas de inculpabilidad que se congregan en el Código Penal del Estado de Veracruz.

De lo que se concluye que el análisis propuesto con base en la teoría finalista, es respetar en todos los casos la teoría del delito y sus elementos positivos y negativos, para administrar justicia, en especial, a través del principio pro persona a los sujetos inimputables.

Por otra parte, junto con el Código Nacional también fue promulgada recientemente la Ley Nacional de Mecanismos Alternos de Solución de Controversias en Materia Penal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de diciembre de 2014, cuya vigencia obedece gradualmente a la referida en el transitorio segundo del Código Nacional, donde el objetivo general descrito en el arábigo primero, señala que su finalidad es propiciar a través del dialogo, la solución de controversias que surjan entre miembros de la sociedad con motivo de la denuncia o querella referida a un hecho delictivo, mediante procedimientos basados en oralidad, economía procesal y confidencialidad; ello, de la mano del objeto del nuevo sistema acusatorio adversarial, que busca, entre otros, la reparación del daño, lo cual evidencia una postura utilitarista o funcionalista del sistema procesal penal, en el cual, como último recurso debe recurrirse a todo el desarrollo del procedimiento, es decir, desde la vinculación a proceso hasta la sentencia.

Luego entonces, es un absurdo procesal que en el caso de los inimputables se siga un procedimiento hasta el dictado de la sentencia, puesto que, en el caso concreto, declarada la inimputabilidad, no hay reprochabilidad de la conducta y mucho menos, podrá exigirse la reparación del daño a una persona afectada de sus facultades mentales,

por lo que los fines de la reparación del daño, serían imposibles de enfrentar por el presunto sujeto activo en situación inimputable.

Aunado a lo anterior no se debe soslayar el hecho de que el Estado es el responsable de mantener el orden y la seguridad, por lo tanto, en el caso del inimputable, está obligado a salvaguardar su derecho a la salud y, por su parte, en tratándose de la víctima, debe garantizar la reparación del daño; en este escenario el único responsable de solventar los derechos de todos los involucrados es el Estado en su calidad de garante.

#### IV. Resultados

Del planteamiento realizado en supra líneas es factible arribar a la conclusión de que los inimputables por retraso o trastorno mental permanente tienen derecho a que se aplique de manera correcta y en su favor la teoría del delito, es decir, que ante la falta del elemento de culpabilidad, que no se da por considerarse como causa la inimputabilidad del sujeto activo, es dable dictar sobreseimiento ante la ausencia de su responsabilidad por un motivo de salud mental.

Sobreseimiento que sí se contemplaba en el numeral 305 del Código Número 590 de Procedimientos Penales para el Estado de Veracruz, por citarlo como ejemplo, al comprobarse plenamente una causa de exclusión o eximente del delito y que según el Código sustantivo de Veracruz debe hacerse valer de oficio en cualquier etapa del procedimiento.

Esto debido a que si la teoría finalista del delito se basa en querer y buscar el resultado obtenido, en el caso de un inimputable no se reúnen dichas características, por lo tanto, es innecesario el proceso contra personas en esta situación, a las que se puede dictar a través del

juez, una vez decretada por los expertos en la materia, el estado inimputable por trastorno o retraso mental, un tratamiento por seguridad del sujeto activo y para resguardar el orden y la paz social, sin que sea necesario para ello acreditar o no su participación en el hecho que la ley señala como delito.

En términos de la teoría finalista de Welzel, la imputabilidad es un elemento sobre el cual se incluye el juicio de reprochabilidad. Consecuentemente, si la imputabilidad es necesaria y se encuentra como parte de los elementos que deben justificarse o actualizarse para la existencia de un delito y el Código Penal Veracruzano lo contempla como una excluyente del mismo, dentro de las causas de inculpabilidad, ubicado en el artículo 26, fracción IV, inciso b, antes citado. La inimputabilidad de un trastornado o retrasado mental hace imposible la existencia del elemento de culpabilidad y, en consecuencia, la no integración de los componentes del ilícito.

Sin embargo, el Código Nacional de Procedimientos Penales prevé solamente ajustes en el procedimiento para inimputables, en el que señala que se podrá determinar dicha condición desde la audiencia inicial y en cualquier etapa del proceso, pero que una vez comprobada se seguirá el juicio ajustándose el procedimiento ordinario en atención al debido proceso, esto así dispuesto en su arábigo 416, es decir, el desahogo de lo procesalmente dispuesto se seguirá hasta la sentencia que, a su vez, el propio ordenamiento contempla que puede dictarse en sentido absolutorio por causas de inimputabilidad en el numeral 405, fracción III.

En consecuencia, tanto en el código sustantivo como adjetivo, se trata de manera diferenciada al inimputable que tiene características psíquicas o biológicas diversas a los demás seres humanos, por lo que si la inimputabilidad

hace inexistente la culpabilidad, esto provoca la no configuración del delito y la norma penal procesal ordena el desahogo del procedimiento, motivo por el cual, resulta incongruente que si se contempla esta causa como una excluyente del delito, se siga un juicio y dicte una sentencia, aun cuando sea en sentido absolutorio.

A manera de ilustración, cabe citar la tesis aislada con número de registro 164584, emitida por el Tribunal Colegiado en Materia Penal del Décimo Sexto Circuito, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* en mayo de 2010, en materia penal, de rubro y texto:

*INIMPUTABILIDAD. EL JUEZ DE LA CAUSA DEBE DESIGNAR PERITOS PARA QUE EVALÚEN LA CONDICIÓN MENTAL DEL INCUPLADO DESDE EL MOMENTO EN QUE ALGUNA DE LAS PARTES OFREZCA EL DICTAMEN PERICIAL CORRESPONDIENTE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUANAJUATO). El Artículo 483 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato prescribe que para resolver sobre la inimputabilidad de un inculcado, el tribunal, si lo creyere conveniente, o a petición de parte, antes de que dicte sentencia irrevocable, designará peritos que lo examinen. De lo anterior se concluye que ante la sospecha de inimputabilidad del inculcado, el Juez debe allegarse de los dictámenes correspondientes, ya sea que a su juicio lo estime conveniente, o bien que las partes lo soliciten; empero, en cualquiera de los casos, será el propio tribunal quien designe a los peritos, sin que en forma alguna se establezca que es en las partes en quienes recae la carga de proponerlos, ya que sólo reconoce a estas últimas el derecho de designar los suyos, como se advierte del vocablo «también» inserto en el segundo*

*párrafo del citado numeral. De tal suerte que desde el momento en que fue ofrecido en la causa el dictamen pericial correspondiente por alguna de las partes, el Juez debe –con independencia de que éstas también lo hagan– designar peritos para que evalúen la condición mental del inculcado. Congruente con ello, de conformidad con el artículo 33 fracción VII, del Código Penal para esa entidad, no es imputable quien, en el momento del hecho y por causa de enfermedad mental que perturbe gravemente su conciencia, de desarrollo psíquico incompleto o retardado, o de grave perturbación de la conciencia sin base patológica, no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión; por lo que de presentarse, implicaría el surgimiento de un impedimento para instaurar a determinado individuo una causa penal.<sup>15</sup>*

Dicha interpretación, si bien habla de un ordenamiento procesal que fue sustituido por el Código Nacional, se utiliza para ejemplificar que al igual que en el Estado de Veracruz, Guanajuato también implantó como una causa de inculpabilidad la inimputabilidad del sujeto activo; aun en el caso de Veracruz, el Código Penal sigue dándole esa categoría en las eximentes del delito, por lo tanto, el procedimiento que rige en el territorio nacional no es compatible con las disposiciones de nuestra norma sustantiva.

En otra tesis del Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo Séptimo Circuito, consultable en el *Semanario Judicial de la Federación* bajo el registro 2013673,<sup>16</sup>

<sup>15</sup> Tesis: XVI.P.19 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T. XXXI, mayo de 2010, p. 1948.

<sup>16</sup> Tesis: XXVII.3o.33 P (10a), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, T. III, febrero de 2017, p. 2359.



en la cual se hace alusión a la sentencia condenatoria dictada en el proceso penal acusatorio y oral, en términos del artículo 406 del Código Nacional de Procedimientos Penales, se concluyó que toda sentencia condenatoria argumentará la razón por la cual el sentenciado no está favorecido por ninguna causa de atipicidad, justificación o inculpabilidad, como excluyente del ilícito, en cuyo caso, al referirse expresamente a las causas de inculpabilidad engloba dentro de la misma a la inimputabilidad.

De lo anterior se colige que en la interpretación de este tribunal, la inimputabilidad como causa de inculpabilidad, se traduce en el elemento negativo del delito, razón por la cual, se trata de su excluyente. Opinión que se encuentra en concordancia con lo expuesto en el presente escrito.

## V. Conclusiones

La diferenciación sobre el juzgamiento que se hace sobre un inimputable, a pesar de que su condición se trata de una causa de inculpabilidad, excluyente del delito o el hecho jurídico que se considera como delito en la ley, es incorrecta desde la teoría del delito, la norma sustantiva y adjetiva.

Por tal motivo, es incongruente que en el caso de otro tipo de elemento negativo, englobado en las causas de justificación que se oponen a la configuración de la antijuridicidad, tal como la legítima defensa, en el cual se exime de responsabilidad al sujeto activo, dado que escuda su actuación en respuesta a un peligro en que fue puesto en el momento de su reacción, en el que sabe y entiende las consecuencias de sus actos, empero se encuentra protegido por la legislación y por lo tanto, al configurarse esta excluyente, el tipo penal no logra fraguarse y su consecuencia es el sobreseimiento.

Luego entonces, en el caso de los inimputables, en lugar de las medidas de seguridad es necesario que una vez decretado este estado, el juez sobresea el juicio y en aras de proteger el orden social y la propia seguridad del sujeto activo, se le imponga un tratamiento, para el cual deben establecerse las bases del mismo, sin que ello implique una sanción o medida de seguridad, por el contrario, dicho tratamiento es obligación del Estado para salvaguardar la integridad del individuo y del resto de la sociedad.

Dicho tratamiento debe ser con base en su nivel de persona inimputable, sin tomar en cuenta peligrosidad, pues de lo contrario, se interpretaría como un castigo en función de su grado de peligrosidad, lo que lo encuadraría como culpable del ilícito cometido y a pesar de que hay conducta, que esa conducta es típica y antijurídica, no es culpable al omitirse la presencia de la imputabilidad.

Tal y como quedó sentado en el criterio aislado con número de registro 2009967, emitido por el Noveno Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, publicado en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* en septiembre de 2015, de rubro:

*INIMPUTABLE PERMANENTE. LA MEDIDA DE TRATAMIENTO APLICABLE, POR SU CARÁCTER TERAPÉUTICO, DEBE IMPONÉRSELE DE ACUERDO CON SU NIVEL DE INIMPUTABILIDAD Y NO CON BASE EN EL GRADO DE CULPABILIDAD QUE SE UTILIZA PARA SANCIONAR A UN SUJETO IMPUTABLE, DE LO CONTRARIO, SE VIOLA SU DERECHO A LA SALUD (INTERPRETACIÓN DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL).<sup>17</sup>*

<sup>17</sup> Tesis: I.9o.P.94 P (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, T. III, septiembre de 2015, p. 2075.



Por lo anterior se concluye, el Código Nacional debe estar en concordancia con la norma sustantiva veracruzana y demás similares, e incluir en su arábigo 327 como una causa de sobreseimiento expresamente a la presencia de una excluyente de delito como alguna de las causas de inculpabilidad.

## VI. Bibliografía

- *Antología penal federal*. Flores Editor y Distribuidor, México, 2014.
- Bustos Ramírez, Juan J. y Hormazábal Malarée, Hernán: *Lecciones de Derecho Penal*. Trotta, España, 1997.
- Castellanos Tena, Fernando: *Lineamientos elementales del Derecho Penal*. Porrúa, 44ª ed., México, 2003.
- *Código Nacional de Procedimientos Penales*.
- *Código número 590 de Procedimientos Penales para el Estado de Veracruz*.
- *Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Veracruz de Ignacio de la Llave*.
- *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.
- Contreras López, Rebeca: *Derecho Penal: parte general*. Universidad Veracruzana, México, 2009.
- Díaz-Aranda, Enrique: *Cuerpo del delito ¿Causalismo o Finalismo?* UNAM, México, s/f. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/40/2.pdf>
- Díaz-Aranda, Enrique: *Lecciones de Derecho Penal para el nuevo sistema de justicia en México*. STRAF, UNAM-IIJ, México, 2014. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3805/7.pdf>
- Díaz-Aranda, Enrique: *Teoría del delito en el juicio oral*. STRAF, México, 2012.
- *Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española*, consultado en: <http://dle.rae.es/?id=L9orXDb>
- García Ramírez, Sergio: *La imputabilidad en el Derecho Penal mexicano. (Introducción y análisis comparativo)*. UNAM-IIJ, 2ª ed., México, 1981.
- Girón Palles, José: *Teoría del delito*. Instituto de la Defensoría Pública Penal, 2ª ed., Guatemala, 2013. Recuperado de: <http://biblioteca.oj.gob.gt/digitales/45580.pdf>.
- *Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal*.
- Sandoval Delgado, Emiliano: *Circunstancias eximentes de responsabilidad penal, en el Código Penal Federal*. Jurídica de las Américas, México, 2012. Recuperado de: <https://app.vlex.com/#vid/440194994>
- *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, consultado en: <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/tesis.aspx>
- *Teoría del delito y práctica penal: reflexiones dogmáticas y mirada crítica*. Centenario, República Dominicana, 2013.

---

**Las influencias históricas y circunstancias sociales y sociológicas en la creación de estructuras sociales informales de naturaleza criminal: estudio de caso basado en el ejemplo de grupos mafiosos italianos, yakuza japonesa y cárteles colombianos**

*Kamila Kasperska-Kurzawa\**

SUMARIO: I. Introducción. II. Condiciones sociales e históricas en Sicilia que conforman el fundamento de la creación y funcionamiento de los grupos mafiosos italianos. III. Cambios sociales dentro de la nación en el Exremo Oriente como estimulantes de la creación de la yakuza japonesa. IV. Situación sociopolítica en Colombia como determinante para la creación y actividad de cárteles colombianos. V. Conclusiones.

RESÚMEN: Existen elementos esenciales que consolidan toda comunidad como los ontológicos, estructurales, mecanismos conductuales fijos como la moral, elementos religiones, legales o tradiciones que fungen como elementos de continuidad de una comunidad. La falta de un sentido de seguridad social, causado *inter alia* por reglas cambiantes, falta de justicia que afecta a todos los grupos sociales o la distribución inequitativa de bienes entre los diversos grupos sociales, condujo a la

---

\* Doctora en Politología por la Universidad de Lublin. Es docente en la Facultad de Derecho y Administración en el Departamento de Seguridad Interna de la Universidad de Opole. Su tesis doctoral fue relativa al crimen organizado internacional. [kamilakasperska@onet.pl](mailto:kamilakasperska@onet.pl)

emergencia de organizaciones informales. Éstas frecuentemente reemplazaron el derecho coactivo oficial o la administración dentro de ciertas áreas habitadas por algunas comunidades.

PALABRAS CLAVE: crimen organizado, sociedad, tradición, grupos, transformación social.

SUMMARY: Essential elements cementing every community are the factors: ontological, structural, fixed mechanisms of conduct including moral, religious, legal, or traditional tradition, or tradition, which is the carrier of continuity of this community. Lack of social stabilization, which in the old days was caused, among other things, by often changing rulers, the lack of justice that would equally affect all social groups, or the grossly unfair distribution of goods between the various social groups, led to the emergence of informal organizations. These often replaced the official law or administration, in the area inhabited by some community.

KEYWORDS: Organized crime, society, tradition, groups, social transformation.

## I. Introducción

La sociedad colectiva es la forma más compleja de funcionamiento de la vida humana y, en su esencia, une grupos sociales a través de la *pertenencia territorial, actividades determinadas, valores culturales, históricos o étnicos*. Los elementos indispensables que cimentan cada sociedad responden a diferentes factores: *existenciales, estructurales*, a los mecanismos establecidos para su

tratamiento, destacando *normas sociales, morales, religiosas, área jurídica* y, finalmente, la *tradición* como medio de la continuidad de esa sociedad.

La inestabilidad social, así como la ausencia de una sensación de seguridad social, que fue causada en la antigüedad, entre otras cosas, por la rotación de gobernantes, la falta de un sistema judicial que tratase de forma igualitaria a todos los grupos sociales, o una distribución flagrantemente injusta de los bienes entre los distintos grupos sociales, hizo que se produjeran organizaciones informales que a menudo sustituían la dimensión social de la ley y la administración en el territorio habitado por alguna sociedad. Estos cambios despertaban, sobre todo, distorsiones en el funcionamiento de la sociedad, manifestándose a través de las injusticias de regímenes jurídicos, administrativos u otros segmentos de la seguridad social.

En diferentes regiones del mundo estas transformaciones adoptaban otras formas. En Sicilia, Italia, las circunstancias históricas, políticas y las derivadas de las estructuras sociales, hicieron que su comunidad crease organizaciones llamadas *grupos mafiosos*, percibidos en el periodo inicial de su actividad como un segundo poder informal, con la capacidad necesaria para defender a la gente corriente frente a las muchas maldades e injusticias que reinaban en la administración o régimen jurídico. Desafortunadamente, a lo largo de los años estas organizaciones fueron convirtiéndose en grupos criminales que, situados junto a los gobiernos injustos de aquel entonces, utilizaban a los habitantes de la isla, fortaleciendo sus estructuras y red de conexiones delictivas, hasta el punto que hasta hoy, constituyen una grave y constante amenaza a la comunidad de Italia y del mundo.

La situación en el territorio del Japón del siglo XVI fue completamente diferente. Utilizando el caos causado por una larga guerra, uno de los principales líderes, Tokugawa, en el año 1640 unificó las islas en un organismo estatal. Imperó la paz, lo cual paradójicamente marginalizó a un grupo de aproximadamente 500000 samuráis, quienes de la noche a la mañana perdieron cualquier finalidad. El único quehacer de los guerreros en paro fueron riñas y robos o sembrar el terror. No obstante, ya 100 años más tarde constituyeron el marco de una organización criminal llamada Boryokudan (yakuza) que, al igual que los grupos mafiosos italianos, contaba con códigos internos, formando estructuras organizativas delictivas que funcionan hasta el día de hoy.

La situación social, sobre todo la distribución drástica e injusta de los bienes en la sociedad de la República de Colombia, fue la base de la constitución de los cárteles narcos, los cuales basándose en el cultivo de los arbustos de coca por los campesinos, dominaron la producción mundial y el tráfico de cocaína. Merece la pena mencionar que el 70% de las tierras en Colombia fueron concentradas en las manos de tan solo el 3% de la población. El estado trágico de la economía de la población que habitaba las zonas rurales, llevó a la creación de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), quienes en defensa de los campesinos desfavorecidos supervisaban el cultivo y la producción de la base de cocaína, obteniendo con esto grandes beneficios, destinados a la compra de armas para luchar contra las fuerzas gubernamentales. Es cierto que actualmete en Colombia se ha restaurado la paz; sin embargo, sin grandes cambios estructurales en las zonas rurales, dando la posibilidad de una vida digna a los habitantes de este país, la situación puede volver al punto de partida.

Estos ejemplos demuestran inequívocamente que cualquier patología social, sobre todo la delincuencia, adopta formas organizadas basadas en rituales secretos y códigos que puede fundarse y funcionar, teniendo considerado apoyo entre la mayoría de la sociedad. Se trata de una consecuencia simple, bien de los errores sociales cometidos anteriormente, bien de los factores determinantes históricos, bien de la política errónea de gobiernos concretos en una determinada zona. Por lo tanto, en nuestro trabajo corto, nos gustaría presentar una visión general de la problemática y los mecanismos sociales que afectan a los ejemplos de la formación de los fenómenos patológicos extremadamente peligrosos y difíciles de eliminar en el ámbito de la delincuencia organizada ya mencionados anteriormetnte.

## **II. Las condiciones sociales e históricas en Sicilia que conforman el fundamento de la creación y funcionamiento de los grupos mafiosos italianos**

Existe una enorme cantidad de estudios científicos que abordan el tema de la delincuencia organizada de carácter mafioso. En un número significativo de ellos se analiza la actividad del grupo siciliano más famoso, llamado comúnmente *mafia siciliana*.

Sicilia fue una de las islas más ricas y fértiles. En términos estructurales, era un típico país latifundista. Por la isla, a lo largo de los siglos, han pasado varios monarcas, empezando por ricos senadores romanos, por vándalos, germanos, aghalbíes musulmanes, normandos, gibelinos-staufen, terminado con la monarquía de los borbones, cuya autoridad se extendía hasta Sicilia y Napoles.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Boucek, J.: *Ocemiornica...* cit., pp. 7-11.

Las negligencias en Sicilia fueron enormes, con cada cambio de soberano la pobreza de los habitantes de la isla se agudizaba. Esto hacía que los sicilianos, cada vez con más frecuencia, se opusieran a los representantes gubernamentales, también de forma armada, durante sucesivas rebeliones en Sicilia. Uno de los levantamientos más conocidos fue *vísperas sicilianas*. El levantamiento tuvo lugar en el siglo XII en Palermo, donde reinaba Carlos de Anjou, gobernante especialmente impopular en Sicilia. La conducta ofensiva hacia las mujeres cerca de una iglesia causó hasta la muerte de casi 200 soldados franceses. Los insurgentes indignados por la conducta del ejército, atacaron otras unidades del ejército francés y durante veinticuatro horas mataron alrededor de 200 soldados. El levantamiento no sólo no había terminado, sino que se extendió. Los sacerdotes que colaboraron con los franceses fueron asesinados, no perdonaron ni siquiera a las mujeres que se juntaban con los usurpadores franceses, saquearon también los bienes de los monasterios francófilos. Este levantamiento constituye el único ejemplo en la historia de esta isla, en la que la misma fue liberada del dominio extranjero sin ayuda externa.<sup>2</sup>

Comenzaron a fundarse los primeros implícitos grupos armados, que se oponían a los representantes de las autoridades en Sicilia. Dichos grupos, con el paso del tiempo fueron convirtiéndose en formaciones criminales, evolucionando en grupos mafiosos. Prácticamente el único factor que imponía en los habitantes este tipo de conducta, fue la política llevada a cabo por los siguientes soberanos de la isla, basada en la explotación incesante y demás injusticias sociales. Es natural que este tipo de situaciones

despertara la oposición y la única solución fuese la búsqueda de alguien que, en casos determinados, fuese más fuerte y pudiese aplicar eficazmente los derechos y razones de los pueblos indígenas de Sicilia. Se construía una muralla peculiar de la desconfianza, silencio y resistencia. Esa situación creó una ley de silencio ante los gobernantes, denominada *omertá*. Una ley, que sigue vigente en algunas regiones de Sicilia.<sup>3</sup>

Por consiguiente, casi en la mayoría de los casos, las cuestiones relacionadas con grupos sociales en Sicilia se tramitaban más allá de los representantes oficiales de las autoridades. Habitualmente el siciliano se dirigía con sus problemas al jefe extraoficial del grupo y éste, a su vez, prometía ocuparse de su caso. Una vez solucionados de forma positiva se esperaba del solicitante una gratitud, que consistía en el hecho de que en otras, denominadas situaciones, la persona a la que se solucionó el problema tuviese que realizar algún tipo de servicio u orden dictada por el que le pestó ayuda anteriormente. Este tipo de procedimientos despertaba, por supuesto, rígidas dependencias de las que resulta prácticamente imposible liberarse. Éste fue el núcleo de las futuras agrupaciones mafiosas, que utilizaban este algoritmo, creando un sistema de afiliados. La anteriormente mencionada *Omertá*, se derivaba no solamente de la falta de confianza hacia las autoridades sino, sobre todo, de la preocupación por una persona en concreto y su familia.<sup>4</sup>

Con independencia de esto, en el territorio de Sicilia empezaron a fundarse sociedades secretas y hermandades. Regidas por códigos secretos, fueron organizadas de manera tal que sus miembros se desconocían mutuamente.

<sup>3</sup> Kopaliński, W.: *S³ownik...* cit., p. 360.

<sup>4</sup> Gellert, Gabor: *Mafia*. Varsovia, 1984, p. 19.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 8.



Ya en tiempos de los gibelinos se estableció una sociedad secreta *Vengador*. Sus miembros combatían todos los actos de la explotación y la ilegalidad de las autoridades hacia los habitantes de la isla.<sup>5</sup>

Otra organización que cabe destacar, *Beati Paoli* creada en el siglo XVII. Fundada en Palermo, su idea básica fue la destrucción de la autoridad entonces existente, que según los miembros de esta sociedad era depravada y corrupta. Se refería tanto al poder secular como al de los sacerdotes. Las acciones de estas autoridades se centraban solamente en la ampliación de la propiedad, a costa de los sicilianos pobres. Por lo tanto, los miembros *Beato Paoli* cometían diversos asesinatos de señores feudales, sacerdotes, pero también de jueces y empleados públicos, quienes con especial dedicación y entusiasmo maltrataban a la gente, sobre todo a los más pobres. La sentencia firme se ejecutaba con ayuda de veneno o bien, apuñalado.<sup>6</sup>

Como se mencionó anteriormente, los miembros de esta organización no se conocían mutuamente, y sus encuentros tenían lugar sólo por las noches. En su esfuerzo conspirativo y para no ser reconocidos, durante las asambleas cada uno de sus miembros tenía puesta una capucha que le tapaba completamente cabeza y cara. Sus actividades se dirigían sobre todo contra las autoridades españolas y, posteriormente, también contra los borbones. Al sistema y las estructuras de esta sociedad se referirán organizaciones mafiosas posteriores, en las que durante la iniciación de un miembro nuevo se practicaba un ritual parecido. Probablemente estas tradiciones se aplican actualmente.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> Calvi, F.: *ycie...* cit., p. 14.

<sup>6</sup> *Ídem.*

<sup>7</sup> *Ídem.*

Ya bajo el régimen español en el siglo XV, en el territorio de Sicilia se observaba el aumento de la actividad de los grupos delincuenciales. Reinaba el caos social general. En varias poblaciones se llevaban a cabo combates entre clanes. Estos prolongados conflictos, en ocasiones continuaban durante varias décadas puesto que en vigor estaba una ley no escrita que daba derecho a la llamada *vendetta*, es decir, una venganza en una determinada familia, que podía remontarse hasta varias décadas atrás. Familias que se encontraban en el estado de *vendetta*, contrataban y mantenían tropas de delincuentes comunes para su defensa ante dicha venganza. Mientras tanto, las autoridades fueron incapaces de controlar esta situación. Los representantes de las autoridades enviados a zonas de conflicto, por lo general, terminaban asesinados y al día siguiente se hallaban sus cadáveres en los mercados locales. Esta situación generaba unas condiciones perfectas para la formación de grupos delictivos cada vez más numerosos y fuertes.<sup>8</sup>

Durante el reinado de los borbones, para conseguir el objetivo del incremento de los ingresos y la recaudación de los impuestos, las autoridades implantaron un impuesto especial aplicado a los alimentos importados a la ciudad. Este proceso desencadenó, entre los grupos delictivos, un nuevo fenómeno llamado *custodia pagada*, que se basaba en que los grupos de bandidos robaban ganado, por ejemplo, haciendo que su propietario corriera hacia la ciudad devolviéndolo sólo tras el pago de un rescate. Grupos delictivos con su *defensa* cubrían también minas, extorsionando a sus propietarios, en caso de negativa les prendían fuego. Un nuevo tipo de

<sup>8</sup> Boucek, J.: *op. cit.*, p. 9.

delito se estableció de forma indeleble y hasta el día de hoy continúa siendo conocido en la mayoría de los países.<sup>9</sup>

A pesar de que entre la población local estaba en vigor la ley de silencio ante las autoridades, en aquel momento ninguno de los funcionarios, ante la manifestación casi oficial de la delincuencia que contaba ya con todos los rasgos de las actividades organizadas, tomó medida alguna para cambiar la citada situación. Sin duda, esto implicaba que la única forma para erradicar este fenómeno debería ser la adopción de reformas sociales encaminadas a aliviar la pobreza siciliana, a lo que finalmente se renunció.

En el siglo XIX se hicieron públicas alegaciones escritas y comunicaciones, en su contenido comprendían datos sobre la existencia de las organizaciones criminales con los rasgos de grupos mafiosos. Cabe señalar uno de los informes más importantes, su autor fue el fiscal general de Palermo. El informe iba dirigido al ministro de justicia y contenía las señales sobre existentes sociedades secretas y hermandades. En este informe se demostraba que, al frente de estas organizaciones, estaban normalmente príncipes, es decir, los terratenientes. Además, se mencionaba también las cajas comunes, cuyo objetivo era reunir recursos para poder corromper a los funcionarios, o bien comprar el silencio de los testigos de algunos acontecimientos determinados. Estas organizaciones gozaban de la protección de altos funcionarios públicos, probablemente a sueldo. En las conclusiones del informe se nombra una queja, que la mayoría de los delitos cometidos a la luz del día, quedan impunes debido a la ausencia de cualquier testigo. Nos encontramos ante la ley del silencio *Omertà*.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> Matard-Bonucci, M.: *Historia...* cit., p. 11.

<sup>10</sup> Calvi, F.: *op. cit.*, p. 9.

El momento clave de la historia de Sicilia fue el año 1860, en el que nuevamente como consecuencia de la gobernanza deficiente de borbonos, estalló un gran levantamiento liderado por Garibaldi. El hilo conductor de este líder fue la victoria sobre borbones y la unificación de Sicilia con Italia. Tras la victoria, en el plebiscito organizado participó el 99,5% de la población, estando a favor de esta anexión.

Lamentablemente, los nuevos gobiernos dirigidos desde fuera de Sicilia en primer lugar, dividieron la isla en 6 provincias, a la vez que quitaban a la capital Palermo, el estatus de metrópolis. Se ordenó el reclutamiento forzoso. Los ciudadanos huían a montañas refugiándose del ejército. Formaban grupos de bandidos. En la isla se difundía la delincuencia. Las zonas rurales fueron dominadas por notables de los pueblos, llamados *gabeloci*, antiguos administradores de las propiedades feudales. Los *gabeloci*, generalmente, procedían del grupo de los delincuentes comunes, que trabajaban para ambos lados, por una parte extorsionando a los campesinos, por otra robando sus señores, enriqueciéndose rápida y excesivamente.<sup>11</sup>

Las nuevas autoridades cometían errores garrafales, el más grave fue la reforma agraria en Sicilia. En lugar de dividirla entre los habitantes de los pueblos, el gobierno decidió vender la tierra en el mercado libre, esto llevó a que las tierras fueron compradas por los ciudadanos más ricos, entre ellos, los jefes de grupos delictivos. Los campesinos que querían comprar tierras fueron asesinados. Las tierras en Sicilia fueron acumuladas en manos de un grupo reducido de gente. Se organizaban subastas gracias a las cuales, los grupos mafiosos se consolidaron controlando la venta. Los funcionarios se

<sup>11</sup> Boucek, J.: *op. cit.*, p. 11.

asesinaban si no estaban de acuerdo con las reducciones drásticas del valor de las tierras. Hasta la venta de las tierras que pertenecían a la iglesia tenía una dimensión negativa para los más pobres, que hasta ese momento recurrían a su ayuda en situaciones difíciles.<sup>12</sup>

Mientras tanto en Sicilia, cada vez con más frecuencia, se fomentaba por las élites políticas, científicas, o bien por las editoriales, contenidos positivos propagando la valentía, la nobleza o bien, el patriotismo de las organizaciones mafiosas o algún mafioso en particular. La obra más conocida que alababa a la mafia siciliana, fue la obra de teatro representada en Palermo escrita en dialecto siciliano utilizado por la mafia. La obra se basó en las entrevistas a miembros de la mafia. Fue tan popular que hasta el año 1869 en el sur de Italia se representó 2000 veces.<sup>13</sup>

La diversificación de las definiciones que denominan el campo semántico de la palabra *mafia* es enorme. Sin embargo, parece que la definición más significativa se encuentra en la traducción del autor siciliano, Salvatore Palazzolo, que cree que su significado proviene de concepto árabe *mu'afa* que no significa más que descaro y, a su vez, valentía, lo que se asocia con la lucha y resistencia de los habitantes de Sicilia ante sus invasores. El autor señala también otros significados del nombre *mafia*, en concreto, la abreviación del lema que acompañaba a los participantes de las vísperas sicilianas, lo que en versión original significa *morte di francesi Italia anela – Muerte de franceses, anhela Italia*–.<sup>14</sup>

En síntesis se debería deducir que los factores principales que supusieron la base de los grupos mafiosos

italianos tuvieron carácter histórico, social y político, tales como *Camorra*, o *NA/ dranghetta*. *Organizaciones mafiosas* conscientemente, e incluso con premeditación, sacaban provecho de la leyenda creada por ellos mismos, caracterizada por tópicos sobre su masculinidad, buenas intenciones y otras cualidades del ser humano esperados por la sociedad. Desafortunadamente el misterio y las leyendas acerca de la generosidad de *mafia siciliana* tenían que esconder el sindicato terrorífico del crimen, con el que hasta el día de hoy lucha el Estado italiano.

### III. Cambios sociales dentro de la nación en el Extremo Oriente como estimulantes de la creación de la yakuza japonesa

Uno de los factores que ha determinado la formación de grupos delictivos organizados en lo que hoy es Japón, tuvo carácter histórico y social, al igual que en el caso de los grupos mafiosos italianos. El nombre original de grupos japoneses de delincuencia organizada que en tiempos modernos adoptaron la forma de las organizaciones mafiosas, son Borykoudan, que en la traducción exacta significaría *grupos que utilizan la violencia*. Comunmente, en el pasado y en el presente, se utiliza la denominación de yakuza, que a su vez, se deriva de un juego de cartas llamado Oicho-Kabu. En este juego, igual que en el bacarrá, se suma el valor de tres cartas para alcanzar un resultado. La peor combinación de estas cartas son el ocho, el nueve y el tres. El sistema japonés para contar estas cifras, crea la notación que puede ser leída como ya-ku-sa, lo que le proporciona el nombre. Puesto que abarca al peor resultado, con este nombre se establecieron las pandillas japonesas originales, resultantes de los samuráis sin ocupación.<sup>15</sup>

<sup>15</sup> Southwel, D.: *op. cit.* –capítulo III– *Yakuza I Japońska Przystępczość Zorganizowana*, p. 58.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>14</sup> Southwel, D.: *Historia...* cit., pp. 10-11.

Las raíces históricas de la yakuza se remontan al año 1640, en lo que ahora es Japón. Continuaban las luchas en los que unos de los principales shōgun Tokugawa actuaba con el impulso de unificación de Japón en un sistema estatal. Lamentablemente la paz suponía un alto coste en cuanto a grandes cambios sociales, que fueron especialmente duros para los samuráis. Su número se estimaba en ese momento alrededor de 500 000. De un día para otro se vieron privados de medios de subsistencia. Este grupo, en los tiempos del siglo XVI hasta el XVIII, fue contratado como los guerreros por los shōgun. Los samuráis gozaban del respeto y la admiración en la sociedad. Tras la unificación de las partes del territorio en un organismo nacional, los samuráis se convirtieron en un problema social. La ausencia de bases de existencia causaron que la mayoría de ellos comenzara a dar preferencia a delincuencia. Se dedicaban a extorsiones, riñas y robos. Las pandillas reunían a ex-samuráis, quienes cultivaron la campaña del terror realizada contra la población. Los miembros de estas pandillas, los ex-samuráis, así como las bandas se denominaban con el nombre de *hatamoto yakko*, *kabukimono*, que significa *siervos de Satanás y locos*.<sup>16</sup>

A estas pandillas se oponían honrados habitantes de ciudades y pueblos, formando unidades destinadas a protegerlos. Habitualmente se reclutaban entre los vagabundos, desempleados, dueños de posadas y tiendas e, incluso, funcionarios. Sobre todo fueron personas jóvenes. Les apodaban *hatamoto yakko* y sus acciones nobles aparecían en obras de teatro o poemas. Uno de

<sup>16</sup> Holyst, B.: *Przestępczość...* cit., p. 106.

Fuente: [http://www.microsofttranslator.com/bv.aspx?ref=SERP&br=ro&mkt=pl&dl=pl&lp=EN\\_PL&a=http%3a%2f%2fwww.okinawan-shorinryu.com%2fokinawa%2fyakuza.html](http://www.microsofttranslator.com/bv.aspx?ref=SERP&br=ro&mkt=pl&dl=pl&lp=EN_PL&a=http%3a%2f%2fwww.okinawan-shorinryu.com%2fokinawa%2fyakuza.html)

los miembros más conocidos de dichas unidades era un legendario guerrero, el que luchaba contra *kabuki-mono*, Chobei Banzuín. Su personaje, hasta hoy está presente en las leyendas y numerosos cuentos.<sup>17</sup>

Referencias acerca de los primeros grupos de delincuencia organizada yakuza se encuentran ya en el año 1750. De modo similar a la mafia italiana, en la vanguardia del grupo estaba el padre *oyabun*. Por lo tanto, en la organización de la yakuza reinaba un orden basado en relaciones padre e hijo, *oyabun-kobyun*. *Oyabun* a cambio de consejos, tutela o ayuda esperaba *kobyuna* lealtad; en concreto, plena sumisión en todos los asuntos. Esta relación, en corto plazo abarcó la mayoría de las regiones de vida cotidiana de los habitantes, incluso lugares de trabajo, fuerzas militares, movimientos sociales. Esto demuestra que la yakuza, del mismo modo que la mafia siciliana, siguen vigentes hasta la actualidad. Así por ejemplo, los empleados no salen de sus oficinas hasta que no la abandona su superior, lo que repercute sobre su tiempo de trabajo, a menudo, de hasta 12 horas.<sup>18</sup>

En la yakuza de forma similar que en los grupos mafiosos italianos, se utilizaba cierta gradación de penalizaciones. Siempre se aplicaba la pena de muerte al miembro que reveló secretos de la pandilla, o bien, el que demostraba desobediencia grave. Una de las sanciones más habituales que se aplicaba a los miembros de la yakuza, fue el corte de la punta del dedo meñique de la mano derecha. Después de la segunda infracción se cortaba otro trocito del mismo dedo, o bien la punta del siguiente dedo. De los estudios realizados en los años 70 del siglo XX, resulta que el 42% de los miembros poseía

<sup>17</sup> Holyst, B.: *op. cit.*, p. 107.

<sup>18</sup> Southwel, D.: *op. cit.* – capítulo III– *Yakuza I Japońska Przestępczość Zorganizowana*, p. 60.

dedos cortados, incluso el 10% por segunda vez. Propio de los miembros de yakuza fueron tatuajes, los poseían hasta 70% de ellos. Este fue un signo característico de cada miembro.<sup>19</sup>

Actualmente, la yakuza está a la cabeza de los grupos delictivos organizados del mundo, demostrando al mismo tiempo las características de los grupos mafiosos. La yakuza expande su actividad a países de Europa Occidental, Estados Unidos, Australia y Canadá. Dispone de decenas de miles de millones de dólares que provienen de la distribución de droga, la infiltración de negocios legales o el lavado de dinero. Tras los grupos mafiosos italianos, es la siguiente organización que creció en el fundamento histórico y relacionados con estos cambios sociales que fomentan procesos de elaboración de organizaciones criminales.

#### **IV. Situación sociopolítica en Colombia como determinante para la creación y actividad de cárteles colombianos**

La República de Colombia, país típicamente agrícola, con la industria en constante evolución, desde el año 1953 hasta el 1960 fue goberanda por una junta o dictadores. Un porcentaje considerable de la población permanece en la pobreza permanente, aunque después de la aplicación del proceso de paz, el nivel de vida no deja de aumentar. La distribución injusta de los bienes, sobre todo de tierras, fue el núcleo de la pobreza de los campesinos. El 70% de las tierras se concentra en las manos del 3% de la población, esto nos puede dar una idea acerca de la calidad de vida en las zonas rurales. La mayoría de las aldeas más pobres se concentran en el sur del país, donde

las autoridades de Colombia, en los años 60 del siglo XX, desplazaron a la multitud de ciudadanos desempleados. Se dedicaban al cultivo de yuca, arroz y maíz, que no obstante con cosechas bajas, no era suficiente ni siquiera para la supervivencia familiar. De esto a su vez, se beneficiaron los grupos colombianos de delincuencia organizada, cárteles, que fueron formándose a inicios de los años 70 del siglo XX en territorio nacional.

La situación más precaria de la población rural fue utilizada por los cárteles de droga en su pleno crecimiento. En los años 80 del siglo XX, los representantes de los cárteles orientaron su actividad hacia las superficies agrícolas improductivas, ofreciendo unas ganancias elevadas a los agricultores a cambio del cultivo de los arbustos de coca y la preparación de la llamada base, que constituye el producto intermedio para la producción de coca. El verdadero florecimiento del cultivo de coca y producción de cocaína en Colombia se produjo en los años 90 del siglo XX, cuando en los terrenos de los países vecinos, Bolivia y Perú, la policía redujo de forma significativa la producción de cocaína. En las zonas agrícolas de Colombia, de forma continua, se desarrollaba el trabajo relacionado con el cultivo de la coca por los agricultores. Los cárteles adquirían toda la producción. Los agricultores, logrando ganancias elevadas gracias a cultivo de coca, dejaron atrás su estilo de vida anterior, abusaban del alcohol, gozaban de los prostíbulos, se producían numerosos asesinatos.

En el territorio de Colombia, en la mitad de los años noventa, las firmes medidas del gobierno llevaron a cabo la división y dispersión de la mayoría de los cárteles más importantes. En ese entonces en las tierras agrícolas y, en particular, en las regiones que continuaban bajo la influencia de los cárteles de droga, aparecieron grupos

<sup>19</sup> *Ídem.*



guerrilleros de izquierda, las FARC,<sup>20</sup> que desde hacía varias décadas desencadenaba la guerra civil con las autoridades de Colombia en las que murieron cerca de 200 000 personas.<sup>21</sup>

Prácticamente la guerrilla de las FARC (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia)<sup>22</sup> tomó el control total de estas zonas, desempeñando un papel preeminente en la producción de droga. Los beneficios provenientes de estas prácticas, contribuyeron significativamente a la continua financiación de sus actividades. Después de la caída del comunismo, las FARC quedaraon aisladas de sus fuentes de financiación por los centros extraterritoriales y la única manera para conseguir el dinero fueron las drogas. Los organismos de seguridad del Estado colombiano estiman que casi 1/3 de las operaciones llevadas a cabo por las FARC fueron financiadas gracias a las ganancias obtenidas de la producción y venta de las drogas.

La política e historia de este país es una lucha continua contra las FARC, ejércitos privados de guardias de seguridad, fuerzas paramilitares, ejército, ejército estadounidense, CIA, DEA, grupos criminales regulares, cárteles, traficantes de droga, también corporaciones internacionales de la industria de extracción, organizaciones y partidos políticos. A esto, se le podría llamar conglomerado, el cual tiene influencia constante en la formación de la sociedad colombiana, no necesariamente siempre con el objetivo del bien de esta sociedad, sobre todo cuando la mayoría de los problemas

se solucionan con el uso de armas, lo que se desprende de una tradición centenaria.<sup>23</sup>

Los cárteles colombianos más famosos fueron: Cártel de Medellín, del que formaban parte más de 150 grupos dedicados a la producción, comercio y el tráfico de drogas. Ese cártel tenía vínculos con las organizaciones delictivas internacionales, incluso la mafia siciliana. Su legendario caudillo, el ya fallecido Pablo Escobar. Otro gran jugador en el narcotráfico fue el Cártel de Cali, un grupo delictivo con las estructuras organizadas de una forma, que aseguraba a la organización frente a la infiltración de la policía y la agencia de los servicios estadounidenses.

El último, un cártel más significativo fue el de la Costa Atlántica, que se caracterizaba por un nivel muy alto de conspiración. Utilizándola, establecieron la distribución de su organización en cuerpos más pequeños.

Todos los cárteles enfocaban su actividad en la producción, comercio y tráfico de cocaína. Sus conexiones abarcaban América del Norte, Italia, Australia y Canadá.<sup>24</sup>

Los grupos delictivos en Colombia no tenían fundamento histórico. Los elementos determinantes en su fundación fueron fallos en la política agraria de los sucesivos gobiernos, lo que facilitó a los cárteles organizar la producción de droga basándose, sobre todo, en un número importante de pobres que habitaban zonas rurales. Resulta que tanto en Colombia como en otros países de América Latina, la situación es parecida y hasta que los gobiernos de estos países no puedan llevar a cabo las reformas sociales necesarias para mejorar el nivel de la vida de la población más pobre, el problema de la producción y tráfico de drogas continuará funcionando en estas comunidades.

<sup>20</sup> Villalón, C.: *Kraina...* cit., p. 36.

<sup>21</sup> *Idem.*

<sup>22</sup> FARC –Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia– una asociación paramilitar basada en grupos de izquierdas oponiéndose contra el Estado colombiano desde ya casi 40 años.

<sup>23</sup> Fuente: <http://www.takajestkolumbia.com/2016/06/pokoj-w-kolumbii.html>.

<sup>24</sup> Gabara, E.: *Stanowisko...* cit., pp. 99-100.

## V. Conclusiones

Grupos de delincuencia organizada, grupos mafiosos, cárteles de droga y cualquier otra organización de naturaleza criminal, no se habrían originado si no se hubieran dado las condiciones históricas, políticas, sociales y económicas propicias para ello. Después de todo los grupos mafiosos italianos crecieron en los fundamentos de las injusticias sociales, cuando la población rural pobre y las ciudades sicilianas buscaban ayuda entre los delincuentes, quienes sabían crear a su alrededor una aura de generosidad, empatía y casi altruismo. De esta manera, formando una red de afiliaciones y aumentando sus fuerzas, a través de los siglos, se transformaron en el sindicato del crimen.

De forma un poco diferente a la mafia italiana, el grupo mafioso del actual Japón, yakuza, creció basado en dos factores: el político, que en la mitad del siglo XVII llevó a cabo la unificación de las islas en un organismo estatal, Japón, llevando a la marginalidad miles y miles de los samuráis parados y también, un sistema social que toleraba y respetaba pandillas y grupos de yakuza. La yakuza con sus rituales y tatuajes se ha injertado en la sociedad de Japón.

No se puede decir lo mismo de los cárteles de narcos colombianos, que carecen de estas raíces históricas, pero su constitución fue condicionada por el aspecto social. Las zonas rurales de la gran pobreza fueron el territorio de la exploración y baste del poder de los cárteles. Los cárteles dieron a los habitantes de los pueblos la posibilidad de mejorar el nivel de vida, reorientándose de los no rentables cultivos convencionales hacía el rentable cultivo de los arbustos de coca y la fabricación de las bases para producción de la coca y dando la posibilidad de supervivencia y manutención familiar.

Las causas de este estado y decisiones se sitúan en el sistema social y económico construido con desperfectos, o tan solo en el malfuncionamiento del sistema social y económico en Colombia. En el sistema que empujó a la pobreza a millones de personas, dejándolos sin esperanza de un mañana mejor y no creando las posibilidades para mejorar sus condiciones de vida.

Estos procesos hoy en día son difícilmente reversibles y como hasta el momento todas las organizaciones discutidas siguen funcionando, aunque en el caso de la mafia italiana, o bien de la yakuza, han pasado varios cientos de años desde su creación. El camino hasta la desintegración de estas patologías lleva, por una parte, a través del establecimiento de unas condiciones de vida equitativas para los habitantes de los países definidos, y con la educación de la sociedad por otra, un instrumento muy poderoso comenzando por los jóvenes desde sus primeros años.

## VI. Bibliografía

- Boucek, Jenny: *Oæmiornica, historia mafii sycylijskiej*. Gdańsk, Editorial Marpress, 1992.
- Calvi, Fabrizio: *Życie codzienne mafii od roku 1950 do naszych dni*. Varsovia, 1993.
- Gabara, Ewa: *Stanowisko Polski w Zwalczaniu Międzynarodowej Przestępczości Zorganizowanej*. Toruń, Editorial Adam Marszałek, 2004.
- Hołyst, Brunon: *Przestępczość na marginesie cywilizacji*. Varsovia, 1994.
- Kopaliński, Władysław: *Słownik Wyrazów Obcych i zwrotów obcojęzycznych z almanachem*. Varsovia, Œwiat Ksiątki, 1999.
- Matard-Bonucci, Marie-Anne: *Historia Mafii*. Bertelsmann media, Varsovia, 2010.

- Southwel, David: *Historia i Dzieje Przestępczości Zorganizowanej - Prawdziwe Dzieje i Tajemnice Gangów z Całego Świata*, - Capítulo I - Włoska Mafia. Bremen, 2009.
- Villalón, Carlos: *Kraina Kokainy*. National Geographic, 2004.

### Actividades de capacitación

El 12 de febrero iniciaron las *Especializaciones en Defensa Penal y Asesoría Jurídica*, 55 alumnos en la primera y 51 en la segunda. Las clases presenciales, que terminarán en octubre, están a cargo de Magistrados de Circuito, destacados académicos y servidores públicos del Poder Judicial de la Federación.

Del 12 al 16 de febrero se llevó a cabo el *Curso de Actualización del Sistema Penal Acusatorio*, en el cual participaron 20 Supervisores provenientes de diversas Delegaciones del Instituto, 4 Evaluadores y 19 servidores públicos adscritos a la Sede Central de este Instituto.

Del 26 febrero al 16 de marzo se impartió el *Curso de Especialización en el Sistema Integral de Justicia para Adolescentes, grupo 1*, del cual egresaron 52 Defensores Públicos Federales de todas las Delegaciones del Instituto.

Por invitación del Instituto de la Judicatura Federal se tuvo participación en el *Curso Estándares Internacionales en Derechos Humanos, Migración y Género*, dirigido a Defensores Públicos y Asesores Jurídicos Federales. La impartición del curso al primer grupo tuvo lugar del 20 al 22 de marzo; el segundo grupo, se llevó a cabo del 9 al 11 de abril. Ambos grupos estuvieron conformados por 15 Defensores Públicos y 40 Asesores Jurídicos Federales de todas las Delegaciones del Instituto Federal de Defensoría Pública.

Continuando con la capacitación en materia de justicia para adolescentes, del 02 al 20 de abril, se impartió el *Curso de Especialización en el Sistema Integral de Justicia para Adolescentes, grupo 2*, del cual egresaron 40 Defensores Públicos Federales. El grupo 3 recibió dicho curso del 07 al 25 de mayo, al que asistieron 46 defensores públicos.

Instituto Federal de Defensoría Pública

Director General  
Maestro Mario Alberto Torres López

Junta Directiva

Ministro en retiro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia  
Doctora Mónica González Contró  
Doctor Héctor Arturo Hermoso Larragoiti  
Doctor Gonzalo Moctezuma Barragán  
Doctor Alfonso Tirso Muñoz de Cote Otero  
Maestro Miguel Pérez López

Titulares de Unidades Administrativas

Licenciado Jorge Rivero Ortiz  
Unidad de Defensa Penal y Evaluación del Servicio

Licenciado Enrique Alfredo Tamayo Díaz  
Unidad de Asesoría Jurídica y Evaluación del Servicio

Licenciada Susana Paczka Carmona  
Unidad de Supervisión y Control de Defensa  
Penal y Asesoría Jurídica

C.P. Silvia Madrigal Bueno  
Unidad de Apoyo Operativo

*El diseño y la formación de este volumen  
estuvieron a cargo de la Dirección  
General de Comunicación Social del  
Consejo de la Judicatura Federal.*