



Instituto Federal de  
**Defensoría Pública**

# Revista

PUBLICACIÓN SEMESTRAL/No. 27/JULIO 2019

ISSN 1870-7610





## PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL  
INSTITUTO FEDERAL DE DEFENSORÍA PÚBLICA

### Coordinadores

Licenciada Liliana Alanís Tapia  
Maestra María Elena Albores Cordero  
Licenciado Luis Gabriel Carreón Sánchez  
Licenciada Miriam Falcón Ugalde

Editor responsable: Licenciado Diego Roberto Tovar Sánchez

Diseño y formación: Armando Maya Ruiz  
Foto portada: Istock

Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública

Número 27, julio de 2019

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, Alcaldía Cuauhtémoc, C.P. 06040, México, D.F., tel: 55-18-53-91 y 55-18-53-90, fax 55-18-55-62.

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



Instituto Federal de  
**Defensoría Pública**

## Índice

<b>Presentación</b>	5
---------------------	---

*Nicolás Lenin Alegría Peredia*

<b>El derecho humano a una defensa adecuada. Una propuesta para aumentar la correspondencia entre el ideal y la realidad: uso de indicadores</b>	7
--	---

*Rómulo José Andazol Espinoza*

*Darío Alberto Mercado Polanco*

<b>Experticias heredo-biológicas en la defensa pública de la República Bolivariana de Venezuela: estudio descriptivo durante los años 2015-2018</b>	25
---	----

*Gabriel Felipe Arce Pérez*

<b>La investigación criminal como elemento generador de dinamismo en la defensa penal</b>	43
---	----

*René Octavio Cardona González*

<b>Medidas cautelares: Sus conceptos, finalidades, características, reglas y principios para su imposición</b>	79
--	----

Oscar Enrique Castillo Flores

Rolando C. Ríos Aguilar

Raúl Rodríguez Vidal

**Auto de Vinculación a Proceso**

..... 117

Rogelio Gerardo García Rojas

**Dos tópicos selectos de la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes**

..... 145

Jorge Alberto Heredia Chalé

**La cancelación de los antecedentes penales como herramienta de reinserción social**

..... 169

Julio Esteban López Ruiz

**Principio de acceso a la justicia efectiva en México, sus alcances y su connotación internacional.**

..... 189

Oscar Domingo Olguín Almanza

**La pureza de la droga en el delito de posesión de cocaína. Análisis de la tesis de jurisprudencia 1ª./J.9/95.**

..... 239

Edgar Rojas Álvarez

**La ilegalidad de la detención cuando la policía actúa sin la conducción y mando del Ministerio Público en el Sistema Penal Acusatorio**

..... 289

Juan Pablo Rosario Ortega

**La extradición y los lapsos de la detención, un estudio de derecho comparado**

..... 315

Cornelia Sánchez Campos

**Análisis de la Declaratoria General de Inconstitucionalidad**

..... 343

## Presentación

El Instituto Federal de Defensoría Pública, agradece a los autores de los artículos que forman parte de este número por la generosidad de hacernos partícipes de sus experiencias y conocimientos jurídicos, poniéndolos al alcance de los defensores públicos y asesores jurídicos, así como a la comunidad en general.

Al seleccionar las contribuciones de quienes amablemente aportaron sus ideas para integrar este volumen de la Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública, a través de sus artículos, se trató de tener una muestra que incluyera temas jurídicos relevantes a nuestro tiempo. Cada tópico abordado, refleja la transformación que desde hace una década atraviesa el sistema jurídico mexicano.

Este número aborda temas de derecho constitucional, derechos humanos con énfasis en las personas en situación de vulnerabilidad, derecho internacional público, justicia penal para adolescentes, derecho penal, penal internacional y reinserción social. Además, en el marco de la primera reunión de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas, que se llevará a cabo en la Ciudad de México, se incluyó un estudio descriptivo elaborado por integrantes de la Dirección Nacional de Apoyo Técnico Pericial de la Defensa Pública de la República Bolivariana de Venezuela, quienes tuvieron a bien compartirlo y a quienes agradecemos.

Sin más preámbulo, se pone a su disposición el volumen 27 de nuestra revista, con la gratitud de la recepción a la misma.

**Instituto Federal de Defensoría Pública**

Julio 2019

**El derecho humano a una defensa adecuada.  
Una propuesta para aumentar la correspondencia  
entre el ideal y la realidad: uso de indicadores**

*Nicolás Lenin Alegría Peredia\**

RESUMEN: Los objetivos del presente artículo son: I) Identificar la fundamentación jurídica vigente del derecho humano a una defensa adecuada; II) Recabar información sobre el estado de cumplimiento al derecho humano a una defensa adecuada; y III) Teorizar porque la Guía para la Medición y Aplicación de Indicadores de Derechos Humanos que promueve la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos es una herramienta útil para crear un puente entre el deber ser y el ser de la defensa adecuada.

SUMARIO: I. Introducción. II. Defensa adecuada: enfoque del deber ser. III. Defensa adecuada: enfoque del ser. IV. Vinculación entre el deber ser y el ser a una defensa adecuada. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

**I. Introducción**

De nada sirve que los derechos humanos sean considerados como los de mayor jerarquía axiológica y jurídica en nuestro país, si solamente permanecen en los cuerpos normativos y en el discurso político. Resulta indispensable medir de manera objetiva, transparente, comprobable, idónea, ordenada y uniforme el grado de

\* Defensor Público Federal

disfrute que tienen las personas en sus derechos humanos en un lugar y momento determinado. Con ello se debe sentar las bases para su mantenimiento (no regresión) y mejora de los mismos (progresividad). Hoy en día se cuenta con herramientas metodológicas adecuadas para tal efecto, como la Guía para la Medición y Aplicación de Indicadores de Derechos Humanos que promueve la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, no obstante, los sujetos destinatarios de la misma no la usan.

Desde el 11 de junio de 2011, los derechos humanos en México pasaron a ser el elemento principal y omnipresente del sistema jurídico de nuestro país. Sin lugar a dudas, es un gran avance que el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos los incluya ahora de forma expresa, pero ¿qué regula en concreto cada derecho humano? ¿qué tanto se concreta y progresa en un lugar determinado? ¿cómo saberlo? por ejemplo, el derecho a una defensa adecuada.

Las normas de derechos humanos dada sus aspiraciones de universalidad, son redactadas en los términos más generales, pretendiendo favorecer lo más posible a las personas, irónicamente esa cualidad dada su amplitud dificulta su entendimiento y concreción (el todo es la nada). Ese fenómeno no es la excepción para el derecho a la defensa adecuada, el cual es entendido de múltiples y muy variadas formas, verbigracia para algunos autores *el derecho de defensa tiene una íntima relación con la independencia y la libertad del abogado, así como con la salvaguardia del secreto profesional*.<sup>1</sup> Para otros *el juez adquiere un compromiso más, no solo de ser director del proceso penal acusatorio, sino el de*

<sup>1</sup> Cruz Barney, O.: *Defensa a la defensa...* cit., p. 10.

*garante de los derechos fundamentales. Es preciso que para ello, el juez sin titubear haga uso de las facultades que la ley le otorga para garantizar, en especial el derecho a la debida defensa, como un medio para acceder a la justicia.*<sup>2</sup> Incluso hay quienes consideran que lo importante es comprender que cualquier enumeración de Derechos Humanos tiene un fundamento político, proviene de la ideología que expresa los intereses de quién produce la enumeración.<sup>3</sup>

Así las cosas, no es de extrañar que hoy en día la eficacia del derecho constitucional del acusado a contar con una defensa adecuada, tanto la etapa de detención como en el juicio penal, se pueda medir de formas distintas.<sup>4</sup> El reto consiste en hacerlos conmensurables desde un enfoque de derechos humanos (con base a su naturaleza jurídica destacar atributos) y uso de metodológica científica (social-natural). Sobre esto último, *el mundo de las ciencias contemporáneas se encuentra en una revisión integral de paradigmas y principios. La separación original entre ciencias naturales (o duras) y las humanidades o ciencias sociales comienza a superarse, y más que la separación de ambos universos, se proyectan armonizaciones, unificaciones e intentos de conjuntar globalmente al mundo de la ciencia actual.*<sup>5</sup>

## II. Defensa adecuada: enfoque del deber ser

### A. Definición

De acuerdo al Diccionario de la Lengua Española por defensa se entiende *la acción y efecto de defender, esto*

<sup>2</sup> Pérez Daza, A.: *“El derecho a la debida...”* cit., p. 26.

<sup>3</sup> Correas, O. y del Gesso Cabrera, A. M.: *“El discurso de los...”* cit., p. 464

<sup>4</sup> Magaloni, A. L., e Ibarra, A. M. *“La configuración jurisprudencial...”* cit., p. 7.

<sup>5</sup> Witker, J.: *“Los derechos humanos: nuevo...”* cit., p. 980.



último a su vez se entiende cómo proteger. Por otra parte, adecuado es lo apropiado para alguien o algo.<sup>6</sup>

*Genéricamente entendida, defensa es el acto o conjunto de actos realizados para repeler una agresión injusta. En sentido jurídico la defensa se manifiesta en actos legítimos hechos valer para la salvaguarda de un derecho. Consiste en la oposición expresa que una persona hace valer ante los órganos de la jurisdicción estatal en cualquier caso en que ésta intervenga para la solución de un litigio.*<sup>7</sup>

Defender tiene la connotación de rechazar, proteger o resguardar, por lo que hace referencia a la persona que realiza esa acción a favor de sí mismo o de otro.<sup>8</sup>

Encontramos ya los matices de la defensa material y técnica, sobre esto último se entiende –o se ha entendido– que el abogado patrocinador del imputado es defensa letrada y defensa técnica. Letrado, en cuanto abogado y, técnica, en cuanto debe ser un especialista en derecho penal y procesal.<sup>9</sup>

La defensa adecuada como derecho, es de la mayor categoría, por lo que debe:

*Concebirse como un derecho de rango fundamental, atribuido a las partes de todo proceso, podemos decir que se puede materializar básicamente en la necesidad de que estas sean oídas, en el sentido de que puedan alegar y puedan demostrar para*

<sup>6</sup> Diccionario de la Lengua Española, consultado en [www.rae.es](http://www.rae.es). Fecha de consulta 22 de febrero de 2019.

<sup>7</sup> Diccionario Jurídico Mexicano... cit., p. 47.

<sup>8</sup> Mac-Gregor, E. F.: et. al.: *Diccionario de derecho procesal...* cit., p. 322.

<sup>9</sup> Hidalgo Murillo, J. D.: *Derecho a la defensa* cit., pp. 113-142. consultado en [www.biblio.juridicas.unam.mx](http://www.biblio.juridicas.unam.mx).

*conformar la resolución judicial, y en que conozcan y puedan rebatir sobre todos los materiales de hecho y de derecho que puedan influir en la resolución judicial.*<sup>10</sup>

Como ya se había adelantado,

*Es un derecho que puede entenderse de diversas maneras la garantía de audiencia establecida por el artículo 14 constitucional consiste en otorgar al gobernado la oportunidad de defensa previamente al acto privativo de la vida, libertad, propiedad, posesiones o derechos, y su debido respeto impone a las autoridades, entre otras obligaciones, la de que en el juicio que se siga “se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento. Estas son las que resultan necesarias para garantizar la defensa adecuada antes del acto de privación y que, de manera genérica, se traducen en los siguientes requisitos: 1) La notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; 2) La oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; 3) La oportunidad de alegar; y 4) El dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas. De no respetarse estos requisitos, se dejaría de cumplir con el fin de la garantía de audiencia, que es evitar la indefensión del afectado.*<sup>11</sup>

*El derecho de defensa como una garantía procesal se encuentra íntimamente ligado con la noción de debido proceso.*<sup>12</sup> *Con la defensa se garantiza toda la estructura*

<sup>10</sup> Hernández Aguirre, C. N.: “El derecho de defensa adecuada...” cit., p. 25.

<sup>11</sup> Registro: 200234, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo II, diciembre de 1995, p. 133.

<sup>12</sup> Montero, D., y Salazar, A.: *Derecho de defensa en la jurisprudencia...* cit., p. 101.

*protectora de los principios de inocencia, culpabilidad y debido proceso, cuya finalidad será activar el control de constitucionalidad y juridicidad de cada acto del operador jurídico.*<sup>13</sup>

La defensa adecuada rige tanto al sistema penal mixto, que aún se sigue aplicando en muchas partes del país, dada la etapa de transición en la que nos encontramos, como en el nuevo procedimiento penal en México, mismo que continúa siendo uno de los derechos fundamentales en favor del imputado. *La defensa adecuada se manifiesta a través de los principios de contradicción y de presunción de inocencia. La defensa tiene que confrontar los medios de prueba y oponerse a las peticiones y a los alegatos de la otra parte.*<sup>14</sup>

Bajo este orden de ideas, tenemos que *el contenido básico de la defensa adecuada es, precisamente, el derecho fundamental que tiene toda persona imputada a contar con una real y eficiente estrategia de defensa y todo lo que ello implique, es decir, debe contar con todos los elementos y herramientas jurídicas para lograr el esclarecimiento en su favor de los hechos materia de la imputación de la que es parte.*<sup>15</sup>

## **B. Fundamento Jurídico**

Su base constitucional es el artículo 20, inciso b, fracción VIII, que regula los derechos de las personas imputadas, de manera textual establece:

*tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde*

<sup>13</sup> Gaona, C. M.: et. al. “La defensa penal con clave...” cit., p. 2.

<sup>14</sup> Morales, D. S. y Fernández, R. S.: “La importancia de la teoría...” cit. p. 182.

<sup>15</sup> Islas, V. R.: ¿Qué Implica el Derecho de una Defensa...” cit., p. 65.

*el momento de su detención. Si no quiere o no puede nombrar un abogado, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor público. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera.*<sup>16</sup>

En el derecho internacional de los derechos humanos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos en sus artículos 10 y 11.1 disponen:

*Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.*<sup>17</sup>

En la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su numeral XXVI establece que *toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública.*<sup>18</sup>

<sup>16</sup> Dado el principio de interdependencia propio de los derechos humanos, necesariamente impactaría todo lo relacionado con el debido proceso, destacando el contenido de los numerales 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; no obstante, no será desarrollado en el presente estudio, dada su temática y amplitud.

<sup>17</sup> Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Fecha: Aprobada y proclamada en la CLXXXIII en sesión plenaria el 10 de diciembre de 1948. Resolución 217 A (III).

<sup>18</sup> Declaración aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana. Bogotá, Colombia, 1948.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14.1 y 14.3 incisos b y d, refiere que,

*Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección; d) a hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo.<sup>19</sup>*

Finalmente, en el artículo 8.2 incisos d y e, de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone:

*Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección o de comunicarse libre y privadamente con su defensor; derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no*

<sup>19</sup> Tratado internacional. Adopción: 16 de diciembre de 1966. Fecha de entrada en vigor internacional: 23 de marzo de 1976. Vinculación de México: 23 de marzo de 1981 (Adhesión). Fecha de entrada en vigor para México: 23 de junio de 1981. DOF: 20 de mayo de 1981.

*se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley.<sup>20</sup>*

A continuación, se destacan algunos criterios de interpretación del Poder Judicial de la Federación, sobre la defensa adecuada en el Sistema Jurídico Mexicano:

#### DEFENSA ADECUADA. FORMA EN QUE EL JUEZ DE LA CAUSA GARANTIZA SU VIGENCIA.

La garantía individual de defensa adecuada contenida en el artículo 20, apartado A, fracción V, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en su texto anterior a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008) entraña una prohibición para el Estado consistente en no entorpecer el ejercicio del derecho de defensa del gobernado y un deber de actuar, en el sentido de informarle el nombre de su acusador, los datos que obren en la causa, brindarle la oportunidad de nombrar un defensor, no impedirle que se entreviste de manera previa y en privado con él y, en general, no impedir u obstaculizar el ejercicio de las cargas procesales que le corresponden dentro del proceso penal para desvirtuar la acusación del Ministerio Público. Así, para proteger la citada garantía es necesario que la labor de quien funja como defensor sea eficaz, pues aquélla no puede concebirse como un mero requisito formal, sino que debe permitir una instrumentación real para tener oportunidades de descargo que, básicamente, permitan al imputado una efectiva

<sup>20</sup> Tratado internacional. Adopción: 22 de noviembre de 1969. Fecha de entrada en vigor internacional: 18 de julio de 1978. Vinculación de México: 24 de marzo de 1981. Fecha de entrada en vigor para México: 24 de marzo de 1981. OF: 7 de mayo de 1981.



participación en el proceso. Ahora bien, el juez de la causa garantiza la posibilidad de defensa al permitir que se den todas las condiciones necesarias para que el inculpado sea debidamente asistido, tanto formal como materialmente, de manera que si en los hechos no puede calificar su adecuada defensa -en razón de la forma en que se conduce el defensor respectivo-, ello no significa que el juez de la causa viole la garantía en cuestión, pues el control de la correcta o incorrecta actitud procesal del defensor, del debido ejercicio de las cargas procesales, así como de su pericia jurídica, sólo podrían ser materia de responsabilidad profesional, en términos de las leyes administrativas o penales, y según se trate de un defensor de oficio o particular. Esto es, el juez respeta la garantía de defensa adecuada: (i) al no obstruir en su materialización (como ocurre cuando niega el derecho a una entrevista previa y en privado o interfiere y obstaculiza la participación efectiva del asesor) y (ii) al tener que asegurarse, con todos los medios legales a su alcance, que se satisfacen las condiciones que posibilitan la defensa adecuada, sin que ello signifique que esté en condiciones de revisar la forma en que los defensores efectivamente logran su cometido, pues ello excedería las facultades que tiene a su cargo para vigilar que en el proceso se garantice una defensa adecuada.<sup>21</sup>

En el sistema Interamericano de Derechos Humanos en torno a la defensa adecuada se han emitido criterios relacionados con la asistencia letrada suministrada por

<sup>21</sup> Época: Décima Época. Registro: 160044. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro X, Julio de 2012, Tomo 1. Materia(s): Constitucional. Tesis: 1a./J. 12/2012 (9a.). Página: 433.

el Estado, *debe ser efectiva*,<sup>22</sup> es al juez como director del proceso a quien corresponde velar por esta garantía,<sup>23</sup> una de las garantías inherentes al derecho de defensa es *contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa, lo cual obliga al Estado a permitir el acceso del inculpado al conocimiento del expediente llevado en su contra*.<sup>24</sup> Por su parte, en el Sistema Universal de Derechos Humanos tenemos que los acusados deben *disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y deben poder comunicarse con un defensor de su elección*.<sup>25</sup>

### III. Defensa adecuada: enfoque del ser

De la revisión de la exposición de motivos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 2017, en lo que aquí interesa se manifestó *las garantías que todo acusado debe tener en un juicio criminal; en la práctica han sido enteramente ineficaces, toda vez que, sin violarlas literalmente, al lado de ellas se han seguido prácticas verdaderamente inquisitoriales*.

Hoy en día ¿cómo nos encontramos a nivel federal? una respuesta rápida y plausible sería consultar la estadística e informes oficiales, pues seguramente

<sup>22</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C. No. 170, Párrafo 159.*

<sup>23</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 303., Párrafo 170.*

<sup>24</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, Párrafo 156.*

<sup>25</sup> Observación: CCPR-GC-32 El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia (Sustituye la CCPR/GC/13), Párr. 32. Comité de Derechos Humanos.

contendrán esa información, hecho el ejercicio anterior tanto en el informe de labores 2018 del Director del Instituto Federal de Defensoría Pública,<sup>26</sup> como en textos del Instituto Nacional de Estadísticas y Geografía, resultó sorprendente que no exista parámetro alguno, para poder saber el grado de cumplimiento del derecho a una defensa adecuada en un lugar y momento determinado, en su lugar solo se advierten en el mejor de los casos, múltiples datos aislados relacionados con el número de servicios prestados y otros cuantos más sobre el uso de recursos materiales, humanos y financieros.

#### **IV. Vinculación entre el deber ser y el ser a una defensa adecuada**

##### **A. Justificación**

*El derecho de defensa adecuada es un principio que se debe comprender por la comunidad y que se debe adecuar, regular e interpretar de manera efectiva para su optimización.*<sup>27</sup>

¿Pero de qué sirve plasmar en textos jurídicos los más nobles ideales de la humanidad? si su cumplimiento no será tomado en serio, hoy más que nunca la sociedad democrática mexicana requiere mecanismos de rendición de cuentas, objetivos y hermanados con la ciencia, para saber cómo estamos y cómo podemos mejorar en temas tan sensibles como el derecho humano a la defensa adecuada.

Sabemos que *el proceso que lleva a los derechos humanos desde el establecimiento de normas hasta*

<sup>26</sup> Informe Anual de Labores 2017-2018 del Instituto Federal de Defensoría Pública Federal. Cit. pp 5 y 6.

<sup>27</sup> Hernández Aguirre, C. N.: “El derecho de defensa...” cit., p. 37.

*la realización efectiva depende, en gran medida, de la disponibilidad de instrumentos apropiados para la formulación y la evaluación de las políticas en la materia. Los indicadores, tanto cuantitativos como cualitativos, son uno de esos instrumentos indispensables.*<sup>28</sup>

Cerrando la idea que nos ocupa, tenemos que:

*Al abordar el tema de los derechos humanos nos encontramos ante un panorama ambivalente, por un lado las pretensiones de desarrollo, defensa y protección de dichos derechos plasmados en el deber ser, y por otro, las dificultades que el ser presenta para su realización, con la particularidad que en esta relación dialéctica entre normatividad y realidad se encuentra en juego el núcleo que determina la manera democrática o tiránica con que se ejerce la forma de gobierno.*<sup>29</sup>

##### **B. Mecanismo propuesto: sistema de indicadores**

*Los indicadores representan importantes herramientas para la toma de decisiones ya que transmiten información científica y técnica que permite transformar a la misma en acción.*<sup>30</sup>

*Los indicadores son elementales para evaluar, dar seguimiento y predecir tendencias de la situación de un país, un estado o una región en lo referente a su economía, sociedad, desarrollo humano, etc., así como para valorar el desempeño institucional*

<sup>28</sup> Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Indicadores de Derechos Humanos. Guía para la medición y la aplicación.* Naciones Unidas. [www.ohchr.org/Documents/Issues/HRIndicators/AGuideMeasurementImplementationCover\\_sp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/HRIndicators/AGuideMeasurementImplementationCover_sp.pdf).

<sup>29</sup> López, C. J. L.: *Nuevos aspectos en el estudio...* cit. p. 1053.

<sup>30</sup> María, L., y Natacha, T. G.: “Sistema de indicadores económicos...” cit., p.1.

*encaminado a lograr las metas y objetivos fijados en cada uno de los ámbitos de acción de los programas de gobierno.*<sup>31</sup>

Así las cosas:

Con el paso de los años y el robustecimiento del marco normativo en materia de derechos humanos, es cada vez más necesario contar con estadísticas específicas que den cuenta de la situación de estos derechos. Así, los pactos internacionales, las convenciones, sus protocolos facultativos, tratados internacionales y regionales y los organismos creados a partir de éstos, han visibilizado la importancia de las estadísticas e indicadores con perspectiva de derechos humanos.<sup>32</sup>

## V. Conclusiones

El tema de los indicadores de derechos humanos es un tópico estudiado y en estudio, por los especialistas, desde el siglo pasado hasta nuestros días, tanto en el Sistema Universal como en el Sistema Interamericano. A juicio del suscrito el documento más acabado (pero perfectible) sobre la materia es, la Guía para la Medición y Aplicación de Indicadores de Derechos Humanos fomentado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Porque se nutre de las experiencias pasadas, participan en su diseño expertos de muchos países, tiene aplicaciones prácticas, contempla aspectos transversales a los derechos humanos, puede ser emulado en un lugar y tiempo determinado, entre otras cualidades. Estoy

<sup>31</sup> Mondragón Pérez, A. R.: “¿Qué son los indicadores?...” cit., p. 54.

<sup>32</sup> INEGI, *Estadística de los Derechos Humanos en México desde los Organismos Públicos encargados de su protección y defensa*. p.7.

convencido que es una herramienta útil para crear en el Sistema Jurídico Mexicano un puente entre el deber ser y el ser de la defensa adecuada. ¿Qué esperamos para adoptarlo? Manos a la obra.

## VI. Bibliografía

- Correas, Oscar, y Del Gesso Cabrera, Ana María.: *“El discurso de los derechos humanos, un discurso político”*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. <http://dx.doi.org/10.22201/ij.24484873e.1997.89.3483>
- Cruz Barney, Oscar.: *“Defensa a la defensa y abogacía en México”*. Universidad Nacional Autónoma de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Cuadernos de Abogacía. Num. 1. México, 2015.
- Gaona Cante, Martha, Zapata Duran, Roberto Wesley y Sánchez Lazcano, Javier.: *“La defensa penal con clave en derechos humanos: nuevos retos”*. Revista electrónica sobre ciencia, tecnología y sociedad, Vol. 4. Num 8, 2017.
- Hernández Aguirre, Christian Norberto.: *“El derecho de defensa adecuada en el sistema penal acusatorio”*. Ciencia Jurídica. Universidad de Guanajuato, Año 1. Núm, 18, México, 2013.
- Hidalgo Murillo, José Daniel.: *“Derecho a la defensa y sistema de Justicia Penal en México”*, 2009. <http://biblio.juridicas.unam.mx>
- INEGI.: *Estadística de los derechos humanos en México desde los organismos públicos encargados de su protección y defensa*. Instituto Nacional de Estadística y Geografía. México, 2013.

- Instituto Federal de Defensoría Pública FDP.: *Informe anual de labores 2017-2018*. México, 2018.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.: *Diccionario jurídico Mexicano*. México, 1983.
- Islas Valdés, Rodolfo.: ¿Qué Implica el Derecho de una Defensa Adecuada? Nova Iustitia. Revista Digital de la Reforma Penal. Volumen VII. 2018.
- López Chavira, José Luis.: *“Nuevos aspectos en el estudio de los derechos humanos y la lucha por su defensa en el estado Mexicano”*. Instituto Internacional de Sociología Jurídica. España, 1993.
- López, María Teresa y Gentile, Natacha.: *“Sistema de indicadores económicos y sociales: la importancia del análisis integrado”*. Centro de Investigación, seguimiento y monitoreo del desarrollo, Universidad Nacional de Mar de Plata. Argentina 1993.
- López, María Teresa y Gentile, Natacha.: *“Sistema de indicadores económicos y sociales: la importancia del análisis integrado”*. 2016.
- Mac-Gregor Ferrer, Eduardo y Martínez Ramírez Fabiola y Figueroa Mejía, Geovanni.: *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie: Doctrina jurídica, núm. 706. México, 2014.
- Magaloni Krpel, Ana Laura y Ibarra Olguín, Ana María.: *La configuración jurisprudencial de los derechos fundamentales. El caso del derecho*

*constitucional a una “defensa adecuada”*. Documentos de trabajo del CIDE. 2007.

- Montero, Diana, y Salazar, Alonso.: *“Derecho de defensa en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”*.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.: *Indicadores de Derechos Humanos. Guía para la medición y la aplicación*. 2012.
- [www.ohchr.org/Documents/Issues/HRIndicators/AGuideMeasurementImplementationCover\\_sp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/HRIndicators/AGuideMeasurementImplementationCover_sp.pdf)
- Pérez Daza, Alfonso.: *“El derecho a la debida defensa en el Código Nacional de Procedimientos Penales y su tutela judicial”*. Nova Iustitia, Año IV, núm. 197. 2016.
- Santacruz Morales, David y Santacruz Fernandez, Roberto.: *“La importancia de la teoría del caso para lograr una defensa adecuada”*. Revista de investigación en derecho, criminología y consultoría jurídica, Año 9. 2016.
- Semanario Judicial de la Federación.: Poder Judicial de la Federación. México. <http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/SemanarioIndex.aspx>
- Suprema Corte de Justicia de la Nación y Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.: *Compilación de instrumentos internacionales sobre protección de la persona aplicables en México*. Editorial Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2012.

- Witker, Jorge.: *“Los derechos humanos: nuevo escenario de la investigación jurídica”*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. 2017.
- [www.bjdh.org.mx/BJDH/](http://www.bjdh.org.mx/BJDH/).
- [www.corteidh.or.cr/cf/themis/digesto/index.cfm](http://www.corteidh.or.cr/cf/themis/digesto/index.cfm).

**Experticias heredo-biológicas en la defensa pública de la República Bolivariana de Venezuela: estudio descriptivo durante los años 2015-2018**

*Rómulo José Andazol Espinoza \**

*Darío Alberto Mercado Polanco \*\**

RESUMEN: El presente estudio se centra en la línea de investigación denominada Filiación Biológica, desarrollada por la División de Laboratorio de Identificación Genética, adscrita a la Dirección Nacional de Apoyo Técnico Pericial de la Defensa Pública. El objetivo es reportar el valor de la tasa de exclusión de la paternidad en función del tipo de demanda legal y presentarlo como un indicador del reconocimiento legal de los niños, niñas y adolescentes antes y después de la aplicación de esta experticia de ADN, todo ello, soportado con el cumplimiento de la normativa técnica internacional en los casos con exclusión y no exclusión de la paternidad/maternidad. La metodología utilizada consistió en la revisión de 140 casos judiciales de filiación biológica estudiados en el Laboratorio de Identificación Genética de la Defensa Pública durante los años 2015-2018, lo que permitió determinar el valor de estos parámetros. Entre los principales resultados se encontró que la tasa global de

\*Jefe de la División de Fortalecimiento Cognoscitivo adscrito a la Dirección Nacional de Apoyo Técnico Pericial de la Defensa Pública de la República Bolivariana de Venezuela.

\*\*Jefe de la División del laboratorio de identificación genética adscrito a la Dirección Nacional de Apoyo Técnico Pericial de la Defensa Pública de la República Bolivariana de Venezuela.



exclusión de la paternidad fue de 25,7%. Este valor fue diferente significativamente ( $p<00,5$ ) al discriminarse por inquisición de paternidad (19,6%), impugnación por el padre legal (66,7%) e impugnación por otro padre (26,09%). La inquisición de paternidad representó el 72,9% de los casos totales, el 27,1% correspondió a los casos de impugnación de la paternidad, mientras que la demanda biológica más solicitada fue la paternidad con el 97,1%. Estos resultados indican que en el 74,3% de los casos se logró determinar el vínculo biológico entre los niños, niñas y adolescentes y la madre o el padre alegado. Sin embargo, existe un grupo de niños, niñas y adolescentes (23,13%) que aún permanecen sin el reconocimiento legal por parte de su padre biológico y pueden ser considerados una población vulnerable. Finalmente, se destaca que la tasa de exclusión diferencial por demanda legal puede estar asociada a la confianza de las madres o padres alegados sobre la paternidad/maternidad reclamada o cuestionada y que el cumplimiento de la normativa técnica respecto a los resultados es fundamental debido a los cambios biopsicosocioculturales que genera en el entorno familiar de las personas evaluadas.

SUMARIO: I. Introducción. II. Materiales y Métodos. III. Resultados. IV. Discusión. V. Agradecimientos. VI. Referencias bibliográficas.

## I. Introducción

De acuerdo a los documentos consultados, a partir de enero del año 1985 el Laboratorio de Genética Humana del Instituto Venezolano de Investigaciones Científicas, comienza a prestar el servicio de pruebas de filiación biológica en atención a las solicitudes privadas, judiciales y forenses,<sup>3</sup> cuyo reconocimiento judicial consta en la sentencia de la extinta Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Social, en sentencia N° 432, expediente N° 96-640 de fecha 2 de junio de 1998, que confirma el carácter jurídico científico del Instituto Venezolano de Investigaciones Científicas para realizar análisis de ADN.

Actualmente en el país existen doce laboratorios públicos que realizan estudios genéticos en el área forense y filiación biológica, donde figuran además del Laboratorio de Identificación Genética de la Defensa Pública, el Departamento de Genética Forense del Ministerio Público, el Laboratorio de Identificación Genética del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, el Departamento de Genética Forense del Laboratorio Criminalístico de la Guardia Nacional Bolivariana, la Unidad de Estudios Genéticos y Forenses adscrita al Instituto Venezolano de Investigaciones Científicas, el Laboratorio de Genética Humana del Instituto Venezolano de Investigaciones Científicas, el Servicio de Identificación Genética de la Fundación Instituto de Estudios Avanzados, el Laboratorio de Genética Molecular de la Universidad del Zulia, el Laboratorio de Biología y Medicina Experimental de la Universidad de los Andes, el Laboratorio de Embriología y Endocrinología Molecular de la Universidad Centroccidental "Lisandro

<sup>3</sup> Arias, S.: "Laboratorio de genética humana. Instituto Venezolano de Investigaciones..."

Alvarado”, la Unidad de Genética y Laboratorio de Biología Molecular de la Universidad de Oriente y el Laboratorio de Identificación Genética del Servicio Nacional de Medicina y Ciencias Forenses, actualmente en proceso de reestructuración física. Los cuales poseen la aceptación de sus investigaciones por el sistema de justicia venezolano a través de lo expuesto en la sentencia N° 0146, expediente N° 07-2117 de fecha 14 de febrero de 2008, de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, que puntualiza los avances técnicos y científicos que tienen otras instituciones como el Instituto Venezolano de Investigaciones Científicas, para realizar de igual forma pruebas de ADN y análisis afines.

En este sentido, desde la inauguración del Laboratorio de Identificación Genética de la Defensa Pública el 14 de enero de 2015, se han realizado ciento cuarenta experticias heredo biológicas, con la finalidad de determinar las relaciones de parentesco entre los integrantes de los grupos familiares evaluados y, a su vez, suministrar al sistema de justicia venezolano los medios de prueba que permitan tomar decisiones objetivas en los casos de demanda de inquisición e impugnación de la paternidad o maternidad, para el restablecimiento de la identidad biológica de los niños, niñas y adolescentes y de todos los derechos humanos que por ley les corresponden.

Ahora bien, como laboratorios científicos al servicio del sistema de justicia hemos prestado más atención a casos forenses y menos interés a los casos de paternidad, y se ha perdido de vista por un momento otros beneficios que arrojan estos estudios vinculantes científicamente con la obtención de datos críticos e indicadores sociales,

aunado a la divulgación de la información técnica derivada de estas investigaciones judiciales que permitan visibilizar la importancia de estos laboratorios para la generación de aportes sociales.

En consecuencia, durante el proceso de revisión bibliográfica para conocer el producto de los trabajos publicados por los laboratorios venezolanos que realizan pruebas heredo biológicas, se precisó que sus objetivos se enfocaron sobre el porcentaje de casos con exclusión de la paternidad, cumplimiento de la normativa internacional en los casos de no exclusión/exclusión, reporte de neomutaciones y el análisis de los resultados por ente solicitante, dejando a un lado el análisis de la información contenida en los casos evaluados y su potencial importancia, alcances e implicaciones sociales.<sup>4</sup>

Asimismo, en el ámbito internacional,<sup>5</sup> incluyen la descripción de casos atípicos y la experiencia en la resolución de casos complejos, resaltando el aporte de su metodología empleada para la resolución de este tipo de casos.

Adicionalmente, en estudios realizados en Hong Kong en el año 1997 y 2003, se incluyeron las implicaciones legales de la prueba de filiación sobre los datos de identificación del niño que van desde razones médicas hasta la realización de correcciones en el certificado de nacimiento;<sup>6</sup> y aspectos socioeconómicos que posiblemente influyen en los hábitos sexuales de la población sujeta de estudio, así como información

<sup>4</sup> Nastasi, J. et. al.: “Pruebas de filiación biológica...”

<sup>5</sup> Jorquera, H. et. al.: “Estudios de parentesco mediante marcadores...”, cit., pp. 193-200.

<sup>6</sup> Hawkins, B.: “Fourteen-year experience of human leucocyte antigenotyping in cases...”, cit., pp. 369-372.

para que los departamentos gubernamentales tomen conciencia de la existencia de una población de niños vulnerables.<sup>7</sup>

En Venezuela, cabe destacar que la prueba de ADN está mayormente destinada a personas en conflicto con la ley, ya que permite de una manera muy acertada la identificación de quién cometió el delito. No obstante, sería importante equiparar esa demanda con las pruebas de paternidad o filiación biológica, las cuales muestran cinco aspectos primordiales que se ajustan a los planteamientos citados anteriormente, a saber: 1. La vinculación entre lo biológico, jurídico y social, como ejes transversales de la filiación de parentesco en la sociedad; 2. La unión natural padre-madre-hijo, como un lazo originario del ser humano; 3. La garantía del derecho a la identidad biológica de los niños, niñas y adolescentes, que otorga una personalidad propia, única y jurídica; 4. El bienestar biopsicosociocultural de las familias evaluadas, que le permite llevar una vida en familia como base de la sociedad; y 5. La importancia de mantener informada a la sociedad sobre este tipo de pruebas, que no son únicas para casos forenses sino también en situaciones de parentesco y filiación biológica entre las familias.

Finalmente, cabe destacar que el presente estudio pertenece a la línea de investigación denominada Filiación Biológica, la cual abarca análisis de casos con un enfoque cuantitativo y cualitativo, evaluados en el Laboratorio de Identificación Genética de la Defensa Pública durante los años 2015-2018, y su objetivo se orienta en los siguientes puntos: 1. Dar cumplimiento a la normativa técnica

<sup>7</sup> Collins, R. et. al.: "Parentage testing anomalies in Hong Kong SAR..." cit., pp. 708-711.

internacional respecto a las características que definen los casos con exclusión y no exclusión de la paternidad/maternidad; 2. Determinar la tasa de exclusión de la paternidad; 3. Determinar la cantidad y el tipo de demandas legales procesadas en el Laboratorio de Identificación Genética de la Defensa Pública; y 4. Diagnosticar la situación de los niños, niñas y adolescentes respecto al reconocimiento legal, paterno o materno, antes y después de la aplicación de la experticia heredo biológica.

## II. Materiales y métodos

El diseño de este estudio fue de tipo descriptivo con un enfoque cualitativo. Se analizaron los resultados de 140 casos judiciales de investigación de filiación biológica procesados durante el periodo 2015-2018, los mismos están archivados en el área de atención al usuario de la División de Laboratorio de Identificación Genética perteneciente a la Dirección Nacional de Apoyo Técnico Pericial de la Defensa Pública. Cada uno de los integrantes de estos casos suscribió la respectiva planilla de consentimiento informado.

Fue elaborada una base de datos a partir de la información presente en los expedientes de los casos concluidos, registrando aspectos tales como: institución solicitante de la prueba, complejidad del caso, tipo de demanda biológica y legal, número de loci discordantes en los casos donde se obtuvo exclusión, índice acumulado y probabilidad de paternidad, para los casos donde no hubo exclusión de esta relación de parentesco.

Finalmente, fue calculado el porcentaje de casos con exclusión de la paternidad, tipo de demanda legal, ya sea impugnación e inquisición, y la clasificación de los casos, es decir simples y complejos. Asimismo, se determinó el

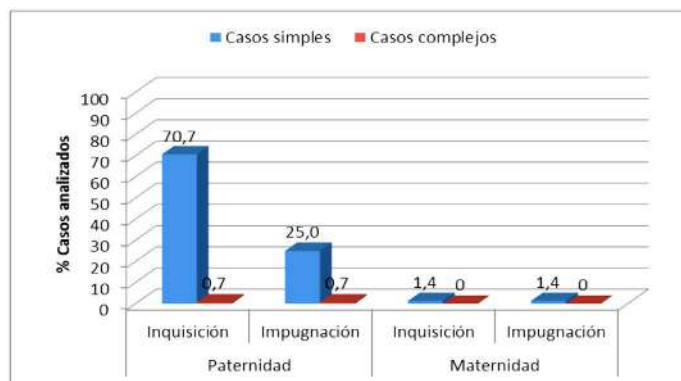
rango de valores reportados para el índice acumulado y la probabilidad de paternidad en los casos donde no hubo exclusión de la paternidad y el número de loci discordantes en los casos de exclusión. Finalmente, se realizó una prueba de  $X^2$  con un  $p < 0,05$  para determinar la diferencia entre las tasas de exclusión de la paternidad por tipo de demanda legal.

### III. Resultados

De un total de 140 casos de filiación biológica revisados, se encontró que en el 83,6% de los casos la prueba de filiación biológica fue solicitada por los defensores públicos en materia de protección de niños, niñas y adolescentes y, el restante 16,4% de los casos fue ordenado por otras instituciones del sistema de justicia de la República Bolivariana de Venezuela.

En el 97,1% de los casos revisados la demanda biológica correspondió a los estudios de paternidad y el 2,9% a estudios de maternidad. Respecto a la demanda legal, la inquisición de paternidad representó el 72,9% de los casos totales, mientras que el 27,1% correspondió a los casos de impugnación de la paternidad (figura 1).

**Figura 1.** Porcentaje de casos simples y complejos por demanda legal y biológica de paternidad y maternidad.



Fuente: Autores

Por otro lado, el 98,6% de los casos indicaron que los grupos familiares evaluados estuvieron integrados por el presunto padre, madre e hijo (a): el trio estándar. Solo en dos casos (1,4%) revisados el presunto padre estaba ausente.

La tabla 1 muestra que 36 casos de filiación biológica analizados corresponden a exclusiones de la paternidad. Esto representa una tasa global de exclusión de la paternidad del 25,7%. Al discriminar este parámetro en función del tipo de demanda legal se encontró que para los casos de inquisición de la paternidad el valor fue de 19,6%. Los casos de impugnación de la paternidad fueron discriminados en dos tipos: 1. Casos de impugnación de la paternidad solicitada por el padre legal y 2. Casos de impugnación de la paternidad solicitada por otro presunto padre. En los casos del primer tipo de impugnación la tasa de exclusión fue del 66,7% mientras que para el otro tipo de casos de impugnación fue del 26,09%.

**Tabla 1.** Resultados y comparaciones de los casos de filiación biológica según la demanda legal.

Resultado	Casos de Inquisición de la paternidad		Casos de Impugnación de la paternidad				Total
			*Padre legal		**Otro presunto padre		
	n	%	n	%	n	%	
No. Exclusión	82	80,4	5	33,3	17	73,9	104
Exclusión	20	19,6	10	66,7	6	26,1	36
Total	102	100	15	100	23	100	140

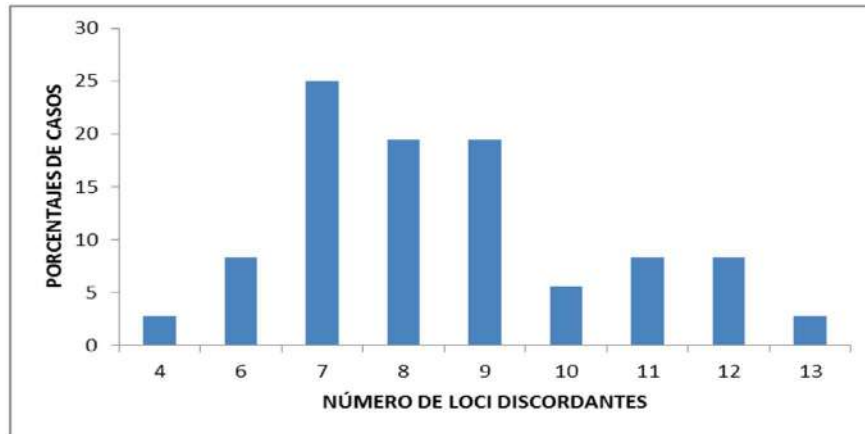
\*Persona que aparece como padre en el acta de nacimiento de los niños, niñas o adolescentes.

\*\*Persona que reclama la paternidad sobre un niño, niña o adolescente que ha sido previamente reconocido (legalmente) como hijo por otro hombre.



En el 63,88% de estos casos, la paternidad fue excluida con un promedio de 8 loci discordantes (figura 2).

**Figura 2.** Número de sistemas discordantes en los casos de exclusión de paternidad



Fuente: Autor

El índice de paternidad promedio para los casos no excluyentes, fue de 4.845.788.913, cuyo índice máximo se ubicó en 99.766.777.270 y el mínimo de 2.285. Por otro lado, en el 99% de estos casos la probabilidad de paternidad fue superior al 99,99%. Se encontró un caso con dos loci discordantes (D18S51 y FGA) de los quince marcadores estudiados. De igual forma, dos casos en donde un único loci (D18S51, D21S11 y CSF1PO) no fue concordante de los quince marcadores autosómicos STR estudiados. En estos casos, adicionalmente, se evaluaron otros loci autosómicos, pudiéndose determinar que se trataban de neomutaciones.

#### IV. Discusión

Visto que la experticia heredo biológica es un medio de prueba fundamental para el restablecimiento de la

identidad biológica de las personas, se evidenció que sólo las instituciones del sistema de justicia con la competencia de protección de niños, niñas y adolescentes presentes en todo el territorio nacional, solicitaron al Laboratorio de Identificación Genética de la Defensa Pública la investigación biológica de la paternidad o maternidad, a diferencia con otros laboratorios públicos que solo realizan pruebas forenses.

Las investigaciones para establecer la paternidad fueron los estudios más comunes en todos los casos analizados, lo cual coincide con los reportes previos en otros países. Sin embargo, en un 2,9% de casos se investigó la maternidad para proceder vía judicial a la actualización de documentos identificación de los niños, niñas y adolescentes. Este resultado, en relación con las investigaciones de la maternidad no se evidencian explícitamente en la literatura revisada.

Respecto a la dificultad técnica para resolver los casos, se encontró que el 98,6% de los analizados estaban conformados por el trio estándar: presunto padre, madre e hijo, es decir, evaluaciones simples, lo que facilitó la resolución de los mismos. Este resultado es muy similar al 90,6% reportado por Torres,<sup>8</sup> en un estudio llevado a cabo en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) con una muestra mucho mayor (4983 casos) a la empleada en este estudio (140 casos).

Dentro de los casos de estudio de la paternidad, el 72,9% corresponde a la demanda legal de inquisición. Este resultado significa que 109 niños, niñas y adolescentes nunca fueron reconocidos legalmente por sus padres biológicos y que gracias a la aplicación de

<sup>8</sup> Torres, J. et. al.: cit. Documento Guía Pruebas de ADN...



esta prueba científica se le garantizó, a este grupo y a todos los niños, niñas y adolescentes involucrados en los casos, el derecho constitucional a la identidad biológica consagrado en el artículo 56 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Sin embargo, solo el 80,4% de estos niños, niñas y adolescentes fueron filiados científicamente a sus padres biológicos y un 19,6% permanece aún sin conocer la identidad de su padre biológico y, por ende, disfrutar de todos los derechos que por ley les corresponden.

En cambio, los casos de impugnación de paternidad representan el 27,1% del total estudiados, y deben clasificarse en dos tipos, impugnación solicitada por el padre legal (hombre que aparece en el certificado de nacimiento como padre legal) e impugnación solicitada por otro presunto padre. Esta clasificación es necesaria ya que la intención del padre legal y del presunto padre es opuesta, es decir, por un lado, el padre legal pretende comprobar su paternidad o deshacer legalmente el reconocimiento de un niños, niñas y adolescentes y, por otro lado, el presunto padre reclama la paternidad biológica de un niños, niñas y adolescentes reconocido legalmente por otro hombre.

Los casos de impugnación de la paternidad solicitada por el padre legal representan el 10,71%, mientras que los solicitados por otro hombre corresponden al 16,43%, de todos los casos analizados. Cabe destacar que, en la impugnación de la paternidad solicitada por el padre legal, no se pudo discriminar por no saber si era por duda persistente o desconfianza sobre la paternidad, aun cuando el padre legal tenía conocimiento a priori que estaba reconociendo a un niños, niñas y adolescentes que es descendiente de otro padre. Este

último tipo de reconocimiento legal, demanda de parte de las autoridades competentes el establecimiento de los mecanismos legales que permitan llevar a cabo la impugnación del reconocimiento, sin tener que solicitar una experticia heredo biológica dadas las evidencias a priori, el alto costo de estas pruebas y el uso estrictamente necesario de la misma.

Estos resultados de impugnación indican que, en esta muestra de 140 casos analizados, existen 40 niños, niñas y adolescentes cuyo parentesco por vía paterna es dudoso. Sin embargo, después de la aplicación de la experticia heredo biológica se encontró que en 33,33% de los casos donde la impugnación de la paternidad fue iniciada por el padre legal y en el 73,9% de los casos donde la impugnación fue solicitada por otro presunto padre, la filiación biológica no pudo ser excluida, es decir, estos padres y niños, niñas y adolescentes podrán disfrutar de sus deberes y derechos correspondientes. Este último resultado es importante ya que refleja la preocupación de los padres por esclarecer su relación de parentesco respecto a los niños, niñas y adolescentes.

A diferencia del alto porcentaje (74,3%) de casos donde la paternidad no pudo ser excluida, la tasa global de exclusión de la paternidad fue más baja ubicándose en 25,7%, cuyo valor es más alto en comparación a los valores de 12,8% para las pruebas judiciales y 18,4% para las pruebas privadas, reportados en Venezuela por el Laboratorio de Genética Humana del Instituto Venezolano de Investigaciones Científicas,<sup>9</sup> durante el periodo comprendido entre los años 1985 a 2000; y a su vez, más bajos que los valores de 31,2% (judicial)

<sup>9</sup> Arias, S.: *op. cit.*

y 33,3% (privado) reportados por Nastasi, durante el periodo de 1999 al año 2010.<sup>10</sup>

En el ámbito internacional, Jorquera *et al.* 2008, reportaron para Chile una tasa de exclusión del 27,2% para el periodo del 2001 al 2006, mientras que el ICBF en su último reporte del año 2015, presento valores que varían entre el 30% y 32%. Algo semejante fue publicado por Hawkins en 1997, donde reporto para Hong Kong, valores de 29,9% durante un periodo de 14 años de 1982 a 1996. Adicionalmente, reportaron también para Hong Kong una tasa de exclusión diferencial entre las pruebas que son solicitadas en persona (18,4%) y anónimas (40%) durante un periodo de 2 años (2000-2002).<sup>11</sup>

Estos laboratorios obtuvieron tasas diferenciales de exclusión de la paternidad al discriminar los casos en judiciales y privados, lo cual puede estar asociado a la confianza que tenga la madre o el padre con el posible resultado. Esta situación puede ser apreciada en nuestros resultados al clasificar la tasa de exclusión de la paternidad en función de la demanda legal, donde los casos de inquisición de la paternidad tuvieron el valor más bajo de 19,6% y, en estos casos la madre acude al sistema de justicia con cierta confianza sobre la identidad del padre biológico de su niños, niñas y adolescentes. Mientras que la tasa de exclusión para los casos de impugnación solicitada por el padre legal presentó el valor más alto de 66,7%, del mismo modo que el caso anterior, estos hombres tienen dudas razonables o conocimiento a priori sobre la relación de paternidad con los niños, niñas y adolescentes. La tasa de exclusión de la paternidad para los casos de impugnación iniciada

por otro presunto padre presenta un 26,09%, valor muy similar al obtenido para la tasa global de exclusión de la paternidad y, cuyo comportamiento respecto a la confianza sobre la paternidad es similar al de los casos de inquisición.

No se conoce el motivo exacto por el cual varia la tasa de exclusión de la paternidad.<sup>12</sup> Tal vez, este cambio puede estar asociado con cambios en la dinámica social y cultural de la población venezolana o por la adopción de mecanismos gubernamentales que permiten que los servicios legales sean más eficientes y accesibles a los grupos vulnerables, asimismo, deben diseñarse instrumentos de recolección de información precisos que permitan obtener datos sobre el nivel socioeconómico, educativo, demográficos, ente solicitante: judiciales o privadas, demanda legal y el grupo etario de las personas sujetos de estudio.

De esta categoría de resultados, llama la atención que un 23,13% de los niños, niñas y adolescentes que participaron en los 140 casos de estudios de paternidad y maternidad aún permanecen sin el reconocimiento legal por parte de su padre biológico, ya que, esta población de niños, niñas y adolescentes forma parte de los casos donde se excluyó la paternidad. cabe resaltar que, estos niños, niñas y adolescentes pueden constituir una población vulnerable como consecuencia de la limitación del disfrute de los derechos socioeconómicos que por ley le corresponden y de todos los beneficios biopsicosocioculturales que ofrece el entorno familiar.

Finalmente, la experticia heredo biológica en el ámbito legal, es una prueba ampliamente aceptada en el

<sup>10</sup> Nastasi, J. *et. al.: op. cit.*

<sup>11</sup> Collins, R. *et.al.: op. cit., pp.* 708-711.

<sup>12</sup> Torres, J. *et. al.: op cit.*

sistema de justicia venezolano para las investigaciones de las relaciones de parentesco biológico en los casos de protección de niños, niñas y adolescentes, lo que demanda del ámbito técnico y científico estrictos criterios de calidad. En este sentido, los dictámenes periciales emitidos por el Laboratorio de Identificación Genética de la Defensa Pública superan el 99,99% de probabilidad de paternidad exigido por las regulaciones internacionales.

En el ámbito social, los resultados de su aplicación generan cambios drásticos en la vida de las personas evaluadas. De ahí que, debe garantizarse que esta prueba científica pueda ser accesible a todas las personas que la requieran. Esta accesibilidad contempla el acceso gratuito a la justicia y la constante operatividad de los laboratorios públicos que suministran este medio de prueba.

## V. Agradecimientos

Se agrade la colaboración de Geraldine Balestrini, Subdelys Díaz, Juan Romero, Elihú Bolívar y Jesús Campos, integrantes del equipo del Laboratorio de Identificación Genética de la Defensa Pública, se extiende el agradecimiento a la Unidad de Estudios Genéticos y Forenses del Instituto Venezolano de Investigaciones Científicas. Asimismo, brindamos un agradecimiento especial a la Directora Ingrid Sánchez y a la Doctora Noralys Villarroel, por sus aportes y revisión del documento.

## VI. Referencias bibliográficas

- Arias, S.: *Laboratorio de genética humana. Instituto Venezolano de Investigaciones Científicas*. Perfiles genéticos en pruebas de paternidad y medicina forense: ejemplos del uso de la tecnología en

Latinoamérica. Programa de Biotecnología para América Latina y el Caribe de la Universidad de las Naciones Unidas. Caracas – Venezuela, 2003.

- Collins, R; Wu, W; Xing, J; Lau, L; Yu, A.: *Parentage testing anomalies in Hong Kong SAR of China*. Chin. Med. J. (Engl). 116(5): 708-711. China, 2003.
- *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. 1999, 30 de diciembre. *Gaceta Oficial de la República*, N° 36.860. Extraordinaria, marzo 24, 2000.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia N° 432, expediente N° 96-640 de fecha 02 de junio de 1998 de la Sala Social.
- Hawkins, B. *Fourteen-year experience of human leucocyte antigenotyping in cases of disputed parentage in Hong Kong*. Hong Kong Med. J. 3(4):369-372. Hong Kong, 1997.
- Jorquera, H; Acuña, M; Cifuentes, L.: “*Estudios de parentesco mediante marcadores del ADN: Experiencia en resolución de casos en los últimos seis años*”. Rev. Médica de Chile. 136(2):193-200. Chile, 2008.
- Nastasi, J; Nastasi, J; Parrilla, A; Sánchez, O.: “*Pruebas de filiación biológica en Ciudad Bolívar, Venezuela, período 1999-2010*”. Saber, Universidad de Oriente, Venezuela. Vol. 26 N° 1: 33-36. Venezuela, 2014.
- Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia N° 0146, expediente N° 07-2117 de fecha 14 de febrero de 2008, de la Sala de Casación Social.

- Torres, J; Rueda, O; Jaime, L.: *Documento Guía Pruebas de ADN para Investigación de Paternidad y/o Maternidad. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Subdirección de Restablecimiento de Derechos Dirección de Protección*. Bogotá. D.C., 2015.

### **La investigación criminal como elemento generador de dinamismo en la defensa penal**

*Gabriel Felipe Arce Pérez \**

*Todo investigador debe ser un filósofo como todo filósofo es un investigador, pues comparten el amor a la sabiduría... la curiosidad por el conocimiento.*

RESUMEN: Este trabajo puede considerarse la continuación de la aportación titulada *Investigadores de la defensoría de oficio como elementos para la evolución y perfeccionamiento de la defensa penal*, publicada anteriormente en la revista número 26 del Instituto Federal de Defensoría Pública. En esta oportunidad, se estudian aspectos más profundos relacionados a la implementación y existencia de los investigadores defensoriales como son sus características, necesidades, las actividades que estos podrían realizar, y su papel en un sistema de justicia penal que exige cada vez más una igualdad procesal entre la fiscalía y la defensa y de un dinamismo más allá de la actuación en tribunales y juzgados. Todo lo anterior abordado principalmente desde una óptica tendiente a explorar la creación de la figura del investigador defensorial a nivel federal.

\*Oficial Administrativo adscrito a la Agencia del Ministerio Público Federal en Gómez Palacio, Durango.

SUMARIO: I. Introducción. II. El investigador defensorial. III. El conocimiento como eje de la investigación. IV. Criminalística. V. Investigación criminal. VI. Misiones de los investigadores defensoriales. VII. Misiones de trabajo. VIII. Misiones de investigación. IX. Organización y funcionamiento de los investigadores al servicio de las defensorías de oficio. X. Conclusiones. XI. Fuentes de consulta.

## I. Introducción

Con el advenimiento del sistema penal acusatorio se busca instaurar un auténtico acceso a la justicia para las personas acusadas o imputadas, donde antes, con el sistema inquisitivo, se veían rebasadas por la tajante fuerza que tenían las fiscalías. Ahora con el principio de igualdad de armas o de medios, la balanza se equilibra entre la parte acusadora y la defensa para que ambas puedan sostener sus respectivas teorías del caso.

En este nuevo entorno, una tarea pendiente para las defensas públicas y privadas sigue siendo la consolidación del dinamismo requerido en el sistema penal oral donde es necesaria la iniciativa en el ámbito de la búsqueda, descubrimiento, perfeccionamiento y ofrecimiento de material probatorio, es decir, la defensa debe ser capaz de producir sus propios medios de convicción sin limitarse a reaccionar ni depender estrictamente de aquellos ofrecidos por la parte acusadora.

Uno de los principios rectores en el sistema acusatorio penal es la contradicción que habilita a las partes para que puedan conocer, controvertir los medios de prueba, las peticiones y alegatos de su adversario, con este

principio la defensa no sólo requiere una argumentación oral basada en violaciones procesales o apreciaciones de interpretación legal, además debe contar con medios probatorios que confronten a los del adversario dando con ello completa vigencia y cumplimiento a dicho principio. Aunque nuestra legislación confiere al Ministerio Público y al particular que ejerza la acción penal la carga de la prueba tendiente a demostrar la acusación,<sup>2</sup> lo anterior no es una justificación que exima a la defensa de hacer lo propio en la generación del material probatorio que beneficie su teoría del caso, esto mediante herramientas necesariamente ajenas a la fiscalía, pues si bien se tiene la ventaja de contar hasta cierto punto con los aparatos de investigación de la parte acusadora, es también cierto que pueden existir límites e inconvenientes en su uso.

Finalmente, el dinamismo que se planteará puede ayudar a que las defensas sean capaces de enfrentar a la contraparte con argumentos jurídicos, y con medios adecuados como son los investigadores y las pruebas que estos produzcan bajo la perspectiva y dirección del defensor, reflejándose en una mayor operatividad defensorial más allá de la actuación en Juzgados y Tribunales. Se debe forjar una capacidad para que la defensa esté presente en áreas no consideradas con anterioridad como son las avenidas de las grandes ciudades, las calles de los pueblos más recónditos y cualquier sitio donde exista la posibilidad de obtener conocimiento para la salvaguarda de los derechos del imputado, del acusado o del sentenciado.

<sup>2</sup> Artículos 20, fracción V, del apartado A, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 130 y 432, párrafo 2º, del Código Nacional de Procedimientos Penales.



No puedo omitir el agradecimiento al Licenciado Federico Ramírez Cervantes Director de la Defensoría Pública Penal del Estado de Guanajuato por haber facilitado datos relevantes sobre las áreas operativas de investigación defensorial implementadas en la dirección a su cargo, dicha información fue de gran utilidad para la redacción de la presente aportación.

## II. El investigador defensorial

La tarea principal del investigador defensorial se puede resumir en solo una; recabar y facilitar el conocimiento necesario que sea requerido por el defensor en su calidad de director de la teoría del caso para su uso en las instancias legales correspondientes.

Las investigaciones criminales emplean dos tipos de investigadores; el investigador de campo y el investigador especializado, el primero de ellos tiene un perfil que suele requerir conocimientos generales principalmente en la ciencia penal y en la criminalística, el segundo se encuentra especializado en una ciencia, técnica o arte. Si aplicamos esta clasificación a su uso en las fiscalías, los investigadores de campo suelen ser las llamadas policías investigadoras, judiciales o ministeriales, y los investigadores especializados son los peritos.

Dicho lo anterior, para explicar mejor esta clasificación, se puede recurrir al antecedente colombiano:<sup>3</sup>

¿Qué diferencia hay entre un investigador de campo y un investigador de laboratorio?

*El Investigador de campo es la persona encargada de efectuar las indagaciones relacionadas con un*

<sup>3</sup> Vólmar Pérez, O.: *Manual del Investigador para la Defensa*, Defensoría del Pueblo de Colombia, cit., p. 142.

*hecho de interés jurídico, en el sitio de ocurrencia (lugar del hecho y/o escena/s) utilizando técnicas y procedimientos para la recolección de información de las personas, del lugar, la escena y de los EMP (elementos materiales probatorios) y/o EF (evidencias físicas)\*, por medio de un programa metodológico.*

*El Investigador de Laboratorio (perito y/o experto) estudia y analiza los EMP y EF a la luz de principios, leyes y teorías de la ciencia, utilizando instrumentos de medición y procedimientos estandarizados, para luego presentar un informe.*

La Defensoría Pública del Estado de Guanajuato ha sido la primera institución en el ámbito defensorial mexicano en implementar investigadores defensoriales a su estructura y darles el andamiaje necesario para su operatividad, los requisitos de ingreso para sus investigadores son los siguientes:<sup>5</sup>

*...II. Tener cuando menos veinticinco años de edad, cumplidos al día de su designación;*

*III. Contar con Título profesional, preferentemente en Derecho, Criminalística, Criminología o Ciencias Forenses;*

*IV. Tener experiencia de al menos dos años en el ejercicio de su profesión o en un área de investigación; y*

*V. Haberse distinguido por su honorabilidad, competencia y antecedentes en el ejercicio de su profesión, gozar de buena reputación y no haber sido*

<sup>4</sup> El texto resaltado se agregó para mayor entendimiento.

<sup>5</sup> Artículo 24 de la Ley de la Defensoría Pública Penal del Estado de Guanajuato.

*condenado en sentencia firme por delito intencional que haya ameritado pena privativa de libertad.*

Para sus peritos (investigadores especializados), los requisitos son:<sup>6</sup>

*...II. Acreditar que ha concluido, por lo menos, los estudios correspondientes a la enseñanza media superior o equivalente;*

*III. Contar con cédula profesional legalmente expedida y registrada por autoridad competente que lo faculte para ejercer la ciencia, técnica, arte o disciplina de que se trate, o acreditar plenamente los conocimientos correspondientes a la disciplina sobre la que deba dictaminar cuando de acuerdo con las normas aplicables no necesite cédula profesional para su ejercicio;*

*...V. Aprobar los exámenes, evaluaciones y cursos que se apliquen de acuerdo a la normatividad correspondiente;*

*VI. Haberse distinguido por su honorabilidad, competencia y antecedentes en el ejercicio de su ciencia, técnica, arte o disciplina, gozar de buena reputación y no haber sido condenado en sentencia firme por delito intencional que haya ameritado pena privativa de libertad;*

Esta reglamentación ejemplifica los diferentes atributos de ingreso para cada clase de investigador, sus labores y áreas de conocimientos, además de ser el primer antecedente jurídico materializado en México de investigadores al servicio exclusivo de las defensorías de oficio en el área penal.

<sup>6</sup> Artículo 22 de la Ley de la Defensoría Pública Penal del Estado de Guanajuato.

Las tareas que desempeñan los investigadores defensoriales no pueden tacharse de sencillas ni menospreciarse en comparación de sus homólogos de las fiscalías, lo anterior ya que suponen actividades de campo y la aplicación de conocimientos en criminalística centrados en la obtención de información, existiendo un riesgo latente en la intervención directa de investigaciones de índole criminal, siendo necesario para sus funciones cierto temple y resistencia, además del arraigo de principios rectores de conducta que les permitan desempeñarse con diligencia y prudencia.

Los investigadores de campo de las defensorías no tienen las mismas facultades ni tareas que las policías investigadoras por el carácter de autoridad de estas últimas, no obstante, su función como parte del proceso penal se desprende del principio de igualdad de armas o de medios entre la fiscalía y la defensa, con ello, la capacidad plena de producir material probatorio que respalde a cada una de las partes apostando a una aplicación plena del principio de contradicción. Así pues, las pesquisas a realizar por los investigadores de la defensoría, por regla, serán todos aquellos actos que no requieren de control judicial o ministerial, y desde luego, no representen un acto de molestia o de autoridad.

Finalmente, es adecuado que la defensa cuente con investigadores que aporten materiales probatorios con carácter técnico o científico por iniciativa y capacidad propia y en lo posible contrarrestar las investigaciones emitidas por sus homólogos pertenecientes a la parte acusadora. En México ha sido notorio cuando investigadores independientes desarrollan sus actividades, dando un resultado totalmente opuesto al dicho de sus homólogos de la fiscalía, descubriendo

violaciones al principio de investigación integral, a los derechos humanos y procesales de los imputados, acusados o procesados. Ejemplo de lo anterior han sido las pesquisas con motivo de los acontecimientos conocidos en su conjunto como Caso Ayotzinapa, realizadas por expertos independientes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>7</sup> e investigadores de la Comisión Nacional de Derechos Humanos<sup>8</sup> cuyos resultados han puesto en entredicho las pesquisas realizadas por la entonces Procuraduría General de la República.

### III. El conocimiento como eje de la investigación

Es conveniente incluir este apartado para profundizar un poco en el significado que entraña la palabra *conocimiento* y su importancia como objeto principal de cualquier investigación, pues justamente la tarea del investigador defensorial es la de descubrir y preparar todo aquel conocimiento que sea verídico y comprobable para su uso por parte del defensor en la teoría del caso.

La palabra conocimiento proviene del latín *congoscere* cuyo significado es la acción y efecto de conocer, entender, advertir, saber. El conocimiento puede clasificarse de distintas formas ya sea filosófico, científico, empírico, teológico, entre otros muchos, sin embargo, siembre versará en dos tipos de objetos; el ideal y el real:

<sup>7</sup> ONU-DH: *Doble Injusticia, Informe sobre Violaciones de Derechos Humanos en la Investigación del Caso Ayotzinapa, principalmente los párrafos marcados con los números 127, 131, 132, 134, 135, 136 consultable en: [https://www.ohchr.org/Documents/Countries/MX/OHCHRMexicoReportMarch2018\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Countries/MX/OHCHRMexicoReportMarch2018_SP.pdf)*

<sup>8</sup> Recomendación 15VG/2018, emitida por la Comisión Nacional de Derechos Humanos consultable en: [http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Recomendaciones/ViolacionesGraves/RecVG\\_015.pdf](http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Recomendaciones/ViolacionesGraves/RecVG_015.pdf)

*El objeto ideal es aquel no tangible y que no ocupa un lugar físico, existiendo solamente en el pensamiento humano; el amor, el odio, el bien, el mal, la devoción, la amistad.*

*El objeto real es aquel tangible y que existe ocupando un lugar físico en el espacio; un arma, un cartucho, un ladrillo, un pedazo de hierro, una persona.<sup>9</sup>*

Para que sea posible el conocimiento deben concurrir tres elementos fundamentales a saber: el primero de ellos es el sujeto que conoce, el segundo es el objeto de conocimiento, y el tercero es la imagen del objeto que conoce. El sujeto es el punto de partida de todo conocimiento, el ente que piensa.<sup>10</sup>

Encontramos entonces que el conocimiento se compone de tres elementos:

*El sujeto que conoce: el ente cognoscitivo de quien parte el conocimiento a través de su búsqueda y de sus capacidades.*

*El objeto de conocimiento: la realidad que se busca o que ya descubierta necesita ser conocida o descrita.*

*La imagen del objeto: es el nexa lógico entre el sujeto y el objeto obtenido través de la existencia de conocimientos previos y la aplicación de diversos métodos.*

Ya sea que la defensa esté construyendo su teoría del caso o reforzando una ya existente, siempre será factible que, según los datos arrojados por las investigaciones, se tenga que reestructurar nuevamente dicha teoría, o en

<sup>9</sup> López Abrego, J. A. et. al.: *Criminalística Actual; Ley, Ciencia y Arte*, cit., p. 17.

<sup>10</sup> *Ídem.*

su caso, se descubran nuevas líneas de investigación, es por ello importante contar con apoyo operativo que pueda ir en busca del conocimiento; obtenerlo y hacerlo llegar al defensor que lo requiera.

#### IV. Criminalística

La Criminalística ha ido evolucionando de arte a técnica, y a lo que es actualmente, una ciencia utilizada en las investigaciones de índole criminal alrededor del mundo.

Existen distintas definiciones para la criminalística, la mayoría concluyen que es una ciencia compuesta de conocimientos, métodos y técnicas de investigación basadas en las ciencias para el estudio de materiales sensibles afectos a la comisión de un hecho delictuoso con el objetivo de apoyar la toma de decisiones de los órganos de procuración e impartición de justicia.

Al respecto, el Doctor Rafael Moreno González explica la criminalística como: *“La disciplina auxiliar al Derecho Penal que se ocupa del descubrimiento y verificación científica del delito y del delincuente”*.<sup>11</sup>

Por lo que, en este sentido, las actividades de investigación criminal no son exclusivas de la parte acusadora; la defensa puede y debe realizar indagatorias que ayuden a contrarrestar las de su contraparte, lo que significa tener a su alcance un conocimiento en las variadas ramas de la criminalística.

De la misma forma que la fiscalía y su policía investigadora, la defensa debe disponer de investigadores con conocimientos generales en criminalística y otras ciencias para la realización de pesquisas donde la principal

finalidad es el descubrimiento de material probatorio que sirva para dirigir, perfeccionar o reestructurar la teoría del caso. Cuando el material probatorio requiera un examen minucioso y científico o técnico para ser descubierto, preparado y ofrecido, se recurre al perito con los conocimientos competentes.

#### V. Investigación criminal

La palabra investigación proviene del latín *investigatio*; la acción y efecto de investigar<sup>12</sup> indagar o explorar, en otras palabras es el cúmulo de actividades guiadas a hacerse con un conocimiento en específico mediante el uso de una metodología. Mucho se ha buscado un origen explicable de esta actividad, a opinión propia, los primeros investigadores narrables históricamente son aquellos que en tiempos antiguos eran llamados filósofos pues propiamente la palabra filosofía de origen griego y adoptada por el latín se interpreta como amor o deseo por el conocimiento o la sabiduría; Aristóteles, Tales de Mileto, Platón, Heracrito, Anaximandro son considerados los fundadores del pensamiento y método científico; los primeros investigadores.

La criminalística, como ya se mencionó, es una ciencia auxiliar de la ciencia penal, de esta conjunción nace el método de la investigación criminal cuyos principios según Helmut Koetzsche son los siguientes:<sup>13</sup>

1. Respeto a los derechos humanos;
2. Apegarse al principio de legalidad; y
3. Utilización de los métodos adecuados.

<sup>11</sup> Moreno González, Rafael.: *Manual de Introducción a la Criminalística*, cit., p. 22.

<sup>12</sup> Real Academia Española, <https://dle.rae.es/?id=M3YxV5t>

<sup>13</sup> Koetzche, Helmut.: *Técnicas Modernas de Investigación Policial*, cit. p. 19-21



Según estos principios, el investigador criminal – pertenezca a la defensa o a la fiscalía-, deberá de realizar su labor con tres máximas; respetar los derechos humanos de quienes se vean implicados en las pesquisas, vigilar que todas las indagatorias sean realizadas bajo la normatividad legal existente y finalmente aplicar la metodología correcta en sus investigaciones.

La investigación criminal es explicada como: *todo un procedimiento, con aplicación de diversas técnicas específicas, por medio del cual se pueden descubrir los acontecimientos reales, la verdad histórica de los hechos probablemente constitutivos de delito, que permite su persecución y aplicación de soluciones con la mayor eficacia posible*.<sup>14</sup>

Lamentablemente la investigación criminal suele definirse desde una óptica persecutoria como una actividad por excelencia realizada y dirigida por el fiscal, sin embargo, la realidad es que su finalidad óptima es *la búsqueda del conocimiento que ayude a descubrir, explicar y verificar la verdad histórica de los hechos, no específicamente la culpabilidad del imputado o acusado*, por lo que ante la existencia de los principios de contradicción y de igualdad de armas, así como la falta de aplicación exhaustiva del principio de investigación integral, es fundamental que la investigación criminal pase a ser una labor realizada por ambas partes en un juicio penal; la fiscalía y la defensa.

La investigación criminal es pues una labor que desarrollan dos tipos de investigadores, los primeros son los de campo con conocimientos generales que les permiten ejecutar pesquisas amplias, luego tenemos a los peritos que están preparados en áreas específicas del

conocimiento cuyas investigaciones son centradas en una ciencia, arte o técnica habitualmente perteneciente a la criminalística, aunque excepcionalmente se requerirán de otras no integradas a esta.

Siguiendo la clasificación de los objetos del conocimiento y aplicándola a la investigación criminal, veremos que las pesquisas a realizar pueden darse sobre objetos reales o físicos relacionados a un delito, por ejemplo: personas, armas, drogas, vehículos, videograbaciones, lugares o sitios; o en objetos ideales o intangibles de especial relevancia como pueden ser: relaciones de amistad o de trabajo, motivos personales, usos y costumbres. Dichos objetos deberán de ser descubiertos o estudiados por un sujeto llamado investigador que cuente con preparación y conocimientos previos principalmente en las ciencias de la criminalística, del derecho y otras afines para desarrollar y obtener la imagen correcta del objeto y con ello la información necesaria requerida por la fiscalía o la defensa.

## VI. Misiones de los investigadores defensoriales

El término acto de investigación es utilizado para describir la actividad encaminada a la obtención de conocimiento de utilidad para la construcción y confirmación de una teoría del caso, sin embargo los actos de investigación se pueden entender en base al actual código procedimental como aquellos realizados únicamente por las policías y los peritos en acatamiento a las órdenes del Ministerio Público y a través de este por solicitud de la víctima y de la defensa o del inculcado, los cuales deben quedar debidamente registrados, lo anterior por que pueden suponer actos de molestia cometidos por autoridades.<sup>15</sup> Es así que resulta

<sup>14</sup> López Abrego, J. A. et. al.: *op. cit.*, nota 7, p. 34.

<sup>15</sup> Artículos 109, fracción XVII, 129, tercer párrafo, 131, fracción VII, 216 y 251, del Código Federal de Procedimientos Penales. *Proyecto Justicia* [http://proyectojusticia.org/preguntafrequente-cuales-los-actos-investigacion/#\\_ftn1](http://proyectojusticia.org/preguntafrequente-cuales-los-actos-investigacion/#_ftn1)



inconveniente mas no incorrecto -dada su finalidad que es similar- llamar actos de investigación a aquellas investigaciones emprendidas por las defensorías públicas usando medios propios, pues la reglamentación jurídica vigente parece conferir dicho término a las actividades realizadas por las fiscalías y sus auxiliares, empero, genéricamente podemos llamarles misiones de investigación, pesquisas o simplemente investigaciones dado que el imputado o acusado y su defensa tienen también el derecho reconocido a producir medios de prueba de forma ajena a la fiscalía<sup>16</sup> siempre que se sujeten al principio de legalidad. En tanto no se regulen los actos de investigación para que sean potestad también de la defensa en un ámbito de parte del proceso y no de autoridad, puede no ser conveniente denominar como tales a las investigaciones defensoriales.

Dicho lo anterior, las actividades a realizar por los investigadores pueden ser variadas en sus objetivos, principalmente si se busca la obtención de información o conocimiento, o solo se desempeña un acto en apoyo a la defensa. Colombia denomina estas actuaciones como *misiones de trabajo* definiéndolas como: el servicio de investigación de campo o de labores técnicas forenses que solicita el defensor público según el programa metodológico planteado para el abordaje del caso particular.<sup>17</sup>

<sup>16</sup> Artículo 20, apartado B, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 6, 10, 11, 113, fracción IX, 117 fracciones VII y IX, 262 y 432, segundo párrafo, del Código Federal de Procedimientos Penales. *Apartado IV. Igualdad de Armas como parte de la Igualdad Procesal del artículo "Investigadores de la Defensoría de Oficio como elementos para la evolución y perfeccionamiento de la defensa Penal"* disponible en <https://www.ifdp.cjf.gob.mx/resources/revistas/Revista26.pdf>

<sup>17</sup> Vólmar Pérez, O.: *op. cit.*, nota 2, p. 22.

Como se ha venido tratando en esta de aportación, los investigadores especializados o peritos tienen requisitos de ingreso y actividades distintas a los investigadores de campo, pues justamente están especializados en un área de conocimiento sea arte, técnica o ciencia, es por ello que las tareas que realizan son distintas la mayor parte del tiempo a las de sus homólogos con conocimientos más generales.

Para ahondar más sobre las investigaciones defensoriales y darles un matiz distinto a las realizadas por las fiscalías, considero correcto llamar misiones de investigación a las pesquisas realizadas por la defensa y ya que las funciones de los investigadores son variadas, podría darse lugar a una segunda clasificación denominada misiones de trabajo las cuales se explicarán y ejemplificarán a continuación.

## VII. Misiones de trabajo

Estas misiones tienen por objetivo la realización de actividades por parte del investigador en apoyo a la defensa pero que no están relacionadas directamente con la obtención de conocimiento en concreto, es decir, no tienen la finalidad de realizar pesquisas o actos de investigación.

### *Testigo investigador*

Una cuestión por la que es conveniente que la defensa tenga investigadores como auxiliares directos, es que estos participen en las audiencias con el carácter de testigos de descargo, pues resulta inadecuado que el defensor funja como órgano de prueba al recabar material probatorio por su cuenta para con posterioridad ser testigo de los métodos y resultados empleados en su

investigación, perdiendo credibilidad ante el Juez y el Ministerio Público, con ello, la oportunidad de dar una eficaz introducción y análisis de los medios probatorios reunidos para su causa. Por esta misma razón es que la mayoría de los fiscales ya no buscan ni reciben materiales probatorios de forma directa, pues encargan dicha función a la policía investigadora al no resultar viable y oportuno para sus metas el ser llamado como testigo y fungir como órgano de prueba.<sup>18</sup>

El investigador entonces puede ser utilizado por la defensa como un testigo que declare sobre las tareas que realizó durante las diferentes investigaciones en las que fue requerido y en las que participó, explicando los métodos que empleó para la indagatoria y los resultados obtenidos, de igual manera, someterse con seguridad al escrutinio del fiscal, del juez, de la víctima o su representante, y así, desempeñarse como un testigo investigador de descargo que cuente con las destrezas necesarias para tal fin, aunque deben diferenciarse de los testigos expertos, pues estos últimos son los peritos.

Su credibilidad no se ve afectada al ser auxiliar de la defensa, dado que esta función es similar a la desempeñada por los peritos y policías subordinados al fiscal, en el caso de los investigadores al servicio de la defensa pública, su credibilidad se encuentra sustentada al fungir como servidores públicos vigilados, supervisados y con conocimientos técnicos y científicos acreditados.

<sup>18</sup> Se denomina órgano de prueba a aquella persona cuya participación le permite al juzgador introducir en el proceso elementos probatorios. Dentro de los órganos de prueba, más importantes tenemos al imputado o acusado, la víctima u ofendido, los testigos, los peritos y las policías.

### ***Consultor técnico de la defensa***

Es conveniente que un investigador facilite acompañamiento a la defensa de oficio durante el desahogo de diligencias de índole judicial, lo anterior, para que el defensor tenga a su disposición conocimientos que pueden ser ajenos a su área de trabajo habitual pero que le son de utilidad, más específicamente aquellos que permitan analizar debilidades o fortalezas de los materiales probatorios que sean ofrecidos por las partes desde una óptica más técnica y con ello cuestionar la teoría del fiscal, el fundamento de esta figura se encuentra en el artículo 136 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Los asesores o consultores técnicos fungen como una especie de expertos para consulta o auxilio de las partes, pero no tienen voz o intervención directa durante el juicio y no le son exigibles los mismos requisitos de los peritos oficiales o privados que participan directamente como testigos, por lo que es una labor que puede realizar indistintamente los investigadores de campo o los especializados.

### ***Seguimiento a autoridades, organizaciones o entidades que realicen investigaciones relacionadas a procesos judiciales en los que participa la defensa pública***

La defensa pública puede solicitar la participación de los investigadores defensoriales para que den seguimiento a las actividades que realicen expertos neutrales independientes o investigadores ajenos a la fiscalía cuando fuera posible, como pueden ser las indagatorias de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, o de las entidades internacionales con reconocimiento del gobierno mexicano, lo anterior para salvaguardar los intereses del defendido y que no exista seguimiento unilateral de

la fiscalía, además de servir como coadyuvantes cuando la situación así lo amerite o de enlaces para el flujo de información entre la defensoría pública y las agrupaciones a las que se les da seguimiento.

### ***Apoyo en la presentación de testigos***

Existen causas supervinientes en las cuales los testigos de la defensa necesitarán de apoyo para desplazarse a los lugares donde tienen que apersonarse, sea la Fiscalía General de la República o las Salas de Juicios Orales, es conveniente que se les atienda para lograr su presentación y con ello un éxito en la aplicación de la estrategia de defensa y la teoría del caso.

En esta misión ya se cuentan con todos los datos para su ubicación y dichos testigos de descargo conocen su papel y la obligación de asistir a una diligencia sea ministerial o judicial, sin embargo sea por la edad, por alguna discapacidad física o condición económica que complique su traslado y sea del conocimiento del defensor público, este podría solicitar una misión de trabajo para que el investigador de campo presente a los testigos en la fecha y lugar señalados, aclarando que su traslado y presentación será estrictamente voluntario y en calidad de asistencia o auxilio, es decir, no se puede obligar al testigo a concurrir a la diligencia a su cargo.

### **VIII. Misiones de investigación**

Las misiones de investigación tienen por finalidad realizar actos destinados a la búsqueda, descubrimiento, recabo y perfeccionamiento de datos o materiales probatorios que sirvan para reforzar las líneas de investigación derivadas de la teoría del caso formulada por el defensor. Estas pueden requerir de trabajo de gabinete o de campo y representan

el eje central de las labores que realizan los investigadores defensoriales.

Es posible seguir el ejemplo de Colombia en donde clasifican sus misiones en iniciales y complementarias: Las primeras establecen un programa de investigación surgido de la planeación metodológica del caso, y las segundas son actividades adicionales que se desprenden de las averiguaciones iniciales.<sup>19</sup>

A continuación, se ejemplificarán algunas misiones de investigación, con la finalidad de dar un panorama más específico de las tareas que pueden realizar los investigadores defensoriales.

### ***Inspección urgente al lugar donde se suscitaron hechos delictivos o la aprehensión***

Esta misión de investigación tiene la finalidad de obtener datos sobre la licitud de la aprehensión o el recabo de material probatorio que pueda desaparecer o degradarse, es necesaria, por ejemplo, cuando el defensor aprecia una posible violación a las normas procedimentales que rigen la actividad del elemento aprehensor en el lugar donde ocurrió el supuesto ilícito o la aprehensión.

La urgencia de estas diligencias se debe a que el lugar de los hechos o de la aprehensión puede ser manipulado con el paso del tiempo, perdiendo los testigos y evidencias que den fe de lo acontecido.

### ***Inspección ordinaria al lugar de los hechos o de la aprehensión***

En esta misión de investigación, el factor tiempo ya no es una prioridad dado que puede haber transcurrido un

<sup>19</sup> Vólmar Pérez, O.: *op. cit.*, nota 2, p. 22.

periodo de días, semanas o meses entre el suceso y la indagatoria a realizar. Siendo su finalidad descubrir y recabar información de utilidad para la defensa, como pueden ser testigos, fotografías o videograbaciones de los sistemas de seguridad del área.

### ***Inspección a lugar distinto a los hechos o la aprehensión***

Estas inspecciones se pueden realizar en áreas adyacentes o diversas al lugar donde acontecieron hechos o la aprehensión, pero que son del interés para la defensa, ya sea para comparar tiempos de traslado o indagar la existencia de material probatorio útil como testimoniales o videograbaciones, ejemplos:

1. Inspección de la ruta en que se dio el traslado del defendido desde el sitio de la aprehensión hacia su puesta a disposición con el Ministerio Público.
2. Inspección de la ruta de la persecución en la que se vio involucrado el defendido.
3. Inspección del sitio donde dice haber sido aprehendido el defendido pero que no es señalado así por los aprehensores.

### ***Primer contacto entre la defensa y las personas cercanas al defendido***

Esta misión consiste en cuestionar al imputado, acusado o sentenciado sobre familiares o amigos que puedan mantener contacto con la defensa, para finalmente tener referencias que sean de utilidad a lo largo del procedimiento y de las diferentes instancias.

El investigador tendrá el objetivo de dar con el paradero de las personas cercanas al defendido e

informarles sobre su situación, y así, establecer un enlace entre estos con la defensa, muy útil cuando los familiares o amigos del imputado, acusado o sentenciado se encuentran en lugar distinto e incluso lejano a donde está siendo enjuiciado o guarda reclusión.

### ***Localización e identificación de personas de interés***

Para este tipo de misión de investigación se pueden dar distintas hipótesis: El defensor proporciona datos suficientes para empezar a indagar la posible ubicación de una persona de interés como son su nombre y ubicación. Esos datos generalmente son proporcionados en el Informe Policial Homologado, por el defendido, su familia o amigos con los que tiene contacto la defensa.

Otra posibilidad, es que no se tengan datos de la persona, pero se presuma de su existencia, con base en inspecciones de lugares o sitios, el investigador deberá de localizar a quien pueda coadyuvar con la defensa ya sea que tenga conocimiento del hecho delictivo o de la aprehensión, que se hayan encontrado presentes al momento que acontecieron o que conozcan a quien si lo estuvo, que tengan documentos útiles para la defensa, en última instancia, verificar que su declaración sea de utilidad e informar al defensor y finalmente constituir como testigos a quienes sean aptos.

### ***Entrevistas a personas de interés o testigos***

En esta misión ya se conocen los datos de la persona de interés y puede acompañarse de desplazamiento de campo para localizar y obtener información para la defensa o citar a la persona en las oficinas que ocupan los investigadores, en ambos casos la finalidad es la de realizar entrevistas.

Con la entrevista a una persona de interés, es posible validarla como testigo y establecer la prioridad que tendría su declaración en la teoría del caso.

La diferencia entre una persona de interés y un testigo es que el primero requiere de una investigación para la obtención de información que convalide su pertinencia para integrarlo al proceso ya sea como testigo o como coadyuvante en la defensa; por su parte el testigo interviene cuando se tiene certeza del conocimiento que dice ostentar, con ello pueda ser ofrecido y ayude a la teoría del caso, es por ello que no toda persona de interés en una investigación se constituye como testigo sirviendo más como un enlace o auxiliar en la búsqueda de testigos o la obtención de otro tipo de información o conocimiento.

### ***Inspección de un objeto o cosa***

El investigador tendrá la misión de obtener datos como imágenes o video que versen sobre la condición o descripción de un objeto o cosa relacionada al delito y que sea de interés para la defensa.

De la misma forma que el policía investigador, el investigador defensorial podrá dar razón sobre los objetos asegurados y remitir la información directamente al defensor.

La finalidad puede ser desde corroborar los inventarios de los bienes asegurados, hasta la de verificar si la condición y descripción concuerda con las narraciones de los elementos aprehensores.

### ***Obtención de información en entidades públicas y privadas***

En esta misión de investigación, el investigador buscará en distintas entidades públicas o privadas la información que sea requerida por el defensor, para ello, podrían

formularse las solicitudes de acceso a información necesarias, esta misión puede ser oportuna, cuando se necesita ubicar grabaciones de sistemas de seguridad privados o públicos, bitácoras, posiciones geo referenciales de patrullas, la dirección de un testigo, familiar o amigo del imputado o acusado que coadyuve con la defensa, o cuando se requiere algún dato histórico o antecedente sobre el defendido que obre en registros públicos y que puedan ser de utilidad, siempre que la solicitud no tenga que hacerse por medio del Ministerio Público o del Juez.

En el caso de la Defensoría del Pueblo de Colombia, se han realizado diversas modificaciones legales para que las solicitudes de información de los investigadores y peritos defensoriales sean atendidas por las entidades públicas con prontitud y además con las mismas atenciones con las que se atiende a la fiscalía.<sup>20</sup>

### ***Entrevistas con personas recluidas***

Estas investigaciones pueden funcionar utilizando los métodos de las actuales visitas carcelarias que realiza la Defensoría Pública Federal, sin embargo, la finalidad de estas visitas no es asesorar u orientar jurídicamente a los imputados, acusados o sentenciados, sino, obtener información de interés para la defensa que sirva para orientar nuevas indagatorias o que tengan el propósito de coadyuvar y perfeccionar el cúmulo del material probatorio.

<sup>20</sup> Artículos 36, capítulo 5 de la Ley 941 de 2005 por la cual se organiza el Sistema Nacional de Defensoría Pública, consultable en: [http://defensoria.gov.co/public/Normograma%202013\\_html/Normas/Ley\\_941\\_2005.pdf](http://defensoria.gov.co/public/Normograma%202013_html/Normas/Ley_941_2005.pdf) y como antecedente: Artículos 15, 16 y 17, capítulo 2 de la ley 24 de 1992, por la cual se establece la organización y funcionamiento de la Defensoría del Pueblo y se dictan otras disposiciones, en desarrollo del artículo 283 de la Constitución Política de Colombia, consultable en: [http://defensoria.gov.co/public/Normograma%202013\\_html/Normas/Ley\\_24\\_1992.pdf](http://defensoria.gov.co/public/Normograma%202013_html/Normas/Ley_24_1992.pdf).



En estas entrevistas como en las otras ya referidas, el investigador debe tener conocimientos efectivos para dirigirlas al punto eje de las mismas, realizar las preguntas adecuadas, recibir y registrar las respuestas de forma tal que sean de utilidad para la defensa.

### ***Investigaciones en la etapa de ejecución de sentencia***

Estas investigaciones son ejemplo de las que pueden trascender a la etapa de ejecución de sentencia, como son aquellas dirigidas a facilitar la obtención de datos que sirvan para tramitar beneficios preliberacionales al defendido como cartas de buena conducta y referencias laborales o domicilios a nombre del sentenciado, especialmente cuando su familia se encuentra en una entidad federativa distinta a donde guarda reclusión o se encuentran incomunicados. Es también posible indagar las violaciones a derechos humanos sufridas por los defendidos que se encuentran compurgando sentencia, lo anterior si bien es función de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, de las comisiones estatales y de las fiscalías, es también cierto que la defensa debe coadyuvar a evidenciar dichas violaciones cuando llegan a constituir delitos en contra de los defendidos.

### ***Emisión de dictamen pericial***

La principal misión de investigación de los investigadores especializados o peritos, es la de realizar dictámenes periciales correspondientes a sus áreas de conocimiento.

Gustavo Arturo Esquivel Vázquez,<sup>21</sup> define a la prueba o dictamen pericial como: un medio probatorio que consiste en la opinión emitida en juicio por un tercero

<sup>21</sup> Doctor en Derecho, miembro del Claustro de Doctores en Derecho del Posgrado de la Universidad Nacional Autónoma de México.

denominado perito, con el objeto de asesorar al juzgador en el esclarecimiento de los puntos controvertidos, distintos al Derecho Nacional legislado, para crear en él una convicción o certeza ajustada a la verdad, a fin de dirimir justamente un litigio.

Los dictámenes periciales por lo general se realizarán en las disciplinas y ciencias auxiliares que componen la criminalística como son:

- Antropología forense
- Balística
- Dactiloscopia
- Fotografía forense
- Grafoscopia y documentoscopia
- Genética forense
- Informática forense
- Medicina legal
- Psicología forense

Sin embargo, pueden ser requeridos estudios especializados en áreas distintas a las que integran la criminalística, por ejemplo:

- Antropología indigenista
- Artes plásticas
- Contabilidad
- Dialectos indígenas
- Geología
- Ingeniería civil

- Lenguas extranjeras
- Mecánica automotriz
- Valuación

Mediante la actividad de los investigadores especializados o peritos, será posible perfeccionar los medios probatorios de interés para la defensa al obtener dictámenes periciales con sustento científico o técnico que apoyen su teoría del caso, igualmente confrontar aquellos estudios similares realizados por la parte acusadora y así debatir eficazmente la teoría o las intenciones de la fiscalía.

### **IX. Organización y funcionamiento de los investigadores al servicio de las defensorías de oficio**

La organización para los investigadores de las defensorías de oficio, debe de privilegiar una repartición equitativa de la carga de trabajo en todo momento, y un movimiento fluido en sus actividades para lograr cumplir con las misiones de trabajo e investigación que les sean asignadas.

Los investigadores de las fiscalías, llámese policía ministerial o judicial, por lo general están organizadas por células, unidades o coordinaciones territoriales a donde los fiscales dirigen las solicitudes de investigación con el propósito de privilegiar la repartición del trabajo, así como su debida y pronta diligencia. En cuanto a los peritos de las fiscalías, estos forman parte de los servicios o coordinaciones periciales y suelen ser integrados por investigadores especializados en las áreas más habituales de estudio requeridas por las necesidades territoriales o del fuero.

En México, la Defensoría Pública Penal del Estado de Guanajuato es pionera en la implementación de investigadores defensoriales, organizándolos bajo la Coordinación de Investigadores de la defensa y la Coordinación de Servicios Periciales<sup>22</sup>, para la primera se cuenta con diez plazas de investigadores de campo, distribuidos territorialmente:

- 2 para la Región I, establecidos en el Municipio de Guanajuato, Capital;
- 2 para la Región II ubicados en el Municipio de Irapuato, Guanajuato;
- 3 para la Región III con base en el Municipio de Celaya, Guanajuato; y
- 3 para la Región IV con sede en el Municipio de León, Guanajuato.

Por su parte, la Coordinación de Servicios Periciales de la Defensoría Pública Penal del mencionado estado se organiza de la siguiente manera:

- 1 Coordinador Estatal;
- 5 Peritos Médicos;
- 4 Peritos Psicólogos;
- 1 Perito en Ciencias de la Familia;
- 1 Perito Criminólogo;
- 5 Peritos Valuadores;
- 7 Peritos Criminalistas; y
- Una partida presupuestaria especial para la contratación de peritos eventuales en materias de

<sup>22</sup> Artículo 11, fracción III y IV de la Ley de la Defensoría Pública Penal del Estado de Guanajuato.

psiquiatría, trabajo social, química, neurocirugía, valuación inmobiliaria, traductores, para dicha contratación se cuenta con un padrón de peritos externos.

Así pues, el antecedente de organización empleado en la Defensoría Pública Penal del Estado de Guanajuato, puede ser adecuado para la consolidación de los investigadores al servicio de otras defensorías públicas. Es un hecho que la organización e implementación de investigadores defensoriales deberá de adaptarse a cada entorno, siendo probablemente más exigente el entorno federal pues se atiende un catálogo de delitos de alto impacto, se cuenta con un gran número de defendidos, se realizarían labores de defensa e investigación a nivel nacional e intervienen ciertos aspectos en las distintas regiones del país donde pueden requerirse incluso investigadores con conocimientos en lenguas y costumbres indígenas.

En el ámbito federal, las misiones podrían ser solicitadas por adscripciones de defensa pública que se encuentran en distintas regiones de la nación, de esta forma la organización debe permitir una coordinación correcta entre las solicitudes de investigación emanadas de las adscripciones locales o externas y los investigadores que las han de cumplimentar.

Finalmente, se debe promover la efectividad mediante requerimientos de ingreso y de capacitación dando como resultado que en la mayoría de los casos un solo investigador pueda cumplir con la misión que le sea encomendada, si la necesidad del servicio lo ameritara, ya sea por el riesgo, urgencia, relevancia o por la carga de trabajo que representa la investigación, se deberá de

asignar el número de investigadores suficientes para consumir exitosamente la misión, incentivando en los investigadores defensoriales una doctrina que les libere de prejuicios contra las personas imputadas, acusadas o sentenciadas por cualquier tipo de delito, buscando descubrir todo conocimiento cierto y comprobable benéfico a la teoría del caso.

### ***Dirección de la Investigación***

De la misma forma en que la investigación de la fiscalía es dirigida por el Ministerio Público, la dirección de la investigación defensorial recae en el defensor quien construye su estrategia de defensa como método y la teoría del caso como objetivo a los cuales sujetará la línea de investigación principal, es así, que el investigador es un auxiliar de la defensa y en su labor se adhiere estrictamente a las misiones ordenadas, Sin embargo; se le debe permitir maniobrar con cierta libertad para no omitir algún dato que sea de utilidad aunque pueda crear nuevas líneas de investigación y con ello modificarse la teoría del caso, esto es importante pues si surgiera un descubrimiento distinto al ordenado, se deberá de informar al defensor solicitante para que sea él quien decida, en su carácter de director de la investigación, si persiste, modifica o crea una nueva línea de investigación dejando intacta o variando su teoría del caso.

Una excepción a la regla persiste en el caso de los asesores de víctimas al servicio de algunas defensorías públicas, quienes según las necesidades que surjan respecto a los casos en los que actúan, podrían solicitar la realización de investigaciones o de misiones de trabajo por parte de los investigadores defensoriales. Este caso es bastante particular, pues los asesores víctimas

son un componente coadyuvante de la fiscalía y no de la defensa del imputado o acusado por lo que suelen utilizar con mayor facilidad los medios de indagación a disposición de la parte acusadora, a pesar de ello, en caso de deficiencias o cuestiones que imposibiliten la obtención de datos de utilidad, podrían realizar pesquisas por su propia cuenta y en este caso, hacer uso de los investigadores defensoriales.

### ***Análisis de riesgo***

Es necesario tener en cuenta que las misiones de investigación pueden representar actividades en ambientes adversos o conflictivos, por lo que cada misión debe de tener un apartado de los posibles riesgos existentes ya sea por la zona donde se realizará o por el delito del que se desprende el proceso en el que se coadyuva.

Es por ello que no es conveniente intervenir en investigaciones para procesos que versen sobre delincuencia organizada o secuestro con la misma metodología que en investigaciones referentes a delitos como portación de arma de fuego sin licencia o presunción de contrabando. Asimismo, no existe el mismo riesgo al desplegar una investigación en el estado de Campeche a una que ha de realizarse en Tamaulipas o Guerrero. Según el ambiente y el contexto de la investigación siempre se deberán de tomar precauciones como el trazar las rutas de entrada y de salida a los sitios de acción, comisionar a más de un investigador para una misión, reportar constantemente la posición a colegas o a los superiores.

### ***Aproximación inicial del investigador***

Para la realización efectiva de las misiones de investigación es recomendable que el defensor procure brindar toda la

información posible para guiar el programa metodológico y delimitar las exigencias de la investigación.

Así pues, junto a la solicitud para la realización de una misión se puede acompañar un resumen de los elementos que sirvan al investigador para acercarse a la teoría del caso, realizar el análisis de riesgo y tomar decisiones sobre los métodos y herramientas que puedan emplearse para lograr lo solicitado.

En principio, los datos que sean facilitados por el defensor deben de incluir los antecedentes o actuaciones ministeriales y judiciales pertinentes y desde luego la línea principal de investigación que el investigador debe seguir en sus pesquisas permitiéndole entender el contexto de la teoría del caso y de ser necesario entablar comunicación directa con el defensor cuando existan cuestiones que requieran de su atención o aclaración.

A fin de dar más luz sobre la aproximación inicial podemos ahondar en la metodología empleada por la Defensoría Pública Penal del Estado de Guanajuato tendiente a lograr una coordinación y labor eficaz entre el defensor público y el investigador de campo, misma que a continuación se menciona:

1. El defensor público elabora una petición de investigación planteando la teoría del caso y su estrategia de defensa lo cual sirve de guía para el Investigador respecto de sus pretensiones;
2. Previo a su procedencia dictaminada por el coordinador de investigadores se asigna al caso un Investigador, quien a su vez se entrevista directamente con el defensor público;

3. Ambos proceden al estudio conjunto de la carpeta de investigación, de donde se deriva la acción ejecutiva inmediata de investigación de parte del Investigador comisionado; y
4. Posteriormente el investigador realiza un informe preciso y claro de las actividades ejecutadas y logros obtenidos, llegando incluso dependiendo del asunto a asistir a audiencia en calidad de testigo respecto de las tareas realizadas.

En cuanto al acercamiento e interacción entre los investigadores especializados y defensores la metodología utilizada para ello en la Coordinación de Servicios Periciales de la Defensoría Pública Penal del Estado de Guanajuato es la siguiente:

1. El defensor público elabora una petición de peritaje planteando los antecedentes de la causa penal y su táctica de defensa lo cual sirve de guía para el perito respecto de sus pretensiones;
2. Previo a su procedencia dictaminada por el coordinador de peritos se asigna al caso un perito en la materia requerida, quien a su vez se entrevista directamente con el defensor público;
3. Ambos proceden al estudio conjunto de la carpeta de investigación, de donde se deriva la acción ejecutiva inmediata de parte del perito comisionado, para posteriormente proceder a la elaboración del dictamen pericial correspondiente; y
4. Una vez elaborado el dictamen, el perito acompaña al defensor público a la audiencia respectiva y ejerce una función de testigo experto o de consultor en la materia, tanto para rebatir la opinión del perito

de la contraparte como para tener los elementos indispensables para cuestionar la teoría e intención de la fiscalía.

## X. Conclusiones

El monopolio de la investigación criminal ha dejado de existir junto a la vigencia del sistema penal inquisitivo, ya no es posible que las defensas de oficio o privadas permitan que toda o la mayor parte de la carga probatoria recaiga en las fiscalías, esto causa indefensión para el acusado o imputado, más aún es una violación a sus derechos y un incumplimiento a los principios de contradicción y de igualdad de armas o medios.

En este tenor, los ámbitos de aplicación de las labores de los investigadores defensoriales trascienden las etapas de investigación inicial y complementaria de los procesos penales ya que pueden realizar misiones de trabajo e investigación en cualquier etapa e inclusive otras instancias cuando la defensa así lo requiera.

Es así, que en el caso de las defensorías de oficio existe una especial necesidad de contar con investigadores defensoriales enmarcada en la naturaleza del auxilio a sectores desprotegidos de la sociedad mexicana que difícilmente podrán contar con servicios particulares de defensa e investigación.

Tanto las misiones de trabajo como de investigación que fueron mencionadas, sirven para ejemplificar el dinamismo que podrían contribuir los investigadores de campo y especializados que auxilien al defensor en actividades mayormente ajenas a su área de conocimiento que es el derecho penal.



Es por lo anterior que la capacidad de investigación criminal en el área de la defensa penal se refleja en la adquisición de conocimiento coligiéndose en un equilibrio con la fiscalía al momento de buscar dar credibilidad a la teoría del caso. Finalmente, su implementación en las defensorías de oficio es una cuestión necesaria que debe ser atendida en concordancia a los cambios y actualizaciones estructurales en las fiscalías y órganos jurisdiccionales con la entrada del sistema acusatorio, pues no debe permitirse un crecimiento inequitativo donde la defensa quede subordinada o disminuida frente a su contraparte.

## **XI. Fuentes de consulta**

### ***Bibliográfica***

- Koetzche, Helmut.: *Técnicas Modernas de Investigación Policial*, 2a de., Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1992.
- López Abrego, J. A. et. al.: *Criminalística Actual; Ley, Ciencia y Arte*, editorial MasterBooks, España, 2017.
- Moreno González, Rafael.: *Manual de Introducción a la Criminalística*, 11a ed, Editorial Porrúa, México, 2006.
- Vólmar Pérez, Ortiz.: *Manual del Investigador para la defensa, Defensoría del Pueblo*, sin editorial, Colombia, sin año.

### ***Enlaces de interés***

- <https://www.youtube.com/watch?v=gsJtnW0uqI>

- <https://boletines.guanajuato.gob.mx/2017/07/16/guanajuato-unico-estado-pais-investigadores-la-defensa/>
- <https://www.youtube.com/watch?v=PKFheVdLjAI>
- <https://www.ifdp.cjf.gob.mx/resources/revistas/Revista26.pdf>

---

**Medidas cautelares: Sus conceptos, finalidades, características, reglas y principios para su imposición.**

*René Octavio Cardona González\**

RESUMEN: En el presente estudio se hará una breve referencia al marco jurídico de las medidas cautelares en el derecho interno. A su tutela en nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el Código Nacional de Procedimientos Penales, a las líneas jurisprudenciales trazadas en el tratamiento para su aplicación, a sus conceptos, características, finalidades, reglas y principios que rigen su imposición.

SUMARIO: Introducción. I. Concepto y finalidad de las medidas cautelares. II. Finalidad de las medidas cautelares en el proceso penal acusatorio mexicano. III. Características, reglas y principios que rigen la imposición de las medidas cautelares. IV. Conclusiones. V. Fuentes de consulta.

**Introducción**

El 18 de junio de 2008 se reformaron y adicionaron los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115 y la fracción XIII del apartado B del artículo 123, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,<sup>2</sup>

---

\*Defensor Público Federal.

<sup>2</sup> Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008.

por lo que con esta reforma constitucional en materia penal se gestó en nuestro país la implementación del Sistema Procesal Penal Acusatorio.

Conforme lo establecido en el artículo segundo transitorio<sup>3</sup> de la reforma constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública, en cada uno de los estados de la república y en la Ciudad de México, de manera paulatina entró en vigor el nuevo sistema de justicia penal acusatorio y oral, previsto principalmente en el artículo 20, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, finalizando su implementación el 18 de junio de 2016.

El nuevo diseño del procedimiento penal acusatorio se divide en tres etapas. Así el artículo 211 del Código Nacional de Procedimientos Penales,<sup>4</sup> establece que el procedimientos penal comprende las siguientes etapas: *I. La de investigación, que comprende las fases: a) Investigación inicial y b) Investigación complementaria; II. La intermedia o de preparación del juicio; y III. La de juicio.*

Con la implementación del Sistema Penal Acusatorio en nuestro país, se pretende que exista un equilibrio procesal entre las partes en contienda, fundamentado en el principio de igualdad procesal o “igualdad de armas”.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> Transitorio segundo. El sistema procesal penal acusatorio previsto en los artículos 16, párrafos segundo y decimotercero; 17, párrafos tercero, cuarto y sexto; 19; 20 y 21, párrafo séptimo, de la Constitución, entrará en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin exceder el plazo de ocho años, contado a partir del día siguiente de la publicación de este Decreto.

<sup>4</sup> Código Nacional de Procedimientos Penales, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 5 de marzo de 2014.

<sup>5</sup> Con referencia a este principio el Código Nacional de Procedimientos Penales, en su artículo 11, refiere que se garantiza a las partes, en condiciones de igualdad, el pleno e irrestricto ejercicio de los derechos previstos en la Constitución, los Tratados y las leyes que de ellos emanen.

Cabe precisar, que una de las características del sistema penal acusatorio versa en el establecimiento de funciones o actividades de las partes bien definidas, por un lado el ministerio público que acusa, por el otro el órgano de defensa que defiende y en el centro como tercero neutral el juez que resuelve la contienda, así como la víctima que tendrá que ser asistido por un asesor jurídico.

En el nuevo modelo acusatorio, según lo establece el artículo 307 del Código Nacional de Procedimientos Penales,<sup>6</sup> en la audiencia inicial se informarán al imputado sus derechos constitucionales y legales, si no se le hubiese informado de los mismos con anterioridad, se realizará el control de legalidad de la detención si correspondiere, se formulará la imputación, se dará la oportunidad de declarar al imputado, se resolverá sobre las solicitudes de vinculación a proceso y medidas cautelares y se definirá el plazo para el cierre de la investigación.

En caso de que el ministerio público o la víctima u ofendido solicite la procedencia de una medida cautelar, dicha cuestión deberá ser resuelta antes de que se dicte la suspensión de la audiencia inicial.

A esta audiencia deberá concurrir el ministerio público, el imputado y su defensor. La víctima u ofendido o su asesor jurídico, podrán asistir si así lo desean, pero su presencia no será requisito de validez de la audiencia.

## **I. Concepto y finalidad de las medidas cautelares.**

En cuanto al significado del término, *medida* proviene del bajo latín *metita*, de igual significado, posverbal del verbo latino *metior*, cuyo participio pasado en el latín

<sup>6</sup> Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 5 de marzo de 2014.

clásico era *mensus* mientras que en baja época se adoptó la forma analógica de *metitus*, en castellano medio y medida.<sup>7</sup> *Cautelar* es derivado de culto y moderno de cautela, y éste del latín popular cautela, derivado de *cautus*, participio pasado de *caveo*, prevenir tener cuidado.<sup>8</sup>

*Según GonzalezChévez, son garantías constitucionales, de carácter procesal, que se adoptan por el órgano jurisdiccional o por la autoridad administrativa, destinadas a garantizar provisionalmente la efectividad de una eventual sentencia condenatoria, así como evitar que el inculcado se sustraiga de la acción de la justicia e impedir que se obstaculice el normal desarrollo de la investigación o el proceso y a salvaguardar la integridad personal de las víctimas u ofendidos o el pago de la reparación de daños; asimismo, orientadas a evitar que se originen daños de imposible reparación a la sociedad o a los derechos sustantivos del imputado. Determinados por el peligro o la urgencia que supone el inevitable retardo de la resolución definitiva, por el devenir temporal del proceso.*<sup>9</sup>

Julián López Masle, citando a Marín refiere que la noción de “medidas cautelares” corresponde a una formulación elaborada en el ámbito del derecho procesal civil por la doctrina italiana de comienzos del siglo XX y adaptada, posteriormente, al ámbito procesal penal.<sup>10</sup>

Para Calamandrei, la providencia cautelar nace de la relación entre dos términos: por una parte, de la necesidad de que, para ser prácticamente eficaz, se dicte

sin retardo y, por otra parte, de la falta de aptitud del proceso ordinario para crear, sin retardo, la providencia definitiva.<sup>11</sup> El citado procesalista italiano define la providencia cautelar como la “anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva, encaminada a prevenir el daño que podría derivar del retardo de la misma.”<sup>12</sup>

Ovalle Favela, citando a Briseño Sierra, refiere que éste, aclara con razón, que la medida cautelar no busca la posibilidad de hacer efectiva una sentencia cuyo contenido se ignora cuándo aquella se dicta, sino que *busca evitar que no se pueda hacer efectiva por ciertas razones o hechos que la medida elimina. No busca ejecutar la condena, sino que tiende a eliminar un obstáculo, cierto o presunto, para hacerla efectiva.*<sup>13</sup>

Aplicadas al proceso penal, las medidas cautelares deben tomar en consideración el doble objeto que en nuestro sistema se reconoce a aquél, por una parte, la satisfacción de una pretensión penal, consistente en la imposición de una pena y, por la otra, la satisfacción de una pretensión civil, consistente en la restitución de una cosa o la reparación por el imputado de las consecuencias civiles.<sup>14</sup>

En palabras de Camilo Constantino Rivera, el proceso penal *puede ser observado como un vehículo o medio de expresión de la función jurisdiccional que cuenta con tres finalidades establecidas de conformidad con la teoría: de cognición, ejecución y cautela.*<sup>15</sup> *El primer*

<sup>11</sup> Calamandrei, P.: *Introducción al estudio...cit.*, p. 45.

<sup>12</sup> Ídem.

<sup>13</sup> Ovalle Favella, J.: *Derecho...*, cit., p. 34.

<sup>14</sup> Ídem.

<sup>15</sup> Constantino Rivera, C.: “*El proceso cautelar...*”, cit., p. 254.

<sup>7</sup> Bacre, A.: *Medidas...*, cit., p. 54.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 55.

<sup>9</sup> González Chévez, H.: *Las Medidas...*, cit., p. 70.

<sup>10</sup> Cfr. Hortvitz Lennon, M. y López Mazle, J.: *Derecho...cit.*, p. 342.

*objetivo comprende la primera fase del proceso en donde el imputado se lleva ante un juez de control y un tribunal oral en el cual se da conocimiento de un posible hecho constitutivo de delito. El segundo constituye la sentencia y el cumplimiento de una sanción, y el tercero busca garantizar la eficacia del proceso.<sup>16</sup> La sistemática procesal ha colocado al lado de los procesos de conocimiento y de ejecución otra actividad jurisdiccional con finalidad auxiliar y subsidiaria tendiente a asegurar la eficacia y garantía de los primeros.<sup>17</sup>*

En ese sentido, para que se desarrolle de forma idónea el conocimiento y la ejecución procesal de un hecho constitutivo de delito, se crearon las medidas cautelares con el objeto central de lograr la *garantía de eficacia del acto jurídico pretendido*<sup>18</sup> para prevenir la posible comisión de un hecho que merme o ponga en riesgo el éxito del proceso, por lo que la persona legitimada para ello puede solicitar enderezar una acción, haga o deje de hacer una cosa.<sup>19</sup>

La utilidad de las medidas cautelares, de conformidad con José Acosta, *tiene que ver más con el éxito de la administración de la justicia que con el interés de los individuos, en tanto que su naturaleza de tutela anticipada restringe libertades o derechos de los imputados en función de la posibilidad de realización de un acto*<sup>20</sup> *que pudiera llegar a lastimar el buen desarrollo de la justicia.*<sup>21</sup> *En ese sentido, se establecen ciertas medidas que prevén la posible comisión de un hecho,*

<sup>16</sup> Ídem.

<sup>17</sup> Bacre, A.: *op. cit.*, nota 1, p. 52.

<sup>18</sup> Acosta, J. et. al.: *El proceso... cit.*, p. 13.

<sup>19</sup> Nieto, M. A.: *Temas de derecho... cit.*, p. 37.

<sup>20</sup> Acosta, J.: *op. cit.*, nota 1, p. 14.

<sup>21</sup> Esparza, B. y Silva, A.: *Análisis..., cit.*, p. 2.

*incluso antes de que éste llegue a desarrollarse, de este modo, se contemplan problemáticas que pudieran surgir en el proceso.<sup>22</sup>*

El punto de partida generalmente invocado para la comprensión de las medidas cautelares, ya sea en el ámbito civil o penal, es la circunstancia simple e indiscutible de que la realización de un proceso requiere tiempo.<sup>23</sup> En este contexto, las medidas cautelares han sido concebidas como un instrumento idóneo para contrarrestar el riesgo de que durante el transcurso del proceso el sujeto pasivo pueda realizar actos o adoptar conductas que impidan o dificulten gravemente la ejecución de la sentencia.<sup>24</sup> En este sentido, las medidas cautelares constituyen medidas de aseguramiento que persiguen garantizar la eficacia de una eventual sentencia que acoja la pretensión.<sup>25</sup>

Hay, pues, en las providencias cautelares, más que la finalidad de actuar el derecho, la finalidad inmediata de asegurar la eficacia práctica de la providencia definitiva, que servirá a su vez para actuar el derecho. La tutela cautelar es, en relación al derecho sustancial, una tutela mediata, más que hacer justicia contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia.<sup>26</sup> Son en efecto, de una manera inevitable, un medio predispuesto para el mejor éxito de la providencia definitiva, que a su vez es medio para la actuación del derecho, esto es, son en relación a la finalidad última de la función jurisdiccional, instrumento del instrumento.<sup>27</sup>

<sup>22</sup> Ídem.

<sup>23</sup> Montero Aroca, J.: *Derecho... cit.*, p. 441.

<sup>24</sup> Ídem.

<sup>25</sup> Hortvitz Lennon, M. y López Masle, J.: *op. cit.*, nota 1, p. 341.

<sup>26</sup> Calamandrei, P.: *op. cit.*, nota 1, p. 45.

<sup>27</sup> Ídem.



Paredes Calderón, a partir del análisis de diversa definiciones de medidas cautelares, concluye que las medidas cautelares tienen la finalidad genérica de proteger el proceso y lograr el cumplimiento de la eventual sentencia que se llegare a dictar.<sup>28</sup>

*Conforme a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, (...) las medidas cautelares constituyen resoluciones provisionales que se caracterizan, generalmente, por ser accesorias y sumarias; accesorias, en tanto la privación no constituye un fin en sí mismo; y sumarias, debido a que se tramitan en plazos breves; y cuyo objeto es, previendo el peligro en la dilación, suplir interinamente la falta de una resolución asegurando su eficacia, por lo que tales medidas, al encontrarse dirigidas a garantizar la existencia de un derecho cuyo titular estima que puede sufrir algún menoscabo, constituyen un instrumento no sólo de otra resolución, sino también del interés público, pues buscan restablecer el ordenamiento jurídico conculcado desapareciendo, provisionalmente, una situación que se reputa antijurídica...*<sup>29</sup>

Entonces, las medidas cautelares son aquel instrumento que nuestro ordenamiento jurídico crea como consecuencia del periodo de tiempo, más o menos extenso, que resulta necesario para la sustanciación de cualquier tipo de proceso, lo que es lo mismo, para el desarrollo o ejercicio de la función jurisdiccional.<sup>30</sup> Para

<sup>28</sup> Paredes Calderón, R.: *Las medidas...cit.*, p. 26.

<sup>29</sup> Localización: [J]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo VII, marzo de 1998; Pág. 18. P./J. 21/98

<sup>30</sup> Robles Garzón, J. *et. al. Conceptos...cit.*, p. 541.

evitar el riesgo de obtener sentencias favorables privadas de efectividad es por lo que, el legislador articula... las medidas cautelares. Las medidas cautelares, por tanto, suponen una de las formas de tutela jurisdiccional, sin olvidar que las mismas responden al precepto constitucional que promulga el derecho a una tutela judicial efectiva.<sup>31</sup>

En nuestro país el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva se encuentra positivado en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917.<sup>32</sup>

En congruencia a lo anterior, los Tribunales Colegiados de Circuito del Poder Judicial de la Federación, han reconocido el derecho fundamental a una tutela cautelar efectiva.<sup>33</sup>

## **II. Finalidad de las medidas cautelares en el proceso penal acusatorio mexicano**

Con la reforma constitucional de 2008, que introdujo en nuestro país el Sistema Penal Acusatorio, originalmente se hicieron modificaciones sustanciales al artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, estableciendo en el párrafo segundo de dicho precepto, la

<sup>31</sup> Ídem.

<sup>32</sup> Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

<sup>33</sup> Localización: [J]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXIV, Julio de 2011; Pág. 1919. I.4o.A. J/90.

posibilidad de que el agente del ministerio público solicite al juez de control la imposición de medidas cautelares diversas a la prisión preventiva justificada, tal y como se desprende de lo siguiente:

*Artículo 19. ...El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud...*<sup>34</sup>

Como se aprecia, del contenido de la redacción del párrafo segundo de la constitución, se desprende que en el modelo procesal acusatorio, el constituyente otorgó al agente del ministerio público la posibilidad de solicitar al juez de control la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva, conocida en la doctrina como justificada, además de otorgar la facultad de solicitar la imposición de otras medidas cautelares, diversas a ésta.

En congruencia con lo citado, en el artículo 155 del Código Nacional de Procedimientos Penales se encuentran

<sup>34</sup> Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008.

descritas y enumeradas las medidas cautelares,<sup>35</sup> que pueden ser impuestas al imputado mediante resolución judicial por el juez de control, mientras que en los diversos 153 y 167 del propio código, establecen la forma en que podrán ser impuestas las medidas cautelares diversas a la prisión preventiva oficiosa y la finalidad de las mismas. Al respecto los preceptos referidos establecen:

*Artículo 153. Reglas generales de las medidas cautelares*

*Las medidas cautelares serán impuestas mediante resolución judicial, por el tiempo indispensable para asegurar la presencia del imputado en el procedimiento, garantizar la seguridad de la víctima u ofendido o del testigo, o evitar la obstaculización del procedimiento.*

*Corresponderá a las autoridades competentes de la Federación y de las entidades federativas, para medidas cautelares, vigilar que el mandato de la autoridad judicial sea debidamente cumplido.*<sup>36</sup>

<sup>35</sup> I. La presentación periódica ante el juez o ante autoridad distinta que aquél designe; II. La exhibición de una garantía económica; III. El embargo de bienes; IV. La inmovilización de cuentas y demás valores que se encuentren dentro del sistema financiero; V. La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez; VI. El sometimiento al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada o internamiento a institución determinada; VII. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o acercarse o ciertos lugares; VIII. La prohibición de convivir, acercarse o comunicarse con determinadas personas, con las víctimas u ofendidos o testigos, siempre que no se afecte el derecho de defensa; IX. La separación inmediata del domicilio; X. La suspensión temporal en el ejercicio del cargo cuando se le atribuye un delito cometido por servidores públicos; XI. La suspensión temporal en el ejercicio de una determinada actividad profesional o laboral; XII. La colocación de localizadores electrónicos; XIII. El resguardo en su propio domicilio con las modalidades que el juez disponga, o XIV. La prisión preventiva.

<sup>36</sup> Código Nacional de Procedimientos Penales, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 5 de marzo de 2014.

### *Artículo 167. Causas de procedencia*

*El Ministerio Público sólo podrá solicitar al Juez de control la prisión preventiva o el resguardo domiciliario cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso, siempre y cuando la causa diversa no sea acumulable o conexa en los términos del presente Código.<sup>37</sup>*

Así, de la lectura y análisis de dichos preceptos, se aprecia que, en el modelo procesal acusatorio, son siete las finalidades que se pretenden lograr con la imposición de las medidas cautelares diversas a la prisión preventiva oficiosa, a saber:

- 1.- Asegurar la presencia del imputado en el procedimiento;
- 2.- Garantizar la seguridad y protección de la víctima;
- 3.- Garantizar la seguridad del ofendido;
- 4.- Garantizar la seguridad y protección de los testigos;
- 5.- Garantizar la protección de la comunidad
- 6.- Garantizar la comparecencia del imputado en el juicio; y
- 7.- Garantizar el desarrollo de la investigación.

Consideramos pertinente acotar que en cuanto a la imposición de alguna medida cautelar cuya finalidad

<sup>37</sup> ídem.

consiste en asegurar la presencia del imputado en el procedimiento o en el juicio, debe precisarse que la primera opera hasta que el imputado se pueda ver beneficiado con un criterio de oportunidad, con una solución alterna o con una forma de terminación anticipada del procedimiento, con lo que se evitaría llevar al imputado a juicio oral, mientras que la segunda, por exclusión, su finalidad intrínseca consiste precisamente en garantizar la comparecencia del imputado en el juicio oral.

En cuanto a la imposición de alguna medida cautelar cuya finalidad consiste en garantizar la seguridad y protección de la víctima, ofendido, testigos o la comunidad, debe haber una disociación en cuanto al análisis de su eventual imposición, pues sería difícil -casi imposible- que en un mismo proceso convergieran sendos supuestos fácticos para la imposición y procedencia, para garantizar la seguridad de los sujetos del procedimiento y testigos, antes referidos.

*El juez de control tiene la obligación de tomar en cuenta el caso específico del imputado a fin de poder imponer una medida cautelar, de tal suerte que para determinar el riesgo de sustracción observará los elementos aportados por el ministerio público a fin de estimar la probabilidad de que el proceso sea entorpecido a partir de la destrucción, modificación, ocultamiento o falsificación de los elementos de prueba; la influencia de éste con los coimputados, testigos o peritos, y la posibilidad de intimidar, amenazar u obstaculizar la labor de los servidores públicos.<sup>38</sup>*

Resulta oportuno precisar que los artículos 153 y 167 establecen las finalidades de la imposición de las medidas cautelares enumeradas en el diverso 155,

<sup>38</sup> Esparza, B. y Silva, A.: *op. cit.*, nota 1, p. 28.

artículos todos del Código Nacional de Procedimientos Penales, pues la preposición *para*<sup>39</sup> utilizada en dichos preceptos denota el fin a que se encamina su eventual imposición.

Los tribunales colegiados de circuito, han iniciado a gestar el criterio de que la medida cautelar consistente en la prisión preventiva justificada procede imponerla siempre que una diversa medida cautelar no sea suficiente para garantizar única o conjuntamente alguno de los supuestos previstos en el artículo 167, párrafo primero, del Código Nacional de Procedimientos Penales.<sup>40</sup> Los supuestos son garantizar: i) la comparecencia del imputado en el juicio; ii) el desarrollo de la investigación; iii) la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad; iv) así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso...<sup>41</sup>

Si bien es cierto, que para la procedencia de la prisión preventiva justificada, el artículo 167 del propio código, establece que el ministerio público podrá solicitarla además cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso, también lo es que, los supuestos referidos no son en sí una finalidad propia de las medidas cautelares, sino una causa para que opere la procedencia de la cautela referida.

La primera razón que justifica que se imponga una medida cautelar será el peligro de que el imputado no se someta voluntariamente al proceso... habrá algunos casos en donde, por circunstancias muy específicas,

<sup>39</sup> Énfasis añadido.

<sup>40</sup> Localización: [TA]; 10a. Época; T. C. C.; Gaceta S.J.F.; Libro 57, agosto de 2018; Tomo III; Pág. 2964. I.1°.P.120 p. (10a.).

<sup>41</sup> Ídem.

se tenga la presunción razonable de que el imputado se sustraerá a la acción de la justicia, acaso porque no tenga un domicilio estable, familia o negocios en el lugar de los hechos.<sup>42</sup>

Una razón más, que justifica la imposición de las medidas cautelares personales es el peligro de obstaculización de la averiguación de la verdad por parte del imputado.<sup>43</sup>

Tenemos como otra causal fundante de la necesidad de cautela la protección a la víctima, los testigos o a la comunidad en general. De donde podemos advertir que la finalidad de las medidas cautelares no solamente es proteger fines procesales, al asegurar el éxito del proceso, sino que también desempeña un papel importante como derecho fundamental de la víctima.<sup>44</sup>

Entonces, si la finalidad de la medida cautelar se encuentra destinada a garantizar la comparecencia del imputado en el procedimiento o en el juicio, para evitar por tanto su sustracción, el juzgador tendrá la obligación de considerar las circunstancias referidas en el artículo 168 del Código Nacional de Procedimientos Penales.<sup>45</sup>

<sup>42</sup> Reyes Loaeza, J.: *El Sistema...cit.*, p. 121.

<sup>43</sup> Ídem.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 122.

<sup>45</sup> 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; II. El máximo de la pena que en su caso pudiera llegar a imponerse de acuerdo al delito de que se trate y la actitud que voluntariamente adopta el imputado ante éste; III. El comportamiento del imputado posterior al hecho cometido durante el procedimiento o en otro anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse o no a la persecución penal; IV. La inobservancia de medidas cautelares previamente impuestas, o V. El desacato de citaciones para actos procesales y que, conforme a derecho, le hubieran realizado las autoridades investigadoras o jurisdiccionales.



Si el fin que subyace de la medida cautelar, es el de garantizar el desarrollo de la investigación y como consecuencia evitar la obstaculización de la misma, el juez de control tomará en consideración la circunstancias del hecho imputado y los elementos aportados por el ministerio público, a efecto de prever que el imputado de obtener su libertad, no encuadre su comportamiento en alguno de los supuestos señalados en el artículo 169 del Código Nacional de Procedimientos Penales.<sup>46</sup>

Si la intención de la imposición de la medida cautelar se encuentra destinada a proteger a la víctima u ofendido, a los testigos o a la comunidad, el juzgador deberá valorar las circunstancias del hecho y las condiciones particulares del imputado o imputados, a fin de advertir si el riesgo es fundado, como lo establece el artículo 170 del Código Nacional de Procedimientos Penales.<sup>47</sup>

Acorde con la reforma al artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 10 de junio de 2011, que tuvo como propósito otorgar una protección amplia e integral a los derechos de las personas; ...se procura efectuar una tutela cautelar efectiva, garantizando la seguridad de la víctima en su persona, domicilio, bienes y familia.<sup>48</sup>

<sup>46</sup> I. Destruirá, modificará, ocultará o falsificará elementos de prueba; II. Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera reticente o inducirá a otros a realizar tales comportamientos, o III. Intimidará, amenazará u obstaculizará la labor de los servidores públicos que participan en la investigación.

<sup>47</sup> La protección que deba proporcionarse a la víctima u ofendido, a los testigos o a la comunidad, se establecerá a partir de la valoración que haga el Juez de control respecto de las circunstancias del hecho y de las condiciones particulares en que se encuentren dichos sujetos, de las que puedan derivarse la existencia de un riesgo fundado de que se cometa contra dichas personas un acto que afecte su integridad personal o ponga en riesgo su vida.

<sup>48</sup> Localización: [TA]; 10a. Época; T.C.C.; Gaceta S.J.F.; Libro 47, octubre de 2017; Tomo IV; Pág. 2607. II.2o.2 P (10a.).

### III. Características, reglas y principios para su imposición

El magistrado Ricardo Paredes Calderón, refiere que siguiendo la línea de pensamiento de Fix Zamudio y Ovalle Favela, la medidas cautelares -sin importar la rama del derecho en la que se apliquen- cuentan con cuatro elementos comunes: 1.-Provisionalidad o provisoriedad; 2.- Instrumentalidad o accesoriedad; 3.-Flexibilidad; y 4.- Sumariedad o celeridad.<sup>49</sup>

*Paredes Calderón, refiere que Calamandrei sostuvo que las providencias cautelares representan una conciliación entre las dos exigencias frecuentemente opuestas, de la justicia: la celeridad y la ponderación; entre hacer las cosas pronto, pero mal y hacerlas bien, pero tarde. Las providencias cautelares tienen ante todo a hacerlas pronto, dejando que el problema del bien y mal, esto es de la justicia intrínseca de la providencia, se resuelva más tarde, con la necesaria ponderación, en las reposadas formas de proceso ordinario. Permitiendo de este modo al proceso ordinario funcionar con calma, en cuanto aseguran preventivamente los medios idóneos para hacer que la providencia pueda tener, al ser dictada, la misma eficacia y el mismo rendimiento práctico que tendría si se hubiera dictado inmediatamente.<sup>50</sup>*

En cuanto a la provisionalidad como característica, Constantino Rivera, refiere que las medidas cautelares son provisorias porque subsisten mientras duran las circunstancias que las determinaron.<sup>51</sup> Son, además, provisionales, dado que no son definitivas. Ello

<sup>49</sup> Paredes Calderón, R.: *op. cit.*, nota 1, p. 26.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>51</sup> Constantino Rivera, C.: *Introducción al estudio...cit.*, p. 102.



comporta, además, que pierden su justificación en el momento en que aparece la necesidad que motivó su adopción o se modifique la situación que la justificaba. La *instrumentalidad* supone que las medidas existen en función de su finalidad, de la que son instrumento. No sería posible, en consecuencia, acordarlas desvinculadas del objeto de un proceso concreto, de modo autónomo e independiente. De la misma manera, en el momento en que el proceso en cuestión finalice, la medida cautelar deberá también terminar.<sup>52</sup>

Así, la *instrumentalidad* constituye el rasgo más importante del Derecho Procesal. El proceso no tiene un fin en su mismo, su objetivo es servir de medio para la actuación de la ley o derecho sustantivo. De la misma forma, la medida cautelar está siempre subordinada a un fallo definitivo, incluso cuando procede al proceso cautelado, siempre que exista en función del fallo.<sup>53</sup>

Según Constantino Rivera, Ramiro Podeti sostuvo que ninguna institución procesal requiere más flexibilidad que la medida cautelar, a fin de cumplir con sus fines en forma satisfactoria, sin ocasionar molestias o perjuicios que puedan evitarse.<sup>54</sup>

Por su parte, Carla Pratt refiere que el principio de *instrumentalidad* que deberá ser observado en el debate e imposición de medidas cautelares, garantizará que la medida cautelar solicitada coadyuve con la finalidad para la cual se está pidiendo.<sup>55</sup>

Además de las notas anteriores, Natarén Nandayapa, refiere que las notas características de toda medida

cautelar, en cualquier proceso, son: ...b) peligro en la demora (*periculum in mora*), el que deban existir condiciones que amenacen hacer imposible su ejecución; y c) la apariencia del buen Derecho (*fomus boni iuris*), que existan condiciones que jurídicamente justifiquen la existencia de una medida cautelar.<sup>56</sup>

*El pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido que son dos los extremos que hay que llenar para obtener la medida cautelar: 1) Apariencia de buen derecho y 2) Peligro en la demora. La apariencia de la existencia del derecho apunta a una credibilidad objetiva y sería que descarte una pretensión manifiestamente infundada, temeraria o cuestionable, lo que se logra a través de un conocimiento superficial, dirigido a lograr una decisión de mera probabilidad respecto de la existencia del derecho discutido en el proceso; el peligro en la demora consiste en la posible frustración de los derechos del pretendiente de la medida, que puede darse como consecuencia de la tardanza en el dictado de la resolución de fondo. En síntesis, la medida cautelar exige un preventivo cálculo de probabilidad sobre el peligro en la dilación, que no puede separarse de otro preventivo cálculo de probabilidad, que se hace sobre la existencia del derecho cuya tutela se solicita a los tribunales.*<sup>57</sup>

Robles Garzón con relación al *fomus boni iuris* o apariencia del buen derecho, refiere que desde el momento en que las medidas cautelares suponen un

<sup>52</sup> Ídem.

<sup>53</sup> *Ibidem.* p. 101.

<sup>54</sup> Ídem.

<sup>55</sup> Pratt, C.: *Curso básico...cit.*, p. 77.

<sup>56</sup> Cfr. Natarén Nandayapa, C. y Ramírez Saavedra, B.: *Litigación oral... cit.*, p. 88.

<sup>57</sup> Localización: [JJ]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo III, abril de 1996; Pág. 36. P./J. 16/96.

peligro para el demandado, por cuanto implican una injerencia en el patrimonio del deudor, solo se permitirá su adopción cuando el demandante o solicitante acredite la existencia de un derecho.<sup>58</sup> Lo que se exige al solicitante de la medida cautelar es que acredite de forma provisional e indiciaria la relación jurídica sobre cuya base solicita la medida cautelar, de manera tal que el órgano jurisdiccional pueda realizar un juicio de verisimilitud sobre el fundamento de su solicitud.<sup>59</sup>

Para Valdez Díaz, el principio de apariencia del buen derecho también *conocido como fumus boni iuris e involucra que la autoridad jurisdiccional, dentro del campo del derecho penal, al resolver una petición realizada por parte del Ministerio Público, deba de considerar lo probablemente correcto de la misma, es decir, la aceptabilidad lógica de que la autoridad investigadora no realice peticiones falsas o notoriamente improcedentes dado el deber de objetividad y lealtad que le impone el propio CNPP en sus artículos 107, 129 y 212.*<sup>60</sup>

Obsérvese entonces que la apariencia del buen derecho de la petición de medidas cautelares se encuentra hermanada con la presunción de procedencia de lo peticionado por parte del Ministerio Público, de quien bajo un principio elemental de confianza, se espera una actuación ética, profesional y objetiva apegada al marco jurídico.<sup>61</sup>

En cuanto a la interpretación de la figura procesal en comento, los órganos del Poder Judicial de la

Federación, han establecido que la apariencia del buen derecho se traduce en un estudio previo de la cuestión planteada para realizar un juicio de probabilidad sobre la procedencia de lo solicitado...<sup>62</sup>

En cuanto al *periculum in mora* o peligro en la demora, Robles Garzón aduce que el peligro por mora procesal lo constituye el riesgo a obtener una sentencia que, por el transcurso del tiempo desde que se inicie el proceso hasta que terminó con pronunciamiento a favor del demandante, quede carente de efectividad.<sup>63</sup>

Valdez Díaz, refiere que este principio implica que el órgano jurisdiccional al momento de resolver la petición del ministerio público o de la víctima u ofendido en cuanto a la imposición de medidas cautelares pondere el principio procesal que puede entrañar que la decisión al respecto demore o tarde en pronunciarse.<sup>64</sup>

*El citado autor, continúa manifestando que en relación con las medidas cautelares, el peligro en la demora debe valorarse en función de los riesgos procesales que las mismas buscan contener... el peligro procesal será distinto en cada caso, pues su aplicación resulta casuística en función de los datos con que se cuente en cada ocasión, pues dentro del sistema penal acusatorio mexicano se relaciona a las medidas cautelares con la necesidad de cautela, entendida esta como el reconocimiento por parte de la autoridad jurisdiccional en cuanto a la toma rápida y efectiva de decisiones que posibiliten el adecuado desarrollo del proceso penal, ello*

<sup>58</sup> Robles Garzón, J.: *op. cit.*, nota 1, p. 543.

<sup>59</sup> Ídem.

<sup>60</sup> Valadez Díaz, M.: *Medidas...*, *cit.*, p. 67.

<sup>61</sup> *Ibidem*, p. 70.

<sup>62</sup> Localización: [TA]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro XII, septiembre de 2012; Tomo 3; Pág. 1510. I.3o.C.15 K (10a.).

<sup>63</sup> Robles Garzón, J. *op. cit.*, nota 2, p. 543.

<sup>64</sup> Valadez Díaz, M.: *op. cit.*, nota 1, p. 66.

*al estimarse que la presencia del imputado en el proceso, la investigación o la seguridad de la víctima u ofendido, o de los testigos, se encuentran comprometidas.*<sup>65</sup>

Los tribunales colegiados de circuito del Poder Judicial de la Federación, han establecido que el peligro en la demora consiste en la posible frustración de los derechos del pretendiente de la medida, que puede darse como consecuencia de la tardanza en el dictado de la resolución de fondo.<sup>66</sup>

Sin duda, para la solicitud en imposición de medidas cautelares por parte de los sujetos legitimados para ello y el juzgador para su imposición, se deben de tomar diversos principios y reglas.

Cabe precisar, que al respecto Ronald Dworkin, uno de los mayores teóricos del derecho del mundo contemporáneo, es crítico de la teoría del positivismo jurídico, y una de sus aportaciones más importantes es aquella que indica que el derecho no solo se encuentra constituido por normas o reglas, sino que en él coexisten principios que por exclusión es todo aquello que no sea norma y directrices políticas...<sup>67</sup>

Las reglas deben de subordinarse a los principios, y no a la inversa. Dice al respecto Gustavo Zagrebelsky:

*Si el derecho actual está compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la*

<sup>65</sup> Ídem.

<sup>66</sup> Localización: [J]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo III, abril de 1996; Pág. 36. P./J. 16/96.

<sup>67</sup> Moreno Melo, M.: *Principios...cit.*, p. 32.

*justicia son prevalentemente principios... por ello, distinguir entre los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley. Las Constituciones, a su vez, también contienen reglas, además de principios.*<sup>68</sup>

Las reglas, aunque estén escritas de la constitución, no son más que leyes reforzadas por su forma especial...<sup>69</sup>

Precisado lo anterior, respecto a la existencia de reglas y principios en los ordenamientos jurídicos y su diferencia intrínseca, resulta pertinente decir, que del artículo 153 del Código Nacional de Procedimientos Penales, se desprenden algunos principios que rigen la imposición de las medidas cautelares mediante resolución judicial dictada por un juez de control en la audiencia de solicitud de imposición de medidas cautelares, por el tiempo indispensable para las finalidades que antes referimos.

Como se puede apreciar *prima facie* de dicho precepto se desprende los principios de jurisdiccionalidad y temporalidad que se deben observar en la imposición de medidas cautelares.

Así, la jurisdiccionalidad implica que toda medida cautelar ha de adoptarse con intervención judicial.<sup>70</sup> Aunado a lo anterior, las medidas cautelares son en consecuencia, temporales, siendo su duración limitada.<sup>71</sup>

El principio de jurisdiccionalidad a que se hace referencia implícita en el artículo 153 del Código Nacional de Procedimientos Penales, tiene su fundamento

<sup>68</sup> Zagrebelsky, G.: *El derecho...cit.*, p. 109.

<sup>69</sup> *Ibidem.* 110.

<sup>70</sup> Martín Ríos, M.: *Principios...cit.*, p. 19.

<sup>71</sup> *Ibidem*, p. 20.

---

constitucional en los artículos 17 y 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Manuel Atienza y Luigi Ferrajoli, en palabras de Moreno Melo, manifiestan que el principio de jurisdiccionalidad en materia penal se traduce en la circunstancia de que sólo podrá imponerse pena o medida de seguridad por resolución de una autoridad judicial competente, mediante procedimiento seguido ante los tribunales previamente establecidos.<sup>72</sup>

Podemos advertir que el proceso penal acusatorio comparte determinadas finalidades con otro tipo de procesos, empero, el énfasis en las mismas es distinto, por tanto, el diseño del proceso penal es diferente entre sus principios y reglas.<sup>73</sup>

A partir de la interpretación literal del primer párrafo del artículo 154 del Código Nacional de Procedimientos Penales, se puede precisar que ante la identificación del verbo *podrá* nos situamos ante la posibilidad que el juez opte por la imposición de medidas cautelares. De éste artículo se desprende una facultad potestativa, con la cual se faculta a que el juez imponga o no medidas cautelares según sea el caso.

Entonces tres reglas de procedencia y oportunidad para la imposición de las medidas cautelares por el juez de control, las encontramos en el precepto referido en el párrafo que antecede.

La primera regla surge cuando en la audiencia de discusión de medidas cautelares el ministerio público, la víctima, ofendido o asesor jurídico soliciten su imposición.

---

<sup>72</sup> Cfr. Moreno Melo, M.: *op. cit.*, nota 1, p. 161.

<sup>73</sup> Rodríguez Vázquez, M.: *Desafíos...cit.* p. 154.

---

La segunda regla se actualiza cuando la solicitud de medidas cautelares se realice cuando el imputado se acoja al término constitucional, de setenta y dos o ciento cuarenta y cuatro horas.

La tercera regla se actualiza cuando la solicitud de medidas cautelares la realice el Agente del ministerio público cuando el imputado haya sido vinculado a proceso.

Conforme lo establecen los artículos 154 y 156 del Código Nacional de Procedimientos Penales, las medidas cautelares que imponga el juez de control al imputado una vez formulada la imputación y el imputado se acoja al término constitucional, o inmediatamente después de que se le haya dictado auto de vinculación a proceso, deberá ser aplicando los principios de mínima intervención, idoneidad y proporcionalidad.

La proporcionalidad como instrumento de ponderación de principios cuenta a su vez con tres subprincipios como son la: a) idoneidad, b) la necesidad y c) la proporcionalidad.<sup>74</sup>

La proporcionalidad implica que al momento de tener que decidirse una situación en la que se involucran dos principios, el grado de afectación que se realice a un principio debe ser directamente proporcional al beneficio que se otorgará al principio contrario, esto exclusivamente en relación al tema en debate, y sin que esto signifique la expulsión del principio afectado del sistema jurídico.<sup>75</sup>

Entonces, una medida cautelar será proporcionada cuando el beneficio se alcance al menor costo posible. Por

---

<sup>74</sup> Valadez Díaz, M.: *op. cit.*, nota 2, p. 52.

<sup>75</sup> Ídem.

el contrario, será desproporcionada cuando el costo sea menor o mayor al necesario para alcanzar el beneficio.<sup>76</sup>

La idoneidad implica que la medida que se adopte como resultado de la ponderación, sea la más adecuada para lograr el fin deseado, es decir, la que genere la mayor posibilidad de éxito posible dentro de un ámbito de respeto a los derechos de las partes, así como la menor afectación al principio que resulta afectado en el ejercicio de ponderación.<sup>77</sup>

El numeral 156 del referido Código Nacional, atribuye al juzgador la obligación de guiarse por el criterio de mínima intervención y tomar en consideración los argumentos de las partes, especialmente los expuestos por la fiscalía para justificar su solicitud, además de imponerle la carga argumentativa para justificar las razones por las que la medida cautelar impuesta es la que resulta menos lesiva para el imputado.<sup>78</sup>

Ese principio de mínima intervención está íntimamente vinculado con el principio de *última ratio*, ambos informan la potestad punitiva del Estado y constituyen garantías del gobernado frente a su ejercicio.<sup>79</sup>

*Por lo anterior, estamos en condiciones de señalar que los principios de mínima intervención y última ratio implican “el mandato constitucional dirigido a los entes estatales, debido al cual deben criminalizar conductas en una ley, exclusivamente cuando las mismas lesionen o pongan en peligro los intereses, bienes jurídicos o derechos más importantes en una*

<sup>76</sup> Paredes Calderón, R.: *op. cit.*, nota 2, p. 26.

<sup>77</sup> Valadez Díaz, M.: *op. cit.*, nota 3, p. 53.

<sup>78</sup> Alaniz García, J., *et. al. Código Nacional...cit.*, p. 69.

<sup>79</sup> Ídem.

*sociedad y dicha criminalización necesaria, debe realizarse en última instancia, exclusivamente cuando otros medios de control social ya sea de carácter formal o informal no sean eficaces de solucionar el conflicto que se presenta”.*<sup>80</sup>

Peláez Bardales, refiere que el subprincipio de necesidad nos informa que la medida que se adopte debe ser aquella que afecte en menor medida la esfera jurídica ajena, es decir, se exige la adopción de la alternativa menos gravosa o restrictiva de los derechos...<sup>81</sup>

El principio de inmediación se actualiza en la resolución de las medidas cautelares, debido a que éstas serán resueltas por el juez de control, en audiencia con la presencia de las partes.

Existirá inmediación en el proceso cuando el o los jueces que van a resolver sobre alguna cuestión tomen conocimiento personal del material probatorio introducido en la audiencia y escuchen directamente los argumentos de las partes con la presencia ininterrumpida de los sujetos procesales que deben participar en ella.<sup>82</sup>

En el proceso penal acusatorio, la regla general es que el imputado enfrente su proceso en libertad cargando con la medida cautelar menos lesiva. Por tal motivo, en la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva, debe operar el principio de excepcionalidad. Se debe considerar al respecto el principio de presunción de inocencia.

La razonabilidad en la imposición de la prisión preventiva tiene su sustento en los principios de

<sup>80</sup> Moreno Melo, M.: *op. cit.*, nota 2, p. 104.

<sup>81</sup> Peláez Bardales, M.: *Medidas...cit.*, p. 24.

<sup>82</sup> Natarén Nandayapa, C. y Caballero Juárez, J.: *Los principios... cit.*, p. 26.



presunción de inocencia, excepcionalidad y mínima intervención.<sup>83</sup>

El principio de excepcionalidad en su aplicación impone, a más de considerarla una verdadera regla de excepción, que en todos los casos se reflejen las razones legítimas que pudiesen justificarla. De ahí que se transgredirá, además del referido principio, el de presunción de inocencia cuando se impone arbitrariamente, sin razones que la sustenten.<sup>84</sup> El principio de excepcionalidad afirma que las medidas cautelares no son medidas que necesariamente deban adoptarse dentro del procedimiento, sino que tienen un carácter eventual, deben decretarse sólo cuando resulten indispensables...<sup>85</sup>

A partir del humanismo penal de Beccaria, la presunción de inocencia ha ido recorriendo diversos estadios de consagración al grado de ser considerada en la actualidad como un derecho fundamental, establecido en diversos instrumentos internacionales suscritos y ratificados por nuestro país...<sup>86</sup>

La presunción de inocencia es una garantía elemental del derecho penal, que se prevé en los artículos 20, apartado B, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.<sup>87</sup>

<sup>83</sup> Alaníz García, J., *et. al.*, *op. cit.*, nota 1, p. 62.

<sup>84</sup> *Ibidem*, p. 69.

<sup>85</sup> Hortvitz Lennon, M. y López Mazle, J.: *op. cit.*, nota 2, p. 352.

<sup>86</sup> García Silva, G.: *El nuevo...cit.*, p. 210.

<sup>87</sup> Cfr. Alaníz García, J., *et. al.*, *op. cit.*, nota 2, p. 63.

El derecho a la presunción de inocencia radica en el respeto a la dignidad del imputado, por lo que se le reconoce durante todo el proceso un estado jurídico de no culpabilidad respecto al delito que se le imputa, incluyendo por tanto la eventual imposición de la prisión preventiva.

La presunción de inocencia, en concordancia con Medina Peñaloza y de acuerdo a nuestra constitución, se relaciona además, directamente con otros subprincipios, como son: 1). La carga de la prueba. La acusación debe demostrar la culpabilidad del imputado fuera de toda duda razonable... 2). Derecho a no autoinculparse. Está vinculado con el derecho a guardar silencio... 3). Derecho a negarse a presentar pruebas autoinculpatorias, lo que garantiza un proceso justo... 4). Exclusión de la prueba ilegalmente obtenida. Su incorporación al proceso del modo que autoriza el ordenamiento y respetando derechos humanos; y 5). Validez de las pruebas. Sólo tienen valor para sentencia las pruebas desahogadas en audiencia oral.<sup>88</sup>

La finalidad de este derecho, en palabras de Mercedes Fernández López, es *impedir la aplicación de medidas judiciales que impliquen una equiparación de hecho entre el imputado y culpable y, por tanto, cualquier tipo de resolución judicial que suponga la anticipación de la pena*.<sup>89</sup>

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido que la presunción de inocencia es un derecho que puede calificarse de *poliédrico*, en el sentido de que tiene múltiples manifestaciones o vertientes relacionadas

<sup>88</sup> Medina Peñaloza, S. J.: *Teoría del...cit.*, pp. 56-57.

<sup>89</sup> Cfr. Paredes Calderón, R.: *op. cit.*, nota 3, p. 172.

con garantías encaminadas a regular distintos aspectos del proceso penal.<sup>90</sup>

El principio apoya la prohibición de las medidas cautelares, en especial la prisión preventiva, tras ser utilizada en diversos sistemas como castigos utilizados para infligir al imputado anticipadamente a la pena.<sup>91</sup>

Lamentablemente, en detrimento de lo que sostiene García Silva, más grave aún, en retroceso del sistema y del principio de progresividad previsto en el artículo primero constitucional, en violación flagrante al principio de presunción de inocencia, en nuestro país se sigue abusado de la prisión preventiva. La lógica es primero se detiene y luego se investiga. No se logró el espíritu de la reforma constitucional en materia penal y seguridad pública de junio de 2008.

La transición al modelo acusatorio tuvo como uno de los fines principales terminar con dicho abuso histórico, para dar un giro radical en el tratamiento abusivo de la prisión preventiva que se venía dando en el anterior modelo procesal penal mixto, para así cambiar la lógica a primero investigar y luego detener, lo que no se logró con la vigencia del nuevo modelo procesal y se agravó con la reforma al párrafo segundo del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 12 de abril de 2019, en la que se amplió el catálogo de delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa.<sup>92</sup>

<sup>90</sup> Localización: [J]; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 5, abril de 2014; Tomo I; Pág. 497. 1a./J. 24/2014 (10a.).

<sup>91</sup> Aguilar López, M.: *Presunción...cit.* p. 113.

<sup>92</sup> El juez ordenará la prisión preventiva oficiosamente, en los casos de abuso o violencia sexual contra menores, delincuencia organizada, homicidio doloso, feminicidio, violación, secuestro, trata de personas, robo de casa

Se dijo entonces, que, como consecuencia lógica de la presunción de inocencia, le prisión preventiva cambia para ser utilizada como excepción y no como regla. Las autoridades tendrán que investigar para detener, no como sucede ahora, que detienen para investigar.<sup>93</sup>

Se dijo también, que la prisión preventiva podrá aplicarse solo cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección a la víctima, de los testigos o de la comunidad, o cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso.<sup>94</sup>

La reforma de junio de 2008, busca que la prisión preventiva sea la excepción y no la regla, por lo que al establecer la fórmula anteriormente señalada busca que sea en casos en los que verdaderamente no exista otra medida, que se aplique la privación de la libertad del imputado, por lo que la fórmula de la libertad caucional en este modelo carece de sentido...<sup>95</sup>

En relación a lo anterior, la prisión preventiva suele definirse como aquella medida cautelar personal

---

habitación, uso de programas sociales con fines electorales, corrupción tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones, robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades, delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, así como los delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad, y de la salud.

<sup>93</sup> Camacho, C.: *El sistema...cit.* p. 127.

<sup>94</sup> Ídem.

<sup>95</sup> Hermoso Larragoiti, H.: *Del Sistema...cit.* p. 646.

que podrá adoptar el juez de instrucción o tribunal sentenciador, consistente en la total privación al inculcado de su derecho fundamental a la libertad ambulatoria, mediante su ingreso en un centro penitenciario, durante la sustanciación del proceso penal o hasta que la sentencia de instancia sea definitiva.<sup>96</sup>

Es cierto que en el modelo acusatorio, tal como lo establece el artículo 20, apartado B, fracción IX, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la prisión preventiva tiene una temporalidad, por lo que no podrá exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso y en ningún caso será superior a dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado, pero también lo es que la adopción constitucional de la prisión preventiva oficiosa podría tildarse de inconveniente y de manera coloquial de incongruente con el espíritu de la reforma constitucional en materia penal y seguridad pública de junio de 2018, mediante la cual se transitó del proceso penal mixto al proceso penal acusatorio y en la que uno de los ejes principales era poner fin al abuso de la prisión preventiva.

Sin duda, la reforma al párrafo segundo, del artículo 19, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 12 de abril de 2019, en la que se amplió el catálogo de delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa, es muestra evidente del retroceso del sistema penal y un notorio regreso al abuso de la prisión preventiva.

Lamentablemente con la citada reforma, se regresó a lo que se pretendía cambiar y combatir.

<sup>96</sup> Rodríguez Magariños, F.: *Cárcel...cit.* p. 3.

Al respecto, en el primer dictamen de la Cámara de origen, se dijo:

*Para los efectos de evitar los excesos cometidos hasta ahora con la prisión preventiva, se acordó establecer el principio de subsidiariedad y excepcionalidad para la procedencia de este instituto; asimismo, que la aplicación de medidas cautelares, las cuales, las cuales son auténticos actos de molestia, procederá únicamente cuando exista la necesidad de cautela del proceso o de protección e las víctimas.<sup>97</sup>*

*Hoy por hoy existe un enorme abuso de la prisión preventiva, toda vez que la mayoría de los delitos están calificados como graves por la legislación ordinaria. Con la finalidad de superar este estado de cosas se impone que sea la propia constitución la que determine aquellos casos excepcionales, para los que bastará acreditar el supuesto material para que en principio proceda la prisión preventiva.<sup>98</sup>*

Con la posibilidad constitucional expresa de imponer indiscriminadamente como medida cautelar la prisión preventiva oficiosa, debe reconocerse una regresión y no un avance en el sistema penal acusatorio, una violación sistemática al principio de presunción de inocencia y el regreso al abuso de la prisión preventiva.

#### IV. Conclusiones

**Primera.** El 18 de junio de 2008, se reformaron y adicionaron diez artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos con cuya reforma se gestó en nuestro país el denominado Sistema Penal

<sup>97</sup> Cfr. Flores Cruz, J.: *Análisis sobre la nomenclatura...cit.* p. 162-163.

<sup>98</sup> Ídem.

Acusatorio; por lo que el proceso penal se dividió en tres etapas: primero la de investigación que se subdividió en investigación inicial e investigación complementaria, siguiendo la intermedia o de preparación del juicio y por último la de juicio, que se llevará a cabo predominantemente de manera oral.

**Segunda.** En el nuevo diseño procesal durante el desarrollo de la audiencia inicial, en el segmento de solicitud de medidas cautelares, el ministerio público, la víctima, ofendido o asesor jurídico pueden solicitar su imposición.

**Tercera.** La petición será resuelta por el juez de control, aplicando los principios de mínima intervención, idoneidad, proporcionalidad, lesividad y presunción de inocencia.

**Cuarto.** La finalidad de las medidas cautelares es: asegurar la presencia del imputado en el procedimiento y en el juicio oral; garantizar la seguridad y protección de la víctima, ofendido, de los testigos y de la comunidad; y de garantizar el desarrollo de la investigación.

**Quinto.** Con la reforma al párrafo segundo del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 12 de abril de 2019, que amplió el catálogo de delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa, implica una regresión y no un avance en el sistema penal acusatorio; se viola el principio de presunción de inocencia; y se regresa al abuso de la prisión preventiva como en el anterior modelo que se pretendía abandonar.

## V. Fuentes de Consulta

### Bibliográfica

- Acosta, José V.: *El proceso de revocación cautelar. Levantamiento, modificación, y nulidad de las medidas cautelares*. Rubiznal-Culzoni editores, Argentina, 1986.
- Aguilar López, Miguel Ángel: *Presunción de inocencia. Derecho humano en el sistema penal acusatorio*. Instituto de la Judicatura Federal, México, 2015.
- Alaníz García, José Rogelio, *et. al.*: Código Nacional de Procedimientos Penales. Reflexiones desde la judicatura, *Instituto de la Judicatura Federal*, México, 2016.
- Bacre, Aldo: *Medidas cautelares, doctrina y jurisprudencia*. Ediciones la Roca, Argentina, 2005.
- Calamandrei, Piero: *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, El foro, Argentina, 1996.
- Camacho, César: *El sistema de justicia penal en México: Retos y perspectivas*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2018.
- Constantino Rivera, Camilo: “*El proceso cautelar en el proceso penal acusatorio mexicano*”, Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas de Puebla. A. C., número 24, México, 2009.
- Constantino Rivera, Camilo: *Introducción al estudio sistemático del proceso penal acusatorio*, Flores editor, 6ª. ed., México, 2014.

- Esparza, Bernardino y Silva, Alejandra: *Análisis jurídico-operativo del sistema penal acusatorio en México, a nivel federal*. T3. Inacipe, México, 2015.
- Flores Cruz, J.: *Análisis sobre la nomenclatura empleada en el Nuevo Sistema de Justicia Penal previsto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2012.
- García Silva, Gerardo: *El nuevo sistema de justicia penal*, Porrúa, México, 2014.
- González Chévez, Héctor: *Las medidas cautelares en el proceso penal*, Ediciones Coyoacán, 1ª. ed., México, 2009.
- Hermoso Larragoiti, Héctor Arturo, *Del Sistema Inquisitivo al Moderno Sistema Acusatorio en México*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2011.
- Hortvitz Lennon María Inés y López Masle Julián: *Derechos Procesal Penal*, T.I, Chileno, Editorial Jurídica Chile, Santiago de Chile, 2002, pp. 638.
- Medina Peñaloza, Sergio Javier, *Teoría del delito en el Sistema Penal Acusatorio*, Rehtikal, México, 2015.
- Moreno Melo, Manuel, *Principios constitucionales de derecho penal*, Ubijus, México, 2015.
- Natarén Nandayapa, Carlos F. y Caballero Juárez José Antonio: *Los principios constitucionales del nuevo proceso penal acusatorio y oral mexicano*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2014.

- Natarén Nandayapa, Carlos. y Ramírez Saavedra, Beatriz Eugenia: *Litigación oral y práctica forense*, Oxford, México, 2009.
- Ovalle Favella, José: *Derecho procesal civil*, Oxford, 8va. ed., México, 1999.
- Paredes Calderón, Ricardo: *Las medidas cautelares en el sistema de justicia penal acusatorio*, Colofón, Colección juicios orales; México, 2018.
- Peláez Bardales, Mariano, *Medidas cautelares en el proceso civil*, Editorial Grijley, Perú, 2008.
- Pratt, Carla: *Curso básico sobre proceso penal acusatorio*, Centro de estudios jurídicos Carbonell, A. C., México, 2016.
- Reyes Loaeza Jahaziel: *El sistema acusatorio adversarial a la luz de la reforma constitucional*, Editorial Porrúa, México, 2011.
- Robles Garzón, Juan Antonio *et. al. Conceptos de derecho procesal, civil*, Editorial Tecnos, España, 2017.
- Rodríguez Magariños, Faustino, *Cárcel Electrónica, Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, España, 2007.
- Rodríguez Vázquez Miguel Ángel: *Desafíos del sistema penal acusatorio. Lo especial del procedimiento abreviado*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2019.
- Valadez Díaz, Manuel: *Medidas cautelares, libro tres*, Flores editor, México, 2018.



- Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, 2ª. ed., España, 1997.

### Jurisprudenciales

- Localización: [J]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXIV, julio de 2011; Pág. 1919.I.4o.A. J/90.
- Localización: [TA]; 10a. Época; T.C.C.; Gaceta S.J.F.; Libro 47, octubre de 2017; Tomo IV; Pág. 2607.II.2o.2 P (10a.).
- Localización: [J]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo III, abril de 1996; Pág. 36. P./J. 16/96.
- Localización: [J]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo VII, marzo de 1998; Pág. 18.P./J. 21/98.
- Localización: [TA]; 10a. Época; T. C. C.; Gaceta S.J.F.; Libro 57, agosto de 2018; Tomo III; Pág. 2964. I.1º. P.120 p. (10a.).
- Localización: [J]; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 5, abril de 2014; Tomo I; Pág. 497. 1a./J. 24/2014 (10a.).

### Auto de Vinculación a Proceso

*Oscar Enrique Castillo Flores \**

*Rolando C. Ríos Aguilar \*\**

*Raúl Rodríguez Vidal \*\*\**

**RESUMEN:** Se ofrece un breve estudio sobre el auto de vinculación a proceso, para mostrar los elementos que se deben tomar en cuenta para emitirlo. Veremos la importancia de su existencia y de su conformación.

**SUMARIO:** I. Introducción II. La ley del oeste. III. Auto de vinculación a proceso. IV. Marco normativo. V. La interpretación. VI. Conclusiones. VII. Fuentes consultadas.

### I. Introducción

La primera parte la usamos para explicar algunas de las menciones o referencias que se harán en otras partes del trabajo; la segunda, corresponde al estudio del auto de vinculación a proceso; la tercera, abarca el tema en estudio en cuanto a su marco normativo, en la cual aportamos comentarios; y la cuarta parte versa sobre tres jurisprudencias y las manifestaciones que consideremos que merecen cada una de ellas.

### II. La Ley del Oeste

De nueva cuenta, se recurre a los recuerdos, cuando nos encontramos con la voz de John Shirley-Quirk la versión

\* Asesor Jurídico Federal del Instituto Federal de Defensoría Pública.

\*\* Profesor de tiempo completo de la Universidad Autónoma de Coahuila, Unidad Torreón.

\*\*\* Profesor Investigador de la Universidad Autónoma de Coahuila Unidad Torreón.

reducida de la Confesión Goliarda elegida por Carl Orff para el *carmen* décimo primero de su obra maestra:

*Feror ego veluti  
sine nauta navis,  
ut per vias aeris  
vaga fertur avis;  
non me tenent vincula,  
non me tenet clavis;  
quaero mihi similes,  
et adiungor pravis.*<sup>4</sup>

En el pasado, a la confesional se le llamaba la reina de las pruebas. Cuando se parte de la *Confesión Goliarda*, encontramos en su texto la palabra *vincula*, la que, de primera mano, no genera idea de unión, lazo o nexo, entonces al menos debe haber dos sujetos.

El vínculo inicial, es el establecido entre gustos musicales, por un lado, ligamos una cantata escénica, *Carmina Burana*, con un tema del cine, compuesto por Ennio Morricone: *El bueno, el malo y el feo*.<sup>5</sup>

Pretendemos combinar los personajes evocados e inmortalizados a través de la música, con un poco de ayuda de la imaginación, serán nuestros acompañantes, nuestros cómplices, pero no como activos del delito, sino como sujetos cognoscentes.

<sup>4</sup> *BURANA CARMINA*, Reimpresiones de la colección de la Biblioteca de la Universidad de Michigan, s/n de ed., Estados Unidos de América, 2011, pp. 275. Traducción de Oscar Enrique Castillo Flores: Soy llevado Como un barco sin navegante, O por vía aérea Como ave errante; No me detienen vínculos, No me detienen llaves; Busco a mis similares Me uno a los desafortunados.

<sup>5</sup> <http://www.enniomorricone.org/> fecha de consulta 31 de enero de 2019, 15:52.

Nuestro protagonista, Tuco Benedicto Pacífico Juan María Ramírez, es un bandolero, de trasladarlo a nuestra realidad, estamos seguros que sería aprehendido y procesado.

Para nuestro trabajo, partimos de la hipótesis contenida en la fracción I del artículo 102 del Código Fiscal de la Federación:<sup>6</sup>

**Artículo 102.-** *Comete el delito de contrabando quien introduzca al país o extraiga de él mercancías:*

**I.** *Omitiendo el pago total o parcial de las contribuciones o cuotas compensatorias que deban cubrirse...*

Por lo cual, el análisis del auto de vinculación a proceso, cuando se necesite ejemplificar, se hará con base en las peripecias de Tuco durante su faceta de contrabandista.

### III. Auto de Vinculación a Proceso

El término bajo estudio es compuesto, porque contiene tres palabras principales: auto, proceso y vinculación.

Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara,<sup>7</sup> aportan la definición siguiente: *Resolución judicial dictada en el curso del proceso y que, no siendo de mero trámite, no está destinada a resolver sobre el fondo, sirve para preparar la decisión, pudiendo recaer sobre la personalidad de alguna de las partes, la competencia del juez o la procedencia o no de la admisión de pruebas por ejemplo.*

<sup>6</sup> [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/8\\_241218.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/8_241218.pdf). Fecha de consulta 31 de enero de 2019.

<sup>7</sup> De Pina, Rafael y De Pina Vara, Rafael.: *Diccionario de Derecho...*, cit., p. 115.

Por auto entendemos la actuación judicial por escrito o vía electrónica, mediante la cual, los resolutores dan a conocer la decisión que han tomado sobre promociones, providencias, cuestiones incidentales, presupuestos procesales, nulidades, efectos, así como los demás casos previstos en la ley, que se agrega al expediente para poder ser consultado por las partes.

En el diccionario de derecho procesal, del Colegio de Profesores de Derecho Procesal Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México,<sup>8</sup> se define proceso: *solución con la intervención del Estado, que expropia la función sancionadora, al prohibir la justicia por particulares y debe organizar la suya propia.*

Por nuestra parte, se establece que el proceso es el conjunto de actos concatenados y desarrollados ante la autoridad jurisdiccional, que se llevan a cabo por las partes, los terceros y sujetos con imperio legal, con el objetivo de aplicar el derecho al caso concreto para emitir la resolución procedente.

La Real Academia de la Lengua Española define vincular:<sup>9</sup>

1. tr. Atar o fundar algo en otra cosa.
2. tr. Perpetuar o continuar algo o el ejercicio de ello. U. m. c. prnl.
3. tr. Someter la suerte o el comportamiento de alguien o de algo a los de otra persona o cosa.
4. tr. Sujetar a una obligación.

<sup>8</sup> Colegio de Profesores de Derecho Procesal Facultad de Derecho de la UNAM.: *Diccionarios Jurídicos Temáticos... cit.*, p.163.

<sup>9</sup> Real Academia Española.: *Diccionario de la lengua... cit.*, p. 2246.

5. tr. Der. Sujetar o gravar los bienes a vínculo para perpetuarlos en empleo o familia determinados por el fundador.
6. tr. Desus. Asegurar, atar con prisiones.

Las acepciones parecen adecuadas, no obstante, el número cinco, que se refiere al derecho, la descartamos pues atiende a la materia civil y el auto de vinculación a proceso pertenece al mundo de lo penal. El resto nos indican la unión o la sujeción de una cosa o individuo para subordinarlos a determinada instrucción o finalidad.

Manuel Valadez Díaz, aporta un concepto del tema en análisis: *Decisión que, al ser emitida por el juez de control, con base en antecedentes de investigación y elementos de convicción aportados y desahogados en audiencia, cuya principal característica es la temporalidad, establece el hecho por el cual continuará el proceso.*<sup>10</sup>

Más adelante expone que es un medio de control judicial sobre las actuaciones del órgano técnico investigador, pues, en su caso, se autoriza continuar la investigación complementaria que en un estándar bajo y al nivel mínimo de suposición se considere la equivalencia del hecho a lo que la ley considere como delito y, del cual, el imputado es probable autor o partícipe.<sup>11</sup>

Los sujetos procesales deben entender de lo que trata el asunto en exposición, por lo cual, nos damos a la tarea de desglosar la descripción precedente.

- Decisión: manifestación de la voluntad en determinado sentido, que resuelve una duda o que determina llevar a cabo un hacer o un no hacer.

<sup>10</sup> Valadez Díaz, Manuel.: *El auto de vinculación a proceso... cit.*, p. 9.

<sup>11</sup> *Ídem.*

- Juez de Control: tenemos a un sujeto calificado, es decir, es la única clase de funcionario con las facultades para emitirlo.
- Antecedentes de investigación: es la información recopilada por los elementos de las fiscalías que se utiliza para acreditar la existencia de un delito y de la probable participación de sujetos activos individualizados. Además, la defensa por su parte, realiza indagaciones para obtener datos tendientes a demostrar que no existe el delito y que no hay probable participación del imputado.
- Medios de convicción: son aquellos objetos u operaciones mentales independientes o ligadas a aquellos, que sirven para patentizar las pretensiones de los oferentes, son allegadas al proceso o procedimiento por las partes con la finalidad de ser tomadas en cuenta por el resolutor.
- Aportados y desahogados en la audiencia: las pruebas tienen que ser ofrecidas por las partes, tanto el órgano acusador como la defensa, también consideramos que la víctima tiene derecho a exhibir medios de comprobación. Lo anterior tiene un momento procesal oportuno, el cual es la audiencia de vinculación a proceso.
- Temporalidad: los efectos del auto en comento no son permanentes, sino que, abarcan desde la audiencia de vinculación, hasta la emisión la sentencia firme y que se hayan agotado todas las instancias de impugnación.
- Hecho generador de la continuación del proceso: el juez de control está obligado a establecer con claridad cuál es el delito en el que se centrará el juicio.

#### IV. Marco Normativo

Para aprovechar el principio de supremacía constitucional, el constituyente permanente coloca las ideas, valores y figuras jurídicas con mayor trascendencia y que necesitan respaldo, en el texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El auto de vinculación a proceso tiene tal característica, la cual le fue otorgada en la reforma del 18 de junio de 2008. La referida actuación la encontramos en los párrafos primero, tercero, cuarto, quinto y sexto del precepto 19:

*Artículo 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.*

...

*La ley determinará los casos en los cuales el juez podrá revocar la libertad de los individuos vinculados a proceso.*

*El plazo para dictar el auto de vinculación a proceso podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley. La prolongación de la detención en su perjuicio será sancionada por la ley penal. La autoridad responsable del establecimiento en el que se encuentre internado el indiciado, que dentro del plazo antes señalado no reciba copia autorizada*

*del auto de vinculación a proceso y del que decreta la prisión preventiva, o de la solicitud de prórroga del plazo constitucional, deberá llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el plazo y, si no recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, pondrá al indiciado en libertad.*

*Todo proceso se seguirá forzosamente por el hecho o hechos delictivos señalados en el auto de vinculación a proceso. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de investigación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente.*

*Si con posterioridad a la emisión del auto de vinculación a proceso por delincuencia organizada el inculcado evade la acción de la justicia o es puesto a disposición de otro juez que lo reclame en el extranjero, se suspenderá el proceso junto con los plazos para la prescripción de la acción penal.*

...

Aquí sintetizamos lo expuesto por Alfonso Pérez Daza:<sup>12</sup> el dictado del auto de vinculación, no necesita tener por acreditados los elementos subjetivos, objetivos y normativos del tipo, porque corresponden a la sentencia, con los datos de prueba aportados por el representante social, deben derivarse indicios, sólo con datos. No se realiza el estudio del cuerpo del delito, porque el juzgador no cuenta con pruebas fehacientes, se limita a contar con indicios suficientes para justificar que se ha cometido un delito.

<sup>12</sup> Pérez Daza, Alfonso.: *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada...* cit., p. 458.

La redacción del numeral citado arroja la siguiente información:

1.- El auto de vinculación es para imputados que siguen su proceso bajo prisión preventiva o en libertad.

2.- El plazo para su dictado puede prorrogarse, siempre y cuando el indiciado lo pida, no se aumenta el término cuando así lo desee el agente del ministerio público o el juez.

3.- La falta de notificación indubitable al centro de detención sobre el auto en estudio, provoca la liberación del indiciado.

4.- El auto de vinculación es el delimitador en cuanto a los delitos a ser analizados durante el juicio, de haber otro, se hará la investigación por separado con posibilidad de acumulación.

5.- En los casos de delincuencia organizada, la prescripción se suspende, por evadir la acción de la justicia o por extradición.

El siguiente cuerpo normativo relacionado con el auto de vinculación es el Código Nacional de Procedimientos Penales.

El artículo 313, párrafo primero, no indica que con posterioridad a la declaración del imputado o su abstención, el agente del ministerio público solicitará al juez de control la oportunidad para discutir medidas cautelares, luego la vinculación a proceso, en su caso.

Dentro de segundo párrafo del precepto mencionado, advertimos que el juzgador se dirigirá al imputado y le explicará los momentos en los cuales puede resolverse la solicitud que desea plantear el acusador, la oportunidad



para resolver sobre la vinculación a proceso; cuestionará si desea que se resuelva sobre su vinculación a proceso en esa audiencia dentro del plazo de setenta y dos horas o si solicita la ampliación de dicho plazo al doble. Por lo cual se tienen tres momentos para dictar el auto de vinculación: en el mismo momento, plazo de setenta y dos y, en la prórroga de ciento cuarenta y cuatro horas.

Cuando se opte por el dictado inmediato, el misterio público queda obligado a justificar la vinculación, a través de los datos de prueba en cuanto al delito y la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión. Con la finalidad de mantener el equilibrio procesal, a la defensa se le da la oportunidad para que conteste la solicitud y si considera necesario permitirá la réplica y contrarréplica. Al finalizar las manifestaciones resolverá la situación jurídica del imputado.

La opción de las setenta y dos horas y su prórroga, requiere previa solicitud del imputado, después de la cual, el juez debe señalar fecha para la celebración de la audiencia de vinculación a proceso dentro de dicho plazo o su prórroga.

La redacción del precepto 314 nos indica que durante la ampliación señalada en el párrafo precedente el imputado o su defensor podrán presentar los datos de prueba que consideren necesarios ante el juez de control, incluso cuenta con el auxilio judicial como manifestación efectiva del derecho de defensa establecido en el artículo 20 constitucional, apartado B, fracciones IV y VI, y en el 113, fracción IX, del código en cita. De forma exclusiva en delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa u otra personal, el juez de control podrá admitir el desahogo de medios de prueba ofrecidos por el imputado o su defensor,

cuando, al inicio de la audiencia o su continuación, justifiquen su pertinencia.

Conforme al artículo 315, en el diferimiento de la audiencia inicial; es decir, la audiencia de plazo constitucional, empieza con la presentación de los datos de prueba aportados por las partes o, en su caso, con el desahogo de los medios de prueba que hubiese ofrecido y justificado el imputado o su defensor, lo cual queda sujeto a las reglas previstas para el desahogo de pruebas en la audiencia de debate de juicio oral. Desahogadas las probanzas, se concede la palabra en primer término al ministerio público, al asesor jurídico de la víctima y finalmente al imputado.

Agotado el debate, el juez resolverá sobre la vinculación o no del imputado a proceso, en caso de extrema complejidad, podrá decretar un receso no mayor a dos horas.

Enseguida se transcriben y comentan los numerales que consideramos con mayor importancia:

*Artículo 316. Requisitos para dictar el auto de vinculación a proceso:*

*El Juez de control, a petición del agente del Ministerio Público, dictará el auto de vinculación del imputado a proceso, siempre que:*

*Se haya formulado la imputación;*

**II.** *Se haya otorgado al imputado la oportunidad para declarar;*

**III.** *De los antecedentes de la investigación expuestos por el Ministerio Público, se desprendan datos de prueba que establezcan que se ha cometido*

*un hecho que la ley señala como delito y que exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión. Se entenderá que obran datos que establecen que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito cuando existan indicios razonables que así permitan suponerlo, y*

**IV.** *Que no se actualice una causa de extinción de la acción penal o excluyente del delito.*

*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.*

*El proceso se seguirá forzosamente por el hecho o hechos delictivos señalados en el auto de vinculación a proceso. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un hecho delictivo distinto del que se persigue, deberá ser objeto de investigación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación si fuere conducente.*

Entonces, el auto de vinculación del imputado a proceso, se emite, si se reúnen los siguientes presupuestos:

1.- Se haya formulado la imputación, es decir, existe un señalamiento directo de parte del órgano investigador.

2.- Se haya otorgado al imputado la oportunidad para declarar, ya sea que se haya hecho o no, pues ambas son manifestaciones del derecho de defensa que se adaptan acorde a la teoría del caso.

3.- De los antecedentes de la investigación expuestos por el ministerio público, se desprendan datos de prueba

que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y que exista la posibilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión. Debemos resaltar, tal y como hace Benavente Chorres,<sup>13</sup> que los datos de prueba se refieren a información recopilada durante la investigación o actuaciones realizadas, ambos sin la presencia judicial.

4.- No se actualice una causa de extinción de la acción penal o excluyente del delito. Aquí se refiere a la prescripción del accionar, o bien, no puede considerarse la existencia del delito cuando se realicen ciertas conductas con el objetivo de proteger determinados bienes jurídicos, o ante la ausencia de la voluntad de delinquir o de alguno de los elementos que integran el tipo penal.<sup>14</sup>

El auto de vinculación debe 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 la cual tiene que ser informada al imputado para ajustar su defensa. Observamos un control judicial a las actuaciones del órgano técnico investigador y, a la vez, facultades correctivas del juzgador para reducir los índices de impunidad, al ya no permitir que un error de la fiscalía genere la puesta en libertad del imputado. Resulta claro que, al ser informado del cambio, debe solicitar la ampliación del término para que se dicte el auto de vinculación y pueda ofrecer pruebas a su favor.

<sup>13</sup> Benavente Chorres, Hesbert.: *El amparo en el proceso penal acusatorio...* cit., p.287.

<sup>14</sup> <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/165/165259.pdf> fecha de consulta 2 de enero de 2019.

A manera de ejemplo, tenemos el supuesto de una imputación bajo la hipótesis de la fracción I, del artículo 102 del Código Fiscal de la Federación, pues se encontró a Tuco en posesión de un vehículo de procedencia extranjera, y no acreditó haber pagado las contribuciones aplicables, como lo son el impuesto general de importación y el impuesto al valor agregado. Sin embargo, Tuco fue detenido en Chihuahua, Chihuahua, por lo cual, el juez de control reclasifica la conducta ilícita a presunción de contrabando, hipótesis contenida en la fracción II del numeral 103 del mismo código tributario, porque se encontró un vehículo extranjero fuera de una zona de veinte kilómetros en cualquier dirección contados en línea recta a partir de los límites extremos de la zona urbana de las poblaciones fronterizas, sin la documentación aduanera que acredite que las mercancías se sometieron a los trámites previstos en la Ley Aduanera para su introducción al territorio nacional o para su internación de la franja o región fronteriza al resto del país.

**Artículo 317. Contenido del auto de vinculación a proceso**  
*El auto de vinculación a proceso deberá contener:*

- I. Los datos personales del imputado;*
- II. Los fundamentos y motivos por los cuales se estiman satisfechos los requisitos mencionados en el artículo anterior, y*
- III. El lugar, tiempo y circunstancias de ejecución del hecho que se imputa.*

En términos del artículo 317, el auto de vinculación a proceso debe contener los siguientes elementos:

1. Los datos personales del imputado, para individualizar la actuación judicial y evitar

problemas derivados de homonimia. Cumple con el derecho humano de seguridad jurídica, el cual emana del precepto 14 constitucional.

2. Los fundamentos y motivos por los cuales se estiman satisfechos los requisitos establecidos en el artículo 316, es decir, se señalan los preceptos normativos aplicados y se explica porque tienen relación con lo acontecido, se funda y motiva porque se considera cometido un delito y, las razones que llevan a concluir la participación del imputado. Es la materialización del derecho humano de motivación y fundamentación suficientes consagrado en el precepto 16 constitucional.
3. El lugar, tiempo y circunstancias de ejecución del hecho que se imputa. Los datos particulares del asunto son de suma importancia para que el imputado prepare su defensa, para así poder ofrecer probanzas que le sean favorables y así dar cumplimiento al derecho humano a la defensa, emanado del artículo 20, apartado B) constitucional.

**Artículo 318. Efectos del auto de vinculación a proceso:**

*El auto de vinculación a proceso establecerá el hecho o los hechos delictivos sobre los que se continuará el proceso o se determinarán las formas anticipadas de terminación del proceso, la apertura a juicio o el sobreseimiento.*

Los efectos del auto de vinculación a proceso se enlistan en el artículo 318:

1.- Fija el delito o delitos sobre los que se continuará el proceso; al contener las hipótesis normativas correspondientes, para poder ser analizadas por los sujetos procesales acorde a sus intereses.

2.- Se determinarán las formas anticipadas de terminación del proceso, ya sea el juicio abreviado o método de justicia alternativa, que generen satisfacción, al menos parcial, a los intervinientes y afectados.

3.- Determina la apertura a juicio, con sustento en los delitos que se derivaron de los datos de prueba.

4.- Establecer las causas de sobreseimiento, explique cuales razones impiden legalmente la continuación del juicio.

No dejemos de lado los recursos precedentes contra el auto de vinculación a proceso, pues el numeral 467 nos indica que, en contra del auto de vinculación a proceso, procede el recurso de apelación.

También existe el negativo de nuestro tema; auto de no vinculación a proceso. Tal figura se rige por los siguientes supuestos para ser emitido: cuando falte alguno de los elementos señalados en el precepto 317, ordenará la libertad inmediata del imputado, para lo cual revocará las providencias precautorias y las medidas cautelares anticipadas que se hubiesen decretado.

Los efectos del auto de no vinculación a proceso, dejará sin efecto las medidas cautelares personales y reales que hubiese establecido.

#### **Artículo 319. Auto de no vinculación a proceso**

*En caso de que no se reúna alguno de los requisitos previstos en este Código, el Juez de control dictará un auto de no vinculación del imputado a proceso y, en su caso, ordenará la libertad inmediata del*

*imputado, para lo cual revocará las providencias precautorias y las medidas cautelares anticipadas que se hubiesen decretado.*

*El auto de no vinculación a proceso no impide que el Ministerio Público continúe con la investigación y posteriormente formule nueva imputación, salvo que en el mismo se decrete el sobreseimiento.*

Existe el derecho de volver a solicitar la vinculación a proceso, pues su emisión tiene el efecto de regresar la carpeta de investigación al ministerio público y no le impide continuar con la investigación y formule nuevamente la imputación, salvo que en el mismo se decrete el sobreseimiento, como vemos del artículo 319 del código en cita.

#### **Artículo 320. Valor de las actuaciones**

*Los antecedentes de la investigación y elementos de convicción aportados y desahogados, en su caso, en la audiencia de vinculación a proceso, que sirvan como base para el dictado del auto de vinculación a proceso y de las medidas cautelares, carecen de valor probatorio para fundar la sentencia, salvo las excepciones expresas previstas por este Código.*

Recordemos, que los datos de prueba son comunicados al juzgador, pero no los conoce de forma directa, por lo cual, no tienen cabida en la sentencia de fondo, la que se basa en los medios de convicción ofrecidos y desahogados con posterioridad.

## **V. La Interpretación**

Tanto la Constitución Federal como la Ley de Amparo regulan la interpretación de la normatividad, la cual recibe el nombre de jurisprudencia, ya sea que se



traten de tesis aisladas que funcionan como criterios orientadores, la jurisprudencia en sentido estricto, es decir, aquel criterio que por reiteración, contradicción o sustitución son obligatorios para las autoridades e inferior jerarquía a la del emisor

*Época: Décima Época. Registro: 2017728. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 57, Agosto de 2018, Tomo III. Materia(s): Penal. Tesis: XVII.1o.P.A. J/19 (10a.). Página: 2388*

*AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. TEST DE RACIONALIDAD QUE PROCEDE APLICAR PARA EL ESTUDIO DE LOS DATOS DE PRUEBA, A PARTIR DE LOS CUALES PUEDE ESTABLECERSE QUE SE HA COMETIDO UN HECHO IMPUTADO COMO DELITO [MODIFICACIÓN DE LA TESIS XVII.1o.P.A.31 P (10a.)]. Este Tribunal Colegiado de Circuito, en la tesis aislada XVII.1o.P.A.31P(10a.), estableció el test de racionalidad que procede aplicar por el tribunal de amparo, en relación con los antecedentes de investigación como canon de control de la legalidad del auto de vinculación a proceso. Ahora bien, una nueva reflexión sobre el tema, lleva a este órgano jurisdiccional a modificar dicho criterio, para ahora definir el test que procede aplicar para el estudio de los datos de prueba a partir de los cuales puede establecerse que se ha cometido un hecho imputado como delito, el cual tiene como objetivo diferenciar el nivel de exigencia probatoria que es aplicable en las resoluciones susceptibles de ser dictadas en la audiencia inicial, frente a la sentencia definitiva dictada en el juicio oral. En la premisa fáctica se*

*requiere para la aceptación o rechazo de una teoría: a) Una hipótesis (teoría del caso): Es una proposición que tiene como sustento un hecho captado por medio de los sentidos. b) Los enunciados que integran la hipótesis; razonamientos con cierta probabilidad o verosimilitud. c) La verificabilidad de los enunciados, mediante la existencia de datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión y, la valoración debe ser racional, es decir, aquella que en su práctica emplea elementos o reglas racionales, lógicas, máximas de experiencia, método científico y pensar reflexivo, para valorar e interpretar los resultados de la aportación de datos de prueba en conjunción con lo alegado para determinar qué puede dar o considerar como probado, que en última instancia no es más que evaluar el grado de probabilidad, con fundamento en los medios disponibles, si puede considerarse como verdadera una hipótesis sobre los hechos. d) La aceptación o rechazo de la hipótesis, mediante la argumentación de la hipótesis aceptada y la refutación, por contrastabilidad, de la rechazada. La aceptabilidad de una hipótesis es un juicio sobre su confirmación y no refutación. Una vez confirmada debe someterse aún a la refutación examinando los posibles hechos que -de existir- invalidarán o reducirán el grado de probabilidad de la hipótesis, es decir, el Juez contrasta unas afirmaciones -hipótesis- poniendo a prueba su valor explicativo. Una hipótesis se considera confirmada por un dato o medio de prueba si existe un nexo causal o lógico entre ambas, de modo que se configure una razón*



*para su aceptación. La confirmación corresponde a una inferencia en virtud de la cual, a partir de unos datos de prueba y de una regla que conecta a esos datos de prueba con la hipótesis, se concluye aceptando la veracidad de esta última.*

El estándar de acreditación disminuye en el auto de vinculación a proceso, pues a diferencia del de formal prisión en el que se hacía un estudio de fondo, en el primero se requiere establecer un grado de probabilidad, no de certeza. Sin embargo, la jurisprudencia versa sobre cuestiones de lógica de hipótesis, en donde se respeta el principio de que un ente no puede ser y dejar de ser al mismo tiempo. Aportan una metodología, pero ésta se usa para información que se debe validar y que generará conocimiento, aquí no, la naturaleza de la vinculación a proceso no requiere metodología, pues basta con un análisis menos exigente como el de una monografía.

*Época: Décima Época. Registro: 2014800. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 45, agosto de 2017, Tomo I. Materia(s): Penal. Tesis: 1a./J. 35/2017 (10a.). Página: 360*

*AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. PARA SATISFACER EL REQUISITO RELATIVO A QUE LA LEY SEÑALE EL HECHO IMPUTADO COMO DELITO, BASTA CON QUE EL JUEZ ENCUADRE LA CONDUCTA A LA NORMA PENAL, DE MANERA QUE PERMITA IDENTIFICAR LAS RAZONES QUE LO LLEVAN A DETERMINAR EL TIPO PENAL APLICABLE (NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL). Del artículo 19, párrafo primero, de la Constitución Federal, reformado mediante Decreto*

*publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 18 de junio de 2008, se desprende que para dictar un auto de vinculación a proceso es necesario colmar determinados requisitos de forma y fondo. En cuanto a estos últimos es necesario que: 1) existan datos que establezcan que se ha cometido un hecho, 2) la ley señale como delito a ese hecho y 3) exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión. Ahora, el texto constitucional contiene los lineamientos que marcan la transición de un sistema de justicia penal mixto hacia otro de corte acusatorio, adversarial y oral, como lo revela la sustitución, en los requisitos aludidos, de las expresiones “comprobar” por “establecer” y “cuerpo del delito” por “hecho que la ley señala como delito”, las cuales denotan un cambio de paradigma en la forma de administrar justicia en materia penal, pues acorde con las razones que el propio Poder Constituyente registró en el proceso legislativo, con la segunda expresión ya no se requiere de “pruebas” ni se exige “comprobar” que ocurrió un hecho ilícito, con lo cual se evita que en el plazo constitucional se adelante el juicio, esto es, ya no es permisible que en la etapa preliminar de la investigación se configuren pruebas por el Ministerio Público, por sí y ante sí -como sucede en el sistema mixto-, con lo cual se elimina el procedimiento unilateral de obtención de elementos probatorios y, consecuentemente, se fortalece el juicio, única etapa procesal en la que, con igualdad de condiciones, se realiza la producción probatoria de las partes y se demuestran los hechos objeto del proceso. De ahí que con la segunda expresión la norma constitucional ya no exija que el objeto*

*de prueba recaiga sobre el denominado “cuerpo del delito”, entendido como la acreditación de los elementos objetivos, normativos y/o subjetivos de la descripción típica del delito correspondiente, dado que ese ejercicio, identificado como juicio de tipicidad, sólo es exigible para el dictado de una sentencia, pues es en esa etapa donde el juez decide si el delito quedó o no acreditado. En ese sentido, para dictar un auto de vinculación a proceso y establecer que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito, basta con que el juez encuadre la conducta a la norma penal, que permita identificar, independientemente de la metodología que adopte, el tipo penal aplicable. Este nivel de exigencia es acorde con los efectos que genera dicha resolución, los cuales se traducen en la continuación de la investigación, en su fase judicializada, es decir, a partir de la cual interviene el juez para controlar las actuaciones que pudieran derivar en la afectación de un derecho fundamental. Además, a diferencia del sistema tradicional, su emisión no condiciona la clasificación jurídica del delito, porque este elemento será determinado en el escrito de acusación, a partir de toda la información que derive de la investigación, no sólo de la fase inicial, sino también de la complementaria, ni equivale a un adelanto del juicio, porque los antecedentes de investigación y elementos de convicción que sirvieron para fundarlo, por regla general, no deben considerarse para el dictado de la sentencia, salvo las excepciones establecidas en la ley.*

Esta jurisprudencia por contradicción, nos parece más acertada en cuanto a la forma en que se usa el estándar probatorio, no se necesitan pruebas sino datos

de prueba, información cuyo enlace no es tan fuerte como en el sistema penal tradicional. Ya no se pretende acreditar el cuerpo del delito, sino un hecho delictivo.

*Época: Décima Época. Registro: 2007811. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 11, Octubre de 2014, Tomo III. Materia(s): Constitucional, Penal. Tesis: XVII.1o.P.A. J/5 (10a.). Página: 2377*

*AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. EL JUEZ DE CONTROL, AL RESOLVER SOBRE SU PROCEDENCIA, NO DEBE ESTUDIAR LOS DATOS DE LA CARPETA DE INVESTIGACIÓN, SINO VALORAR LA RAZONABILIDAD DE LAS MANIFESTACIONES EXPUESTAS POR EL MINISTERIO PÚBLICO Y, EN SU CASO, LA CONTRA-ARGUMENTACIÓN O REFUTACIÓN DEL IMPUTADO O SU DEFENSOR (NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN EL ESTADO DE CHIHUAHUA). De los artículos 16, párrafo tercero, 19, párrafo primero y 20, apartado A, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se advierte que el Constituyente Permanente determinó, entre otras cuestiones, la no formalización de las pruebas en cualquiera de las fases del procedimiento penal acusatorio, salvo excepciones. Asimismo, que el impedimento a los Jueces del proceso oral para revisar las actuaciones practicadas en la indagatoria fue con el fin de evitar que prejuzguen, manteniendo con ello la objetividad e imparcialidad de sus decisiones, así como los principios de igualdad y contradicción; lo anterior, dada la horizontalidad de la posición de las teorías del caso de los contendientes, por una*

*parte, las del Ministerio Público, víctima u ofendido del delito y, por otra, del inculcado y su defensa, en relación con un hecho que la ley señale como delito y cuando exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión; de ahí que en el nuevo sistema de justicia penal acusatorio adversarial del Estado de Chihuahua, el Juez de control, al resolver sobre la procedencia del auto de vinculación del imputado, no debe estudiar los datos de la carpeta de investigación, sino valorar la razonabilidad de las manifestaciones expuestas por dicha representación social y, en su caso, la contra-argumentación o refutación del imputado o su defensor.*

Nos parece importante dejar en claro que el juzgador no tiene acceso a la carpeta de investigación y, todos sus análisis se encuentran en lo manifestado por la parte acusadora y por la defensa. Entonces, el estudio se hace sobre la razonabilidad y concatenación de los hechos expuestos, no estrictamente en pruebas, con la cual se realza la importancia de la correcta argumentación.

## VI. Conclusiones

**Primera.** El auto de vinculación parece una reminiscencia del sistema anterior, como un substituto del auto de formal prisión, en virtud de que, tal figura no fue importada, sino que, es creación del legislador mexicano.

**Segunda.** Emitir el auto de vinculación a proceso con base en datos de prueba, significa que el juez, al conocer de primera mano el asunto, debe analizar la información aportada y determinar si el imputado pudo haber tenido participación en el hecho delictivo, lo cual, consideramos

que es una carga extra para el resolutor, pues pareciera que está haciendo un adelanto de la sentencia de primer grado.

**Tercera.** Existe igualdad de armas para la defensa y el acusador en la etapa del auto de vinculación, pues ambos aportan pruebas, los segundos para solicitar el auto, y el primero para evitarlo.

## VII. Fuentes Consultadas

### Bibliográficas

- Benavente Chorres, Hesbert.: *El amparo en el proceso penal acusatorio y oral*, Flores Editor y Distribuidor, 4ª ed., México, 2017.
- *Black's Law Dictionary*.: editado por West Group, 7a ed., Estados Unidos de América, 1999.
- *Burana Carmina*, Reimpresiones de la colección de la Biblioteca de la Universidad de Michigan, s/n de ed., Estados Unidos de América, 2011.
- *Cassell's Latin & English Dictionary*. Editorial Macmillan Publishing Company, New York, Estados Unidos de América.
- Colegio de Profesores de Derecho Procesal Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, *Derecho Procesal*, Harla, Diccionarios Jurídicos Temáticos vol. 4, México, 1997.
- Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos, comentada y concordada. Editorial Porrúa, décimo séptima edición, México, 2003.
- Constitución Política De Los Estados Unidos

Mexicanos Comentada, José Ramón Cossío Díaz coord., Tirant lo Blanch, t. I, México, 2017.

- De Pina Rafael y De Pina Vara Rafael, *Diccionario de Derecho*, 24a ed., Porrúa, México, 1997.
- Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, dos volúmenes. Editorial Espasa Calpe, 23ª ed., España, 2014.
- Diccionario Histórico Judicial De México, ideas e instituciones, tres volúmenes, *Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2010*.
- Galindo Sifuentes, Ernesto.: *Argumentación Jurídica. Técnicas de argumentación del abogado y el juez*, Porrúa, México, 2008.
- Guastini, Ricardo.: *“Estudios Sobre la Interpretación Jurídica”*. Gascón, Marina, Carbonell, Miguel, traductores, Editorial Porrúa, octava edición, México, 2008.
- Navarrete M., Tarcisio, Abascal C., Salvador, Laborie E., Alejandro.: *Los derechos humanos al alcance de todos*, Editorial Diana, México, 1991.
- Nietzsche, Friedrich Wilhelm.: *“Así habló Zaratustra”*. Sánchez Pascual, Andrés, traductor, Alianza Editorial, undécima reimpresión, España, 2008.
- Valadez Díaz, Manuel.: *El auto de vinculación a proceso*, Flores Editor y distribuidor, 1a reimpresión de la 1a ed., México, 2018.

## **Hemerográficas**

- Castillo Flores, Oscar Enrique, Rodríguez Vidal, Raúl, “La dignidad como piedra fundamental del Derecho”, *Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública*, México, número 14, diciembre de 2012.

## **Informáticas**

- <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/>

---

## **Dos tópicos selectos de la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes**

*Rogelio Gerardo García Rojas\**

SUMARIO: I. Introducción. II. ¿Es aplicable el procedimiento abreviado en el sistema penal para adolescentes? III. Supletoriedad. IV. Argumentos a favor. V. Argumentos en contra. VI. ¿Es aplicable una medida de internamiento (ya sea cautelar o de sanción) tratándose de delincuencia organizada? VII. ¿Qué es y cómo se resuelve una antinomia? VIII. Toma de postura. XIX. Conclusiones. X. Bibliografía.

### **I. Introducción**

A efecto de dar cumplimiento a diversos tratados internacionales signados por México<sup>1</sup>, el día 12 de diciembre del 2005, se publicó la reforma constitucional al artículo 18, a partir de la cual nuestro país se aparta de los viejos esquemas de impartición de justicia en materia de adolescentes en conflicto con la ley penal, de corte paternalista y tutelar, basados en la doctrina de la situación irregular, para adoptar el paradigma de reconocimiento de los derechos de las personas menores de dieciocho años de edad mediante un juicio de corte jurisdiccional en el que imperen los principios

---

\* Defensor Público Federal

<sup>1</sup> Entre otros a la Convención sobre los Derechos del Niño, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil.



de legalidad y debido proceso que postula la doctrina de la protección integral.

En el articulado transitorio de esta reforma, por un lado, se fijó una *vacatio legis* de tres meses, más seis meses posteriores para que los estados emitieran las leyes y crearan las instituciones necesarias para la aplicación del nuevo orden constitucional.

Desafortunadamente no todos los estados cumplieron con su obligación constitucional en tiempo, sino que fueron emitiendo las legislaciones de modo paulatino y asimétrico.

Por lo que hace a la federación aún y cuando no se fijó lapso alguno, el 27 de diciembre del 2012, se publicó la Ley Federal de Justicia para Adolescentes, fijándose originalmente una *vacatio legis* de dos años, posteriormente se estableció que entraría en vigor cuando el Código Nacional de Procedimientos Penales estuviese vigente en toda la República.

Sin embargo, dicha ley nunca tuvo vigencia en virtud de que, por diversa reforma constitucional del 2 de julio del 2015, se consiguó en el inciso c), de la fracción XXI, del artículo 73, la facultad al Congreso de la Unión de emitir legislaciones únicas en diversas materias, entre ellas, la de justicia para adolescentes que se cumplió con la publicación de la actual ley el 16 de junio del 2016.

La Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes<sup>2</sup> se compone de 266 artículos, divididos en cinco libros; al comenzar a aplicar la ley, los operadores (que en este tema los Estados de la República han superado a la Federación, última en instrumentar el sistema), se percataron de algunos tópicos específicos

<sup>2</sup> En lo sucesivo Ley Nacional.

que ocasionaron opiniones y soluciones prácticas divergentes, insolutas hasta el día de hoy.

Los temas en cuestión, a los que nos dedicaremos en las siguientes líneas los podemos problematizar de la siguiente manera:

1. ¿Es aplicable el procedimiento abreviado en el sistema penal para adolescentes?

2. ¿Es aplicable una medida de internamiento (ya sea cautelar o de sanción) tratándose de delincuencia organizada?

## **II. ¿Es aplicable el procedimiento abreviado en el sistema penal para adolescentes?**

El primer tema en análisis consiste en determinar si es aplicable o no, el procedimiento abreviado en el sistema penal para adolescentes, dilema que surge por una deficiente prevención normativa que permita establecer de una manera suficientemente clara, una postura en uno u otro sentido, ya que la Ley Nacional resulta tan ambigua que abona más a la confusión que a la certeza.

Procedemos a plantear la cuestión en su mínima expresión: el Libro Segundo de la Ley tiene la siguiente rúbrica: “*Mecanismos alternativos de solución de controversias y formas de terminación anticipada*”, dicho libro se integra por dos títulos, cada uno con tres capítulos, el título primero prevé las disposiciones generales, la mediación y los procesos restaurativos, el título segundo, también incorpora disposiciones generales, los acuerdos reparatorios y la suspensión condicional del proceso, pero *no* contempla al procedimiento abreviado, no le dedica ni una sola mención en ninguno de los 24 artículos que

lo componen, no obstante que en la rúbrica pareciera que se abordara este tema como forma de terminación anticipada.

### III. Supletoriedad

El origen del problema o de la solución, según se vea, radica en la excesiva supletoriedad que prevé la Ley Nacional, pues en su artículo 10, dispone que en lo no previsto por ella deberán aplicarse supletoriamente las leyes penales, el Código Nacional, la Ley de Mecanismos Alternativos, la Ley Nacional de Ejecución Penal, la Ley General de Víctimas, las normas procesales en materia de delincuencia organizada y de protección a personas que intervienen en el procedimiento penal.<sup>3</sup>

Por lo tanto, el primer punto a dilucidar es como opera la supletoriedad, para lo cual me permitiré parafrasear la jurisprudencia por reiteración 34/2013, de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que explica los diversos requisitos para que opere la supletoriedad de las leyes, resumidos en 4 puntos nodales:<sup>4</sup>

1. Que el ordenamiento legal a suplir establezca expresamente esa posibilidad, indicando la ley o normas que pueden aplicarse supletoriamente, o que un ordenamiento establezca que aplica, total o parcialmente, de manera supletoria a otros ordenamientos;

<sup>3</sup> Según se aprecia menciona 6 leyes expresamente además de todos los códigos penales de los estados y el federal, además de leyes penales especiales, siendo aplicables, de modo supletorio, más de 50 codificaciones diversas.

<sup>4</sup> La Jurisprudencia en mención es de la Décima Época, con número de registro 2003161, con el rubro: SUPLETORIEDAD DE LAS LEYES. REQUISITOS PARA QUE OPERE.

2. La ley a suplir no contemple la institución o las cuestiones jurídicas que pretenden aplicarse supletoriamente o, aun estableciéndolas, no las desarrolle o las regule deficientemente;
3. Esa omisión o vacío legislativo haga necesaria la aplicación supletoria de normas para solucionar la controversia o el problema jurídico planteado, sin que sea válido atender a cuestiones jurídicas que el legislador no tuvo intención de establecer en la ley a suplir; y,
4. *Las normas aplicables supletoriamente no contraríen el ordenamiento legal a suplir, sino que sean congruentes con sus principios y con las bases que rigen específicamente la institución de que se trate.*

Este último punto es digno de resaltarse, ya que el mismo numeral 10 antes referido, expresamente prevé que la supletoriedad tendrá lugar siempre y cuando las normas supletorias no se opongan a los principios rectores del sistema y sean en beneficio de la persona sujeta al mismo.<sup>5</sup>

### IV. Argumentos a favor

Aquellos quienes sostienen que sí es normativamente aplicable el procedimiento abreviado en el sistema penal para adolescentes desarrollan un argumento integral y

<sup>5</sup> Artículo 10. Supletoriedad. Sólo en lo no previsto por esta Ley deberán aplicarse supletoriamente las leyes penales, el Código Nacional, la Ley de Mecanismos Alternativos, la Ley Nacional de Ejecución Penal y la Ley General de Víctimas, *siempre que sus normas no se opongan a los principios rectores del sistema y sean en beneficio de la persona sujeta a la presente Ley.* Solo serán aplicables las normas procesales en materia de delincuencia organizada y de protección a personas que intervienen en el procedimiento penal, *que impliquen un beneficio para la persona adolescente.*

sistemático teniendo como punto de partida el propio *nomen iuris* del Libro Segundo de la Ley Nacional, pues éste, como ya se dijo, se dedica a los mecanismos alternativos de solución de controversias y *formas de terminación anticipada*.

Si bien es cierto que, en todo su articulado, no solo del Libro Segundo sino de la ley misma, no se hace mención alguna al “procedimiento abreviado” de modo explícito, también lo es que, sí lo hace del implícito, y ahí es donde entra la supletoriedad.

Veamos, curiosamente el Título I, del Libro Segundo del Código Nacional de Procedimientos Penales,<sup>6</sup> se denomina *Soluciones Alternas y Formas de Terminación Anticipada*, el artículo 185 explica que el procedimiento abreviado será considerado como una forma de terminación anticipada del proceso, cuadro normativo que permite inferir válidamente que ahí donde la Ley Nacional hace alusión a *formas de terminación anticipada*, no puede referirse a otra cosa que al procedimiento abreviado, y por ello ante la omisión de su substanciación debe recurrirse, en supletoriedad, al Código Nacional.

En abono de lo anterior el artículo 136 de la Ley Nacional<sup>7</sup> señala los diversos requisitos que debe contener el escrito de acusación del Ministerio Público, entre los cuales contempla la solicitud de alguna forma de terminación anticipada, es decir, del procedimiento abreviado.

De no entender así esta porción normativa, carecería de sentido que se exija al representante social que

<sup>6</sup> En lo sucesivo Código Nacional.

<sup>7</sup> Artículo 136. Contenido de la acusación.

XIII. La solicitud de que se aplique alguna forma de terminación anticipada del proceso cuando ésta proceda.

incorpore en su escrito de acusación su solicitud de una forma anticipada si esta no puede ser aplicada.

En el mismo derrotero argumental, el artículo 171 de la Ley Nacional, prevé la procedencia del recurso de apelación contra la sentencia definitiva dictada por el juez de control; el único supuesto normativo en el que un juez de control dicta una sentencia definitiva es en el procedimiento abreviado, ya que en las soluciones alternas, en sede judicial, se dicta un auto de sobreseimiento por extinción de la acción penal, el cual si bien es cierto surte efectos de sentencia absolutoria, también lo es, que no es ni formal, ni materialmente una sentencia definitiva.

Dicho en términos llanos, si se prevé la procedencia del recurso de apelación en contra de la sentencia definitiva dictada por el juez de control y la única hipótesis normativa en que esto pueda ocurrir es dentro de un procedimiento abreviado, claro está que sí puede y debe ser aplicado en el sistema penal para adolescentes, pues carecería de sentido que se prevea la procedencia de un recurso contra un tipo de sentencia que no puede dictarse.

Un último argumento a favor es netamente pragmático, ya que de no admitir la apertura del abreviado, la única vía procesal que queda para los delitos de alto impacto a que se refiere el artículo 164<sup>8</sup> de

<sup>8</sup> Secuestro, Trata de Personas, Terrorismo, Extorsión agravada, cuando se comete por asociación delictuosa; Contra la salud, previsto en los artículos 194, fracciones I y II, 195, 196 Ter, 197, primer párrafo del Código Penal Federal y los previstos en las fracciones I, II y III del artículo 464 Ter y en los artículos 475 y 476 de la Ley General de Salud; Posesión, portación, fabricación, importación y acopio de armas de fuego prohibidas y/o de uso exclusivo del Ejército, Armada o Fuerza Aérea; Homicidio doloso, en todas sus modalidades, incluyendo el feminicidio; Violación sexual; Lesiones dolosas que pongan en peligro la vida o dejen incapacidad permanente y Robo cometido con violencia física.

la Ley Nacional sería el juicio oral, lo que podría hacer colapsar el sistema.

## V. Argumentos en contra

Los argumentos en contra de la posibilidad de aplicar el procedimiento abreviado en el sistema penal para adolescentes descansan en el *thelos* del mismo y la incompatibilidad de este con aquel.

Lo anterior es así, en virtud de que, en la Ley Nacional, las medidas de sanción en internamiento no tienen señalado un mínimo, sino sólo se disponen los máximos posibles según el grupo etario, que va de *hasta* tres años de medida de sanción en internamiento a las personas adolescentes que tengan de catorce a menos de dieciséis años de edad y de *hasta* cinco años de medida de sanción en internamiento para las que tengan de dieciséis a menos de dieciocho años de edad.

Por lo tanto, si el espíritu del procedimiento abreviado, es que la persona que se acoja al mismo obtenga un descuento a partir del mínimo de la pena prevista para el delito de que se trate, esta disposición no tiene cabida en materia de adolescentes, pues no se dispone una punibilidad mínima.

Aún y cuando pudiera extraerse un mínimo, de conformidad a las leyes penales aplicables, por ejemplo en materia federal el mínimo sería de tres días según dispone el artículo 25 del Código Penal Federal o de tres meses, según disponen la mayoría de los Códigos Penales estatales, (v. gr. Ciudad de México, Estado de México, etc.), esta penalidad tan baja haría inadmisibles que se fijara, por ejemplo 1 día o 1 mes de medida de sanción en internamiento, pues carecería de sentido alguno y

se apartaría por completo de la proporcionalidad de la media y por ende no se saciaría la finalidad de la misma.

En efecto, recordemos que todo este sistema y más aún la medida de sanción en internamiento persiguen un fin socioeducativo,<sup>9</sup> que busca promover la formación de la persona adolescente, el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales, el fomento de vínculos socialmente positivos y el pleno desarrollo de su personalidad y de sus capacidades, deberá procurarse que la persona adolescente se inserte en su familia y en la sociedad, mediante el pleno desarrollo de su sentido de la responsabilidad.

Para ello, la medida que se imponga debe atender a su vez a los principios de racionalidad y proporcionalidad, de tal forma que el quantum del internamiento no puede ser materia de transacción entre las partes y menos aún en grados mínimos o inadmisibles como los ya referidos, agudizándose en este sentido la potestad constitucionalmente exclusiva del poder judicial para imponer penas, pues ello implica un exhaustivo y estricto ejercicio de ponderación para fijar exactamente el grado de responsabilidad del adolescente y así individualizar la medida de internamiento que en cada caso sea la estrictamente necesaria, loable función que la constitución encomendó de modo monopólico a las y los jueces.

En tal escenario entonces, no puede invocarse supletoriedad, pues el procedimiento abreviado no es compatible con los fines del sistema, y si no es compatible no se surte el requisito *sine qua non* para que se pueda aplicar.

<sup>9</sup> Ver artículos 28, 30 y 106 de la Ley Nacional.

Pero además, no puede soslayarse el artículo 418 del Código Nacional<sup>10</sup> que expresamente dispone la prohibición de que se aplique el procedimiento abreviado a personas inimputables y si los adolescentes lo son para el derecho penal ordinario, es claro que no es admisible esta forma de terminación anticipada.

Esta afirmación abre otro gran debate; si actualmente se puede seguir sosteniendo que las personas adolescentes son jurídicamente inimputables, al menos dentro de su propio sistema, ya que al día de hoy es procedente alegar como causa de exclusión del delito la imputabilidad transitoria no provocada, o una capacidad disminuida por estado de emoción violenta, pero este sería otro gran tema que escapa de las pretensiones de estas líneas.

## **VI. ¿Es aplicable una medida de internamiento (ya sea cautelar o de sanción) tratándose de delincuencia organizada?**

El otro tópico en pugna no es sobre una laguna que debe suplirse, sino en este caso hablamos de una antinomia o concurso de normas jurídicas incompatibles entre sí.

La antinomia en mención versa sobre el internamiento del adolescente tanto como medida cautelar y de sanción consistente esencialmente en lo siguiente:

El artículo 145 de la Ley Nacional prevé las reglas para la determinación de medidas de sanción, entre las que se destaca para el tema que nos ocupa, la de internamiento, para esta se disponen máximos por grupos etarios, su inaplicabilidad para el primer grupo etario de 12 a menos de 14 años de edad, ni tampoco

<sup>10</sup> Artículo 418. Prohibición de procedimiento abreviado. El procedimiento abreviado no será aplicable a personas inimputables.

para los hechos que la ley señala como delito cometidos en grado de tentativa y que será utilizada siempre como última ratio, como medida extrema y por el menor tiempo posible.

Para una mejor comprensión del brete es menester insertar el artículo en su literalidad (se adicionan efectos visuales de negrilla, cursiva y subrayado en las porciones normativas en contienda):

### *Artículo 145. Reglas para la determinación de Medidas de Sanción*

*En ningún caso podrán imponerse medidas de sanción privativa de libertad a la persona que al momento de la comisión de la conducta tuviere entre doce años cumplidos y menos de catorce años. La duración máxima de las medidas de sanción no privativas de libertad que se podrá imponer en estos casos es de un año y solo podrá imponer una medida de sanción.*

*Para las personas que al momento de la comisión de la conducta tuvieran entre catorce años y menos de dieciocho años, el Juez podrá imponer el cumplimiento de hasta dos medidas de sanción. Podrá determinar el cumplimiento de medidas de sanción no privativas de la libertad y privativas de libertad de forma simultánea, alterna o sucesiva, siempre que sean compatibles y la duración conjunta de las mismas se ajuste a lo dispuesto en el presente artículo.*

*Las medidas privativas de libertad se utilizarán como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda.*

*La duración máxima de las medidas de sanción que se podrá imponer a la persona que al momento*



*de la comisión de la conducta tuviere entre catorce años cumplidos y menos de dieciséis años, será de tres años.*

*La duración máxima de las medidas de sanción que se podrá imponer a las personas adolescentes que al momento de la comisión de la conducta tuvieran entre dieciséis años y menos de dieciocho años será de cinco años.*

*Las medidas de sanción privativas de libertad solo podrán imponerse por las conductas establecidas en el artículo 164 de esta Ley.*

*Para la tentativa punible no procederá la imposición de las medidas de sanción privativas de libertad.*

*La duración máxima del internamiento podrá ser de hasta cinco años en los casos de homicidio calificado, violación tumultuaria, en los casos de secuestro; hechos señalados como delitos en materia de trata de personas y delincuencia organizada.*

El problema empieza en el párrafo sexto, al prever que las medidas de sanción privativas de libertad solo podrán imponerse por las conductas establecidas en el artículo 164 de esta Ley.

En el contexto de la oración “solo” sin tilde,<sup>11</sup> debe entenderse como un adverbio usado para expresar que

<sup>11</sup> Anteriormente, este adverbio iba acentuado, pues las reglas ortográficas imponían el uso de la tilde diacrítica para diferenciar el adverbio *sólo* del adjetivo *solo* en casos donde pudiera haber confusión (por ejemplo: “yo solo/ sólo fui a saludar”), pese a que, en estos casos, las reglas generales de la acentuación indican que no deben acentuarse palabras graves terminadas en vocal o o en -s. La Real Academia Española, en su *Ortografía de la Lengua Española*, publicada en 2010, aconseja no acentuar el adverbio *solo*, incluso en casos en que pudiera haber ambigüedad, pues, según la RAE, estos casos deberían poder resolverse por el propio contexto, que será a fin de cuentas el que dicte cuál de las dos interpretaciones será admisible. En: <https://www.diccionariodudadas.com/solo-o-solo/>

no se incluye nada aparte de lo mencionado, como sinónimo de únicamente o solamente.

En este sentido, es válido atribuir el significado al párrafo sexto en estudio que únicamente, solamente, exclusivamente se puede imponer como medida de sanción el internamiento, ya sea hasta por 3 años (de 14 a menos 16 años de edad) o hasta por 5 años (de 16 a menos 18 años de edad) en los delitos que en números clausos<sup>12</sup> prevé el diverso artículo 164 del modo literal siguiente:

#### *Artículo 164. Internamiento*

*El internamiento se utilizará como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda a las personas adolescentes que al momento de habérseles comprobado la comisión de hechos señalados como delitos, se encuentren en el grupo etario II y III. El Órgano Jurisdiccional deberá contemplar cuidadosamente las causas y efectos para la imposición de esta medida, procurando imponerla como última opción. Se ejecutará en Unidades exclusivamente destinadas para adolescentes y se procurará incluir la realización de actividades colectivas entre las personas adolescentes internas, a fin de fomentar una convivencia similar a la practicada en libertad.*

<sup>12</sup> Numerus clausus es una locución latina de uso actual, y frecuente, que podría traducirse como “relación cerrada”, o “número limitado”. Su significado actual es igual que el significado primitivo, y se usa para indicar que, ante una determinada lista o relación, bien de derechos, o de obligaciones, o bien de sujetos, etc., las normas que la regulan impiden que pueda alterarse dicha relación añadiendo una nueva unidad más, si es distinta de las predeterminadas inicialmente relacionadas. A sensu contrario, y para entender mejor su significado, remitimos a la expresión *numerus apertus*, cuyo significado es antónimo al de *numerus clausus*, y puede esclarecer su definición.

*Para los efectos de esta Ley, podrá ser aplicado el internamiento en los siguientes supuestos, previstos en la legislación federal o sus equivalentes en las entidades federativas:*

- a) De los delitos previstos en la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;*
- b) De los delitos previstos en la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos;*
- c) Terrorismo, en términos del Código Penal Federal;*
- d) Extorsión agravada, cuando se comete por asociación delictuosa;*
- e) Contra la salud, previsto en los artículos 194, fracciones I y II, 195, 196 Ter, 197, primer párrafo del Código Penal Federal y los previstos en las fracciones I, II y III del artículo 464 Ter y en los artículos 475 y 476 de la Ley General de Salud;*
- f) Posesión, portación, fabricación, importación y acopio de armas de fuego prohibidas y/o de uso exclusivo del Ejército, Armada o Fuerza Aérea;*
- g) Homicidio doloso, en todas sus modalidades, incluyendo el feminicidio;*
- h) Violación sexual;*
- i) Lesiones dolosas que pongan en peligro la vida o dejen incapacidad permanente, y*
- j) Robo cometido con violencia física.*

Se dice que este artículo contiene números clausos, en virtud de que tiene una lista cerrada, limitativa, que no permite la inclusión o extensión de hipótesis no contenidos en alguna de sus fracciones.

Sin embargo, el último párrafo del propio artículo 145, refiere que la duración máxima de internamiento podrá ser de hasta cinco años en los casos de homicidio calificado, violación tumultuaria, secuestro, trata de personas y *delincuencia organizada*.

La antinomia subyace en el hecho que esta última hipótesis no está contenida en el artículo 164, ergo, si primeramente el artículo 145 dispone que *solo* se puede imponer el internamiento en los números clausos referidos en el 164, ¿cómo es posible que también pueda imponerse en casos de *delincuencia organizada*?

Concurso aparente de normas que se hace extensivo también al internamiento como medida cautelar, ya que al no estar prevista la *delincuencia organizada* dentro del listado limitativo que hace el numeral 164, aún y cuando al final del procedimiento se le pudiese imponer una medida de sanción de internamiento (lo que está a debate) durante la secuela no podría sujetársele a esa media cautelar.

## **VII. Qué es y cómo se resuelve una antinomia?**

La antinomia para decirlo en términos jurisprudenciales<sup>13</sup> es la situación en que dos normas pertenecientes a un mismo sistema jurídico, que concurren en el ámbito temporal, espacial, personal y material de validez,

<sup>13</sup> Ver tesis I.4o.C.220 C de la Novena Época con número de registro 165344 con el rubro: ANTINOMIAS O CONFLICTOS DE LEYES. CRITERIOS DE SOLUCIÓN..

atribuyen consecuencias jurídicas incompatibles entre sí a cierto supuesto fáctico, y esto impide su aplicación simultánea.

Antes de declarar la existencia de una colisión normativa, debe recurrirse a la interpretación jurídica, con el propósito de evitarla o disolverla, pero si no se ve factibilidad de solucionar la cuestión de ese modo, los métodos o criterios tradicionales de solución de antinomias mediante la permanencia de una de ellas y la desaplicación de la otra, son tres:

1. **Criterio Jerárquico (*lex superior derogat legi inferiori*)**, ante la colisión de normas provenientes de fuentes ordenadas de manera vertical o dispuestas en grados diversos en la jerarquía de las fuentes, la norma jerárquicamente inferior tiene la calidad de subordinada y, por tanto, debe ceder en los casos en que se oponga a la ley subordinante;
2. **Criterio Cronológico (*lex posterior derogat legi priori*)**, en caso de conflicto entre normas provenientes de fuentes jerárquicamente equiparadas, es decir, dispuestas sobre el mismo plano, la norma creada con anterioridad en el tiempo debe considerarse abrogada tácitamente, y por tanto, ceder ante la nueva; y,
3. **Criterio de especialidad (*lex specialis derogat legi generali*)**, ante dos normas incompatibles, una general y la otra especial (o excepcional), prevalece la segunda, el criterio se sustenta en que la ley especial substrahe una parte de la materia regida por la de mayor amplitud, para someterla a una reglamentación diversa (contraria o contradictoria).

En el caso que nos ocupa, desafortunadamente, ninguno de estos criterios es aplicable, por ser normas de la misma jerarquía, con la misma validez temporal, personal y material, por lo que para despejar la hipótesis se debe recurrir a otros criterios, siempre y cuando se apeguen a la objetividad y a la razón. En esta dirección, se encuentran los siguientes:

- ***Pro persona en su modalidad pro libertatis.*** Inclinar por la norma más favorable a la libertad de los sujetos involucrados en el asunto, por ejemplo, en el supuesto en que la contienda surge entre una norma imperativa o prohibitiva y otra permisiva, deberá prevalecer esta última.
- ***Ponderación axiológica.*** En éste se debe decidir a cuál de los dos sujetos es más justo proteger o cuál de los intereses en conflicto debe prevalecer, en el cual *se elige la norma que tutele mejor los intereses protegidos*, de modo que se aplicará la que maximice la tutela de los intereses en juego, lo que se hace mediante un ejercicio de ponderación, el cual implica la existencia de valores o principios en colisión, y por tanto, requiere que las normas en conflicto tutelen o favorezcan al cumplimiento de valores o principios distintos; y,
- ***Criterio basado en la distinción entre principios y reglas***, para que prevalezca la norma que cumpla mejor con alguno o varios principios comunes a las reglas que estén en conflicto. Esta posición se explica sobre la base de que los principios son postulados que persiguen la realización de un fin, como expresión directa de los valores incorporados al sistema jurídico,

mientras que las reglas son expresiones generales con menor grado de abstracción, con las que se busca la realización de los principios y valores que las informan; de manera que ante la discrepancia entre reglas tuteladas de los mismos valores, debe subsistir la que mejor salvaguarde a éste, por ejemplo si la colisión existe entre normas de carácter procesal, deberá resolverse a favor de la que tutele mejor los elementos del debido proceso legal.

### VIII. Toma de postura

Aún y cuando pueda pensarse que la función del suscrito como Defensor Público Federal puede inclinar la posición final a un determinado sentido, esta se expresara en términos metodológicamente estructurados a efecto de que se sostenga por sí misma.

La Ley Nacional es una legislación constitucionalmente especializada, que se rige por sus propios principios y fines, previstos en el Capítulo I, del Título II, del Libro Primero, integrado de los artículos 12 al 33, de estos, para el tema que nos ocupa, destacan los siguientes:

- **Interés superior de la niñez.** Este es el principio pilar del sistema, tal vez el de mayor importancia por su complejidad poliédrica, ya que debe entenderse como derecho, principio y norma de procedimiento dirigido a asegurar el disfrute pleno y efectivo de todos sus derechos, en concordancia con la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. La determinación del interés superior debe apreciar integralmente diversos puntos específicos, tales como el reconocimiento de éstos como titulares de derechos, la opinión de

la persona adolescente, las condiciones sociales, familiares e individuales de la persona adolescente, los derechos y garantías de la persona adolescente y su responsabilidad, el interés público, los derechos de las personas y de la persona adolescente, los efectos o consecuencias que la decisión que se adopte pueda tener en el futuro de la persona adolescente, entre otros.

- **Protección integral de los derechos de la persona adolescente.** Las personas adolescentes gozan de todos los derechos humanos inherentes a las personas. Les serán garantizadas las oportunidades y facilidades, a fin de asegurarles las mejores condiciones para su desarrollo físico, psicológico y social, en condiciones de dignidad. Lo anterior obliga a todas las autoridades del Sistema deberán respetar, proteger y garantizar los derechos de las personas adolescentes mientras se encuentren sujetas al mismo.
- **Aplicación favorable.** En ningún caso se podrán imponer a las personas adolescentes medidas más graves ni de mayor duración a las que corresponderían por los mismos hechos a un adulto, ni gozar de menos derechos, prerrogativas o beneficios que se les concedan a estos. De igual forma, bajo ninguna circunstancia se establecerán restricciones en los procesos de solución de conflictos que perjudiquen en mayor medida a la persona adolescente que al adulto.
- **Legalidad.** Ninguna persona adolescente puede ser procesada ni sometida a medida alguna por actos u omisiones que, al tiempo de su ocurrencia,

no estén previamente definidos de manera expresa como delitos en las leyes penales aplicables. La responsabilidad penal de una persona adolescente solamente podrá determinarse seguido el procedimiento establecido en la Ley. En caso de comprobarse la responsabilidad de la persona adolescente, el Órgano Jurisdiccional únicamente podrá sancionarla a cumplir las medidas de sanción señaladas en la Ley, conforme a las reglas y criterios establecidos para su determinación.

- **Ley más favorable.** *Cuando una misma situación relacionada con personas adolescentes, se encuentre regulada por leyes o normas diversas, siempre se optará por la que resulte más favorable a sus derechos, o a la interpretación más garantista que se haga de las mismas.*
- **Carácter socioeducativo de las medidas de sanción.** Las medidas de sanción tendrán un carácter socioeducativo, promoverán la formación de la persona adolescente, el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales, el fomento de vínculos socialmente positivos y el pleno desarrollo de su personalidad y de sus capacidades.
- **Medidas de privación de la libertad como medida extrema y por el menor tiempo posible.** Las medidas de privación de la libertad se utilizarán como medida extrema y excepcional, sólo se podrán imponer a personas adolescentes mayores de catorce años, por los hechos constitutivos de delito que esta Ley señala, por un tiempo determinado y la duración más breve que proceda.

Este mosaico normativo, que contiene los principios que caracterizan al sistema, que lo distinguen de los demás, al ser principios contienen los postulados que persiguen la obtención de sus fines, en el caso el interés superior del niño y el carácter socioeducativo del sistema, por ello, debe inclinarse a prescindir por completo de aplicar el internamiento para los casos de delincuencia organizada.

Aunado a que el artículo 10 acota la aplicación supletoria de la legislación en materia de delincuencia organizada solo en lo procesal, mas no en lo sustantivo y sólo en lo que le favorezca al adolescente.

Por último, en una interpretación teleológica, se desprende que el último párrafo en escrutinio persigue o pretende acotar o restringir la aplicación máxima de la medida de internamiento de cinco años, no a todos los casos de su procedencia, sino únicamente, exclusivamente a los más graves de los graves.

Me explico, la Ley Nacional dispone que el internamiento como sanción y como medida cautelar es una medida extrema, por ello señala una lista específica de delitos que el legislador considero de gran entidad lesiva para la sociedad y con ello justificar su imposición, pero además, sigue diciendo la ley, que no en todos esos casos es permitido imponer la máxima medida de sanción, sino que ello, sólo puede acontecer en una hipótesis más selecta, aún más reducida, por lo tanto si su finalidad es restringir o acotar, claro está que no puede incluir una hipótesis adicional, pues sería contra su propia razón de ser.

## XIX. Conclusiones

Aun y cuando ya se cumplieron tres años de la entrada en vigor de la Ley Nacional, estos temas están insolutos



aún y atendiendo a los tiempos del derecho habrán de transcurrir algunos años más hasta que la Suprema Corte de Justicia de la Nación emita alguna resolución de aplicación erga omnes, urbi et orbi,<sup>14</sup> en la que zanje en definitiva estos tópicos.<sup>15</sup>

Mientras tanto corresponde a los operadores del sistema instar argumentos sólidos, estructuralmente coherentes y congruentes que obliguen a una respuesta metodológicamente inmaculada que se sostenga a sí misma y que abonen a que el sistema penal para adolescentes funcione de la mejor manera y así se alcancen sus fines en beneficio de todas las personas sujetas al mismo y en forma destacada en post de lo mejor para el adolescente en conflicto con la ley penal.

## XX. Bibliografía

En virtud de lo novedoso del tema y a la metodología usada en este artículo predominaron las fuentes de información formales como leyes y jurisprudencias.

<sup>14</sup> Según dispone el párrafo inicial del artículo 217 de la Ley de Amparo.

<sup>15</sup> Ya que hasta el momento en el que esta líneas se escriben, en el sistema de búsqueda de tesis y jurisprudencias IUS, sólo se ha publicado una tesis aislada que toca tangencialmente el tema de la procedencia del procedimiento abreviado en el sistema penal para adolescentes, nos referimos a la aislada de la Décima Época, con número de registro 2015357, del Segundo Tribunal Colegiado en materia penal del Segundo Circuito con el rubro: PROCEDIMIENTO ABREVIADO EN EL SISTEMA DE JUSTICIA PARA ADOLESCENTES. AL RESULTARLE APLICABLES -EN SU DEBIDA PROPORCIÓN- LOS CRITERIOS JURISPRUDENCIALES ESTABLECIDOS POR LOS TRIBUNALES FEDERALES DERIVADOS DEL ANÁLISIS DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO PREVISTO TAMBIÉN PARA LOS ADULTOS, EN EL AMPARO DIRECTO PROMOVIDO CONTRA LA SENTENCIA DERIVADA DE AQUÉL, NO SON MATERIA DE CUESTIONAMIENTO CONSTITUCIONAL, LA ACREDITACIÓN DE LA CONDUCTA ANTISOCIAL IMPUTADA AL ADOLESCENTE, LA RESPONSABILIDAD PENAL, NI LA EXIGIBILIDAD DE LA VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS.

- Código Nacional de Procedimientos Penales vigente.
- Código Penal Federal vigente.
- Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos vigente.
- Convención sobre los Derechos del Niño.
- Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil.
- Ley de Amparo vigente.
- Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes vigente.
- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores.
- <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/tesis.aspx>

---

## **La cancelación de los antecedentes penales como herramienta de reinserción social**

*Jorge Alberto Heredia Chalé \**

RESUMEN: La reinserción social es considerada el proceso por medio del cual se prepara a las personas privadas de su libertad o a los sentenciados para ser admitidos nuevamente como integrantes de la sociedad capacitándolos en diversas áreas, la misma debe ser efectiva y no concluye con el cumplimiento de la pena de prisión, ya que el estado debe de garantizarla, sin embargo por cuestiones de seguridad, identificación, estadística y otras razones, mantiene vigente los datos de las personas sentenciadas y con registros policiales, esos datos forman parte de los datos personales de las personas que deben ser protegidos, sin embargo, la hoja de antecedentes penales impide que dicha reinserción se haga de manera efectiva, pues de manera ejemplificativa por cuestiones de política laboral las empresas solicitan a las personas subordinadas que acrediten no contar con antecedentes penales, para ser contratadas o ser ascendidas, siendo que al amparo del Código Federal de Procedimientos Penales no existía la forma para cancelar dichos antecedentes, por ello funcionaban como marca, tacha, forma de

---

\* Defensor Público Federal.

señalamiento o etiqueta de persona como problemática, rebelde o contraria al orden legal, siendo así, de facto un motivo de discriminación. Con la expedición de la Ley Nacional de Ejecución Penal es factible lograr la cancelación de los antecedentes penales, ya generados por el sistema mixto tradicional o por el sistema penal oral adversarial, siempre y cuando no se trate de delitos considerados como graves, lo que se traduce en un avance en la lucha para lograr una efectiva reinserción social, la cual está a disposición para ser usada por los propios interesados o por sus defensores.

SUMARIO: I. La reinserción social. II. La cancelación de los antecedentes penales, efectos. III. Procedimiento para eliminar los antecedentes. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

## **I. La reinserción social**

La Reinserción social se entiende como el proceso o tratamiento instruido para reincorporar a la sociedad a las personas que ya cumplieron una condena de prisión, de tal manera que al encontrarse en libertad, sean personas útiles para la vida en común como parte de la sociedad que los integra, se trata de evitar que la persona que cometió un delito y sufrió las consecuencias de una pena de prisión, continúe vulnerando la ley, haciéndose proclive a cometer delitos o a incurrir en conductas reprochables o no recomendables, para ello se prepara al individuo para enfrentar las condiciones

de vida que deberá observar como parte nuevamente de la sociedad en general y evitar que ya no incurra nuevamente en conductas que constituyen delitos. La Reinserción se encuentra su cumplimiento cargo del Estado por conducto de las autoridades penitenciarias, por ello en el artículo 18 de la Constitución Federal se establecieron las bases para lograr de una manera exitosa la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva delinquir.

En otras palabras el legislador consciente de la importancia de reintegrar a la sociedad a las personas que por diversos motivos se vieron inmersos en una problemática penal y, como consecuencia de ello sufrieron una sentencia de condena, a fin de prevenir que los mismos no incurrieran nuevamente en conductas ilícitas y hagan del crimen su modo de vida, detalló diversas estrategias o bases generales para llegar a ese fin, considerando que dichas personas por lo general se encuentran en edad laboral productiva, se trata en suma de evitar la reincidencia de dichos sujetos, para que estos logren ser miembros respetuosos de las leyes en la sociedad, así como productivos laboralmente y autosuficientes. Pues de dejarlos sin dichas herramientas se generaría gastos excesivos al Estado por su reclusión y vigilancia, pues es de todos sabido que la sola permanencia en prisión tiene efectos perjudiciales en las personas, además de que la finalidad de la pena no es solo lisa y llanamente el cumplimiento de la misma en la prisión y es indiscutible que no puede afirmarse que con su cumplimiento finaliza la responsabilidad de la sociedad y del Estado.

Para hacer realidad estos ideales, fue reformado el artículo 18 de la Constitución, en su segundo párrafo por publicación en el diario oficial de 10 de junio de

dos mil once y a la letra dice: *El sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley.*

La reinserción social implica el respeto de los derechos humanos de las personas privadas de su libertad, derechos elementales pero que sistemáticamente eran ignorados por las autoridades carcelarias, pues en esos tiempos resultaba casi utópico su cumplimiento dadas las condiciones generales de los centros de readaptación social estatales y federales, era muy difícil garantizar el derecho de acceso al trabajo de las personas procesadas y sentenciadas, al igual que su derecho a la salud, al deporte y a la educación. La reforma constitucional fue ambiciosa y surgió como una cuestión novedosa que se considera al interno como sujeto de derecho, por ello se busca prepararlo para la vida en sociedad a fin de que pueda integrarse de manera ordenada, de ninguna manera se pretende apartarlo de la misma.

Así las cosas, es de afirmarse que con dicha reforma se hace surgir un nuevo paradigma respecto de la pena de prisión, por ello se afirma que la permanencia en prisión no solo tiene como finalidad el cumplimiento de la pena, sino además el Estado se comprometió a dotar al interno de competencias y herramientas que les serán útiles para su futuro y bienestar, también deberá de proporcionarle educación en forma gratuita, recibirá atención para su salud de manera aceptable, tendrá acceso para realizar actividades deportivas, así como podrá ser capacitado para que efectúe un trabajo u

oficio, entre otras cosas, se trata de lograr un cambio en su conducta de manera interna, se tiene como objetivo principal lograr su capacitación para su futuro y de esta manera tendrá oportunidades en el ámbito laboral que les permita una vida digna y decorosa.

Lamentablemente en México los delitos tienen diversa penalidad que varían entre un mínimo y un máximo, sin que la duración de la pena sirva como punto de clasificación, si bien la clasificación más recurrida que ha sido conocida por los particulares se considera que es, la existente entre delitos dolosos y culposos y a su vez se recurre a la clasificación entre delitos graves o no graves o delitos de prisión preventiva oficiosa o de prisión preventiva justificada. Para la mayoría de las personas, el solo hecho de verse involucrado en un problema jurídico penal acarrea consecuencias nefastas, dado que al ser objeto de intervención policial, la persona señalada como sujeto activo del delito en grado probable puede ser obligado a que sus datos ingresen en los archivos de diversas corporaciones de policía, con todas sus consecuencias; con mayor razón los datos de las personas que han sido sentenciadas como responsables en la comisión de un delito formaran parte de los archivos de dichas corporaciones.

En consecuencia, el haber sido sentenciado en un proceso penal tiene consecuencias graves para una persona, pues si bien esa sentencia forma parte de sus datos personales que esencialmente no son públicos, por políticas laborales de diversas empresas (dedicadas a las ventas en general, las de transporte de pasajeros, de carga, de seguridad etc.) se encuentran obligados a manifestar ante su posible empleador la existencia de dichos antecedentes, operando de esta manera los

misimos como un mecanismo de discriminación laboral y social, además de que son potenciales víctimas directas de perjuicios que están sólidamente fijados en toda la sociedad.

Si bien las conductas delictivas que cometan las personas deben ser sancionadas y reprimidas, los efectos de las mismas no deben durar para siempre, sin embargo ante el aumento de la inseguridad, la sociedad reacciona de diversas maneras, de tal manera que los antecedentes penales de una persona redundan en diversos actos discriminatorios de naturaleza diversa y además se limitan las oportunidades laborales de la persona e incluso podría enfrentar la pérdida de un empleo, ante la desconfianza que genere en su empleador al conocer el hecho de que la persona que ha contratado estuvo recluido en la cárcel, sujeto a un proceso penal y declarado culpable, pues en el intelecto común ha quedado fijada la idea de que la cárcel no es un lugar de regeneración, sino una escuela para los criminales y un lugar de prácticas corruptas, olvidando que al instaurarse el nuevo modelo de proceso penal acusatorio adversarial, cambió la perspectiva de la autoridad hacia el ideal de lograr a reinserción social pues la persona privada de su libertad, también se considera sujeta de derechos y si bien sus derechos humanos se encuentran limitados, no ha sido privado de los mismos, por ello puede ejercitarlos siempre y cuando no contravengan la seguridad del lugar de reclusión, además de que el objeto de dicha reforma fue acabar con esas prácticas viciadas para que las cárceles sean dignas y cumplan con su función reeducativa, para ello se organizaran programas de estudio y de capacitación al trabajo, pues el gobierno no tiene derecho de otorgar a las personas

privadas de su libertad un trato cruel e inhumano, ni debe permitir que se violen sus derechos humanos de una manera cotidiana ya que lo importante de esta reforma es el cumplimiento al respeto de los derechos de las personas privadas de su libertad, por parte de todos los órganos de gobierno.

## **II. La cancelación de los antecedentes penales, efectos**

Los antecedentes penales surgían en el sistema penal federal tradicional con el auto de formal prisión y de sujeción a proceso acorde al artículo 165 del Código Federal de Procedimientos Penales que en su primer párrafo señalaba que una vez que se dictaba el correspondiente auto de término, (formal prisión o de sujeción a proceso) el justiciable sería identificado por el sistema adoptado administrativamente y se comunicaría a las oficinas de identificación las resoluciones que pondrían fin al proceso y que hayan causado ejecutoria para que se hagan las anotaciones pertinentes. De tal manera, que una vez dictada una sentencia condenatoria o absolutoria el juzgador acorde con el artículo 531 del ordenamiento legal invocado, estaba obligado dentro del plazo de cuarenta y ocho horas a remitir a la Secretaría de Seguridad Pública (y una vez desaparecida esta al Órgano Desconcentrado de Prevención y Readaptación Social dependiente de la Secretaría de Gobernación) copia certificada de la misma con los datos de identificación del sentenciado. De igual manera, en su segundo párrafo establecía la obligación del juez de dictar las medidas conducentes de manera oficiosa para poner al sentenciado a disposición de la Secretaría de Seguridad Pública; de la misma manera acorde con los acuerdos del



Consejo de la Judicatura, se iniciaría el procedimiento de ejecución, mismo que quedaba a cargo del Juez de Distrito Especializado en Ejecución de Penas, quien le daría el seguimiento correspondiente al caso.

Hasta antes de la promulgación de la Ley Nacional de Ejecución Penal, no existía en el procedimiento mixto dicha figura de la cancelación debidamente regulada, pues si bien la ley contemplaba un proceso sumarísimo para lograr la cancelación de los antecedentes penales en materia federal de las personas sujetas a proceso penal, el mismo resultaba insuficiente e incompleto, puesto que el ya derogado artículo 165 bis del Código Federal de Procedimientos Penales solo contemplaba la cancelación de los documentos de identificación administrativa (antecedentes policiales y penales) exclusivamente en los siguientes supuestos:

- a) Cuando el proceso haya concluido con una sentencia absolutoria que haya causado estado.
- b) En los casos en los que el sobreseimiento recayera sobre la totalidad de los delitos a que se refiere la causa, y;
- c) En el caso de reconocimiento de inocencia contemplado en el artículo 96 del Código Penal Federal.

En esos casos como lo disponía el artículo 165 Ter, en dichos supuestos el juez de oficio y sin mayor trámite ordenaría la cancelación del documento de identificación administrativa dejando constancia en el expediente, pero exclusivamente cuando existiera sentencia absolutoria, sobreseimiento o reconocimiento de inocencia, por su propia naturaleza no tenía el efecto de una completa cancelación de antecedentes penales, puesto que no los eliminaba, o dejaba sin efectos, esencialmente solo ajustaba la aplicación del principio de inocencia al

caso particular, en razón de que al ser reconocida la inocencia de una persona, los documentos justificativos de identificación carcelaria debían ser eliminados como si nunca hubieran existido, como consecuencia de la sentencia de inocencia con la finalidad de que no quedara registro de dicho proceso y ya formalmente no se siguieran ocasionando más perjuicios al sentenciado generados de la información que permanecía en los ficheros policiales y judiciales a pesar de existir una sentencia de inocencia, por así haberlo determinado el juzgador previa instrumentación del proceso penal correspondiente.

Pero no existía posibilidad alguna de anular, borrar o eliminar la existencia de los documentos relativos a los antecedentes penales para el caso de que hubiera dictado en contra del acusado una sentencia de condena, independientemente si se le aplicaba pena corporal (prisión) o penal no corporal (multa, trabajo a favor de la comunidad), de tal manera que una vez generados estos registros no existía posibilidad de dejarlos sin efectos o borrarlos, pues era parte integrante de los datos personales, datos propios del interesado, al cual si bien no tenían acceso los particulares, al momento de que el interesado gestionara la expedición de dichos documentos, la autoridad administrativa y judicial estaban obligadas a su expedición de manera completa, lo que le ocasionaba perjuicios a las personas que laboraban tanto para empresas privadas como públicas o las que laboraban por su cuenta, pues esa estaba en la cárcel o el mero hecho de haber sido procesado a pesar de que solo se habían permanecido días en prisión por haber concluido el proceso en libertad, era una especie de mancha o señal, sin que importara

que causara ejecutoria la sentencia, el sentenciado se hubiera acogido a alguno de los beneficios sustitutivos de sanción, carecía de importancia que se tratara de delitos leves, que la prisión fue por un tiempo mínimo, que al acogerse a ese beneficio entre otros requisitos el juez del proceso penal consideraba que la persona beneficiada no volvería a delinquir, puesto que tanto en la mente de la sociedad como en la del propio sentenciado, estaba cimentada la idea de que de manera irremediable sería señalado, al tratarse de un delincuente, sin importar si se le siguió un tratamiento para readaptarlo, pues era un peligro latente para la sociedad.

A más de dos años de que entró en vigor la Ley Nacional de Ejecución Penal, consciente el legislador de que la reinserción social debe también hacerse efectiva no solo en el interior de la prisión sino también afuera de esta, es decir para toda la sociedad, y por ello se fortalece la idea de regular los medios para obtener la reinserción social, así las cosas, se estableció en dicha legislación la posibilidad de cancelar los antecedentes penales de las personas que hubieran sido consideradas responsables de la comisión de un delito con base a lo establecido en el artículo 27, fracción V, inciso G) de la ley en comento para ello debería de cumplirse con los requisitos legales, siendo los siguientes:

a) Que la persona sentenciada haya cumplido con la pena impuesta en la sentencia ejecutoriada.

b) Que no se trate de un delito grave considerado así por la ley.

Si bien nosotros sostenemos que la reinserción social debe ser aplicada de la manera más amplia posible, para hacerla efectiva es conveniente el borrado

de la totalidad de los antecedentes penales en todo tipo de delitos y no exclusivamente de los delitos que no son considerados graves; se afirma lo anterior, al ser de todos conocido que la existencia de los mismos, se convierte en un impedimento no regulado para acceder a los puestos laborales, ya sea dentro de los órganos de gobierno o de la iniciativa privada, ocasionando la pérdida de oportunidades de manera injustificada pues, aún y cuando la existencia de antecedentes penales nuevos o antiguos no son indicadores por si mismos de la existencia real y evidente de un riesgo o un peligro para la sociedad, esto no impide que por regla general se consideren la existencia de esos antecedentes como un indicador de mala conducta o de conducta inapropiada, sin que pueda ser admitida en otro sentido, lo que irremediablemente limita las oportunidades de todo tipo generalmente laborales del sujeto que enfrentó un proceso penal, pues al rechazo de la sociedad se adiciona que, de igual manera esta misma persona en su fuero interno tiene la certeza de que se genera en su contra un sentimiento de rechazo o de que será señalado tanto por sus conocidos como por las demás personas debido ese incidente y entrará o será encasillado dentro del catálogo de personas peligrosas o de las que no se puede tener ni un poco de confianza, cosa que no es tan exagerada en la vida real, de manera ejemplificativa se trae a colación el siguiente caso:

Se tuvo conocimiento de una persona del sexo femenino que laboraba como animadora en un salón de baile conocido en Mérida, Yucatán, dicha persona por diversas razones se vio involucrada en un proceso penal federal, mismo que se le instruyó por el delito de robo de energía eléctrica, previo los trámites legales fue condenada

y se generaron sus correspondientes antecedentes penales en el proceso mixto una vez que se le declaró culpable de dicho ilícito y causó ejecutoria la sentencia. Al paso del tiempo con motivo de un ascenso que iba a recibir se le solicitó su carta de no antecedentes penales y al informarle a su superior no podría hacer entrega de este documento por cuanto estuvo involucrada en un proceso penal, recibió como respuesta que debido a esa situación no podría ser considerada para ningún tipo de ascenso, ya que por políticas de la empresa los puestos superiores solo se les otorgaba a las personas con una conducta excelente, de tal manera que ese documento a la luz del anterior sistema causaría sus efectos durante toda la vida de la persona con los efectos directos e indirectos. Dicha persona terminó por renunciar a su empleo ante la falta de oportunidades que tendría en su medio laboral para ascender y superarse, que de hecho funcionaba como una causa de discriminación, pero que no podría ser combatida de manera jurídica, en razón en la falta de regulación de esos tiempos, siendo así innegable que se entorpecía o dificultaba la reinserción social.

Es discutible si es correcto o no, que los patrones o personas morales se nieguen a contratar a personas basándose exclusivamente en sus antecedentes penales pues si bien existen casos que justifican esa negativa, como la del chofer que desea trabajar en una empresa de transporte y ha ocasionados varios accidentes, la mayoría de estos casos no tiene sustento alguno como la de la persona que desea conseguir trabajo de mesero y ha sido sentenciado por haber obstruido una carretera, pues la información que aparece en los certificados de antecedentes penales se encuentra limitada sin que se

hubiera legislado de manera completa acerca de este tema, pues no se advierte que se hubiera estudiado la posibilidad de dichos antecedentes se le incorpore la figura de la prescripción o se implemente la existencia de un plazo de observación para la cancelación de los antecedentes que se generaron con motivo de sentencia por procesos penales iniciados cuando se trate de delitos graves.

Con la cancelación de los antecedentes penales se pretende la nulidad del registro, como si el mismo nunca hubiera existido en el mundo real, lo que permitirá al interesado a manifestar bajo protesta de decir verdad de que no cuenta con antecedentes penales, aquí se debe de recalcar que si bien la Comisión Nacional de Derechos Humanos ha emitido su pronunciamiento al respecto, en el sentido de que si bien las autoridades por cuestión de seguridad pública deben mantener una base de datos de las personas que delinquen ya sea para fines estadísticos o de investigación e identificación de los probables autores de ilícitos o como medida preventiva para realizar con más eficacia sus labores, ello no deberá servir de base para afectar los derechos fundamentales de aquellas personas que ya cumplieron con su deuda para con la sociedad y desean reinsertarse socialmente de manera efectiva. Esas personas realmente desean ser aceptados como miembros de la sociedad, pero sus antecedentes penales obran como dato negativo, como una huella o marca que hace que los demás se alejen, los antecedentes penales como ya se ha manifestado forman parte de los datos personales de información que la Constitución protege acorde con el artículo 6 apartado A, fracción II, pues dicha información no es conveniente que se haga pública al correr el riesgo

de transformarse en un motivo de desconfianza y en general de discriminación, por ello la Comisión Nacional de Derechos Humanos emitió su pronunciamiento en el sentido de que debe privilegiarse la reinserción social efectiva, como el derecho que permita a las personas que han cumplido su pena no ser estigmatizadas y se les ofrezca la oportunidad de vivir nuevamente como un miembro más de la comunidad, para ello deberán de protegerse sus datos personales.

De tal manera que ya es posible lograr el borrado de los antecedentes penales sin embargo, por disposición legal no pueden ser erradicados todo tipo de antecedentes penales, sino exclusivamente los que se refieran a conductas relativas a delitos catalogados como no graves.

### **III. Procedimiento para eliminar los antecedentes penales**

Para las personas que sus sentencias fueron dictadas al amparo del Código Nacional de Procedimientos Penales, la Ley Nacional de Ejecución Penal señala el procedimiento a seguir que deberá de instruirse ante el juez de ejecución, el cual no se considera complicado, pues indica que el interesado o legitimado podrá presentar controversia administrativa ante la autoridad penitenciaria solicitando la cancelación de los antecedentes y ante su negativa podrá comparecer ante el juez de ejecución solicitando dicho borrado, quien previo procedimiento dictara lo conducente, esto de acuerdo con las tesis siguientes:

*CONSTANCIA DE ANTECEDENTES PENALES. LINEAMIENTOS QUE LA AUTORIDAD PENITENCIARIA DEBE OBSERVAR OFICIOSAMENTE PARA SU EXPEDICIÓN, A FIN DE QUE SU ACTUAR NO RESULTE DISCRIMINATORIO. De la interpretación*

*conforme del artículo 27, fracción V, inciso g), de la Ley Nacional de Ejecución Penal, deriva el deber de la autoridad penitenciaria, ante una solicitud de la constancia referida, de realizar un ejercicio oficioso en relación con el soporte informativo contenido en la base de datos que subyace a la emisión de la constancia de antecedentes penales. Esto es, existe el deber del Juez de Ejecución de expresar en un proceso intelectual, que se allegó de otros elementos con los que llegó a la plena convicción de que es jurídicamente válido el registro que contienen las bases de datos relativas. Para tal efecto, la autoridad correspondiente, a fin de reconocer el pleno ejercicio de los derechos humanos, conforme al nuevo modelo penitenciario de reinserción social, deberá actuar oficiosamente acorde con los escenarios siguientes: 1. Si la persona no cuenta con algún antecedente penal, emitir una carta de no antecedentes penales; y, 2. En caso de que sí cuente con algún antecedente penal, deberá realizar oficiosamente lo siguiente: a) recabar las constancias correspondientes, a fin de verificar si el solicitante cumplió la pena impuesta en sentencia ejecutoriada y constate que no se trata de un delito grave; b) en caso de que haya cumplido la pena impuesta en sentencia ejecutoriada y no se trate de un delito grave, emitirá una carta de no antecedentes penales; c) en el supuesto de que no haya cumplido la pena impuesta y no se trate de un delito grave, emitirá una carta de antecedentes penales, en la que especificará tal situación; y, d) en la hipótesis de que se trate de delito grave, emitirá una carta de antecedentes penales, en la que destacará esa circunstancia. Consecuentemente,*

*el Juez debe llevar a cabo las acciones señaladas para constatar la situación que guarda el quejoso ante el antecedente penal que se le impuso en el proceso y poder decidir con mayor información al respecto, es decir, si lo procedente es eliminar o no dicho registro, con base en el artículo citado y con ello evitar la discriminación estructural del quejoso.<sup>2</sup>*

*CONSTANCIA DE ANTECEDENTES PENALES. SI SE EXPIDE SIN VERIFICAR LA INFORMACIÓN QUE LE SUBYACE NI EXPONE LAS RAZONES QUE LA SUSTENTAN, ELLO CONSTITUYE UNA PRÁCTICA DISCRIMINATORIA QUE PROPICIA LA ESTIGMATIZACIÓN DEL SENTENCIADO. Con motivo de la reforma constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública de junio de dos mil ocho, así como de la diversa en materia de derechos humanos, de junio de dos mil once, se produjo un viraje en el diseño normativo de nuestro país; situación que se constata a partir de una nueva dinámica no sólo legislativa sino también jurisprudencial, caracterizada por tener un aspecto preponderantemente garantista, en el que la dignidad humana se ubica como eje de este nuevo sistema, privilegiando tanto la presunción de inocencia, como la reparación del daño a las víctimas. Dentro de este nuevo escenario, está la posibilidad de que la persona sentenciada que cumpla con la pena que le fue impuesta, acceda a la cancelación del registro de antecedentes*

<sup>2</sup> Tesis aislada de la Décima Época con número de registro 2018383, del Tercer Tribunal Colegiado del Trigésimo Circuito. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 60, noviembre de 2018, Tomo III Materia(s): Constitucional Tesis: XXX.3o.3 P (10a.) Página: 2196.

*penales; lo anterior, siempre que no se trate de delitos graves previstos en la ley. Bajo ese tenor, cuando se solicita la expedición de la constancia correspondiente, el Juez de Ejecución debe realizar un ejercicio oficioso en relación con el soporte informativo contenido en la base de datos relativa y expresarlo en el documento en cuestión, pues no hacerlo, da pauta para que se produzca una discriminación estructural contra el sentenciado, lo que propicia, además, su estigmatización.<sup>3</sup>*

Ahora bien, para las personas que sus sentencias fueron dictadas al amparo del Código Federal de Procedimientos Penales, es decir con base al proceso mixto, este mismo beneficio no les ha sido vedado por la Ley Nacional de Ejecución Penal, sino que también es factible que accedan al mismo compareciendo ante el juez de ejecución de penas, puesto que en esencia se están reclamando la observancia de los derechos humanos, a una vida digna y a la no discriminación, por lo que no existe impedimento para que el juez de ejecución pueda examinar esa petición, ya que no existe disposición alguna en contrario, siendo factible aplicar retroactivamente en beneficio del interesado que ya cumplió con su pena y que ha sido preparado para reincorporarse a la sociedad, los beneficios de la Ley Nacional de Ejecución de Penas, siempre y cuando se trate de manera exclusiva de un delito no grave, además de que se trata de una fase diversa del proceso penal, acorde con la siguiente tesis que se reproduce.

<sup>3</sup> Tesis aislada de la Décima Época, con número de registro 2018384 del Tercer Tribunal Colegiado del Trigésimo Circuito. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 60, noviembre de 2018, Tomo III. Materia(s): Constitucional, Penal. Tesis: XXX.3o.2 P (10a.). Página: 2197.



*ANTECEDENTES PENALES. EL JUEZ DE EJECUCIÓN PUEDE ANALIZAR LA PROCEDENCIA DE LA PETICIÓN DEL SENTENCIADO QUE CUMPLIÓ LA SANCIÓN IMPUESTA –RESPECTO DE UN DELITO NO GRAVE EN UN PROCESO PENAL MIXTO– DE CANCELAR LA INFORMACIÓN QUE CONTIENEN, EN APLICACIÓN RETROACTIVA EN BENEFICIO DEL ARTÍCULO 27, FRACCIÓN V, INCISO G), DE LA LEY NACIONAL DE EJECUCIÓN PENAL Y ATENTO AL PRINCIPIO PRO PERSONA. Cuando el sentenciado en un proceso penal mixto solicita a la autoridad jurisdiccional de ejecución, la cancelación de la información que contienen los antecedentes penales, mediante la aplicación retroactiva del artículo 27, fracción V, inciso G), de la Ley Nacional de Ejecución Penal, que establece la procedencia de dicha cancelación, en el caso de haber cumplido con la pena que le fue impuesta en sentencia ejecutoriada, en relación con un delito no grave, sin que sobre el particular haya cosa juzgada, que impida examinar nuevamente dicha petición, procede analizar ese supuesto de cancelación, en virtud de que las normas de ejecución anteriores a la vigencia de la legislación mencionada no lo establecían y su aplicación opera de conformidad con los principios de retroactividad de la ley en beneficio y hermenéutico de derechos humanos pro persona, porque el artículo cuarto transitorio del Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, que establece que los procedimientos penales iniciados con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo sistema procesal penal acusatorio, serán concluidos conforme a las disposiciones vigentes*

*con anterioridad a dicho acto, se refiere a la forma de tramitación del procedimiento penal mixto, para concluirlos con las reglas de ese modelo procesal, lo que no puede alcanzar la etapa de ejecución de la sentencia, al ser una fase diversa. Así, lo pretendido por el artículo cuarto transitorio mencionado, es prohibir la mezcla de disposiciones del sistema penal mixto con aquellas del sistema acusatorio que rigen el proceso; sin embargo, esas limitantes no alcanzan a derechos sustantivos o el derecho humano a tener una vida digna y de no discriminación, porque dicho precepto no contiene esas restricciones. Por tanto, en cuanto a derechos sustantivos, como lo es la cancelación de la información que contienen los antecedentes penales, procede la aplicación retroactiva en beneficio del sentenciado, en términos de los artículos 1o. y 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.<sup>4</sup>*

#### **IV. Conclusiones**

**Primera.** La Reinserción Social no concluye con el cumplimiento de la pena, pues el estado debe garantizar que la misma sea ejercida de manera efectiva, al ser una nueva oportunidad de la persona que cometió un error de formar parte nuevamente de la sociedad.

**Segunda.** Los Antecedentes Penales forman parte de los datos personales de las personas que deben ser protegidos, sin embargo, por cuestiones laborales,

<sup>4</sup> Tesis aislada de la Décima Época con número de registro 2018122 del Cuarto Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Quinta Región. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 59, octubre de 2018, Tomo III. Materia(s): Constitucional, Penal. Tesis: (V Región) 4o.2 P (10a.). Página: 2171.

los patrones y buena parte de la sociedad consideran justificado tener conocimiento de que si sus operarios están o estuvieron involucrados en problemas legales. Aun y cuando la constancia de antecedentes penales no sea un indicador confiable de que dicha persona es problemática o se encuentra predispuesta a cometer conductas indebidas.

**Tercera.** En la mayoría de los casos las constancias de antecedentes penales funcionan como una marca o factor de discriminación, en base a los prejuicios o mitos que surgen en el imaginario mexicano que se traducen en un entorpecimiento de la reinserción social y falta de oportunidades laborales.

**Cuarta.** La Ley Nacional de Ejecución Penal en su artículo 27, fracción V, inciso G, permite la cancelación o el borrado de los antecedentes penales con todas sus consecuencias legales, siempre y cuando se trate de delitos no graves, por ello es una herramienta que permite hacer efectiva la reinserción social.

## V. Bibliografía

- Código Federal de Procedimientos Penales vigente.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente.
- Ley Nacional de Ejecución Penal vigente.
- Pronunciamiento de la Comisión Nacional de Derechos Humanos en relación a los Antecedentes Penales.
- Semanario judicial de la Federación.

## Principio de acceso a la justicia efectiva en México, sus alcances y su connotación internacional.

*Julio Esteban López Ruiz \**

*La Justicia es la virtud más importante de una sociedad democrática. John Rawls.*

RESUMEN: El principio de Acceso a la Justicia Efectiva es de vital importancia, porque el operador jurídico debe tener una visión más óptima respecto al derecho humano, teniendo en cuenta que no solamente queda en acceder a un órgano jurisdiccional, su connotación contempla un alcance mayor, y así maximiza sus fines, también debe ser aplicada para las Instituciones Gubernamentales, como dentro de cada uno de los poderes de la Unión o división de poderes, la Corte Interamericana ha proyectado que dicho principio y derecho humano es de suma importancia para el juego de otros derechos humanos, también en un uso de control de convencionalidad tiene una gran eficacia al poder ser usado por esa herramienta de hermenéutica jurídica.

SUMARIO: I. Introducción. II. Los Derechos Humanos. III. Estado de Derecho y el Derecho como Ciencia. IV. Las Características de los Derechos

\* Oficial Administrativo adscrito al Juzgado Segundo de Distrito del Centro Auxiliar de la Primera Región, con residencia en la Ciudad de México.

Humanos. V. Teoría de Karel Vasak y sus Generaciones de los Derechos Humanos. VI. Perspectiva del Principio de Acceso de Justicia en el ámbito Internacional Doctrinal. VII. Interpretación del Acceso a la Justicia Efectiva por la Convención Americana de Derechos Humanos. VIII. El Acceso de la Justicia Efectiva en México. IX. Los Criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto al Acceso de la Justicia Efectiva en México. X. El Juicio de Amparo en México como mecanismo de Justicia Efectiva. XI. Conclusiones. XII. Propuesta. XIII. Fuentes de consulta.

## I. Introducción

Desde que las personas han vivido en agrupaciones han tenido la necesidad de ser parte, de tener una identidad a través de grupos de personas debidamente organizados, sincronizados, con instituciones gubernamentales, que persiguen una ideología, simbología, con un fin entre todos para convivir en una sociedad, todas estas características depositadas en una constitución que legitima ese poder de las personas a cada uno de ellos que los represente como ente democrático liberal.

Ya que su creación como estado y eje rector de un gobierno, México previó la manera de planear que dentro de sus instituciones jurídicas como en el Poder Judicial de la Federación, se salvaguarde el principio de acceso de justicia, por lo que creó procedimientos, ordenamientos jurídicos tantos objetivos y subjetivos, para lograr así, los mecanismos de defensa adecuada, con la finalidad de que el operador jurídico y la gente pueda ocurrir aun

órgano jurisdiccional en donde sean capaz de resolver el problema jurídico que se le suscite, por lo que a través de un juez letrado dirima la controversia jurídica o constitucional.

Por eso es importante este principio de acceso a la jurisdicción, pero realmente sus fines quedan ahí, o estos alcances van más allá de lo jurisdiccional, este principio como derecho humano juega un papel muy importante en cualquier Estado de Derecho.

Ya que pareciera no darle mucha importancia al principio, pero contrario a lo dicho, si tiene una gran transcendencia este derecho humano para las Instituciones, sin embargo, no solo queda ahí, ya que debe adaptarse en todo el ente como tal, en cada uno de la división de poderes, Ejecutivo, Legislativo y Judicial, este a su vez en cada una de sus instituciones gubernamentales y no gubernamentales. Pues al ser un Sistema Federativo debe abarcar en cada una de las tres instancias.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se avocó a construir y expandir este principio de acceso a la justicia efectiva tal como el autor, el ex presidente de esta Corte Internacional don Sergio García Ramírez, entre otros.

Entonces, como objetivo de la presente investigación, es la de analizar el alcance del principio de acceso a la justicia efectiva que tiene en México, tanto en el marco internacional, así como la visión del Poder Judicial de la Federación, respecto dicho principio que constituye un derecho humano.

Como efeméride no debemos olvidar *que todo el que se queje con justicia, tenga un tribunal, que lo escuche, lo*

*ampare y lo defienda en contra el arbitrario* José María Morelos y Pavón,<sup>2</sup> Esto es, que todo justiciable ante la inminencia de un acto que le reprima su derecho, pueda ocurrir a instar ante los órganos jurisdiccionales la acción de amparo en defensa de estos, escuchándolos y lo ampare en contra de esa autoridad arbitraria de derechos humanos.

Por tanto, la problemática se da cuando el principio de acceso a la justicia únicamente garantiza una cuestión procesal, pero no es eficiente, en virtud de que no resuelve la litis de fondo, o que realmente ante el juzgado no se deslumbra el caso para resolver mediante una sentencia justa.

## II. Los Derechos Humanos

Los Derechos Humanos nacieron con la finalidad de reconocer los derechos fundamentales inherentes a los seres humanos, pero necesitaban todas éstas ideas plasmarse en una carta magna, con la finalidad de que éste fuera un fundamento para optimizar estos derechos y principios, para que así convenir entre el pueblo y el Estado, pues como Kelsen decía da legitimidad a la ejecución de lo que la ley emana, o dice, se hiciera.

Y que el propio Estado de Derecho reconociera esto como principios, derechos y los protegiera en favor del gobernado. En sus inicios hubo diversas cartas constitucionales, que motivaron la idea de defender los Derechos Humanos, que éstos son las principales garantías con las que cuenta todo ser humano solo por el hecho de nacer entre otras: derecho a la vida, la libertad,

<sup>2</sup> Morelos y Pavón, José María, placa en conmemoración a la “Fundación del Primer Tribunal Supremo de Justicia de la nación en Ario de Rosales Michoacán”, marzo 7 de 1815.

la seguridad, la dignidad, la igualdad, la propiedad privada, al debido proceso, al acceso a la justicia, la integridad física y la propiedad de ser humano.

El pensamiento iusnaturalista y el positivismo jurídico, son los primeros estándares jurídicos que tratan de explicar que es el derecho, pero abordaremos respecto a los derechos humanos.

Cuál será la diferencia real entre ambas corrientes jurídicas, por ejemplo, el positivismo jurídico no se opone a la idea de que puede haber ciertos “*derechos humanos*”, en cambio los iusnaturalistas le dan una concepción a la de ser inherentes a la persona humana y que su existencia es independiente de su reconocimiento por el Estado, pero sostendrán que tales derechos que son los valores morales y no auténtica de derechos humanos.

Por lo que la doctrina iusnaturalista contempla tres posturas, la primera es la natural, la segunda con un enfoque racional y contractual y la tercera postura es el deontológico contemporáneo u axiológico de derecho humanos.

Ahora bien, retomando el modelo iusnaturalista en sus tres posturas, primeramente, tenemos el iusnaturalista aristotélico- tomista, representada por Santo Tomás de Aquino, siendo el máximo representante de la teología medieval, nos determina los conceptos de ley eterna, ley natural y la ley positiva, el cual nos dice;

*Hemos dicho ya que la ley no es otra cosa sino el dictamen de la razón práctica de parte del soberano que gobierna una sociedad perfecta. Pero es claro que siendo el mundo gobernado por la providencia divina, toda la comunidad del*

*universo está regida por la razón de Dios, y por consiguiente la misma razón que gobierna todas las cosas tiene carácter de ley, siendo de Dios como de un soberano del Universo, y ya que la razón deriva no concibe nada en el tiempo sino sólo en la eternidad, como se dice en el Libro de los Proverbios (8.23), de ahí se sigue que hemos de llamar eterna dicha ley....Por tanto, dado que todas las cosas gobernadas por la razón están sujetas a la regla y medida de la ley eterna.... Y estas determinaciones particulares encontradas según el proceso de la razón humana se llaman leyes humanas.*<sup>3</sup>

Ahora bien, la postura iusnaturalista racional el S. Pufendorf expresó que el derecho natural pronuncia una “regla de razón destinada de conformidad con la ley natural divina, a dotar de orden y sentido a la acción colectiva de los hombres”. Asimismo para Hugo Grocio, dice en la universalidad del derecho natural surge el derecho a contraer matrimonio, el derecho a la propiedad privada y el derecho a la tolerancia religiosa.<sup>4</sup>

En la postura de *ius* (por derecho) naturalismo de axiológico de derechos humanos y contemporáneo. Los derechos humanos se fundamentan en los derechos naturales.

Hoy en día Luigi Ferrajoli como máximo exponente del garantismo define el derecho fundamental desde una perspectiva puramente formal, al respecto dice “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto

<sup>3</sup> Cfr. Nogueira Alcalá, Humberto.: *Teoría y Dogmática de los derechos fundamentales*, México, UNAM, 2003, pp.12-13.

<sup>4</sup> *Ibidem* p.25

dotados del status de personas, ciudadanos o capaces de obrar”.<sup>5</sup>

En la actualidad en siglo XXI La Comisión Nacional de Derechos Humanos define al derecho humano:

*Los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Todos tenemos los mismos derechos humanos, sin discriminación alguna. Estos derechos son interrelacionados, interdependientes e indivisibles.*<sup>6</sup>

Al respecto, Enrique Pérez Luño expresa que los derechos humanos son:

*...un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional.*<sup>7</sup>

Lo cierto es que todos los países deben mínimamente tener implementado en cada una de sus constituciones los estándares internacionales, porque habrá países en el que un derecho humano este más desarrollado y sus alcances sean más óptimos, que la visión en otro país.

Los derechos humanos deben maximizarse siempre en una sociedad democrática liberal, no obstante, del régimen deben prevalecer y el Estado debe garantizarlos

<sup>5</sup> *Ibidem* p.44.

<sup>6</sup> <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatAreHumanRights.aspx>

<sup>7</sup> Cfr. Pérez Luño, Antonio Enrique.: *Derechos Humanos. Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 2001. cit., p.48.



y protegerlos para la convivencia social, buscando el bienestar en los derechos de cada individuo.

### III. Estado de Derecho y el Derecho como Ciencia

El concepto Estado de Derecho nace con la corriente filosófica germánica como una manera de superar la ausencia de una supremacía constitucional y de sujetar a la administración pública al principio de legalidad.<sup>8</sup>

Por lo que, Bredemeier<sup>9</sup> quien critica a los funcionalistas, excluyendo al de la legislación para quedarse con el Derecho con jurisdicción, teniendo que ver con el sistema estadounidense de contemplar el Derecho desde el punto de vista del Juez.

A diferencia de Luhmann,<sup>10</sup> para este autor el Derecho es un Instrumento de Cohesión social, un instrumento de instrumentos que coordina a un nivel altamente generalizado y abstracto que todos los mecanismos de integración y de control.

Por lo que la Primacía de Ley es la nota fundamental de todo Estado derecho que sustenta su origen de una norma hipotética como lo abordaba Hans Kelsen<sup>11</sup> quien el propio estado de derecho lo deposita en una Constitución como la fuente de donde emana todas las leyes y su procedimiento de creación, como el depósito de voluntades de personas a cambio de respetar y salvaguardar ciertos derechos humanos.

Ahora bien, la Real Academia Española define el derecho:

<sup>8</sup> López Olvera, Miguel Alejandro.: *El Control de Convencionalidad en la Administración Pública, México, Liber Iuris Novum, 2014. cit., p.33.*

<sup>9</sup> *Ibidem.* p.67.

<sup>10</sup> *Idem.*

<sup>11</sup> Burgoa, Ignacio.: *Derecho Constitucional Mexicano, Porrúa, México, 1976, cit., pp.215-216.*

*Facultad de hacer o exigir todo aquello que la ley o la autoridad establece en nuestro favor, o que el dueño de una cosa nos permite en ella.*

*Facultades y obligaciones que derivan del estado de una persona, o de sus relaciones con respecto a otras. Justicia, razón.*

*Conjunto de principios y normas, expresivos de una idea de justicia y de orden, que regulan las relaciones humanas en toda sociedad y cuya observancia puede ser impuesta de manera coactiva.<sup>12</sup>*

De la anterior transcripción en la que define el derecho el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, podemos advertir diversas conceptualizaciones. Por lo que, la citada Academia lo define como la facultad del ser humano que tiene para legitimar sus actos que realice en sus fines de vida. Asimismo, nos dice que es toda la facultad de exigir todo aquello lo que la ley permita a nuestro favor. De igual forma, el derecho es la facultad y obligaciones que derive del Estado a una persona o de sus relaciones de una con otra. Finalmente, lo define al derecho como el conjunto de principios y normas, expresivos de una idea de justicia y de orden que regulan las relaciones humanas en toda sociedad y cuya observancia puede ser impuesta de manera coactiva.

Esta última definición nos remonta a las ideologías de los grandes tratadistas del derecho, Hans Kelsen, Herbert Lionel Adolphus Hart, Montesquieu, Juan Jacobo Rousseau, Karl Marx, Ronald Myles Dworkin, Jonh Rawls, entre otros.

<sup>12</sup> Diccionario, de la Real Academia Española, España, 23ª, febrero 2018, disponible en <http://dle.rae.es/?id=CGv2o6x>.

El derecho no puede justificarse por el simple hecho de ser derecho, sino por los fines que pretende alcanzar, los cuales se encuentran implícitos al momento de la creación de la norma jurídica por el legislador, el cual tiene una gran importancia su función ya que con razonabilidad debe crear esas leyes eficaces.

Por lo que debe examinarse es, qué es en general lo bueno o lo malo en el derecho, el valor o la importancia de una ley no sólo podrá determinarse en cuanto a su eficacia dentro de un sistema jurídico, sino por los valores a los que aspira proteger, los cuales sirven de fundamento a sus fines; sin embargo, no es útil abordar el tema de los fines del derecho, si no existiesen en la experiencia histórica fines específicos a perseguir de las instituciones.

#### IV. Las características de los derechos humanos

Los derechos esenciales presentan ciertas características para Luis Alberto Nogueira Alcalá nos dice que son universalidad, supra y transnacional, la irreversibilidad de los derechos humanos, la progresividad, la posición preferencial de los derechos, la eficacia erga omnes y la fuerza expansiva de los derechos y el principio favor *libertaris* (libertad).

Los derechos humanos deben interpretarse desde el alcance protector más amplio, esto con base al principio *pro persona* y eficiente posible, a la luz de los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad que deben observarse en relación con la preservación de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos a favor del individuo.

#### V. Teoría de Karel Vasak y sus generaciones de derechos humanos

Karel Vasak<sup>13</sup>, era un jurista de origen Checo, en sus teoría reflejaba la teorías europeas que reflejaban estos valores de derechos, fue quien realizó la teoría de Vasak en 1977 que consistían en la división de los derechos en tres generaciones, ya que fue como parte de una evolución de los derechos humanos, esto también fue una primera clasificación de los derechos del hombre.

- Primera Generación. Eran los famosos derechos civiles y políticos, como derechos de primera generación, basados en la oposición al Estado.
- Segunda Generación. Eran los derechos económicos, sociales y culturales, como el derecho a exigir al Estado.
- Tercera Generación. Estos consistían en los derechos de solidaridad, en donde indicó que a la vez son oponibles y exigibles al Estado. Esta tercera generación se da después de elaborar la primera y segunda generación.

Para ejemplificar, este esquema de los derechos en tres generaciones tiene un enfoque historicismo como a continuación se observa:

Primera Generación	Surgen en la Revolución Francesa como rebelión contra el absolutismo del Monarca. Se encuentra integrada por los derechos civiles y políticos. Imponen al Estado a respetar siempre estos derechos fundamentales del hombre. Verbg. La vida, libertad, igualdad, etc. Época antigua, edad media y el renacimiento siglo XVIII.
--------------------	--

<sup>13</sup> Cfr. Castañeda Hernández, Mireya: *Principio Pro Persona ante la ponderación de derechos*. México, CNDH 2017. cit., pp- 43-45.

Segunda Generación	Lo contemplan los derechos sociales o colectivos. Surge durante la época industrial como resultado de la explotación del hombre por el hombre, en México surge se incluyen en la Const. 1917 como derechos sociales en la época de Venustiano. Carranza, los derechos que contempla son los derechos económicos, sociales y culturales. El Estado se ve obligado hacer y son de satisfacción progresiva depende del mismo. Siglo XVIII.
Tercera Generación	Lo componen los derechos de la solidaridad también conocidos como derechos de los pueblos, surgen como respuesta de la cooperación entre naciones, así como los diferentes grupos que la integran. Siglo XX

## VI. Perspectiva del principio de acceso a la justicia en el ámbito internacional doctrinal

En este apartado trataremos de abordar algunos criterios doctrinarios y de juristas, respecto de las posturas de como se observa en el ámbito internacional entonces decimos que:

*El Acceso a la Justicia, para el profesor Brasileño y Juez de la Corte Internacional de Justicia, don Antonio Augusto Cancado Trindade, nos dice que el acceso a la justicia es un principio de derecho que a su vez se ha configurado como un derecho humano, y como todo derecho humano se encuentra en constante evolución.<sup>14</sup>*

El refiere que el acceso a la justicia puede ser abordado desde una doble perspectiva una formal (stricto sensu) y una perspectiva amplia (lato sensu),

<sup>14</sup> Cancado Trindade, Antonio Augusto.: *El Derecho de Acceso a la Justicia en su Amplia Dimensión*, 2ª. ed. 2008, editorial Librotecnia, Santiago Chile., cfr., p.9, 10.

el primero nos dice que el acceso suele ser reducido a exigencias procesales ya que el derecho internacional y nacional lo ha desarrollado este derecho desde una perspectiva formal, enlistando una serie de requisitos procesales, mismos que deberían ser cumplidos para que el justiciable tenga acceso a la justicia. Las cuales fueron creados con fines penales, pero son aplicables a todo tipo de procedimiento.

Y por otro lado nos oferta desde la perspectiva más amplia en la que los individuos, comunidades y pueblos reclaman sus derechos, en sentido material, para que se haga real justicia, un ejemplo es el caso de los pueblos indígenas, de los grupos vulnerables y marginados, ejidatarios, grupo de personas de edad avanzada o vejez. Entonces como estos estados como los organismos internacionales han reconocido sus derechos tanto como el acceso al aparato jurisdiccional con las exigencias que implica. El autor nos dice que la reivindicación de sus derechos indígenas ha provocado una doble dimensión en el ámbito nacional e internacional.

Ahora bien, para Joseph Thompson, del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, dentro de los países latinos, nos dice que si entendemos el:

*acceso a la justicia, como la posibilidad de toda persona-independientemente de su condición económica o de otra naturaleza- de acudir al sistema previsto para la resolución de conflictos de acuerdo con el ordenamiento de cada país, y de obtener atención a sus necesidades de determinación externa de situaciones jurídicas, nos mantenemos dentro del cuadro que originó la expresión, en las obras del Jurista Mauro Cappelletti. Sin embargo,*

*no es este el uso más extendido en la actualidad se habla de acceso a la justicia como un equivalente de los proyectos de reforma judicial, esta segunda posición el mejoramiento de la Administración de Justicia sería en sí mismo una forma de ejecución del principio de acceso a la justicia. La cuestión de la denominación no es irrelevante ni secundaria, porque involucra una concepción de la justicia y una perspectiva de su relación con aquellos a los que sirve....<sup>15</sup>*

Se colige que, si la administración debe ser un medio para la búsqueda de la equidad y una realización de esa igualdad formal ante la ley, pues depende del órgano jurisdiccional para garantizar esa equidad en los juicios y resoluciones que se emitan, y así dar una seguridad y certeza jurídica.

Nos comenta que el foro llegó a diversas conclusiones entre las cuales de no hay que ver el acceso de justicia se equivalga a “justiciar”, toda la vida social, ni que sea deseable impulsar el uso de los sistemas de justicia más allá de lo necesario, por tanto, debe verse el acceso a la justicia como potencialidad y no utilización efectiva, pero llegan a la conclusión de que es necesario ampliar el acceso efectivo a los sectores más desfavorecidos a la justicia, (grupos vulnerados o marginados). Por lo que el Estado al prestar el servicio judicial debe velar para que sea efectivo su sistema jurídico, siendo una obligación implícita e imperativa la existencia de programas y recursos que se aplican para su operatividad.

El autor italiano Mauro Cappelletti, nos dice que *“el acceso de la justicia no se define con celeridad, pero*

<sup>15</sup> Thompson, José.: *Acceso a la Justicia y Equidad*, Editorama, Sociedad Anónima, 2000, cit. p. 25-27.

*sirve para enfocar dos conceptos la gente puede hacer valer sus derechos y/o resolver sus disputas bajo los auspicios generales del Estado. El sistema debe ser igualmente accesible para todos. El segundo debe dar resultados individual y socialmente juntos”.<sup>16</sup>*

Para Rosana B. Feliciotti, nos define que “la noción de acceso a la justicia se relaciona con la posibilidad de los individuos, en igualdad de condiciones, de reclamar y hacer valer sus derechos y eliminar cualquier situación de desigualdad, discriminación, violencia, maltrato o abuso que estén sufriendo”.<sup>17</sup>

En el Informe Anual del Comité Jurídico Interamericano de la Asamblea General 2008, el relator en la materia Freddy Castillo Castellanos, manifestó que:

*termino acceso a la justicia comprende el principio fundamental que es el derecho a la justicia en sí mismo, como un valor que supera las formalidades procesales y las instituciones para permitir al hombre común insertarse en el contexto de su ciudadanía también señalo que en el acceso judicial deben considerarse las desigualdades económicas, sociales y culturales. En la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana se aprobaron las 100 reglas de Brasilia, sobre el acceso a la justicia de las personas en condición, de vulnerabilidad, garantizando las condiciones de acceso efectivo,*

<sup>16</sup> Cappelletti, Mauro y Garth, Bryant.: *El Acceso a la Justicia, la Tendencia en el Movimiento Mundial Para Hacer Efectivo los Derechos*, Editorial Fondo de Cultura Económica, 1996. cit., p.14.

<sup>17</sup> Dabove, María Isolina.: *Derechos Humanos de las Personas Mayores, Acceso a la Justicia y Protección Internacional*, editorial Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 1.a. 2015. cit., pp. 87 y 88.

*permitan a esas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial.*<sup>18</sup>

Para Mauro Cappelletti, nos menciona que el acceso efectivo a la justicia, se aceptado cada vez como:

*....derecho social básico, en las sociedades modernas, ya que el concepto “eficacia” sigue siendo un tanto vago, la eficacia óptima en el contexto de una ley sustantiva dada podría expresarse como una completa ‘igualdad de armas’, la garantía de que el resultado en última instancia depende solamente de los relativos méritos jurídicos de cada una de las partes adversas, sin relación con otras diferencias que sean ajenas a la fuerza legal y que, sin embargo, en el aspecto práctico sí afectan la aplicación y la justificación de los derechos jurídicos....*<sup>19</sup>

Para el maestro Sergio García Ramírez nos dice que:

*acceder a la justicia- o más discretamente a la jurisdicción y a la protección, devolución o creación de derechos subjetivos que esta suministra- es un proyecto de rango constitucional [ en este caso sería convencional], y luego un hecho, que se analiza en dos dimensiones[...] la primera [...] se refleja en la forma; la segunda en el fondo..*<sup>20</sup>

Se puede apreciar que García Ramírez, aporte mucho a la Corte Interamericana, esto fue mucha metodología jurídica e ilustro desde una postura más académica.

Se advierte que para medir la efectividad de la justicia en el ámbito internacional debe cumplir como mínimo de exigencias las 100 reglas de Brasilia, que debe tener el tribunal internacional y nacional, así como la efectividad de sus sentencias y que estas sean ejecutables a los países condenados.

Para García Ramírez, nos dice que una barrera al acceso de justicia efectiva es la demora excesiva que enfrentan los órganos jurisdiccionales, pero vemos que el estado debe prever sus procedimientos con plazos establecidos y recursos efectivos, para cumplir con la eficacia del mismo, por lo que cita:

*Nos dice que hay barreras al acceso de justicia efectiva, pues un ejemplo es la demora excesiva, esto puede ser desde la presentación de la demanda, hasta la integración del juicio en su respectivo procedimiento, así como el de la emisión de la sentencia y la falta de ejecución efectiva para su cumplimiento, por lo que podemos apreciar cuatro aspectos vitales donde comúnmente suele hacer presencia la demora, pero sumemos estos más el rezago de promociones y la espera del fallo correspondiente y de las cuales pueden demorar la excesiva carga de trabajo, entre otras. Pero el autor nos dice que, si llega a suceder, puede mal interpretarse la capacidad de los operadores jurídicos, ya que siembra duda de los mismo respecto a la eficacia de impartir justicia en los tiempos establecidos por la ley, obteniendo un daño irreparable.*<sup>21</sup>

<sup>18</sup> Ídem.

<sup>19</sup> Cappelletti, Mauro y Bryant Garth.: op cit., nota 15. p. 14.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 77.



## VI. Interpretación del acceso a la justicia efectiva en la Convención Americana de Derechos Humanos

Ahora bien, en el marco legal internacional la corte interamericana de derechos humanos ha establecido criterios como el máximo intérprete de las convenciones establecidas, mediante criterios jurisprudenciales, sentencia u opiniones consultivas.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos ha establecido el garantizar que el recurso efectivo permite un efectivo acceso de la justicia de conformidad con sus artículos 8.2. h y 25, las cuales dicen lo siguiente;

### CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

#### Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

#### Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Los preceptos que anteceden reconocen el derecho humano a un recurso judicial efectivo, que ampare a los individuos contra las violaciones a sus derechos fundamentales; y compromete a los Estados a garantizar que la autoridad competente decida sobre los derechos del promovente, así como a asegurar la eficacia y cumplimiento de esas decisiones. Sobre el particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha fijado posición en el sentido siguiente:

(...) Un recurso judicial efectivo es aquel capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido, es decir, debe ser un recurso capaz de conducir a un análisis por parte de un tribunal competente a efectos de establecer si ha habido o no una violación

*a los derechos humanos y, en su caso, proporcionar una reparación.”<sup>22</sup>*

Igualmente, en la Opinión Consultiva OC-9/87 el citado órgano jurisdiccional internacional señaló que el artículo 25.1 incorpora el *principio de efectividad de los instrumentos o medios procesales*, según el cual la inexistencia de un recurso efectivo contra violaciones a derechos humanos constituye una transgresión a la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos. Asimismo, el citado principio establece que el derecho a un recurso efectivo no se satisface con la sola previsión de un mecanismo de defensa en la ley, sino que requiere ser idóneo para determinar si se ha incurrido o no en una violación a derechos fundamentales, agregando que no pueden considerarse efectivos aquéllos medios de defensa que por las condiciones generales del país, o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resultan totalmente ilusorios.<sup>23</sup>

Finalmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que para que exista el recurso, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley, o que sea admisible formalmente, sino que se requiere que sea realmente idóneo para determinar si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla.

### **VIII. El acceso de justicia efectiva en México**

Para la doctrina y la legislación mexicana, anteriormente a la reforma constitucional de dieciocho de junio de

<sup>22</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Castañeda Gutman Vs. México, Sentencia de 6 de agosto de 2008, § 106 y 118.

<sup>23</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-9/87, “Garantías judiciales en estados de emergencia”, § 23.

dos mil ocho, se puede apreciar que en el artículo 17, párrafos segundo en vinculación al primero y tercero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se encuentra la garantía de acceso a la jurisdicción del estado, por tanto al establecer que los tribunales respectivos, así como el procurar los medios necesarios para su buen funcionamiento, en los términos de su propia ley, garantizan al gobernado un medio ordinario para accionar el activismo judicial, mediante un procedimiento efectivo en la que se resuelva a través de una sentencia efectiva, y culmine con el cumplimiento del mismo.

Por lo que se ve modificado el artículo 17 Constitucional que establece lo siguiente:

*Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.*

*Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.*

*El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas. Tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. Los jueces federales conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos.*

*Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal*

*regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.*

*Las sentencias que pongan fin a los procedimientos orales deberán ser explicadas en audiencia pública previa citación de las partes.*

*Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones.*

*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. Párrafo reformado DOF 29-01-2016*

*Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil.*<sup>24</sup>

Entonces para el marco mexicano se puede establecer que el derecho de acceso a la justicia en el Estado Mexicano, se encuentra en el artículo 17 Constitucional, en los párrafos segundo en vinculación con los párrafos primero, tercero, cuarto, quinto, sexto y séptimo. Pues junto con estos establece que el estado está obligado a crear tribunales respectivos, que estos cuenten con sus procedimientos respectivos emitiendo resoluciones en los tiempos establecidos, así como el procurar los mecanismos necesarios para

<sup>24</sup> Diario Oficial de la Federación, 29 de enero de 2016.

su buen funcionamiento, en los términos de su propia Constitución, y la especialización de ciertas competencia, pero a su vez garantiza medios alternativos de solución, como garantizar la existencia de un servicio de defensoría pública de calidad para la población, Entonces el Estado mexicano garantiza el derecho de acceso a la Justicia a toda su población así como los grupos vulnerados y marginados.

La Federación y las entidades federativas deben garantizar la existencia de un servicio de defensoría pública de calidad para la población, exigiendo profesionalización para obtener una defensa o asesoría adecuada en todo el procedimiento que se lleve a cabo, así como asegurarán las condiciones para un servicio profesional de carrera para los defensores y asesores jurídicos.

Finalmente, las Instituciones de gobierno federal como el de las entidades federativas, deben atender a resolver, agilizar y salvaguardar el derecho a la garantía de acceso a la justicia efectiva.

## **IX. Los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto al Acceso de la Justicia Efectiva en México.**

Los criterios jurisprudenciales que ha venido retomando la Suprema Corte de Justicia de la Nación referente al principio de Acceso de la Justicia Efectiva en México, han evolucionado, aunque con un enfoque del sistema penal.

Primeramente, el Primer Poder Judicial de la Federación denominó al principio de acceso a la justicia como la garantía de Acceso a la Jurisdicción, posteriormente evolucionó a garantía de acceso a la justicia, para finalizar en efectiva.

Reseña de criterios jurisprudenciales respecto al principio de acceso a la justicia, se puede apreciar desde 1991, el cual destacaremos estos criterios como han evolucionado hasta en la actualidad.

En 1994 emiten la tesis aislada del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a continuación, se cita; CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN (VIGENTE EN 1987). EL ARTICULO 54 NO VIOLA LA GARANTÍA DE ACCESO A LA JUSTICIA ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 17 CONSTITUCIONAL. AUNQUE ES VERDAD QUE EL ARTÍCULO 17...<sup>25</sup>

El artículo 17 de la Carta Federal, establece como una garantía individual la de su acceso a la justicia, es decir, a no ver obstaculizado su derecho a demandar, ante los órganos jurisdiccionales, el reconocimiento o cumplimiento de sus derechos, no lo es menos que los órganos administrativos a quienes se confiere la facultad de practicar el procedimiento de visita domiciliaria de comprobación fiscal y conocer de la inconformidad no quedan encuadrados en el concepto de tribunales empleado por el precepto constitucional mencionado, pues la inconformidad no es un recurso o procedimiento contradictorio dentro del trámite desarrollado por la autoridad en el ejercicio de una función pública de comprobación del cumplimiento de las obligaciones fiscales de los particulares, razón por la cual no existe base para considerar que el dispositivo cuestionado vulnere la garantía de acceso a la Justicia, pues nada impide a los interesados recurrir a las instancias jurisdiccionales para reclamar las violaciones que en su opinión se hubiera cometido durante el procedimiento.

<sup>25</sup> Tesis P. VII/94 (8a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Octava Época, núm. 74, febrero de 1994, rg.205496, p. 30.

También, cuatro años después, emiten la tesis aislada del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la que hace una interpretación de los artículos 14 y 17 Constitucional, la cual se cita a continuación: *CADUCIDAD DE LA INSTANCIA. EL ARTÍCULO 138 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA, QUE LA PREVIENE, NO VIOLA LAS GARANTÍAS DE AUDIENCIA Y ACCESO A LA JUSTICIA, PREVISTAS EN LOS ARTÍCULOS 14 Y 17 CONSTITUCIONALES. El artículo 138 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Baja California no viola las garantías de audiencia y acceso a la justicia...*<sup>26</sup>

Posteriormente, el máximo tribunal del país, emitió la Jurisprudencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la que interpretó la potestad que se le otorga al legislador consagrado en el numeral 17 Constitucional, la cual se cita a de la siguiente manera: *JUSTICIA, ACCESO A LA. LA POTESTAD QUE SE OTORGA AL LEGISLADOR EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA, PARA FIJAR LOS PLAZOS Y TÉRMINOS CONFORME A LOS CUALES AQUÉLLA SE ADMINISTRARÁ NO ES ILIMITADA, POR LO QUE LOS PRESUPUESTOS O REQUISITOS LEGALES QUE SE ESTABLEZCAN PARA OBTENER ANTE UN TRIBUNAL UNA RESOLUCIÓN SOBRE EL FONDO DE LO PEDIDO DEBEN ENCONTRAR JUSTIFICACIÓN CONSTITUCIONAL. De la interpretación de lo dispuesto en el artículo 17...*<sup>27</sup>

<sup>26</sup> Tesis de Pleno P. XLI/98 (9a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t.VII, mayo de 1998, rg.196239, p. 66.

<sup>27</sup> Tesis jurisprudencial de pleno P./J. 113/2001 (9a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t.XIV, septiembre de 2001, rg.188804, p.5.



Del anterior criterio se advierte que en ese numeral 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.

Del mismo modo, es importante la creación de la tesis aislada de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la que reconoce que los pueblos indígenas tienen derecho al acceso a la jurisdicción y su autonomía es a parte de un derecho positivizado, cuyo rubro dice lo siguiente; *DERECHOS DE LOS INDÍGENAS EN MATERIA DE ACCESO A LA JUSTICIA. LOS OTORGADOS POR VIRTUD DE LAS REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, VIGENTES A PARTIR DEL QUINCE DE AGOSTO DE DOS MIL UNO, NO SON VULNERADOS POR LOS ARTÍCULOS 293, 298 Y 315, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL (ABROGADO). El artículo 2o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos...*<sup>28</sup>

Del anterior criterio establece que mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el catorce

<sup>28</sup> Tesis jurisprudencial 1a. XXXIX/2003 (9a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XVIII, agosto de 2003, rg.183559, p.229.

de agosto de dos mil uno, establece respecto de la materia mencionada, por una parte, la garantía de que los pueblos y comunidades indígenas tendrán sus propios sistemas normativos en la regulación de sus conflictos internos y, por otra parte, que en el acceso a la jurisdicción estatal deberán ser tomadas en cuenta sus costumbres y especificidades culturales.

Ahora bien, la figura delictiva de lesiones es reprochable a todas las personas con capacidad legal, incluidos los indígenas, pues sería constitucionalmente inaceptable el hecho de permitir que se infieran lesiones a las personas, aun cuando dicha práctica forme parte de sus usos y costumbres, además de que el tipo penal mencionado tutela el bien jurídico consistente en la integridad física de las personas, lo que debe ser reprochable a todo aquel que cometa dicho ilícito, a fin de inhibirlo. Circunstancia de que los Derechos Humanos no pueden conjugar, armonizar con el uso y costumbres de los derechos indígenas.

Por otra parte, en el dos mil siete, La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación elabora una división esquematizada del principio de acceso a la justicia, el cual trae un gran avance para los juzgadores o impartidores de justicia, en virtud, de que se realiza un primer estudio los principios que integran el acceso a la jurisdicción en México, desde un punto de vista doctrinal, esto fue en la jurisprudencia de la Segunda Sala 2a./J. 192/2007.

Ya que la garantía individual de acceso a la impartición de justicia consagra a favor de los gobernados los siguientes principios:

- *De justicia pronta*; la obligación de las autoridades de resolver las controversias ante ellas planteadas,



dentro de los términos y plazos que para tal efecto establezcan las leyes.

- *De justicia completa*; consistente en que la autoridad que conoce del asunto emita sentencia respecto de todos y cada uno de los aspectos debatidos cuyo estudio sea necesario.
- *De justicia imparcial*; que significa que el juzgador emita una resolución apegada a derecho, y sin favoritismo respecto de alguna de las partes o arbitrariedad en su sentido.
- *De justicia gratuita*; que estriba en que los órganos del Estado encargados de su impartición, así como los servidores públicos a quienes se les encomienda dicha función, no cobrarán a las partes en conflicto emolumento alguno por la prestación de ese servicio público.

Ahora bien, si la citada garantía constitucional está encaminada a asegurar que las autoridades encargadas de aplicarla lo hagan de manera pronta, completa, gratuita e imparcial, es claro que las autoridades que se encuentran obligadas a la observancia de la totalidad de los derechos que la integran son todas aquellas que realizan actos materialmente jurisdiccionales, esto es un órgano jurisdiccional tienen la atribución necesaria para dirimir un conflicto suscitado.

Como se advierte esta jurisprudencia emanada por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación le da una gran importancia al esquematizar el principio de acceso a la justicia, pues al caso concreto el criterio de la jurisprudencia en cita, cuyo rubro dice al tenor siguiente: *ACCESO A LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA. EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN*

*POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS ESTABLECE DIVERSOS PRINCIPIOS QUE INTEGRAN LA GARANTÍA INDIVIDUAL RELATIVA, A CUYA OBSERVANCIA ESTÁN OBLIGADAS LAS AUTORIDADES QUE REALIZAN ACTOS MATERIALMENTE JURISDICCIONALES. La garantía individual de acceso a la impartición de justicia...*<sup>29</sup>

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el año dos mil siete, decidió elaborar una definición de acceso a la justicia efectiva, con una connotación de epistemología jurídica, la cual a la fecha muy puntual su definición. Pues al caso concreto, la citada sala realizó un estudio de la garantía a la tutela jurisdiccional prevista en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y estableció sus alcances. Ya que la define 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.<sup>30</sup>

Los órganos jurisdiccionales que estén expeditos, libres de toda molestia para impartir justicia en los plazos y términos que fijen las leyes, esto trae el principio de celeridad judicial, Sergio García Ramírez nos menciona que se llama barreras de la justicia aquello

<sup>29</sup> Tesis jurisprudencial 2a./J. 192/2007 (9a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVI, octubre de 2007, rg.171257, p.209.

<sup>30</sup> Tesis jurisprudencial 1a./J. 42/2007 (9a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXV, abril de 2007, rg.172759, p.124.

que obstaculice que este derecho humano se realice en los tiempos y formalidades previstas.

Sin embargo, no todos los requisitos para el acceso al proceso pueden considerarse inconstitucionales, como ocurre con aquellos que, respetando el contenido de ese derecho fundamental, están enderezados a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan la adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida.

Tal es el caso del cumplimiento de los plazos legales, el de agotar los recursos ordinarios previos antes de ejercer cierto tipo de acciones o el de la previa consignación de fianzas o depósitos o en el caso el cumplimiento de requisitos de esenciales de validez y formalidad para la presentación de una demanda sea de amparo o recursos ordinarios.

Por otra parte, la tesis aislada 1a. LXXIV/2013 (10a.), siendo este un criterio de suma importancia ya que en el dos mil trece, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, realiza un estudio epistemológico del principio de acceso a la justicia, clasificando así las etapas que conlleva esta.

Pues al caso realiza una interpretación sistemática de los artículos 14, 17 y 20, apartados B y C, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, asimismo en relación al numeral 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece que se deriva de estos artículos el derecho de acceso efectivo a la justicia.

Por lo que la misma Suprema Corte de Justicia de la Nación, define el derecho de acceso efectivo a la justicia, como la comprensión a determinados factores socioeconómicos y políticos, el derecho a una tutela jurisdiccional efectiva y los mecanismos de tutela no

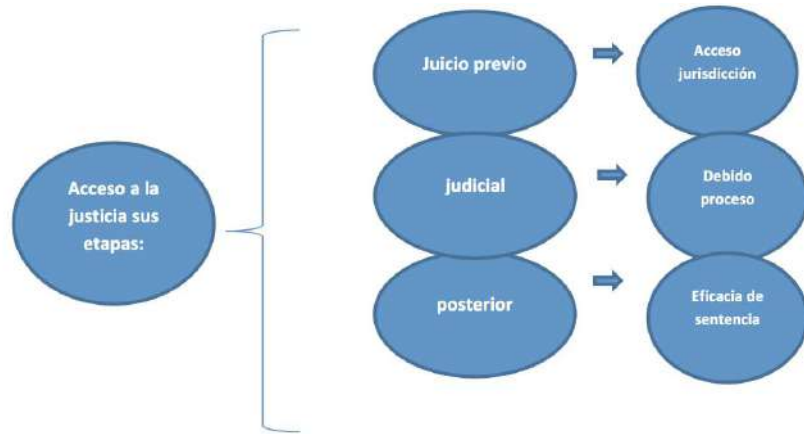
jurisdiccional que también deben ser efectivos y estar fundamentados constitucional y legalmente. Ya que esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación definió el acceso a la tutela jurisdiccional como el derecho público subjetivo que toda persona tiene, dentro de los plazos y términos 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, definición establecida en el criterio jurisprudencial 1a./J. 42/2007 (9a.).<sup>31</sup>

Ahora bien, retomando las etapas que realiza la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación son las siguientes:

- 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;
- Una judicial, que va desde el inicio del procedimiento hasta la última actuación y a la que corresponden las garantías del debido proceso; y
- Una posterior al juicio, identificada con la eficacia de las resoluciones emitidas.

Pues de ahí que este derecho al acceso a la jurisdicción comprenda tres etapas, a las que corresponden tres derechos:

<sup>31</sup> Tesis jurisprudencial 1a./J. 42/2007 (9a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXV, abril de 2007, rg.172759, p.124.



Por lo consiguiente, es hasta en noviembre de dos mil diecisiete donde la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de su Primera Sala establece tesis por jurisprudencia respecto al Derecho de Acceso Efectivo a la Justicia, teniendo una gran evolución desde un Derecho Acceso a la Jurisdicción.

Entonces, al consolidarse la jurisprudencia 1a./J. 103/2017 (10a.), la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como tal reiteró su concepción, las tres etapas aludidas y derechos que le correspondan, agregando una expansión en el sentido que también es procedente ante órganos que realicen cuestiones materialmente jurisdiccionales, cuyo al rubro dice: *DERECHO DE ACCESO EFECTIVO A LA JUSTICIA. ETAPAS Y DERECHOS QUE LE CORRESPONDEN. De los artículos 14, 17 y 20, apartados B y C, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, deriva el derecho de acceso efectivo a la justicia...*<sup>32</sup>

<sup>32</sup> Tesis jurisprudencial 1a./J. 103/2017 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro 48, t. I, noviembre de 2017, rg.2015591, p.151.

Asimismo, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, estableció otra tesis por jurisprudencia 1a./J. 90/2017 (10a.) respecto al Derecho de Acceso Efectivo a la Justicia, pues trae una complementación a las jurisprudencias citadas con anterioridad. Por ende, en esta jurisprudencia reitera las etapas de la que deriva que el acceso a la tutela jurisdiccional, sin embargo, la aludida jurisprudencia realiza la precisión de que, no obstante previo acudir al acceso constitucional deben cumplir con las exigencias y formalidades esenciales del procedimiento que estableció el legislador, la cual no vulnera ni un derecho humano, ante tal exigencia de ley.

Es visible la jurisprudencia emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, respecto a los requisitos a satisfacer de la admisibilidad de un juicio o recurso, cuyo rubro dice: *DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO A LA JURISDICCIÓN. SU CONTENIDO ESPECÍFICO COMO PARTE DEL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA Y SU COMPATIBILIDAD CON LA EXISTENCIA DE REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE UNA ACCIÓN. De la tesis de jurisprudencia de la Primera Sala de la Suprema Corte...*<sup>33</sup>

## **X. El Juicio de Amparo en México como mecanismo de justicia efectiva**

El juicio de amparo es un medio de control de la constitucionalidad, convencionalidad y legalidad; a través del cual los gobernados pueden impugnar los actos, normas y omisiones por parte de las autoridades

<sup>33</sup> Tesis jurisprudencial 1a./J. 90/2017 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro 48, t. I, noviembre de 2017, rg.2015595, p.213.

y de los particulares que actúan como autoridades; que consideren violatorios de derechos fundamentales, o en su caso cuando se vulneran, competencias entre la Federación o los Estados o la Ciudad de México, con el objeto que se les restituya en el derecho violado.

El concepto de “Amparo”, según Fix-Zamudio:

*[ii], debe ser asociado con la tutela de los derechos humanos, ya que éste es el origen hispánico del vocablo y con dicho propósito fue creado no solo en la Constitución Yucateca de 1841, sino desde el interdicto de amparo previsto por las Leyes de Indias, el cual, según Jesús Ángel Arroyo Moreno [iii] era planteado ante los Virreyes o Capitanes Generales, para proteger tanto la posesión de bienes, como derechos personales.<sup>34</sup>*

También se concibe al juicio de amparo como el medio de control para hacer guardar la constitucionalidad que tiene toda persona que se sitúe dentro de un estado y que por actos de autoridad violen garantías individuales o que infrinjan competencias de local, estado, federal y de la Ciudad de México, con la finalidad de que se le restituya en el goce de esos derechos humanos violadas.

Al respecto el manual de justicia de amparo lo define como un:

*Medio de control de la constitucionalidad a través del cual los gobernados pueden impugnar los actos de autoridad estatal de carácter definitivo que*

<sup>34</sup> Fix-Zamudio, Héctor.: *Garantías Jurisdiccionales para la protección de los derechos humanos en Iberoamérica*. Edición electrónica publicada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México en la dirección <http://www.juridicas.unam.mx/inst/direc/public.htm?p=zamudio>. Consultado el 13 de junio de 2017.

*estimen violatorios de sus garantías individuales o que, en su perjuicio, vulneren el régimen de competencias entre la Federación y los Estados o el Distrito Federal, con el objeto de que se les restituya en el goce de sus garantías conculcadas.<sup>35</sup>*

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido el garantizar que el acceso de la justicia como un recurso efectivo el juicio de amparo cumple con las caracteriza con la eficacia e idoneidad.

Tal es el caso, que la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, estableció criterio jurisprudencial en la Tesis 2a./J. 12/2016 (10a.), en la que interpreto que el Juicio de Amparo cumple con las características de eficacia e idoneidad a la luz de los artículos 25.1 y 25.2, inciso c), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual reconocen el derecho humano a un recurso judicial efectivo, que ampare a los individuos contra las violaciones a sus derechos fundamentales, comprometiendo a los Estados a garantizar que la autoridad competente decida sobre los derechos del promovente, así como a asegurar la eficacia y cumplimiento de esas decisiones.

Esto se da porque el derecho humano a un recurso judicial efectivo supone dos tipos de deberes a cargo del legislador estatal: por una parte, el deber de establecer en las leyes mecanismos de defensa en contra de violaciones a los derechos fundamentales de los individuos; y, por otro lado, el deber de establecer una estructura legislativa que garantice la idoneidad de los medios de defensa conforme al fin para el que fueron creados.

<sup>35</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010, *Manual del Justiciable en Materia de Amparo*, 2ª impresión, p. 19.



Es decir, para la satisfacción del derecho a un recurso judicial efectivo no basta la existencia formal en las leyes de un mecanismo de defensa, sino que además éste debe ser apto para que el órgano jurisdiccional analice si existen o no violaciones a los derechos fundamentales de los individuos.

Al respecto, el artículo 107, fracción III, de la Ley de Amparo dispone lo siguiente:

Artículo 107. El amparo indirecto procede:

*[...] III. Contra actos, omisiones o resoluciones provenientes de un procedimiento administrativo seguido en forma de juicio, siempre que se trate de:*

*a) La resolución definitiva por violaciones cometidas en la misma resolución o durante el procedimiento si por virtud de estas últimas hubiere quedado sin defensa el quejoso, trascendiendo al resultado de la resolución; y*

*b) Actos en el procedimiento que sean de imposible reparación, entendiéndose por ellos los que afecten materialmente derechos sustantivos tutelados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte; [...]*

Es decir, conforme al precepto legal transcrito el juicio de amparo en la vía indirecta se instituye como un mecanismo de defensa en favor del elemento operativo, el cual permite combatir todos aquéllos actos, omisiones o resoluciones provenientes de un procedimiento administrativo seguido en forma de juicio, este último siempre que se trate de la resolución definitiva o de actos *intraprocesales* que sean de imposible reparación.

Adicionalmente, conforme al artículo 77 de la Ley de Amparo<sup>36</sup> si el acto reclamado es de carácter positivo, los efectos de la concesión se ocuparán de restituir al quejoso en el pleno goce del derecho violado, restableciendo las cosas al estado que guardaban antes de la violación; mientras que si el acto reclamado es de carácter negativo o implica una omisión, los efectos se traducen en obligar a la responsable a respetar el derecho en cuestión y a cumplir lo que el mismo exija.

Por lo que, conforme al marco normativo citado, la dimensión del juicio de amparo indirecto cumple con los parámetros necesarios para satisfacer el derecho a un recurso judicial efectivo, este juicio de amparo que se inste cuando sea procedente debe al quejoso, prever la posibilidad de restituirlo en el goce de los derechos que resulten vulnerados. Pues el quejoso puede hacer

<sup>36</sup> Artículo 77. Los efectos de la concesión del amparo serán:

I. Cuando el acto reclamado sea de carácter positivo se restituirá al quejoso en el pleno goce del derecho violado, restableciendo las cosas al estado que guardaban antes de la violación; y

II. Cuando el acto reclamado sea de carácter negativo o implique una omisión, obligar a la autoridad responsable a respetar el derecho de que se trate y a cumplir lo que el mismo exija.

En el último considerando de la sentencia que conceda el amparo, el juzgador deberá determinar con precisión los efectos del mismo, especificando las medidas que las autoridades o particulares deban adoptar para asegurar su estricto cumplimiento y la restitución del quejoso en el goce del derecho. En asuntos del orden penal en que se reclame una orden de aprehensión o auto de vinculación a proceso en delitos que la ley no considere como graves, la sentencia que conceda el amparo surtirá efectos inmediatos, sin perjuicio de que pueda ser revocada mediante el recurso de revisión; salvo que se reclame el auto de vinculación a proceso y el amparo se conceda por vicios formales.

En caso de que el efecto de la sentencia sea la libertad del quejoso, ésta se decretará bajo las medidas de aseguramiento que el órgano jurisdiccional estime necesarias, a fin de que el quejoso no evada la acción de la justicia. En todo caso, la sentencia surtirá sus efectos, cuando se declare ejecutoriada o cause estado por ministerio de ley.



valer en el juicio de amparo las violaciones que estime pertinentes y obtener una reparación adecuada.

Asimismo, resulta aplicable la jurisprudencia de la Segunda Sala de la Suprema Corte de la Nación, cuyo rubro se cita a continuación: *RECURSO JUDICIAL EFECTIVO. EL JUICIO DE AMPARO CUMPLE CON LAS CARACTERÍSTICAS DE EFICACIA E IDONEIDAD A LA LUZ DEL ARTÍCULO 25 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. De la interpretación...*<sup>37</sup>

De igual forma, es visible la tesis aislada de la Primera Sala del Máximo Tribunal del país, cuyo rubro dice lo siguiente: *DERECHO FUNDAMENTAL A UN RECURSO JUDICIAL EFECTIVO. EL JUICIO DE AMPARO CUMPLE CON LOS REQUISITOS Y CARACTERÍSTICAS QUE PREVE EL ARTÍCULO 8.2, INCISO H), DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. El artículo 8.2, inciso h), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos...*<sup>38</sup>

Referente a este criterio la Primera Sala afirma que el derecho a impugnar una resolución a través del recurso de apelación no es necesariamente un derecho absoluto, pues éste puede ceder ante otras finalidades constitucionales que el legislador, en ejercicio de su amplia libertad configurativa, tenga a bien considerar en aras de diseñar los procesos jurisdiccionales como mejor lo advierta.

Doctrinalmente el medio de impugnación o mecanismo de defensa para el Doctor Andrés Serra Rojas el recurso administrativo es:

<sup>37</sup> Jurisprudencia 2a./J. 12/2016 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro 27, t. I, febrero 2016, rg.2010984, p.763.

<sup>38</sup> Tesis aislada 1a. CCLXXVIII/2016 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro 37, t. I, diciembre 2016, rg.2013206, p.368.

*[...] un medio ordinario de impugnación y directo de defensa legal que tienen los gobernados afectados, en contra de un acto administrativo que lesione su esfera jurídica de derechos o intereses, ante la propia autoridad que lo dictó, el superior jerárquico u otro órgano administrativo, para que lo revoque, anule, reforme o modifique, una vez comprobada la ilegalidad o inoportunidad del acto, restableciendo el orden jurídico violado en forma económica, sin tener que agotar un procedimiento jurisdiccional.*<sup>39</sup>

Es importante distinguir un recurso ordinario, que es un mecanismo de defensa de segunda instancia, esto es, un recurso que sirve de margen para la revisión de una decisión en el marco de un proceso, revisando cuestiones de legalidad y posible la litis de fondo.

Resulta aplicable al caso la tesis aislada de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación cuyo rubro y texto al tenor siguiente: *TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA. DIFERENCIAS ENTRE EL DERECHO A RECURRIR UN FALLO ANTE UNA INSTANCIA SUPERIOR Y EL DE ACCEDER A UN RECURSO ADECUADO Y EFECTIVO. Si bien los derechos mencionados...*<sup>40</sup>

Ahora bien, en cuanto al juicio de amparo, la Corte Interamericana ha establecido que éste se encuentra en el ámbito del artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, *Pacto de San José*, reconociéndolo, por su naturaleza, como el procedimiento judicial sencillo

<sup>39</sup> Serra Rojas, Andrés.: *Derecho Administrativo. Segundo Curso*, Porrúa, México, cit. p. 727.

<sup>40</sup> Tesis jurisprudencial 1a. CXXXIX/2017 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro 47, t. I, octubre de 2017, rg.2015240, p.498.

y breve que tiene por objeto la tutela de todos los derechos reconocidos por la Constitución y la Convención citada.

Esta diferencia entre el derecho a la protección judicial y el derecho a la revisión, es de suma relevancia para entender cuándo se está en presencia del derecho a recurrir un fallo ante una instancia superior, en respeto al derecho al debido proceso, y cuándo se está ante la exigencia del derecho a un recurso que ampare derechos fundamentales de fuente nacional o convencional, por tanto, el juicio de amparo debe considerarse como un medio de defensa diseñado para proteger los derechos consagrados en la Constitución y la Convención Americana.

## **XI. Conclusiones**

México debe entender que el acceso de la justicia efectiva no solo debe contemplarse como un principio dentro de la Constitución mexicana, sino que se necesita más que un cambio de ideología, de cultura con los individuos mexicanos, porque el acceso a la justicia debe tener un alcance mayor y no solamente quedar en una tutela jurisdiccional, se reitera que sus alcances van más allá, de un tribunal y de un procedimiento jurisdiccional, esto es que todas las instituciones gubernamentales y no gubernamentales, así como el poder público en su división de los tres poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial están obligadas a que este principio implore en cada institución de gobierno y no de gobierno, que se den todos los alcances para su difusión en la sociedad y en cualquier tipo de sociedad pluricultural.

Por consiguiente, las maquinarias jurisdiccionales no solo deben quedarse en que el operador vigile e incite el principio de acceso de la justicia, sino que también debe

difundirlo, hacer de conocimiento el derecho a través de sus sentencias y jurisprudencias, procurar que esta acción jurisdiccional de instar a los tribunales, sea y esté alcance de todo tipo de personas, así de las comunidades lejanas y de personas en estado de desventaja.

Los poderes públicos, en cualquiera de sus manifestaciones: Ejecutivo, Legislativo o Judicial, no pueden suprimir el acceso a los tribunales a condición alguna.

El poder legislativo debe contemplar en el ámbito jurisdiccional mejorar sus ordenamientos que se aprueben contemplando todos los derechos humanos posibles y que los propios ordenamientos contemplen acceso a la justicia efectiva con los ciudadanos, que contemple mecanismo de defensa y procesos claros, sencillos, cortos y efectivos siempre acorde al mecanismo a implementar.

Que el poder Ejecutivo, en cada una de sus instituciones y procedimientos administrativos en forma de juicio contemple cada uno este principio de acceso de la justicia, pero que también lo ejecuten en la práctica, que garanticen esta formalidad.

Se concluye que la obligación del Estado mexicano es que el principio de acceso a la justicia efectiva, no solo colma que este en la constitución y que el poder judicial se encargue de promoverla y defenderla. Pues el Estado debe concientizar y hacer sentir una manera de vivir cotidianamente y de que cada una de las instituciones de gobierno jurídicas y no jurídicas permitan el acceso del mismo.

Este acceso de Justicia debe ser rápido, sencillo de fácil acceso para todo el gobernado y toda estructura social.

Considero que el caso de los Jueces de Distrito en Materia Federal, deben crear órganos especializados para favorecer a la emisión de sentencia más prontas y expeditas teniendo así una efectividad en el acceso de la justicia para todas las personas que ocurran a los presentes órganos jurisdiccional en materia Federal.

Los Jueces de Distrito deben entrar al fondo o al realizar la convencionalidad deben manifestar a la autoridad que entre al estudio del fondo y no resuelva únicamente la procedencia o no del recurso en sentencia, no al contrario discernir si asiste o no la razón, resolver el planteamiento y en su caso entrar al fondo del asunto, siempre que se cumplan las formalidades esenciales de validez que el propio legislador previo para dicha acción de derecho.

Las sentencias judiciales como cualquier resolución administrativa deben ser eficaces en su ejecución para colmar la exigencia a la acción intentada.

## **XII. Propuesta**

Que en las instituciones y poderes de gobierno se creen mecanismos de defensa, esto un medio de recurso efectivo de conformidad con la Convención Americana de Derechos Humanos.

Se generen, programas y plan de estructura para garantizar el recurso efectivo al acceso de justicia dirigido a los grupos vulnerables, desprotegidos, campesinos, personas de mayor de edad.

Por lo que respecta a los órganos jurisdiccionales se genere un programa para especializar las competencias,

así traer mayor eficacia, efectividad, en las sentencias como mayor rapidez en la solución de este.

Se debe optimizar el alcance del principio de acceso a la justicia, como difundir, y tomar conciencia y así como fundar, esto en cualquier ámbito.

Se sugiere la institucionalización con la creación de un organismo de mediación y conciliación como medio alternativo para la solución de conflictos es una buena medida para disminuir las excesivas cargas de trabajo, agilizando el trámite y la resolución de los asuntos, para que se cumplan los plazos que establecen la ley y consecuentemente se garantice materialmente la eficacia del derecho fundamental de la tutela jurisdiccional, esto en el Poder Judicial de la Federación.

Que los Jueces puedan pronunciarse con el fondo del caso para generar una mayor certidumbre jurídica, a su vez si procediera la convencionalidad es con la finalidad de restaurar ese derecho de acceso a la justicia, pero debe realizar el estudio de fondo y no únicamente dar la opción de dar trámite al recurso para que en sentencia o resolución determine no era procedente al contrario determine si le asiste la razón o no.

Finalmente, el Juicio de Amparo no contempla en casos específicos una verdad tutela de protección de derechos humanos, lo cual deben los jueces con base al principio pro persona y convencionalidad resolver en casos atípicos o cosas no previstas, a favor de que no se nulifique el derecho al acceso en cualquier índole, debe ajustarse ante el legislador de que realmente proceda o en su caso los jueces resuelvan estos casos sin formalismos inquebrantables.

### XIII. Fuentes de consulta

#### Bibliográficas

- Burgoa Orihuela, Ignacio.: *Derecho Constitucional Mexicano*. 2ª ed., Porrúa, México, 1976.
- Castañeda Hernández, Mireya.: *Principio Pro Persona ante la ponderación de derechos*. México, CNDH 2017.
- Cancado Trindade, Antonio Augusto.: *El Derecho de Acceso a la Justicia en su Amplia Dimensión*, 2ª. ed. 2008. Editorial Librotecnia, Santiago Chile.
- Cappelletti, Mauro y Bryant Garth.: *El Acceso al Justicia, La Tendencia en El Movimiento Mundial Para Hacer Efectivo Los Derechos*. Editorial Fondo de Cultura Económica, 1996, Milán.
- Dabove, María Isolina.: *Derechos Humanos de las Personas Mayores, Acceso a la Justicia y Protección Internacional*. Editorial Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 1.a. 2015.
- López Olvera, Miguel Alejandro.: *El Control de Convencionalidad en la Administración Pública, México, Liber Iuris Novum*, 2014.
- Mauro Cappelletti y Garth, Bryant.: *El Acceso a la Justicia, la Tendencia en el Movimiento Mundial Para Hacer Efectivo los Derechos*. Editorial Fondo de Cultura Económica, 1996.
- Nogueira Alcalá, Humberto.: *Teoría y Dogmática de los derechos fundamentales*. México, UNAM, 2003.

- Pérez Luño, Antonio Enrique: *Derechos Humanos. Estado de Derecho y Constitución*. Madrid, Tecnos, 2001.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010, Manual del Justiciable en Materia de Amparo, 2ª impresión.
- Serra Rojas, Andrés.: *Derecho Administrativo. Segundo Curso*. Porrúa, México 2004.
- Thompson, José.: *Acceso a la Justicia y Equidad*. Editorama, Sociedad Anónima, 2000.

#### Electrónicas

- <https://www.juridicas.unam.mx>
- <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv>
- <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx>
- Diccionario, de la *Real Academia Española*, España, 23ª, febrero 2018, disponible en <http://dle.rae.es/?id=CGv2o6x>.
- Fix-Zamudio, Héctor. Garantías Jurisdiccionales para la protección de los derechos humanos en Iberoamérica. Edición electrónica publicada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. <http://www.juridicas.unam.mx/inst/direc/public.htm?p=zamudio>. Consultado el 13 de junio de 2017.

**Normativas**

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Diario Oficial de la Federación, 29 de enero de 2016.

**Jurisprudenciales**

- Tesis P. VII/94 (8a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Octava Época, núm. 74, febrero de 1994, rg.205496, p. 30.
- Tesis de Pleno P. XLI/98 (9a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. VII, mayo de 1998, rg.196239, p. 66.
- Tesis jurisprudencial de pleno P./J. 113/2001 (9a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XIV, septiembre de 2001, rg.188804, p.5.
- Tesis jurisprudencial 1a. XXXIX/2003 (9a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XVIII, agosto de 2003, rg.183559, p.229.
- Tesis jurisprudencial 2a./J. 192/2007 (9a.), Semanario Judicial de la Federación y su

Gaceta, Novena Época, t. XXVI, octubre de 2007, rg.171257, p.209.

- Tesis jurisprudencial 1a./J. 42/2007 (9a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXV, abril de 2007, rg.172759, p.124.
- Tesis jurisprudencial 1a./J. 42/2007 (9a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXV, abril de 2007, rg.172759, p.124.
- Tesis jurisprudencial 1a./J. 103/2017 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro 48, t. I, noviembre de 2017, rg.2015591, p.151.
- Tesis jurisprudencial 1a./J. 90/2017 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro 48, t. I, noviembre de 2017, rg.2015595, p.213.
- Jurisprudencia 2a./J. 12/2016 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro 27, t. I, febrero 2016, rg.2010984, p.763.
- Tesis aislada 1a. CCLXXVIII/2016 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro 37, t. I, diciembre 2016, rg.2013206, p.368.
- Tesis jurisprudencial 1a. CXXXIX/2017 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro 47, t. I, octubre de 2017, rg.2015240, p.498.



- Corte IDH, Caso Castañeda Gutman Vs. México, Sentencia de 6 de agosto de 2008, § 106 y 118.
- Corte IDH, Opinión Consultiva OC-9/87, “Garantías judiciales en estados de emergencia”, § 23.
- Morelos y Pavón, José María, placa en conmemoración a la “Fundación del Primer Tribunal Supremo de Justicia de la nación en Ario de Rosales Michoacán”, marzo 7 de 1815.

### ***Bibliografía recomendada***

- Acosta Alvarado, Paola Andrea.: *Tribunal Europeo y Corte Interamericana de Derechos Humanos, ¿Escenarios Idóneos para La Garantía del Derecho de Acceso a la Justicia Internacional?*, editorial Digiprint Editores EU., septiembre 2008.
- Castañeda Hernández, Mireya.: (2017) *Principio Pro Persona ante la ponderación de derechos*. México, 2017. CNDH.
- Espinosa Madrigal, Enrique.: *Ley de Amparo Comentada & Correlacionada*, Ed. Gallardo Ediciones, México, 2018.
- Herrera Ortiz, Margarita.: *Manual de Derechos Humanos*, México, Porrúa, 2003.
- Moreno Ortiz, Luis Javier.: *Acceso a la justicia*, 2000, Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 2000.
- Nikken, Pedro.: *La Protección Internacional de los Derechos Humanos. Su Desarrollo Progresivo*. Madrid, Civitas/IIDH, 1987.

- Serrano, Sandra y Vázquez, Daniel.: *Los Derechos en acción. Obligaciones y principios de derechos humanos*. México, Flacso, 2013.
- Thompson, José.: *Acceso a la Justicia y Equidad*, Editorama, Sociedad Anónima, 2000.

---

**La pureza de la droga en el delito  
de posesión de cocaína.  
Análisis de la tesis de jurisprudencia 1ª./J.9/95.**

Oscar Domingo Olguín Almanza \*

*“¿Pero por dónde quieres que comencemos nuestra indagación, ya que hemos adoptado un cierto método para saber si los nombres prueban por sí mismos, que no son producto de la casualidad, sino que tienen alguna propiedad natura?” (Sócrates, en: Crátilo o del Lenguaje, Diálogos..., p. 364).*

RESUMEN: En la presente contribución, se realiza el breve estudio del criterio jurisprudencial, que determina la no relevancia en la pureza de la droga, como factor determinante de la configuración del delito de contra la salud, en la modalidad de posesión de cocaína, estructurando los principales argumentos del criterio oficial, en reducción al absurdo, teleológico, analógico y literal; recurriendo en su análisis a los principios constitucionales que rigen la materia penal, como exacta aplicación de la ley y pro persona. Sin dejar de mencionar, hoy día su necesaria relación con los factores que hoy constituyen temas relevantes no considerados por la resolución abordada, entre los que

---

\* Defensor Público Federal

destacan por la entrada en vigor del sistema penal acusatorio y adversarial, los principios de valoración libre y lógica de la prueba (sana crítica, reglas de la lógica, conocimientos científicos y máximas de la experiencia).

SUMARIO: I. Introducción. II. Identificación y delimitación de análisis. III. Criterios de la contradicción de tesis. IV. Novedad del tema materia de análisis. V. Argumentos sustanciales de la tesis de jurisprudencia 1ª./J.9/95. VI. La relevancia de la valoración libre y lógica de la prueba en el delito de posesión de cocaína. VII. Perspectiva autoral. VIII. Conclusiones. IX. Fuentes de consulta.

## I. Introducción

Con la presente elaboración, se pretende incursionar en el estudio del criterio jurisdiccional que aborda el tratamiento de la pureza de la droga, como factor no determinante de la configuración del delito de contra la salud, en la modalidad de posesión simple de cocaína, en el cual, se observa estimar como parte no integrante de aquella configuración típica, la sustancia, que no constituyendo científicamente narcótico, se le considera como tal, cuando se encuentra mezclada con la sustancia elemental cuya posesión resulta punible.

Ante tal postura, se aborda el estudio de los principales elementos argumentativos sostenidos por la tesis jurisprudencial de mérito, con el fin de determinar aspectos no incluidos en la resolución mencionada y que son de necesaria mención, donde cobran relevancia los

principios de *exacta aplicación de la ley en materia penal y pro persona*.

Otro aspecto no incluido por la tesis precitada, deriva de la hipótesis legal prevista en los numerales 477, 478 y 479 de la Ley General de Salud según las reformas en materia de narcomenudeo, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 20 de agosto del 2009, donde se relaciona estrechamente cuando concurre un evento de tal naturaleza en la operación del nuevo sistema penal acusatorio y adversarial.

El punto neurálgico, es determinar si a la luz de los principios que rigen en materia penal, señalados en el párrafo anterior y frente a los argumentos planteados por el criterio oficial dominante, es válido desde un punto de vista académico, equiparar como narcótico –para efectos penales- a una sustancia que científicamente no lo es; y, en consecuencia, como aspecto accesorio y no menos importante, si la valoración libre y lógica de la prueba en materia de narcóticos debe considerarse, en cantidad, atendiendo únicamente a la sustancia elemental o mezclada con otras que científicamente no corresponden a un narcótico regulado penalmente; lo anterior, ponderando que actualmente tiene plena operatividad el sistema penal acusatorio y adversarial.

## II. Identificación y delimitación de análisis

Este trabajo se acota en la tesis de jurisprudencia 1ª./J.9/95, que acogió como criterio, para que surja el ilícito de contra la salud en la modalidad de posesión de cocaína, el resultar irrelevante la pureza del alcaloide. El rubro de la tesis precitada es: *SALUD. DELITO CONTRA LA, EN SU MODALIDAD DE POSESIÓN DE COCAÍNA, CONFIGURACIÓN CON INTRASCENDENCIA DE LA*

**PUREZA DE LA DROGA.** La tesis de jurisprudencia en comento, fue aprobada por la Primera Sala del Máximo Tribunal del país, el treinta de junio del mil novecientos noventa y cinco, por cuatro votos de los señores Ministros, Presidente Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, José de Jesús Gudiño Pelayo y Juan N. Silva Meza, con la ausencia de la Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas.

La resolución anterior, se formó por la contradicción de tesis 16/93, sostenida entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Segundo del Décimo Segundo Circuito.<sup>2</sup>

### III. Criterios de la contradicción de tesis

<sup>2</sup> Época: Novena Época. Registro: 200469. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo II, Julio de 1995. Materia(s): Penal. Tesis: 1a./J. 9/95. Página: 39. *SALUD. DELITO CONTRA LA, EN SU MODALIDAD DE POSESION DE COCAINA, CONFIGURACION CON INTRASCENDENCIA DE LA PUREZA DE LA DROGA. Para que surja el ilícito contra la salud en su modalidad de posesión de cocaína resulta irrelevante la pureza del alcaloide pues al tratarse de un ilícito de peligro, es ajena la causación directa efectiva de un daño sobre la salud, y sólo debe atenderse a la puesta en peligro de ese bien jurídicamente tutelado por la norma y por ende es de tomarse en cuenta la droga en su integridad es decir, tanto en sus necesarios componentes como en aquéllos adicionales que incrementen su cantidad y que como consecuencia lógica también aumenten el peligro en el consumo de quien la posee y de la colectividad. Contradicción de tesis 16/93. Suscitada entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Segundo del Décimo Segundo Circuito. 30 de junio de 1995. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Sergio E. Alvarado Puente. Tesis de Jurisprudencia 9/95. Aprobada por la Primera Sala de este alto Tribunal, en sesión de treinta de junio de mil novecientos noventa y cinco, por cuatro votos de los señores Ministros: Presidente Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, José de Jesús Gudiño Pelayo y Juan N. Silva Meza. Ausente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. (Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación, jurisprudencia 1a./J.9/95, www.scjn.gob.mx, consulta en línea: 23/02/2019).*

El primer criterio, sostenido por el Primer Tribunal Colegiado del Décimo Segundo Circuito, con residencia en la ciudad y puerto de Mazatlán, Sinaloa, al resolver el amparo directo penal número 257/90, resolvió que la ley no hace distinciones sobre lo que debe utilizarse o no de la droga, sino que sanciona cualquier posesión ilícita del estupefaciente en cualquiera de sus formas, semilla, planta, hoja, en bruto o purificada, siendo irrelevante que al separarse la parte inútil de ese alcaloide se reduzca el peso a los límites de lo necesario para su consumo, pues debe tomarse el peso total de la misma, ya que para que se configure el tipo incriminado de posesión de enervantes no es determinante la pureza de la droga.<sup>3</sup>

La resolución opuesta, sostenida por el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Segundo Circuito, al resolver el amparo directo penal número 470/91, determinó que debe quedar previamente establecido que la ley penal requiere, para que se configure la

<sup>3</sup> Época: Octava Época. Registro: 223290. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo VII, abril de 1991. Materia(s): Penal. Tesis: Página: 243. *SALUD, DELITO CONTRA LA, EN SU MODALIDAD DE POSESION. PARA QUE SE CONFIGURE NO ES DETERMINANTE LA PUREZA DE LA DROGA. Aun cuando el perito químico concluya que la cocaína presentó adulteración con clorhidrato de lidocaína (xilocaína) y talco, advirtiendo concentración sólo de veinticinco por ciento de pureza de dicho alcaloide, no se actualiza la excusa absolutoria legal correspondiente; habida cuenta que para los efectos del delito que aquí se analiza no hace distinciones sobre lo que debe utilizarse o no de la droga, sino que sanciona cualquier posesión ilícita del estupefaciente en cualquiera de sus formas, semilla, planta, hoja, en bruto o purificada, siendo irrelevante que al separarse la parte inútil de ese alcaloide se reduzca el peso de los límites del necesario para su consumo, pues debe tomarse en cuenta el peso total de la misma, ya que para que se configure el tipo incriminado de posesión de enervantes no es determinante la pureza de la droga. PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO SEGUNDO CIRCUITO. Amparo directo 257/90. José Rodolfo Hernández Llanes. 31 de octubre de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Nila Andrade. Secretario: Enrique Luis Barraza Uribe. Ibidem.*

modalidad de la posesión, tratándose de delitos contra la salud, que el agente del delito por cualquier causa, tenga sustancia calificada como estupefaciente dentro de su radio de acción personal, que, independientemente de que el dictamen médico hable o no de cocaína pura, lo cierto es que en él se determinó que en base a las lesiones presentadas por el quejoso, éste requería, en el caso concreto, de dos gramos de cocaína para su consumo inmediato, en un lapso de veinticuatro horas aproximadamente, por lo que, la cantidad de estupefaciente que aquél poseía y le fue asegurada, no excede de la que racionalmente utiliza para su adicción en un término de tres días, sin que importe que el polvo blanco asegurado haya excedido de los doce gramos al quedar demostrado que sólo eran cuatro gramos, cuatrocientos miligramos de cocaína y el resto era lactosa o corte.

#### IV. Novedad del tema materia de análisis

El tema que nos ocupa es novedoso, ya que si bien el criterio jurisprudencial analizado es obligatorio, con la entrada en vigor del sistema penal acusatorio y adversarial que detonó en su causa la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, se justifica retomar su contenido, para analizar en un ejercicio intelectual meramente académico, las implicaciones de las novedades que trae aparejados los principios aplicables en los lineamientos relativos a la valoración de las pruebas, dando notoriedad de esa circunstancia la sana crítica, reglas de la lógica, conocimientos científicos y máximas de la experiencia, parámetros que hacen una diferencia en la perspectiva del juzgador al enfocarse en el tema de la pureza de la droga. Ello,

dado que el criterio judicial por analizarse,<sup>4</sup> fue emitido bajo el sistema de justicia penal tradicional.

#### V. Argumentos sustanciales de la tesis de jurisprudencia 1a./J.9/95

En lo subsecuente, para la mejor organización de este artículo, clasificaré los argumentos contenidos en el criterio de mérito en dos apartados principales y cuatro secundarios, identificando en cada párrafo, el tipo de argumento empleado, lo cual facilitará el estudio del contenido en las posturas argumentativas que apoyan la jurisprudencia analizada.

La resolución de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se integra por los siguientes argumentos:

##### A. En el texto principal.

##### a. Reducción al absurdo.

Se observa el argumento de reducción al absurdo cuando en la resolución analizada se precisa que: *Para que surja el ilícito contra la salud en su modalidad de posesión de cocaína resulta irrelevante la pureza del alcaloide pues al tratarse de un ilícito de peligro, es ajena la causación directa efectiva de un daño sobre la salud, y sólo debe atenderse a la puesta en peligro de ese bien jurídicamente tutelado por la norma...*<sup>5</sup>

<sup>4</sup> Vigente, según lo precisa el artículo 217 de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: *La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en pleno o en salas, es obligatoria para éstas tratándose de la que decreta el pleno, y además para los Plenos de Circuito, los tribunales colegiados y unitarios de circuito, los juzgados de distrito, tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales.*

<sup>5</sup> *Ibidem.*



La reducción al absurdo se ha identificado como: ... *Aquel argumento que permite rechazar una interpretación de un documento normativo de entre las teóricamente posibles por las consecuencias absurdas a las que conduce...*<sup>6</sup> también, se ha indicado que:

*Este argumento, en definitiva, parte de la existencia de una o varias tesis cuya verdad todavía no se excluye, frente a la que o a las que se sitúa otra tesis cuya falsedad se pretende afirmar. Resultando así, que las consecuencias de esta segunda tesis se revelan contrarias a una tercera ya demostrada o tomada por verdadera, debe o concluirse que la primera o las primeras tesis y han de reputarse verdaderas y la segunda ha de ser rechazada.*<sup>7</sup>

En el presente caso, se reduce al absurdo por irrelevante, la pureza del alcaloide, para la actualización del delito de posesión de cocaína, ponderándose la puesta en peligro del bien jurídico tutelado.

### **b. Analogía y mayoría de razón**

Se emplea tal argumento, al precisarse en el criterio analizado, que: ...*y por ende es de tomarse en cuenta la droga en su integridad es decir, tanto en sus necesarios componentes como en aquellos adicionales que incrementen su cantidad...*<sup>8</sup>

Del argumento analógico, se afirma:

*Es la técnica y procedimiento de autointegración de normas jurídicas, que descansa en el entramado lógico de un ordenamiento, con el cual el principio o*

<sup>6</sup> Dehesa Dávila, G.: *Introducción a la retórica...*, cit., p. 570.

<sup>7</sup> Calvo García, M.: *Metodología Jurídica...*, p. 101 y ss. en: Dehesa Dávila G.: *Op. cit.*, *ibidem*, p. 571.

<sup>8</sup> *Ibidem*.

*la regla previstos para un caso o situación concreta puede extenderse a otro, que guarda con el primero una gran semejanza (semejanza esencial).*

*El punto esencial de la analogía radica en la semejanza de una cosa con la otra, en la similitud de unos caracteres o funciones con otros; en este caso la analogía consiste en una atribución de los mismos predicados a diversos objetos.*<sup>9</sup>

*Por lo que ve a la mayoría de razón: Se dice que un razonamiento es a fortiori cuando contienen ciertos enunciados que se supone refuerzan la verdad de la proposición que se intenta demostrar, de tal modo que se dice que esta proposición es a fortiori verdadera... Con la frecuencia se usa este tipo de razonamiento cuando se quiere anular toda objeción posible (y considerada verosímil) contra la enunciada.*

*Parte de la problemática que reviste el argumento a Fortiori estriba en que se presenta en dos formas distintas como a maiori ad minus, (de mayor a menor) y viceversa, a minori (de menor a mayor)*

*Respecto al uso del argumento a fortiori en el campo del derecho, se ha dicho que este se entiende que la solución prevista para un determinado caso debe extenderse con mayor razón a otro caso que, en principio, no ha sido previsto.*<sup>10</sup>

### **c. Teleológico**

Dicho elemento argumentativo, se aprecia de la resolución judicial indicada de la siguiente forma: ...*para que surja*

<sup>9</sup> Dehesa Dávila, G.: *op. cit.*, nota 5, p.p. 572, 573.

<sup>10</sup> Dehesa Dávila, G.: *ibidem*, p.p. 533, 534.

*el ilícito contra la salud en su modalidad de posesión de cocaína... sólo debe atenderse a la puesta en peligro de ese bien jurídicamente tutelado por la norma... es de tomarse en cuenta la droga en su integridad... y que como consecuencia lógica también aumenten el peligro en el consumo de quien la posee y de la colectividad.*<sup>11</sup>

El uso del argumento teleológico:

...se identifica, o se trata de identificar, con el *telos*... como el fin concreto del precepto. El legislador, al momento de crear la norma lo hace para conseguir un objetivo determinado, lo que conduciría a la concepción de la ley como un medio para alcanzar un fin determinado. También se hace referencia al término finalidad cuando se asocia a un fin general de la materia o de una situación regulada. En esta situación el sentido de la norma o de la ley no estaría encerrada en sí misma, sino en relación con el *objetivo* más general que se persigue en la regulación de una determinada materia o institución jurídica.<sup>12</sup>

El argumento teleológico se emplea también para acotar el alcance de los principios, que... tienen un amplio espectro de aplicación...<sup>13</sup>

## **B. En la ejecutoria vinculada**

### **a. De literalidad**

Por su parte, la ejecutoria que apoya la resolución abordada, sobre este argumento de literalidad, en su parte relativa, textualmente indica: *...la ley no hace distinguos*

<sup>11</sup> Ídem.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 486.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 502.

*sobre la concentración de la droga, sino que sanciona su posesión en cualquiera de sus presentaciones, ya sea en bruto o purificada...*<sup>14</sup>

## **VI. Análisis**

### **A. Al argumento de reducción al absurdo**

Para el análisis de este argumento, nos remitimos al diverso en que se fundamenta, el teleológico; de tal forma, si éste se sostiene, también lo hará así el de reducción al absurdo.

### **B. Al argumento de analogía y mayoría de razón**

En cuanto a las líneas de analogía y mayoría de razón empleados por el argumento que sostiene la tesis analizada, en su parte relativa, cuando se afirma que *es de tomarse en cuenta la droga en su integridad, es decir, tanto en sus necesarios componentes como en aquellos adicionales que incrementen su cantidad*, se parte de un error, o bien, de una falacia en la afirmación extensiva del objeto central de análisis.

En un comienzo, la palabra droga, en su sentido común se comprende como: *...1. f. Sustancia mineral, vegetal o animal, que se emplea en la medicina, en la industria o en las bellas artes. 2. f. Sustancia o preparado medicamentoso de efecto estimulante, deprimente, narcótico o alucinógeno*<sup>15</sup>; mientras el término integridad tienen la acepción de: *...1. f. Cualidad de íntegro*<sup>16</sup>, a su vez ésta expresión significa: *...1. adj. Que no carece de*

<sup>14</sup> *Ibidem*, nota 1.

<sup>15</sup> Diccionario de la Lengua..., cit., t. I, p. 853.

<sup>16</sup> *Ibidem*, t. II, 1288.

*ninguna de sus partes*,<sup>17</sup> de lo que se advierte que la droga es una sustancia determinada, integrada por cualidades químicas o bioquímicas, que le dan las características de su clasificación en una rama específica del conocimiento.

Para efectos jurídicos, en materia penal federal, en esencia, no varía la anterior acepción para determinar los narcóticos cuya posesión resulta penalmente punible, pues la ley taxativamente señala los narcóticos cuya posesión son penalmente restringidos sin una autorización expedida por la autoridad sanitaria; así, el artículo 193 del Código Penal Federal, señala que:

*Se consideran narcóticos a los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias o vegetales que determinen la Ley General de Salud, los convenios y tratados internacionales de observancia obligatoria en México y los que señalen las demás disposiciones legales aplicables de la materia.*

*Para los efectos de este capítulo, son punibles las conductas que se relacionan con los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias previstos en los artículos 237, 245 fracciones I, II y III, 248 de la Ley General de Salud, que constituyen un problema grave para la salud pública.*

Mientras, en materia de narcomenudeo, la Ley General de Salud, prevé como delito, el de posesión de cocaína en el numeral 477 de la Ley General de Salud, de la siguiente forma:

*Se aplicará pena de diez meses a tres años de prisión y hasta ochenta días multa al que posea alguno de*

<sup>17</sup> *Ibidem*, t. II, p. 1288.

*los narcóticos señalados en la tabla en cantidad inferior a la que resulte de multiplicar por mil las previstas en dicha tabla, sin la autorización a que se refiere esta Ley, cuando por las circunstancias del hecho tal posesión no pueda considerarse destinada a comercializarlos o suministrarlos, aun gratuitamente.*

De tal forma, primariamente lo sancionado por la ley como ilícito penal no es la posesión de cualquier tipo de sustancia, sino especialmente la sustancia identificada químicamente como cocaína. En el diccionario, se lee, en el término cocaína: ...1. *f. Alcaloide de la planta de la coca que se usa mucho en medicina como anestésico de las membranas mucosas, y en inyección hipodérmica como anestésico local de la región en que se inyecte.* 2. *f. Droga adictiva que se obtiene de las hojas de la coca.*<sup>18</sup>

*Doctrinalmente, la cocaína es un alcaloide derivado de la hoja de coca. Este fármaco se utiliza generalmente inhalado, pero también suele administrarse aplicado a las mucosas. Ocasionalmente se introduce al organismo mediante inyección intravenosa, intramuscular o subcutánea.*

*Sus principales efectos se manifiestan en sensaciones de euforia, vigor, lucidez e hiperactividad, entre otros.*

*Otros productos derivados del arbusto de la coca, concretamente de las hojas de éste, son la pasta de coca, (bazuco, sosuco o pasta); la cocaína base o libre (baserola) y el crack.*<sup>19</sup>

En esa tesitura, existe un criterio judicial, que al referirse a la sustancia antes aludida, expone:

<sup>18</sup> *Ibidem*, t. I, p. 574.

<sup>19</sup> Osorio y Nieto, C.A.: *Delitos...*, cit., p. 34.

*Considerada la cocaína como un producto derivado de la coca, queda catalogada dentro de los estupefacientes a que se refiere la fracción I del artículo 193 del Código Penal Federal...*<sup>20</sup>

Por su parte, el criterio objeto de análisis, asume como droga (cocaína) en su integridad, tanto a sus necesarios componentes, como aquellos adicionales – que no compartiendo la misma naturaleza bioquímica-incrementen (sin conceder) su cantidad; cuando, objetivamente la integridad de una sustancia elemental es incompatible con otra de diversa naturaleza que incremente su cantidad, si se pretende considerárseles a ambas sustancias dentro de la misma categoría punible (cocaína).

Lo anterior, indica que para conocer la naturaleza de una sustancia identificada como cocaína, es necesario realizar un estudio científico, mediante el uso de la prueba pericial en materia química (de cuya ciencia, se afirma: “...es una ciencia exacta...”<sup>21</sup>), para determinar las características que revelan como tal a la sustancia precitada, de tal forma que si al analizar una sustancia muestra, resultare que ésta contiene los elementos químicos para considerársele como cocaína, debe determinársele como tal, precisamente por no carecer de sus elementos.

Sobre tal punto, existe criterio jurisprudencial que expone: *Para tener por cierto que una substancia es*

<sup>20</sup> Séptima Época, Registro: 235345, Instancia: Primera Sala, Tesis Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, 84 Segunda Parte, Materia(s): Penal, Tesis: Página: 63. Genealogía: Informe 1975, Segunda Parte. Primera Sala, página 35. Rubro: SALUD. DELITO CONTRA LA. COCAÍNA. ADQUISICIÓN, POSESIÓN Y SUMINISTRO. PRECEPTO APLICABLE. *Ibidem*.

<sup>21</sup> Medina Alegria, S.M.: “Examen Toxicológico...”, en Moreno González, R., Coord., *Antología de la Investigación...* cit., p. 189.

*droga enervante para los efectos del Capítulo I, Título 7o., del Libro Segundo del Código Penal Federal, basta el dictamen no desvirtuado de peritos médicos oficiales.*<sup>22</sup>

En este sentido, los componentes, partiendo de su singular, básicamente consisten en: ...1. *adj. Que compone o entra en composición de un todo. U. t. c. s.*<sup>23</sup>, distinguiéndose los componentes necesarios y los adicionales; por los primeros, se lee: ...1. *adj. Que forzosa o inevitablemente ha de ser o suceder.* 2. *adj. Que se hace y ejecuta obligado por otra cosa, como opuesto a voluntario y espontáneo.* 3. *adj. Se dice de las causas que obran sin libertad y por determinación de su naturaleza.* 4. *adj. Que es menester indispensablemente, o hace falta para un fin*,<sup>24</sup> por los segundos se indica: 1. *adj. Que se suma o añade a algo...*<sup>25</sup>

De lo anterior, se puede determinar lógicamente, que un componente adicional no punible (en una función de añadidura) en ningún caso es viable para formar parte en cualidad de un componente necesario (cocaína); de tal forma, si dentro de una misma masa se incorporan tanto el componente necesario (cocaína), como el componente adicional no punible, se observará que a mayor cantidad del componente adicional le resultará menor cantidad del necesario (cocaína) y viceversa.

La droga cocaína, en la comprensión planteada por la jurisprudencia materia de análisis, desde el punto

<sup>22</sup> Sexta Época, Registro: 390201, Instancia: Primera Sala, Jurisprudencia, Fuente: Apéndice de 1995, Tomo II, Parte SCJN, Materia(s): Penal, Tesis: 332, Página: 183. Rubro: SALUD, DELITO CONTRA LA. PRUEBA DE LA NATURALEZA DE LAS SUSTANCIAS. *Ibidem*.

<sup>23</sup> Diccionario... op. cit., nota 14, tomo I, p. 606.

<sup>24</sup> Diccionario de la Lengua Española, voz: componente, *www.rae.com*. (citado, 23.02.2019).

<sup>25</sup> *Ibidem*.

de vista de su composición (incorrectamente entendida como integridad), no satisface los principios imperantes en materia de la definición lógica,<sup>26</sup> pues partiendo de los elementos básicos que integran su análisis de género y diferencia específica, se actualiza negativamente el principio de contradicción entre dos de sus elementos configurantes, específicamente entre los atributos –normativos– esenciales de las sustancias que abarca (droga y no droga, o bien, narcótico y no narcótico; narcótico punible y narcótico penalmente no punible).

Así, estableciendo el género y diferencia específica, podemos indicar, respecto a la sustancia identificada como cocaína: En inicio es una sustancia, lo es material, es una droga, alcaloide, clasificada como cocaína, legalmente prohibida y por tanto punible.

Determinándose que, desde la perspectiva de la resolución tamizada, no es lo correcto referirse a la pureza de la droga, aludiendo a su integridad, puesto que una droga determinada como sustancia elemental (cocaína), será pura en todos los casos que exista en cualquier cantidad, independientemente de la posibilidad de encontrarse adulterada con diversa(s) sustancia(s), como sucede con la(s) adicional(es) no punible(s).

Se desprende –desde un punto de vista lógico– que la droga (cocaína) en su integridad no deba comprender, tanto a los componentes necesarios como a los adicionales, en razón de que éstos últimos –por su naturaleza– nunca gozan del atributo de cualidad que identifica la cocaína.

La anterior, es la primera de las inconsistencias de fondo, observada en la tesis estudiada, como error de juicio lógico manifestado sobre el *objeto* (cocaína), en su

<sup>26</sup> Ver: Gutiérrez Saenz, R.: *Introducción a la lógica*, cit., 124 a 126.

acepción común y jurídica penal, ya que, si lo que se sanciona es la tenencia híbrida de un compuesto, que contiene en parte un narcótico punible (cocaína) y en la otra, diversa o diversas sustancias no punibles (para efectos penales), es evidente que aquella masa híbrida no constituye solamente narcótico penalmente sancionable, por observársele otras sustancias que no comparten la naturaleza del compuesto principal establecido en la ley para su sanción penal.

Ahora, si lo proyectado por el argumento analizado, altera en principio la clasificación natural, o bien científica, de las sustancias, para establecer una ficción legal que suponga una sustancia penalmente prohibida, cuando en realidad no es así, hablaríamos no solamente lo gramatical y lógico de la cuestión, sino de una interpretación analógica y por mayoría de razón de la ley penal<sup>27</sup>, como lineamientos constitucionales a observar por las autoridades legislativas y especialmente jurisdiccionales, donde, -como en el presente caso– se concede a una sustancia (adicional) la cualidad de sustancia (necesaria), penalizando indebidamente, la correlativa proporción de la sustancia adicional (no punible), punto que no resulta especialmente irrelevante, puesto que: *...el problema fundamental del argumento analógico es la apreciación de semejanza o de la identidad de razón, o para ser más exactos, la apreciación de la relevancia de la semejanza.*<sup>28</sup>

En la doctrina, con relación a tan trascendente punto, se opina:

<sup>27</sup> Dado que las leyes penales: *Deben aplicarse exactamente y no por simple analogía ni por mayoría de razón.* (Quinta Época, Registro: 288559. Instancia: Pleno, Tesis Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, VII, Materia(s): Penal, Tesis: Página: 1426. Rubro: LEYES PENALES).

<sup>28</sup> Esquiaga Ganuzas, J.: *La argumentación...*, p. 49, en: Dehesa Dávila, G.: *op. cit.*, nota 5, p. 571.



*La reserva de ley no solamente proscribire qué normas sin formal rango legal se constituyen en fuentes de los delitos y de las penas, sino que éstas sean introducidas por vía de la interpretación por el Poder Judicial. Esta proscripción no representa mayor problema en el caso de la jurisdicción ordinaria, la que estaría impedida por el mandato de taxatividad de ensanchar el ámbito de lo prohibido a través de la interpretación analógica.*

*La cuestión se presenta cuando las cortes y tribunales constitucionales, al ejercer el control sobre las leyes penales indirectamente, modifican el ámbito de lo punible previsto por una norma.<sup>29</sup>*

*Cuando se habla de la prohibición de la analogía debe tenerse en cuenta que la analogía forma parte del proceso natural del pensamiento humano y que resulta instrumento necesario de interpretación... cuando en derecho penal se excluye el recurso a la analogía, debe reflexionarse sobre sus implicancias garantísticas y no sobre su significación lógica y argumentativa...<sup>30</sup>*

Con relación a tal punto, en los criterios jurisdiccionales sobre analogía y mayoría de razón, se ha expuesto que:

*A la luz de los principios de exacta aplicación y reserva de ley en materia penal contenidos, respectivamente, en los artículos 14, tercer párrafo, y 73, fracción XXI, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se requiere que las leyes penales provengan del órgano legislativo y describan con claridad y precisión la conducta delictiva y las*

*sanciones correspondientes, incluyendo todos sus elementos características, condiciones, términos y plazos, por lo que es indispensable que tanto los delitos como las sanciones estén previstos en una ley en sentido formal y material,...<sup>31</sup>*

*El significado y alcance de dicha garantía constitucional no se limita a constreñir a la autoridad jurisdiccional a que se abstengan de imponer por simple analogía o por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al hecho delictivo de que se trata, sino que también obliga a la autoridad legislativa a emitir normas claras en las que se precise la conducta reprochable y la consecuencia jurídica por la comisión de un ilícito,...<sup>32</sup>*

*El artículo 14 de la Constitución Federal consagra el conocido apotegma nullum crimen sine poena, nullum poena sine lege certa, traducible como el que no puede haber delito sin pena ni pena sin ley específica y concreta para el hecho de que se trate; de ello deriva la importancia que la dogmática jurídico-penal asigna al elemento del delito llamado tipicidad, entendido como la constatación plena del encuadramiento exacto entre*

<sup>31</sup> Novena Época, Registro: 170393, Instancia: Primera Sala, Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVII, febrero de 2008, Materia(s): Constitucional, Penal, Tesis: 1a./J5/2008, Página: 129. Rubro: ATAQUES A LAS VÍAS DE COMUNICACIÓN. LA FRACCIÓN II DEL ARTÍCULO 171 DEL CÓDIGO PENAL QUE PREVE ESE DELITO, VIOLA LOS PRINCIPIOS DE EXACTA APLICACIÓN Y RESERVA DE LEY EN MATERIA PENAL. Ibidem.

<sup>32</sup> Novena Época, Registro: 175595, Instancia: Primera Sala, Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXIII, marzo de 2006, Materias(s): Constitucional, Penal, Tesis: 1a./J.10/2006, Página: 84. Rubro: EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL. LA GARANTÍA, CONTENIDA EN EL TERCER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 14 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, TAMBIÉN OBLIGA AL LEGISLADOR. Ibidem.

<sup>29</sup> Inzunza Cázares, E.: *La exacta aplicación de la ley...*, cit., p. 76.

<sup>30</sup> Yacobucci, G. J.: *El sentido de los principios...*, cit., p. 278.

*los componentes de una hipótesis delictiva descrito en la ley y un hecho concreto acontecido y probado en el mundo de lo fáctico...*<sup>33</sup>

*Si bien es cierto que al realizar el análisis de constitucionalidad de disposiciones generales es factible que la Suprema Corte de Justicia de la Nación acuda a la interpretación conforme, e incluso emita resoluciones integradoras a efecto de corregir las omisiones que generan la inconstitucionalidad, también lo es que el empleo de dichas prácticas interpretativas es inadmisibile en materia penal, en atención a las particularidades del principio de legalidad en esta rama jurídica, como son: a) Reserva de ley, por virtud del cual los delitos sólo pueden establecerse en una ley formal y material; b) La prohibición de aplicación retroactiva de la ley en perjuicio de alguna persona (verbigracia, leyes que crean delitos o aumenten penas); y, c) El principio de tipicidad o taxatividad, según el cual las conductas punibles deben estar previstas en ley de forma clara, limitada e inequívoca, sin reenvío a parámetros extralegales, y que implica la imposibilidad de imponer penas por analogía o por mayoría de razón, y la prohibición de tipos penales ambiguos...*<sup>34</sup>

<sup>33</sup> Novena Época. Registro: 175846, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXIII, Febrero del 2006, Materias(s): Penal, Tesis: II.2º. P.187P, Página: 1879. Rubro: PRINCIPIO DE LEGALIDAD. LA TIPICIDAD CONSTITUYE SU BASE FUNDAMENTAL Y RIGE, CON LOS PRINCIPIOS DE TAXATIVIDAD Y DE PLENITUD HERMÉTICA DERIVADOS DE AQUÉL, COMO PILAR DE UN SISTEMA DE DERECHO PENAL EN UN ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO. *Ibidem*.

<sup>34</sup> Novena Época, Registro: 167445, Instancia: Pleno, Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXIX, abril de 2009, Materia(s): Constitucional, Penal, Tesis: P./J.33/2009, Página: 1124. Rubro: NORMAS PENALES, AL ANALIZAR SU CONSTITUCIONALIDAD NO PROCEDE REALIZAR UNA INTERPRETACIÓN CONFORME O INTEGRADORA. *Ibidem*.

Atento lo anterior, es evidente la utilización de la argumentación analógica y por mayoría de razón, para establecer como punible la sustancia que no siéndolo, se encuentra incorporada a otra diversa que sí es penalmente sancionable (cocaína).

Sólo resta avocarse, al argumento teleológico, planteado en la resolución comentada, para concluir el último de los puntos en que se apoya el criterio dominante, en su texto principal.

### **C. Al argumento teleológico.**

Aunado a lo anterior, podría decirse que el argumento oficial teleológico, pretende encontrar cobijo en los fines establecidos por el legislador, mediante la formal instauración del delito de contra la salud, en la consecuente tutela al bien jurídico tutelado: La salud.

En su acepción común, a la salud, se le entiende como: ...1. f. Estado en que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones. 2. f. Condiciones físicas en que se encuentra un organismo en un momento determinado. 3. f. Libertad o bien público o particular de cada uno.<sup>35</sup>

Es la salud, regulada como derecho en el orden jurídico nacional. De forma inicial el arábigo 4º constitucional, se señala así: *Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución;* de tal forma, el legislador federal se encuentra constitucionalmente facultado,

<sup>35</sup> Diccionario... op. cit., nota 14, t. II, p. 2017.

para expedir leyes tendientes a la regulación sanitaria federal, incluyendo la creación de los delitos federales tendientes a su protección, según se desprende del numeral 73 constitucional: *...XVI.- Para dictar leyes sobre nacionalidad, condición jurídica de los extranjeros, ciudadanía, naturalización, colonización, emigración e inmigración y salubridad general de la República... XXI.- Para establecer los delitos y faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse...*

Por su parte, la Ley Sanitaria Federal, regula en el artículo 2º, el derecho a la protección de la salud, teniendo al respecto, las siguientes finalidades: *I.- El bienestar físico y mental del hombre, para contribuir el ejercicio pleno de sus capacidades; artículo 3.- ...XVI.- La prevención y el control de enfermedades no transmisibles y accidentes; ...XXI.- La prevención del consumo de estupefacientes y psicotrópicos y el programa contra la farmacodependencia; ..; numeral el citado, relacionado estrechamente con el diverso ordinal 473 de igual Cuerpo de Leyes, cuando establece: Para los efectos de este capítulo se entenderá por: ...V. Narcóticos: los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias o vegetales que determinen esta Ley, los convenios y tratados internacionales de observancia obligatoria en México y los que señalen las demás disposiciones legales aplicables de la materia; ...*

Doctrinalmente, a la salud como bien jurídico, se le ha conceptuado así: *...La salud pública ha de ser entendida... como un bien jurídico que se levanta sobre la suma de la salud de cada uno de los individuos, pero que cobra independencia de la misma, hasta el punto de que para entender afectado el bien jurídico salud pública, no es preciso constatar siquiera la afección negativa a la salud individual...*<sup>36</sup>

<sup>36</sup> Acale Sánchez, M.: *Salud pública...*, cit., p. 20.

El motivo para considerar afectado el bien jurídico mencionado, se ha plantado el punto siguiente: *La constatación de la nocividad que el consumo de tales sustancias provoca en la salud de las personas, determina que el legislador, para lograr un más eficaz protección de dicho bien jurídico, recurra a la técnica de los llamados delitos de peligro abstracto...*<sup>37</sup>

Sobre igual tópico, para Efraín García Ramírez:

*...en el delito contra la salud, es precisamente la salud de la colectividad, es decir, no la salud de una persona en particular, sino la protección de la salud de la ciudadanía en general... El Bien Jurídico Tutelado es la salud pública, ya que cuando existen situaciones en común que se dan en una multitud de hombres congregados en una sociedad estable, un derecho individual viene a convertirse en un derecho social, común a todos ellos, porque efectivamente, todos las necesitan y las aprovechan, o porque un determinado número de ellos puede necesitarlas o aprovecharlas.*<sup>38</sup>

Un razonamiento lógico jurídico, plasmado en criterio jurisdiccional, expone del punto abordado que: *...el derecho a la salud se traduzca en la obtención de un determinado bienestar general integrado por el estado físico, mental emocional y social de la persona, del que deriva un derecho fundamental más, consistente en el derecho a la integridad físico-psicológica...*<sup>39</sup>

<sup>37</sup> Muñoz Sánchez, J.: *Las drogas...*, cit., p. 52.

<sup>38</sup> García Ramírez, E.: *Drogas Análisis...*, cit., p. 278.

<sup>39</sup> Novena Época, Registro: 165826, Instancia: Pleno, Tesis Aislada, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXX, diciembre de 2009, Materias(s): Constitucional, Tesis: P.LXVIII/2009, Página: 6. Rubro: DERECHO A LA SALUD. NO SE LIMITA AL ASPECTO FÍSICO, SINO QUE SE TRADUCE EN LA OBTENCIÓN DE UN DETERMINADO BIENESTAR GENERAL. *Ibidem*.

De tal forma, el mencionado argumento teleológico, planteado en la resolución de mérito, fundamentalmente se apoya en el deber de atenderse sólo a la puesta en peligro de ese bien jurídicamente tutelado por la norma, tomándose en cuenta la droga en su integridad por aumentar el peligro en el consumo de quien la posee y de la colectividad; pero, en el supuesto manejado, hoy día resulta insuficiente tal razonamiento oficialmente jurisprudencial, para justificar su premisa principal, porque el enunciado utilizado excede en una de sus partes esenciales, al ámbito de su alcance normativo.

Efectivamente, el delito de contra la salud es considerado como de peligro, lo cual significa que no hay un daño directo, pero sí se pone en peligro el bien jurídico, como lo precisa Efraín García Ramírez.<sup>40</sup>

María Acale Sánchez, parte de un concepto normativo de peligro:

*...entendido como la probabilidad de producción de un mal, habrá que afirmar que la diferencia entre los delitos de peligro abstracto y de peligro concreto no está en el propio concepto de peligro sino en la técnica de formulación del tipo: se estará ante un delito de peligro concreto cuando sea el propio bien jurídico tutelado al que se ponga en situación de proximidad a la lesión. Por el contrario, en los delitos de peligro abstracto, lo que cambia es el referente ya que no es el bien jurídico en sí mismo considerado sino su propia seguridad.*<sup>41</sup>

Los criterios de nuestros tribunales federales, explican, sobre la naturaleza del peligro al bien jurídico

<sup>40</sup> García Ramírez, E.: *Op. cit.*, nota 37, p. 281.

<sup>41</sup> Acale Sánchez, M.: *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, p. 199, en: Acale Sánchez, M.: *op. cit.*, nota 35, p. 27.

tutelado: *Como el delito contra la salud es de los llamados de peligro y no de resultado, sus consecuencias materiales y las finalidades ulteriores del agente son independientes a su configuración típica.*<sup>42</sup> También, se distingue la lesión concreta y la puesta en peligro al interés protegido por el Derecho:

*...es bien sabido que el contenido del injusto típico está constituido por la lesión concreta que se produce al interés protegido por el Derecho o por el hecho de poner en peligro al mismo, tratándose de lo que el Derecho material designa como peligro abstracto, pues en ilícitos de la categoría del inculpativo, la simple posesión agota el tipo delictivo, sin que sea necesaria la lesión concreta del bien jurídico que protege.*<sup>43</sup>

Se afirmó que el enunciado expuesto por la Primera Sala en la tesis jurisprudencial de marras, excede en una parte esencial, el ámbito de su alcance normativo, en razón a que, el apoyo central, consistente en el aumento del peligro en el consumo (de cocaína) de quien la posee y de la colectividad, para justificar su postura, interpreta el peligro abstracto, en éste último supuesto, fuera del caso concreto fijado por el propio legislador, pues el delito de posesión simple de cocaína se refiere sólo a una afectación sólo estricta (individualizada) de la salud pública, sin posibilidad remota de daño a la colectividad, con independencia del sujeto poseedor.

<sup>42</sup> Sexta Época, Registro: 904331, Instancia: Primera Sala, Jurisprudencia, Fuente: Apéndice 2000, Tomo II, Penal, Jurisprudencia SCJN, Materia(s): Penal, Tesis: 350, Página: 256, Rubro: SALUD, DELITO CONTRA LA, POSESIÓN. NATURALEZA DEL DELITO. *Ibidem*.

<sup>43</sup> Quinta Época, Registro: 295320, Instancia: Primera Sala, Tesis Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, CXXII, Materia(s): Penal, Tesis: Página: 104, Rubro: DROGAS ENERVANTES. *Ibidem*.



En efecto, el legislador regula los delitos estimados contra la salud, estableciendo correlativamente las descripciones típicas y las penas que les son aplicables, atendiendo, desde luego, a la ponderación del grado de afectación al bien jurídico tutelado en cada caso, que en la actual materia de narcomenudeo, para nuestro interés y a manera ilustrativa citamos las siguientes: Posesión de narcótico(s) con fines de comercio o suministro, aún gratuito, sancionado con una pena de tres a seis años de prisión y de ochenta a trescientos días multa (artículo 476 de la Ley General de Salud); posesión simple de narcótico(s), con una pena de diez meses a tres años de prisión y hasta ochenta días multa (artículo 477 de la Ley Sanitaria Federal).

De las anteriores previsiones típicas, tenemos en ambas, al bien jurídico tutelado, la salud; que la ley castiga con mayor severidad la posesión de narcóticos con fines de comercio o suministro que la simple posesión, lo cual se debe sin duda, a la posibilidad de que la droga llegue a un tercero, con la seguida afectación (amplia) a la salud pública; empero, en un aislado delito de posesión simple de cocaína, como en nuestro punto de estudio, no se debe afirmar un peligro en el consumo (de cocaína) para la colectividad, fuera del simple poseedor de la sustancia ilegal, porque ello implicaría trasladar injustificadamente –si se observa imposibilidad remota de daño a la colectividad– el grado de peligro abstracto correspondiente al delito contra la salud en una modalidad de fines de comercio o suministro, al correspondiente del antisocial de posesión simple de cocaína.

Por ello, ahora se sostiene, que si bien se encuentra reconocido el peligro abstracto en los delitos de contra la salud, no lo es en igual medida para la variedad de modalidades legislativamente previstas, dando

cuenta de esta postura el mismo contenido, alcance y penas correlativas para cada uno de los tipos penales; pues, para la posesión simple de cocaína se actualiza un peligro abstracto estricto, porque si bien se afecta a la colectividad, ésta se encuentra representada en todos los casos por el poseedor, mientras en la posesión finalista ulterior agravada, se actualiza un peligro abstracto amplio, por afectarse en general a la sociedad, sin individualización concreta del sujeto social representativo, mediando una previsión típica penal que regula una posesión de narcótico, pero con una finalidad ulterior de comercio o suministro.

Tal punto, ha sido distinguido por la doctrina, de la siguiente forma:

*...El peligro ha de ser siempre una potencialidad del daño, por lo que el delito abstracto sólo quiere decir que en el momento de la consumación anticipada con que se configura el tipo no están concretados o determinados –ni tienen porque estarlo– los sujetos cuyo bien jurídico de la salud pueda verse afectado por el agotamiento de la acción, pero no que pueda faltar la posibilidad remota del daño. Por ello, si en el caso concreto puede excluirse que no haya peligro efectivo para la salud de otras personas, faltará el sustrato de antijuridicidad del acto, por la que no da en él la adecuación al tipo, pues de otro modo, lo que aparece construido por el legislador como un delito de peligro abstracto pasaría a convertirse en una figura de mera desobediencia, y por ende, sin contenido material de antijuridicidad o, si se quiere con sólo un contenido de antijuridicidad subjetiva incompatible con el Derecho Penal post-constitucional.<sup>44</sup>*

<sup>44</sup> Acale Sánchez, M.: *op. cit.*, nota 35, p. 28.



Lo anterior, dado que es de explorado derecho que la posesión de narcótico con fines ilícitos ulteriores agravados, requiere de la ejecución de actos unívocos que revelen en el agente del delito, la potencial intervención del proceder del individuo, indicadores precisamente de la finalidad de comercio o suministro, lo cual no sucede en la posesión simple de droga, por lo que el criterio analizado, no debería referirse al peligro del consumo de droga del simple poseedor y al mismo tiempo al del peligro de consumo para la colectividad, si en el caso concreto, sólo se realiza el análisis en el marco de un ilícito de posesión simple de narcótico.

#### **D. Al argumento de literalidad**

Cuando en la ejecutoria vinculada a la tesis jurisprudencial estudiada se hace referencia a esta línea de argumentación, debe mencionarse que la misma debería considerarse inviable, por inarmónica forma de su uso, al resultar incompatible, en la especie, con el significado del principio de exacta aplicación de la ley penal, cuando se afirma, en la ejecutoria que apoya el criterio judicial tamizado, que el ilícito de contra la salud, en la modalidad de posesión de cocaína, no establece como requisito que la droga poseída, deba encontrarse en un estado puro; al respecto, la debilidad de tal argumento se observa cuando se le contrapone con el *a contrario sensu*, por identidad de razón.

Del argumento a contrario sensu doctrinalmente se opina:

*... Pattaro estima que el intérprete sostiene que ha de excluirse el que una disposición jurídica que se refiere a una determinada categoría de personas o comportamiento sea referible también a otra categoría de personas o de comportamientos.*<sup>45</sup>

<sup>45</sup> Tarello, G., L.: *Interpretazione de la lege*, p. 346, en: Dehesa Dávila, G.: *op. cit.*, nota 5, p. 554.

*Se ha notado que en lo relativo al argumento a contrario deben destacarse cinco caracteres que son los siguientes:*

*I Es un argumento que se utiliza como instrumento de interpretación lingüística y literal.*

*II Bajo ninguna circunstancia le es factible abandonar del texto que pretende interpretar.*

*III Se caracteriza por inclinarse a realizar una interpretación restrictiva, en atención a que limita en forma cuidadosa los significados de un texto, al proponer que no todos los significados sugeridos por la letra del texto o por otros textos son adoptados.*

*IV Tiene como condición para su utilización el silencio de la ley, esto es, que el supuesto que se pretende argumentar no esté regulado.*

*V. El argumento a contrario sensu se basa en la presunta voluntad del legislador, es decir, que si el legislador no lo ha regulado es porque así lo ha querido; sólo se puede deducir la voluntad del legislador a partir de sus palabras.*<sup>46</sup>

Si se parte de la expresión literal de la ley, en cuanto el legislador no manifiesta que la droga poseída (cocaína) deba encontrarse en un grado de pureza, no puede negarse tal aseveración, porque así se observa; sin embargo, afirmar la premisa contraria, consistente en que, a su vez, la igual comprensión literal del texto legal, tampoco exige como elemento *sine qua non* que la sustancia poseída (cocaína) no deba encontrarse en un estado de pureza, encuentra igual validez de ponderación lógica.

<sup>46</sup> Calvo García, M.: *Metodología Jurídica...*, p. 132 y ss., en: Dehesa Dávila, G.: *ibidem*, p. 555.

De tal forma, el aludido argumento de literalidad legal vinculado al de a *contrario sensu*, no resulta convincente para justificar, que la sustancia poseída (cocaína), deba encontrarse en un estado impuro (en el sentido de la resolución analizada) para actualizar el delito de mérito, al observársele técnicamente mezclada con otra u otras sustancias penalmente no punibles, ello, por encontrarse ambas posturas argumentativas en un igual nivel de validez lógica.

Al respecto, la interpretación literal de la ley: *...es la primera forma de interpretación jurídica, siendo las de otro orden, de carácter secundario...*<sup>47</sup> de ahí, que por tal motivo: *De acuerdo con el artículo 14 constitucional, la ley penal debe aplicarse exactamente al delito de que se trate, sin hacerlo por analogía o por mayoría de razón*<sup>48</sup>, sin la intención de ser redundantes: *...sin que valga el argumento de igualdad, analogía o mayoría de razón...*<sup>49</sup>

Ante tal situación, cobra importancia el principio abordado en el siguiente punto.

### **E. Consideración al principio *pro persona***

Según la anterior argumentación, desde el punto de vista técnico jurídico, la configuración del surgimiento de un delito de contra la salud en la modalidad de posesión de cocaína, se encuentra acotada por los

<sup>47</sup> Quinta Época, Registro: 810490, Instancia: Pleno, Tesis Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, XVIII, Materia(s): Común, Tesis: Página: 894, Rubro: INTERPRETACIÓN DE LA LEY. *Ibidem*.

<sup>48</sup> Quinta Época, Registro: 313576, Instancia: Primera Sala, Tesis Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, XXXVI, Materia(s): Penal, Tesis: Página: 187, Rubro: LEYES PENALES, APLICACIÓN DE LAS. *Ibidem*.

<sup>49</sup> Quinta Época, Registro: 288474, Instancia: Pleno, Tesis Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, VII, Materia(s): Penal, Tesis: Página: 1249, Rubro: LEYES PENALES. *Ibidem*.

anteriores argumentos literal y a contrario sensu, de exacta aplicación de la ley en materia penal (determinación y taxatividad), que establecen los límites aplicativos en materia penal, como se describió en los puntos abordados; empero, existe un motivo adicional, para considerar la afirmación sostenida al inicio de la presente elaboración. El principio *pro persona*.<sup>50</sup>

Así es, dado que la identidad de razón a contrario sensu, impone por lógica, determinar igual ponderación a dos argumentos sin que uno de ellos pueda establecerse como inválido,<sup>51</sup> lo que debe prevalecer es el supuesto más favorable al sujeto poseedor de una sustancia híbrida formada de un componente necesario y otro(s) adicional(es).

De forma especializada se ha señalado, derivado del principio *in dubio pro reo*, que: *La ley penal es de estricta aplicación, pero cuando adolece de algunas fallas, debe interpretarse en la forma más favorable para*

<sup>50</sup> Actualmente recogido en el artículo 1º, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que en su parte conducente indica:

*En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.*

*Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.*

*Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.*

<sup>51</sup> Ver: Punto D anterior.

*el reo.*<sup>52</sup> De manera más reciente, sobre este tópico, los tribunales federales nacionales, se han pronunciado al tocar el tema del *principio pro persona* en el sentido de que: *...es un principio de interpretación pro persona que implica que las normas relativas a derechos humanos se interpreten de acuerdo con la propia Constitución y con los tratados internacionales, favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia a las personas, constituyendo así, una herramienta hermenéutica para lograr la efectiva protección de los gobernados en relación, siempre, con un derecho humano que se alegue vulnerado...*<sup>53</sup>

## VII. La relevancia de la valoración libre y lógica de la prueba en el delito de posesión de cocaína

Es conocido, que en el sistema de justicia penal tradicional, se regulaba la prueba legal o tasada<sup>54</sup> y se caracteriza principalmente al establecer reglas fijas de valoración en la ley, no permitiendo al juzgador formar un criterio totalmente

<sup>52</sup> Quinta Época, Registro: 307657, Instancia: Primera Sala, Tesis Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, LXXV, Materia(s): Penal, Tesis: Página: 382, Rubro: LEYES PENALES, INTERPRETACIÓN DE LAS. *Ibidem*.

<sup>53</sup> Época: Décima Época. Registro: 2002599. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización: Libro XVI, enero de 2013 Tomo 3. Materia(s): Constitucional. Tesis: VII.2o.C.5 K (10a.). pág.: 2114. PRINCIPIO PRO PERSONA. ES UN DERECHO PLASMADO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS QUE REQUIERE SU VINCULACIÓN CON LA VIOLACIÓN DE UN DERECHO HUMANO PARA SU EFECTIVIDAD. *Ibidem*.

<sup>54</sup> *...el legislador establece reglas específicas de valoración en la ley, es decir, otorga a las pruebas un valor determinado, a fin de no dejar esa función al juzgador...*

*...la prueba tasada no permitía formar al juzgador un criterio propio, sino que lo automatiza al valor limitado y específico establecido en la ley... si bien se buscó frenar la actividad jurisdiccional que indiscriminadamente se ejercía inicialmente y con ello proteger al acusado, con la prueba tasada, se incentivó que la balanza de poder del Estado se inclinara desfavorablemente en el mismo sentido que se provocaba evitar... en perjuicio del acusado. (ZEFERÍN Hernández, I. A., La prueba libre y lógica sistema penal acusatorio mexicano, ... cit., p. 115).*

propio. Mientras, en el sistema penal acusatorio se utiliza el método falsacionista,<sup>55</sup> lo cual guarda suma relevancia el tema de la valoración de la prueba,<sup>56</sup> pues si bien se han conocido básicamente tres modelos:

El sistema de valoración de prueba legal o tarifada<sup>57</sup>, el sistema de íntima convicción<sup>58</sup> y el sistema de

<sup>55</sup> *...donde las partes discuten un conflicto en un contexto adversarial o contradictorio, ante un tercero imparcial, el juez, formando una triada en cuya base se sitúan las partes en posición de igualdad y el juzgador en el vértice superior... Corresponde a los litigantes aportar el tema a discutir, dar el contenido del litigio y, a ellos incumbe producir las pruebas para establecer la verdad... Existen límites valorativos en el establecimiento de los hechos, que se traducen en derechos y garantías que deben ser respetados... El tribunal se limita a escuchar a los contendientes y no participa en la actividad que pretende formular una interpretación determinada de la verdad jurídica aplicable al caso. (CERDA San Martín Rodrigo, Valoración de la Prueba... cit., p. 17 a 19, p.p. 148).*

<sup>56</sup> *La valoración de la prueba es una operación intelectual destinada a establecer la verdad de los enunciados fácticos planteados por las partes, mediante la ponderación de los elementos de prueba, lo que incidirá necesariamente en el sentido de la sentencia... los sistemas de valoración de la prueba son aquellos destinados a determinar la eficacia probatoria de los elementos de prueba. Involucran el análisis de los elementos de prueba, de los procedimientos establecidos para su producción y del valor probatorio de esos elementos. (Ibidem, p. 22)*

<sup>57</sup> *“Ampliamente conocido en nuestro medio y aplicable aún en el ámbito del juzgamiento civil ordinario y del antiguo proceso penal, se caracteriza por la regulación legal amplia de los aspectos fundamentales en la actividad probatoria... en este sistema, el legislador establece detallada y taxativamente cuáles son los medios de prueba de que pueden valerse las partes y que serán admisibles en el procedimiento; del mismo modo regula todo el proceso de la producción de la prueba, en cuanto a su forma y oportunidad procesal; finalmente, se establece un mandato para el juez indicándole el valor probatorio que debe dar a cada prueba rendida, así como a la forma de valorar unas pruebas con otras.” (Ibidem, p. 25)*

<sup>58</sup> *En este sistema la ley no establece regla alguna para la apreciación de las pruebas, por lo tanto la libertad probatoria es absoluta, incluyendo la valoración de los elementos de prueba.*

*En la evolución de los sistemas probatorios en Europa Continental, se pueden distinguir dos modalidades: a) el de la libre convicción, propia de los jueces profesionales, y b) el de la íntima convicción, propia del sistema de jurados populares... Bajo esta concepción, es innecesaria e imposible la fundamentación de la sentencia, lo que genera el peligro de la arbitrariedad. (Ibidem, p. 27 y 28).*

apreciación de la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica.<sup>59</sup> Es éste último, el que marca una diferencia radical en la función del juez para tomar en cuenta los conocimientos científicos<sup>60</sup>, las reglas de la lógica<sup>61</sup> y las

<sup>59</sup> *Es un sistema fundado en la razón, eminentemente judicial, que se ubica en una posición intermedia entre la prueba legal y la íntima convicción.*

*Se dice que la crítica debe ser sana en cuanto el juez debe realizar una ponderación acuciosa, imparcial y orientada con los datos científicos y morales pertinentes a la materia y caso de que se trate.*

*La correcta aplicación de los parámetros de la sana crítica y la adecuada motivación de las conclusiones probatorias acarrea el efecto de que las decisiones judiciales no resulten puros actos de voluntad o fruto de meras impresiones de los jueces, sino que sean consecuencia de la consideración racional de las pruebas, exteriorizada como una explicación racional sobre por qué se concluyó y se decidió de esa manera (y no de otra), explicación que deberá ser comprensible y compartible por cualquier tercera persona, también mediante el uso de la razón.*

*... La sana crítica es, además de lógica, la correcta apreciación de ciertas proposiciones de experiencia de que todo hombre se sirve en la vida. Evidentemente, esas conclusiones no tienen la estrictez de los principios lógicos tradicionales, sino que son contingentes y variables con relación al tiempo y lugar. El progreso de la ciencia está hecho de una serie de máximas de la experiencia derogadas por otras más exactas; y aún frente a los principios de la lógica tradicional, la lógica moderna muestra cómo el pensamiento humano se halla en constante progreso en la manera de razonar. (Ibidem, p. 28 y 36).*

<sup>60</sup> *Los conocimientos científicos están constituidos por el saber humano proporcionado por las ciencias. Se trata de saberes científicos y técnicos más o menos generalizados, comunes y compartidos como verdaderos por la gran mayoría de las personas que profesan una disciplina y que por regla común son también conocidos de un modo general por los legos en la materia.*

*... el conocimiento científico es un saber racional, objetivo, fundado, crítico, conjetural, dinámico, sistematizado, metódico y verificable sobre la realidad. Constituye una verdad descubierta a través del método científico.*

*... los tribunales deberán ser rigurosos y cautos al momento de cotejar la información científica introducida a juicio, testeando si efectivamente se trata de conocimientos científicos, en primer lugar, y luego, si se les puede calificar de afianzados. Sólo después de esta precisión podrán utilizar la información ya sea directamente o través de las reglas de la lógica, creando un razonamiento que permita inferir nuevos hechos."*

*En el evento de concluir que no reúnen siquiera el carácter de conocimiento científico, tal información no pasará de ser una opinión, propia del conocimiento vulgar y ordinario. Además, si esa opinión contraria otros conocimientos que sí reúnen la cualidad de científicos y afianzados, la sana razón llama a considerarla falsa. (Ibidem, p. 39 y 42).*

<sup>61</sup> *...la universalidad de los principios lógicos ha llevado a la doctrina a sostener que poseen jerarquía constitucional y que no necesitan estar positivados,*

máximas de la experiencia,<sup>62</sup> al llevar a cabo la valoración de la prueba, desempeños y roles diferentes atienden entre otros propósitos, al esclarecimiento de los hechos<sup>63</sup> en la investigación, el procesamiento y la sanción de los delitos, como lo señala el ordinal segundo del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Es precisamente ese esclarecimiento de los hechos, con previo debate de las partes,<sup>64</sup> que respetando el ejercicio de derecho de ofrecer medios de prueba,<sup>65</sup> obliga al juez a proceder a la valoración probatoria conforme a

*pues su aplicación deviene en una regla implícita en todo sistema jurídico. Estima que la irracionalidad es antagónica con la idea de Derecho; y, por ende, que el respeto a los principios de la lógica formal es inmanente a él. La inobservancia de un principio lógico conlleva a que el acto procesal no cumpla con su finalidad y esté afectado por una nulidad insubsanable. (Roger Zavaleta Rodríguez en: CERDA San Martín, R., Valoración de la Prueba... cit., nota 54, p. 44).*

<sup>62</sup> *Para Stein las máximas de la experiencia son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos. (Ibidem, p. 60).*

<sup>63</sup> *Este Código tiene por objeto establecer las normas que han de observarse en la investigación, el procesamiento y la sanción de los delitos, para esclarecer los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que se repare el daño, y así contribuir a asegurar el acceso a la justicia en la aplicación del derecho y resolver el conflicto que surja con motivo de la comisión del delito, en un marco de respeto a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.*

<sup>64</sup> *Que presupone la libertad probatoria de las partes, como lo establece el numeral 356, del Código Nacional de Procedimientos Penales: Todos los hechos y circunstancias aportados para la adecuada solución del caso sometido a juicio, podrán ser probados por cualquier medio pertinente producido e incorporado de conformidad con este Código.*

<sup>65</sup> *Como lo prevé el numeral 262, del Código Nacional de Procedimientos Penales: Las partes tendrán el derecho de ofrecer medios de prueba para sostener sus planteamientos en los términos previstos en este Código." Por su parte el Artículo 259, del mismo cuerpo legal, indica: "Cualquier hecho puede ser probado por cualquier medio, siempre y cuando sea lícito.*



los nuevos estándares: No delegar en persona alguna la admisión, el desahogo o la valoración de las pruebas,<sup>66</sup> asignando libremente el valor correspondiente a cada dato y medio de prueba.<sup>67</sup> Actividades, que en lo concerniente al juez de control o de juicio (según la fase procedimental correspondiente); y, en lo atinente a la valoración de datos como de pruebas, deben realizarse bajo estándares de objetividad y razonabilidad, de lo que ya se ha establecido que:

*...c) La verificabilidad de los enunciados, mediante la existencia de datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión y, la valoración debe ser racional, es decir, aquella que en su práctica emplea elementos o reglas racionales, lógicas, máximas de experiencia, método científico y pensar*

<sup>66</sup> Como lo restringe el arábigo 9º, del Código Nacional de Procedimientos Penales: *...En ningún caso, el Órgano jurisdiccional podrá delegar en persona alguna la admisión, el desahogo o la valoración de las pruebas, ni la emisión y explicación de la sentencia respectiva.*

<sup>67</sup> Así lo regula el artículo 265, del Código Nacional de Procedimientos Penales, al prever: *El Órgano jurisdiccional asignará libremente el valor correspondiente a cada uno de los datos y pruebas, de manera libre y lógica, debiendo justificar adecuadamente el valor otorgado a las pruebas y explicará y justificará su valoración con base en la apreciación conjunta, integral y armónica de todos los elementos probatorios.* Lo que en su parte conducente, tiene vinculación al artículo 359, del aludido cuerpo de leyes: *“El Tribunal de enjuiciamiento valorará la prueba de manera libre y lógica, deberá hacer referencia en la motivación que realice, de todas las pruebas desahogadas, incluso de aquellas que se hayan desestimado, indicando las razones que se tuvieron para hacerlo...”*; y, con inherencia al ordinal 402: *El Tribunal de enjuiciamiento apreciará la prueba según su libre convicción extraída de la totalidad del debate, de manera libre y lógica; sólo serán valorables y sometidos a la crítica racional, los medios de prueba obtenidos lícitamente e incorporados al debate conforme a las disposiciones de este Código.*

*reflexivo, para valorar e interpretar los resultados de la aportación de datos de prueba en conjunción con lo alegado para determinar qué puede dar o considerar como probado, que en última instancia no es más que evaluar el grado de probabilidad, con fundamento en los medios disponibles, si puede considerarse como verdadera una hipótesis sobre los hechos. d) La aceptación o rechazo de la hipótesis, mediante la argumentación de la hipótesis aceptada y la refutación, por contrastabilidad, de la rechazada...*<sup>68</sup>

### VIII. Perspectiva autoral sobre el tema

Desde un punto de vista meramente académico, se estima que, el cambio de paradigma del sistema de justicia penal en nuestro país, con la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el dieciocho de junio de 2008, que da entrada y vigencia al sistema penal acusatorio y adversarial, tiene un efecto ineludible en el criterio judicial materia de análisis, porque la consideración de la pureza de la droga en el caso concreto, no debe quedar fijado intra procesalmente (y *ex ante*) por un criterio judicial; en razón, de que tal circunstancia tiene consecuencias adversas a la naturaleza del nuevo procedimiento penal, entre otras, lo pueden ser: la irrelevancia del ejercicio de derecho de ofrecer y desahogar medios de prueba, tácitamente se

<sup>68</sup> Época: Décima Época. Registro: 2015953. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 50, enero de 2018, Tomo IV. Materia(s): Penal. Tesis: XVII.1o.P.A.53 P (10a.). Página: 2082. AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. EL ESTÁNDAR DE VALORACIÓN PARA SU DICTADO NO DEBE REBASAR EL DEL DATO, AUN CUANDO EN LA CARPETA DE INVESTIGACIÓN EL MINISTERIO PÚBLICO O LA DEFENSA EN LA AUDIENCIA INICIAL, HAYAN INTEGRADO ALGÚN MEDIO DE PRUEBA. *Ibidem*.



estaría delegando la valoración de la prueba a un criterio judicial, la asignación del valor correspondiente a cada dato y medio de prueba no se verificaría de forma libre, en consecuencia la valoración de datos como de pruebas, no resultarían consecuencia del uso de estándares de objetividad y razonabilidad.

La razonabilidad, como factor primario de convencimiento por el juzgador dejaría de tomar parte fundamental del ejercicio jurisdiccional, lo que arrastra la ausencia de consideración de las reglas de la lógica, conocimientos científicamente afianzados e incluso de las máximas de la experiencia. Por tales factores, entre otros que por razón de espacio no se abundan, se estima que a la luz reguladora del sistema penal acusatorio y adversarial, el criterio judicial tamizado ha quedado superado por la evolución del sistema jurídico y su observancia, actualmente no abona a los fines perseguidos por el artículo 2° del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Lo ya escrito, con relevancia a la pureza de la droga, tiene también efectos prácticos, en virtud de que las estructuras legales observadas en materia de los delitos contra la salud, especialmente tratándose de las disposiciones en materia de narcomenudeo, derivadas de las reformas legales plasmadas en la Ley General de Salud, publicadas en el Diario Oficial de la Federación en data 20 de agosto del 2009, donde se contemplan los delitos especializados de comercio, posesión simple y posesión con fines de comercio o de suministro de narcótico, en cantidades al por menor, el establecimiento de cantidades tasadas de narcóticos, que dispuestos en límites mayores y menores en la Tabla de Orientación de Dosis Máximas para el consumo personal e inmediato,

provocan el nacimiento de dos aspectos novedosos no regulados por el actual criterio oficial dominante; lo anterior, como enunciativamente ocurre en las siguientes hipótesis:

**A.** En primer lugar, existe la posibilidad de que el sujeto activo poseedor (pudiendo ser consumidor o farmacodependiente) del narcótico cocaína, tenga la posesión simple de una masa híbrida (con peso, por ejemplo de 1 gramo, sin contar peso de envoltorio), que contenga por una parte, la sustancia determinada pericialmente como cocaína; y, en otra parte, una sustancia penalmente no punible. En ese entendido, que –ejemplificativamente– dicho compuesto arroje una cantidad de sustancia necesaria (cocaína) de 500 miligramos y una cantidad de compuesto adicional (no punible) de 500 miligramos.

Atendiendo al argumento oficial, evidentemente no operaría a favor del simple poseedor de narcótico, la hipótesis legal señalada por el numeral 478 con relación al 479, de la Ley General de Salud, por considerarse (indebidamente, como ya lo expusimos) a la sustancia adicional, no establecida como punible, como parte integrante de la sustancia elemental y por su parte, siendo apreciable que la cantidad máxima establecida en la Tabla de Orientación de Dosis Máximas para el Consumo Personal e Inmediato en cuanto a la sustancia cocaína, es de 500 miligramos de cocaína.

**B.** Apreciándose que, tratándose las cantidades correlativas de sustancia elemental y adicional encontradas en aquella masa, en principio debe establecerse que no son determinables por el simple poseedor adquirente (reglas lógicas y máximas de la experiencia) cuando se trata de un destino de autoconsumo, pues éste al momento

de hacerse del narcótico, ignora aquellos grados de composición, pudiendo presentarse (sólo a modo ejemplificativo), además las siguientes variables:

**a.** Que el narcótico (cocaína) adquirido por el simple poseedor, tenga una composición de sustancia elemental en mayor proporción que la adicional, por ejemplo 90% cocaína contra 10% componente adicional.

**b.** Por el contrario, que la cocaína adquirida por el simple poseedor, tenga una composición de sustancia principal, en menor cantidad que la adicional, verbigracia, 10% cocaína contra 90% componente adicional no punible (en sentido estricto).

**c.** Que la masa adquirida por el poseedor, tenga además de cantidad correspondiente de la sustancia elemental, la adicional, pero ésta resulta en un elemento que aunque no penalmente punible, también afecta la salud del consumidor o farmacodependiente, como sucede con las sustancias establecidas en las fracciones IV y V del numeral 245 de la Ley General de Salud.

**d.** También, que sí existe relevancia en distinguir las cantidades de la sustancia principal, con relación a la adicional no punible, porque el límite regulatorio máximo, de los delitos contra la salud en materia de narcomenudeo, en lo tocante a la cocaína, lo es de 50 gramos y, si se rebasa dicho límite, la tipificación remite al Código Penal Federal, que contiene, como es sabido, penas más elevadas, sin descartar la presunción legal de fines ilícitos ulteriores sobre el objeto del delito<sup>69</sup>.

<sup>69</sup> En este último aspecto, como se dispone en el último párrafo del artículo 195, del Código Penal Federal: *Cuando el inculcado posea alguno de los narcóticos señalados en la tabla prevista en el artículo 479 de la Ley General de Salud, en cantidad igual o superior a la que resulte de multiplicar por mil las ahí referidas, se presume que la posesión tiene como objeto cometer alguna de las conductas previstas en el artículo 194 de este código.*

El acápite anterior, es destacado, puesto que el probable consumidor, al adquirir el narcótico, no determina el peso neto de la dosis que adquiere, sino que este se determina unilateralmente por el vendedor, pues al encontrarse el comercio de drogas fuera de la legalidad, el consumidor se encuentra totalmente desprotegido con relación al producto que adquiere, pues éste no dispone indicaciones de pureza, cantidad, contenido, calidad, ni riesgo de afección a la salud en su consumo; por lo que el adquirente y probable consumidor, no puede acudir ante autoridad alguna reclamando esos aspectos, ni el relacionado a una mayor cantidad al límite de 500 miligramos en la dosis adquirida, mezcla del narcótico con sustancias diversas a la adquirida, poca o nula cantidad efectiva del presunto producto adquirido, caducidad, condiciones de sanidad en envoltorios o sellado, etcétera; lo cual, por demás evidencia la carencia de aplicación de cualquier norma oficial mexicana inherente al efecto. Así, ¿Se debe exigir al probable consumidor, que la cantidad de cocaína poseída no deba superar los 500 miligramos establecidos en la Tabla de marras, bajo los estándares definidos en la jurisprudencia analizada?

**e.** Desde nuestro punto de vista, es indudable el límite observado a la cocaína en la Tabla de Orientación de Dosis Máximas para el Consumo Personal e Inmediato, previsto en el numeral 479 de la Ley Sanitaria de la Federación, sin embargo: ¿Cómo puede exigírsele, al simple poseedor adquirente, como potencial consumidor, el cumplimiento de un límite en la cantidad de sustancia tenida identificable como cocaína, cuando el emisor del producto, es de todos conocido, opera fuera de todo marco legal y reglamentario existente? Es, efectivamente, el probable consumidor, quien realiza todos los actos para adquirir voluntariamente (por ejemplo) una dosis

de sustancia estimada presuntamente como cocaína, pero en la designación material de tal dosis no alcanza a influir su autodeterminación, porque los factores de la cantidad de cocaína, su pureza, embalaje, cantidad, sanidad, etc., no corresponden a una actividad propia del presunto consumidor, motivo por el cual, no le deberían ser imputables.

En este sentido, el conocimiento de la distribución, integridad, cantidad y embalaje es lógicamente propio del vendedor narcomenudista, por ser precisamente quien lleva a cabo, por sí o por tercera persona, tales procedimientos, sin que tenga obligación de informar las características generales y específicas que de su producto coloca en el mercado ilegal. Dicha carencia informativa se aprecia, por la ilegalidad en que opera, lo cual tiene como resultado la desinformación –o ignorancia– de tales elementos, por el probable consumidor; así, ¿Este se encuentra posibilitado para conocer la cualidades y cantidades del producto que adquiere? No.

Ahora, si tiene tal imposibilidad, ¿Es racional que se le exija el cumplimiento del límite legal de mérito? Estimamos que no, por las siguientes razones fundamentales:

**f)** Como se dijo, se encuentra en imposibilidad de conocer el peso neto de la sustancia que adquiere.

**g)** Para que opere a favor del probable consumidor, la hipótesis normativa a que se refiere el ordinal 478 con relación al 479, de la Ley General de Salud, es menester que la cantidad de narcótico poseído no rebase la cantidad de 500 miligramos, cuando la determinación del peso neto de la sustancia vendida, es una actividad propia del comerciante narcomenudista; entonces, ¿Es

el propio vendedor de droga, quien involuntariamente determinará con la venta de una dosis de sustancia, la operancia de aquella hipótesis legal? ¿Es la propia delincuencia, quien influirá en las masivas decisiones judiciales que se dicten al efecto?

**h)** No debe exigirse lógicamente, al adquirente probable consumidor, el conocimiento del peso neto de la sustancia vendida como cocaína, porque ello equivaldría a exigir de éste, la participación en una actividad que no desarrolla en la mecánica de los hechos, lo cual no le es objetivamente imputable.

**i)** Otro factor derivado del punto anterior, es que, atribuir al probable consumidor el conocimiento del peso neto de la sustancia vendida como cocaína, cuando ésta excede al límite legal establecido, para la operancia favorable del supuesto legal de anterior referencia, es que se estaría vulnerando en perjuicio del imputado el principio de presunción de inocencia

**C.** Los supuestos anteriores, revelan que en el caso ordinario de adquisición de la droga por el pretendido consumidor, éste se encuentra en imposibilidad de determinar el grado de los componentes principal y adicional del ilegal producto por consumir y el grado de nocividad del componente adicional; destacando, el hecho de que además la cantidad de masa híbrida referida que necesitará para satisfacer su consumo, efectivamente dependerá –en su caso– del grado de adicción que padece (derivado de su consumo o enfermedad de farmacodependencia), en directa proporción con los grados de sustancias principal y secundarias contenidos en el compuesto híbrido general, pues a mayor cantidad de componente principal en la masa híbrida necesitará

para consumir menor cantidad de dosis y viceversa, a mayor cantidad del componente adicional, se encontrará instado a consumir mayor cantidad de dosis, porque finalmente la sustancia que satisface las necesidades psicobiológicas de la enfermedad comentada, lo es la sustancia elemental (cocaína) no así la secundaria no punible (pudiendo ser representada a manera de corte, por talco, cafeína, aspirina, etcétera).

*...en la medida en que el suministro de drogas tóxicas es constitutivo de delito y que como consecuencia de la prohibición el consumidor de las mismas ha de acudir siempre a un mercado ilegal para satisfacer sus necesidades, no es posible ejercer control alguno sobre la calidad de las sustancias que se introducen en el mercado. Desde esta perspectiva, la salud pública –en la que se incluyen también las saludes de las personas individuales consumidoras de drogas- está puesta en peligro no ya sólo por la nocividad de las sustancias sino por la propia prohibición que impide que sean sometidas a control sanitario previo.<sup>70</sup>*

**D.** Es por lo anterior, que el razonamiento oficial analizado, no considera los factores de la naturaleza científica de las sustancias elemental y secundaria, mezcladas en una masa híbrida, ni pondera el alcance de sus efectos en el organismo humano, cuando nos ubicamos en el caso de que la posesión personal de tal compuesto se encuentra destinado a un consumo personal por sujeto farmacodependiente; lo cual, se traduce en la cosificación del discurso jurisdiccional, al concentrarse en el objeto materia de regulación legislativa (droga), pero dejando de lado al individuo (con sus variadas implicaciones),

<sup>70</sup> Acale Sánchez, M.: *op. cit.*, nota 35, p. 22.

como actor principal de la norma penal, cuando cabe la actualización del supuesto legal a que se refieren los ordinales 478 con relación al 479, de la Ley General de Salud.

**E.** Finalmente, uno de los aspectos no abordados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es el que vincula al argumento teleológico, con el tratamiento de la finalidad perseguida por el legislador de forma directa, en la aplicación de la causa de exclusión del delito antecitada, en materia de narcóticos. En efecto, si bien el legislador persigue con la previsión legal correspondiente, la sanción de la posesión de droga (cocaína), también lo es que la voluntad legisladora también contempla la excepción a dicha disposición general, mediante la actualización de los artículos 478 con relación al 479, de la Ley General de Salud, cuando se cumple con los requisitos legales, entre los que no tuvo a distinguir para su procedencia que el narcótico se encuentre o no en estado puro, sólo establece que se trate de la sustancia cocaína, a lo cual se excluyen sustancias adicionales no punibles.

A su vez, esa operancia del supuesto legal tratado, se encuentra relacionado a la sustancia elemental que le da origen, precisamente la cocaína, de tal forma, que una sustancia no apta para constituir el surgimiento del delito penal, dejaría sin materia el presupuesto *sine qua non*, que signifique el primer requisito de la actualización de la exclusión delictiva abordada, de lo que se desprende que para la procedencia de la causa de exclusión delictiva multireferida, se requiere inicialmente, de la comprobación pericial de la sustancia cocaína, no así del compuesto adicional no punible.

Lo anterior, constituye así el argumento concluyente demostrativo, de que actualmente ni siquiera bajo el argumento teleológico es adecuado el criterio expuesto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para determinar que para la actualización del delito de contra la salud en la modalidad de posesión de cocaína, resulta irrelevante la pureza del alcaloide (entendido ahí como masa híbrida compuesta de sustancia elemental y adicional) por lo que debiera atenderse solamente al peligro abstracto correlativo; lo anterior, con motivo de que -como ya se indicó- los numerales 478 con relación al 479, de la Ley General de Salud, en materia de delitos contra la salud, tampoco exige como requisito que la sustancia elemental (cocaína) a que se aplicare debe encontrarse o no mezclada con sustancia no punible.

## IX. Conclusiones

El criterio dominante contenido en la jurisprudencia analizada, actualmente se encuentra superado, atendiendo a la evolución del sistema jurídico; concretamente, con la entrada en vigor del sistema penal acusatorio y adversarial, porque:

**Primera.** Impone al juzgador lineamientos para establecer la actualización del delito contra la salud, en la modalidad de posesión simple de cocaína.

**Segunda.** Obstaculiza al juzgador la realización de la sana crítica.

**Tercera.** Obstaculiza al juzgador apoyarse para realizar su función, en los conocimientos científicamente afianzados.

**Cuarta.** Obstaculiza al juzgador, apoyarse en las reglas lógicas.

**Quinta.** Obstaculiza al juzgador llevar a cabo la valoración libre y lógica de la prueba.

**Sexta.** Inhibe el proceso racional del juzgador, que presupone la valoración de datos o medios de prueba bajo los estándares del sistema pena acusatorio y adversarial.

## X. Fuentes de consulta

### Bibliográfica

- Acale Sánchez, María.: *Salud pública y drogas tóxicas*, edit. Tirant Lo Blanch, 1ª ed., Valencia, España, 2002.
- Cerda San Martín Rodrigo.: *Valoración de la Prueba. Sana Crítica*. Editorial Librotecnia, 1ª ed., Santiago de Chile, 2008.
- Dehesa Dávila, Gerardo.: *Introducción a la retórica y a la argumentación*, Dirección General de Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2ª ed., México, 2005.
- Inzunza Cázares, Enrique.: *La exacta aplicación de la ley penal y el mandato de determinación*, edit. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1ª ed., Colección Estudios Jurídicos, núm. 138, Coord. Elvia Lucía Flores Ávalos, México, 2009.
- García Ramírez, Efraín.: *Drogas análisis jurídico del delito contra la salud*. Edit. Sista, 6ª ed., México, 2006.
- Gutiérrez Saenz, Raúl.: *Introducción a la lógica*, edit. Esfinge. 20ª ed., México, 1985.



- Medellín, Urquiaga Ximena: *Principio Pro Persona, Metodología para la Enseñanza de la Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos*, Colección, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1ª ed., México, 2013.
- Moreno González, Rafael, Coord.: *Antología de la investigación criminalística*, edit. Instituto Nacional de Ciencias Penales, s/e, México, 2003.
- Muñoz Sánchez, Juan.: *Las drogas en la delincuencia*, et al, ed. Tirant Lo Blanch, 1ª ed., Valencia, España, 2004.
- Osorio y Nieto, César Augusto.: *Delitos contra la salud*, edit. Porrúa, 1ª ed., México, 2000.
- Platón.: *Diálogos*, edit. Porrúa, 1ª ed., 13 A, colección, México, 2005.
- Yacobucci, Guillermo J.: *El sentido de los principios penales, su naturaleza y funciones en la argumentación penal*, edit. Ábaco de Rodolfo Desalma, 1ª ed., Buenos Aires, Argentina, 2002.
- Zeferín Hernández, Iván A.: *La prueba libre y lógica sistema penal acusatorio mexicano*, Instituto de la Judicatura Federal, 1ª ed., México, 2016.

### **Diccionarios**

- Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Tomos I y II, 22ª ed., España, 2001.

### **Leyes**

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

- Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Ley General de Salud.
- Código Nacional de Procedimientos Penales.
- Código Penal Federal.

### **Páginas electrónicas.**

- [www.scjn.gob.mx](http://www.scjn.gob.mx) (Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta).
- [www.rae.es](http://www.rae.es) (Diccionario de la Lengua Española).

---

**La ilegalidad de la detención cuando la policía  
actúa sin la conducción y mando del Ministerio  
Público en el Sistema Penal Acusatorio**

*Edgar Rojas Álvarez \**

*A mi esposa Liliana Vázquez Guadarrama*

*A mis hijos Edgar Andrés y Liliana Rojas Vázquez*

RESUMEN: Se analizan diversos mecanismos que en la audiencia inicial, concretamente en el control de legalidad de la detención, se tengan armas jurídicas para hacer valer la ilegalidad de la detención cuando la policía por *motu proprio* asuma la investigación tratándose de flagrancia sin la conducción y mando del Ministerio Público, incluyendo la denuncia anónima. Los mecanismos jurídicos analizados aquí, están previstos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el Código Nacional de Procedimientos Penales, en la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República, en el Protocolo Nacional de Primer Respondiente, así como en diversos criterios jurisprudenciales. Se estudia la importancia del por qué la audiencia de control de la legalidad de la detención no se debe convertir en una audiencia de mera formalidad o que empiece a carecer de la importancia que verdaderamente debe tener, sino que debe tomarse como

---

\* Defensor Público Federal.

una oportunidad única para demostrar que la detención del defendido fue ilegal, principalmente cuando la policía actúa sin la conducción y mando de la representación social. La audiencia de control de la legalidad de la detención no debe ser solamente una etapa más que deba pasarse con la prontitud posible para pretender llegar a una solución alterna del procedimiento o bien una forma de terminación anticipada del proceso, existiendo tecnicismos legales que pueden ser utilizados para controvertir lo expuesto por el Ministerio Público y pretender lograr en la audiencia inicial que los datos de prueba obtenidos por la policía han perdido valor probatorio, que se declaren nulos e incluso que se declare de ilegal la detención, y en caso, que no se resuelva favorablemente la solicitud de la defensa, se deje registro de los argumentos necesarios y suficientes para hacerlos valer en un recurso de apelación o bien en un juicio de amparo indirecto.

SUMARIO: Introducción. I. La obligación del Ministerio Público de conducir la investigación de acuerdo con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. II. La obligación del Ministerio Público de conducir la investigación de acuerdo con las leyes procesales, leyes orgánicas, protocolos y jurisprudencia. III. El actuar de la policía en las denuncias anónimas. IV. Las consecuencias de los

datos y medios de prueba obtenidos por la policía, bajo el esquema de la falta de conducción y mando de la investigación por parte del agente del Ministerio Público. V. La importancia de la solicitud por parte de la defensa de que se decrete de ilegal la detención en la audiencia de control de la legalidad de la detención. VI. Conclusiones. V. Bibliografía.

## Introducción

En las audiencias iniciales, he advertido que el Juez de Control decreta de legal la detención con el simple hecho de que el policía aprehensor haga del conocimiento del Ministerio Público de la detención, mediante una llamada telefónica, pero ese simple actuar no lo faculta a ésta última para realizar actuaciones por su propia cuenta, es la autoridad ministerial quien tiene que ordenar al policía las actuaciones urgentes a realizar.

Para evitar un retroceso en el nuevo sistema penal adversarial, en la audiencia inicial concretamente, y principalmente en lo que es el control de la legalidad de la detención y que no se vuelva un mero formalismo esa audiencia, como sucedió con la declaración preparatoria en el sistema tradicional, tenemos que poner más atención a la forma en que se dirige la policía al realizar sus investigaciones, incluida la denuncia anónima y las detenciones en flagrancia que realiza, pues ahora tenemos la oportunidad de alegar frente al Juez de Control todas aquellas arbitrariedades que comete la policía al detener a una persona.

Desde que la persona se encuentra detenida, los agentes policiales y ministeriales empiezan

a realiza una labor de convencimiento, tanto del imputado como de la defensa, para procurar llegar a una acuerdo para pretender llegar a una solución alterna del procedimiento mediante una suspensión condicional del proceso o bien una forma de terminación anticipada del proceso mediante un procedimiento abreviado, lo que entusiasma al propio imputado, pues en todo caso se lograría su libertad a la brevedad posible, sin embargo, esa posición hace que se le reste importancia a la calificación de la detención, pues al final de cuentas el Juez de Control al saberse de esa situación al igual que el agente del Ministerio Público, darán por casi un hecho que las resoluciones que se dicten en la audiencia inicial tendrán pocas posibilidades de ser recurridas, aún más cuando en la propia audiencia se concrete la suspensión condicional del proceso o el procedimiento abreviado.

Se propondrán argumentos que nos darán armas jurídicas para desarrollar en la audiencia de control de la legalidad de la detención, argumentos que no sólo servirán para solicitar la ilegalidad de la detención, sino que, al quedar el registro de los mismos en la audiencia, podremos argumentarlos en los recursos de apelación que se interpongan o amparos indirectos que se hagan valer ante el juez de distrito que corresponda.

### **I. La obligación del Ministerio Público de conducir la investigación de acuerdo con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**

Una vez que el nuevo sistema de justicia penal se está consolidando en nuestro país, es importante

que exista una exacta delimitación sobre cuáles son las funciones específicas que debe realizar el Ministerio Público y la policía, para lo cual el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su primer párrafo, describe que la investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a los policías, sin embargo, aclara y delimita cada una de las funciones que realizará cada una de esas autoridades, pues dicho precepto constitucional describe que el Ministerio Público es quien conducirá y mandará en la investigación y la policía actuará bajo la conducción y mando del Ministerio Público.

Por mandato constitucional, el Ministerio Público es quien conducirá la investigación, sin embargo, tenemos el problema de que en la práctica se está viciando ese mandato constitucional, sobre todo en las detenciones con flagrancia, pues la policía detiene a una persona cometiendo un delito e inicia las investigaciones sin el control y conducción del representante social, toma decisiones de *motu proprio*.

Nuestro país por experiencia ha tenido malos resultados sobre el poder que ejerce la policía y el Ministerio Público en lugar de calificar su actuar, incluyendo decretar de no legal la detención, la justifica, lo encubre, pero el problema no concluye ahí, sino que el representante social lleva esos engaños ante el Juez de Control y éste último justifica el actuar de las autoridades investigadoras enderezando y justificando sus vicios y arbitrariedades, por lo que no se debe de perder de vista que si la policía actuó sin la conducción y mando del representante social debe de alegarse de forma inmediata en la audiencia inicial y sobre todo que quede registro de esas alegaciones.

## **II. La obligación del Ministerio Público de conducir la investigación de acuerdo con las leyes procesales, leyes orgánicas, protocolos y jurisprudencia**

### **a) Código Nacional de Procedimientos Penales**

El Código Nacional de Procedimientos Penales, en sus diversos artículos señala claramente que la policía actuará bajo el mando y conducción del Ministerio Público, tenemos que el artículo 3° del citado código, expresa que se entenderá por policía a los cuerpos de policía especializados en la investigación de delitos del fuero federal o del fuero común y que en el ámbito de sus competencias actuarán bajo el mando y la conducción del Ministerio Público para efectos de la investigación.

Asimismo, el artículo 131 del código procesal que nos ocupa, describe que dentro de las facultades del Ministerio Público, se encuentra la de ejercer la conducción y el mando de la investigación de los delitos, para lo cual deberá coordinar a las policías, quedando totalmente claro que se trata de cualquier policía que tenga dentro de su subordinación.

Por otra parte, el artículo 132 del código procesal nacional, describe que dentro de las obligaciones de la policía, se encuentra que ésta actuará bajo la conducción y mando del Ministerio Público con apego a los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos reconocidos en la Constitución, para lo cual se debe hacer énfasis a las fracción I, V y VI del citado artículo, en donde se denota que puede recibir denuncias sobre hechos que puedan ser constitutivos de delitos e informar al Ministerio Público por cualquier medio y de forma inmediata y sin dilación de las diligencias practicadas y sobre la detención de alguna persona.

Aquí se da la pauta para que la policía incluso puede recibir denuncias, las cuales pueden ser por escrito o verbales, sin embargo, se pone un candado para que no pueda actuar arbitrariamente, pues debe informar inmediatamente al Ministerio Público por cualquier medio sobre esa denuncia, siendo el medio más común el teléfono, pero se puede utilizar cualquier otro medio incluso pueden ser las redes sociales, los correos electrónicos, la video comunicación o video conferencia, etcétera, existiendo siempre la constancia correspondiente en la carpeta de investigación y no de forma interna como lo justifican los agentes del Ministerio Público en las audiencias iniciales, sino existe ese registro en la carpeta de investigación no se puede dar por hecho que efectivamente existió ese aviso inmediato de la policía al Ministerio Público, si esa información no se encuentra dentro de la carpeta de investigación es como si no existiera.

Siendo importante resaltar que el aviso debe hacerse inmediatamente a la representación social, para que ésta ordene las diligencias a realizar, en la práctica lo único que se está haciendo es una constancia de la llamada telefónica y la instrucción de realizar la cadena de custodia y recabar los datos de prueba que ello implica, por lo que se ha vuelto una mera instrucción costumbrista, sin que exista una efectiva corroboración de la existencia de esa llamada telefónica, sin dársele la trascendencia que se debe a la conducción que debe tener el Ministerio Público.

Recordemos que existen actos de investigación que requieren de la autorización judicial, como puede ser una orden cateo, una intervención de comunicación privada y correspondencia, la exhumación de cadáveres, por citar



algunos ejemplos, y esa solicitud no la hace la policía al Juez de Control, sino que quien la hace es el Ministerio Público, por ello la importancia del aviso inmediato y por cualquier medio a la representación social para que éste pueda dirigir la investigación y hacer solicitudes ante el Juez de Control a la brevedad posible, entre otros actos jurídicos, evitando que la investigación o las detenciones puedan ser decretadas de ilegales, por lo que si no se realiza el procedimiento como se está señalando, como defensores podemos hacerlo valer ante el Juez de Control y solicitar la ilegalidad de la detención.

#### ***b) Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República***

No puede pasar desapercibida la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República, en donde en el artículo 9, principalmente en las fracciones VIII y IX respecto a las facultades de los órganos fiscales, actualmente Ministerios Públicos, se ordena que conduzcan legalmente la investigación de los delitos y que dirijan funcionalmente a las policías a lo concerniente a la investigación de los delitos; es decir, el Ministerio Público y/o fiscales, su propia ley orgánica ordena sagradamente la facultad que éstos sean quienes conduzcan la investigación y dirijan funcionalmente la investigación, es decir, que dirijan una investigación que funcione o que sirva, eso significa que materialmente deben conducir la investigación y no someramente, dejándole a la policía los actos que por ley le corresponden dirigir a la autoridad ministerial.

#### ***c) Protocolo Nacional de Primer Respondiente***

Dentro del Protocolo Nacional del Primer Respondiente, también se establece la importancia de que quien va a conducir y estará al mando de la investigación de los delitos y es el Ministerio Público, pues en el capítulo de los

Principales Roles, se establece que el Ministerio Público le compete la conducción y mando de la investigación de los delitos, para lo cual, deberá coordinar al Primer Respondiente, Policía de Investigación y a los Policía con Capacidades para Procesar.<sup>2</sup>

En el citado protocolo, incluso se establecen tres tipos de policías que es el primer respondiente, la policía de investigación y la policía con capacidades para procesar, sin embargo, recordemos que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos habla en general de las policías, refiriéndose a todas las policías existentes y las que se puedan crear a futuro, es decir, nuestra carta magna no hace una distinción de policías, sino se refiere a cualquier policía existente.

### **III. El actuar de la policía en las denuncias anónimas**

Debe hacerse énfasis de que la policía puede recibir denuncias anónimas, pero de acuerdo al artículo 132, fracción II, del Código Nacional de Procedimientos Penales, la policía al recibir la denuncia anónima tendrá la obligación de hacerlo inmediatamente del conocimiento del Ministerio Público para que éste coordine la investigación, y aunque se trate de una denuncia anónima la policía tiene la obligación de dar intervención inmediata a la representación social quien le ordenará e instruirá respecto a la actuación que debe realizar de acuerdo al citado precepto legal.

El Ministerio Público, una vez que reciba el aviso de la policía ordenará la recolección de indicios y medios

<sup>2</sup> Protocolo Nacional de Primer Respondiente: "Principales Roles. (...) Ministerio Público le compete la conducción y mando de la investigación de los delitos, para lo cual, deberá coordinar al Primer Respondiente, Policía de Investigación, Policía con Capacidades para Procesar y a los Peritos.

de prueba, así como recabar los elementos necesarios que determinen el daño causado y la cuantificación del mismo para los efectos de su reparación, ello de acuerdo al artículo 131, fracción V, del ya citado Código Nacional de Procedimientos Penales, evidentemente que la representación social ordenará la verificación de la denuncia anónima, por lo que la policía tendrá la obligación de verificar primeramente la veracidad de los datos aportados por el denunciante anónimo mediante los actos de investigación que considere conducentes y en caso de confirmarse la veracidad de la información del denunciante anónimo se iniciará la investigación correspondiente, ello de acuerdo al artículo 221, tercer párrafo, del código que rige el procedimiento penal a nivel nacional.

Es importante señalar que las denuncias anónimas pueden ser entre otras formas oral y directa, esto es, que la persona que denuncia el hecho delictivo pueda estar presente directamente con la policía, sin embargo, puede negarse a proporcionar cualquier dato de identificación para efectos de protegerse a sí mismo, por ello la denuncia se convierte anónima aunque la persona se presente directamente con la policía, sin embargo, este tipo de denuncia anónima requiere de un acto específico que establece el artículo 223, segundo párrafo, del Código Nacional de Procedimientos Penales, que es, que cuando la denuncia se haga en forma oral, se levantará un registro en presencia del denunciante, quien previa lectura que se haga de la misma, lo firmará junto con el servidor público que la reciba, por lo tanto, aunque el denunciante se niegue a firmar la denuncia anónima, deberá de existir un registro por escrito, no bastará que el denunciante anónimo se tope con la policía ya sea en la

calle, en la oficina ministerial o de policía o en cualquier lugar y le haga del conocimiento que se está cometiendo un delito, sino que debe levantarse un registro por escrito, y si el denunciante se niega a firmarlo y a proporcionar datos de su persona, el policía lo hará constar en el acta de entrevista correspondiente y anotarán los motivos por los cuales el denunciante se negó a proporcionar sus datos personales y a firmar el documento y describirá físicamente a la persona que denunció el acto delictivo, incluyendo ropas, señas particulares, edad aproximada, complexión, color de piel, tatuajes, estatura, etcétera.

Una vez que el policía recibe la denuncia anónima se encuentra obligado de informar de manera inmediata al Ministerio Público por cualquier medio, sin perjuicio de que pueda realizar las diligencias urgentes que requiera el caso, informando del resultado de las mismas con posterioridad al Representante Social, ello de acuerdo con el artículo 224, segundo párrafo, del código procesal que nos ocupa.

Sin embargo, no debemos confundir el actuar del policía cuando recibe la denuncia anónima y cuando se detiene a una persona, son dos actos jurídicos diferentes, es decir, cuando el policía recibe la denuncia anónima debe dar aviso inmediato al Ministerio Público y en caso de que con motivo de esa denuncia anónima existiera una detención, el policía tendría la obligación de hacérselo saber al Ministerio Público, es decir, la policía tendría que informar dos veces al Ministerio Público la primera con motivo de la denuncia anónima y la segunda por la detención, de no ser así tenemos otra arma jurídica para que se decrete de ilegal de la detención por no seguirse el procedimiento establecido en la ley procesal que rige el procedimiento.

#### **IV. Las consecuencias de los datos y medios de prueba obtenidos por la policía, bajo el esquema de la falta de conducción de la investigación por parte del agente del Ministerio Público**

Si el Ministerio Público no tiene el mando y la conducción de la investigación, y la policía detiene a una persona en flagrancia cometiendo un hecho que la ley penal describe como delito, sin que se dé el aviso correspondiente a la representación social, incluyendo el aviso de la denuncia anónima antes de la detención, ello trae consecuencias, como por ejemplo, la exclusión de la autoincriminación que haya hecho el imputado en su contra y ante la propia policía, así como la exclusión de la valoración de todas aquellas referencias a circunstancias y medios de prueba obtenidos por la policía, que hayan sido recopilados con motivo de una investigación policial no dirigida y controlada por el Ministerio Público, la nulidad de aquellas pruebas que a pesar de estar vinculadas directamente con el hecho delictivo materia del proceso penal, sean recabadas por iniciativa de la autoridad aprehensora so pretexto de una búsqueda de la verdad o debida integración del material probatorio, todo ello sin la conducción y mando del Ministerio Público, es decir, sin la autorización de este último, lo que tiene como consecuencia final la posibilidad de la calificación de decretarse de ilegal la detención, y aunque se decretara de legal la detención el Ministerio Público prácticamente se quedaría sin datos y medios de prueba, y al final sin ninguna prueba al declararse nulas las mismas desde la audiencia inicial en el control de legalidad de la detención.

Fue publicada la tesis aislada número 2019179, por los Tribunales Colegiados de Circuito, bajo el rubro *DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN*.

*SI LOS POLICÍAS CAPTORES, POR SÍ Y SIN LA CONDUCCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO, TOMARON LA DECLARACIÓN AUTOINCRIMINATORIA DEL IMPLICADO –CONTENIDA EN EL INFORME POLICIAL HOMOLOGADO– ES LEGAL QUE EL JUEZ DE CONTROL, EN SU DECISIÓN, NO LA CONSIDERE Y LA EXCLUYA DEL MATERIAL PROBATORIO,*<sup>3</sup> de la cual se advierte que los policías no pueden recibir la declaración del imputado, sino que ello debe hacerse bajo el mando y la conducción del Ministerio Público y dicha declaración debe realizarse con respeto a los derechos que prevé nuestra constitución federal, entre ellos se le debe de hacer del conocimiento al imputado de los hechos por los cuales se sigue una investigación en su contra, así como la presencia de un defensor, de no ser así, el Juez de Control no debe considerar dicha declaración de autoincriminación y debe excluir el material probatorio, para lo cual la tesis sustenta el contenido de garantizar el principio de *inmunidad de declarar del imputado*, y el derecho humano de no autoincriminación, en el artículo 20, apartado B, fracción II, de la Constitución Federal, en relación con los diversos 8, numerales 2, inciso g y 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

<sup>3</sup> Época: Décima Época; Registro: 2019179; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Tipo de Tesis: Aislada; Fuente: Semanario Judicial de la Federación; Publicación: viernes 01 de febrero de 2019 10:03 h; Materia(s): (Constitucional, Penal); Tesis: XI.P.26 P (10a.). DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN. SI LOS POLICÍAS CAPTORES, POR SÍ Y SIN LA CONDUCCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO, TOMARON LA DECLARACIÓN AUTOINCRIMINATORIA DEL IMPLICADO –CONTENIDA EN EL INFORME POLICIAL HOMOLOGADO– ES LEGAL QUE EL JUEZ DE CONTROL, EN SU DECISIÓN, NO LA CONSIDERE Y LA EXCLUYA DEL MATERIAL PROBATORIO. Amparo en revisión 142/2018. 5 de octubre de 2018. Unanimidad de votos. Ponente: Froylán Muñoz Alvarado. Secretario: Víctor Jesús Solís Maldonado. Esta tesis se publicó el viernes 01 de febrero de 2019 a las 10:03 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

Asimismo, obra la Jurisprudencia con número de registro 2012186, emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación cuyo rubro es: *DEMORA EN LA PUESTA A DISPOSICIÓN DEL DETENIDO EN FLAGRANCIA ANTE EL MINISTERIO PÚBLICO. LA VALORACIÓN DEL PARTE INFORMATIVO U OFICIO DE PUESTA A DISPOSICIÓN DE LOS AGENTES APREHENSORES, DEBERÁ ATENDER A LA INDEPENDENCIA FÁCTICA Y SUSTANCIAL DE LA DETENCIÓN Y LA PUESTA A DISPOSICIÓN*,<sup>4</sup> en donde se insiste que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha determinado que la violación al derecho fundamental del detenido a ser puesto a disposición del Ministerio Público sin demora, genera la anulación de la declaración del detenido, así como la invalidez de todos los elementos de prueba que tengan como fuente directa la demora injustificada, y aquellas recabadas por iniciativa de la autoridad aprehensora, sin conducción y mando del Ministerio Público; asimismo, en dicha jurisprudencia se ordena que se deberá excluir de la valoración probatoria lo relativo a todas aquellas referencias a circunstancias y medios de prueba

<sup>4</sup> Época: Décima Época; Registro: 2012186; Instancia: Primera Sala; Tipo de Tesis: Jurisprudencia; Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Libro 33, agosto de 2016, Tomo II; Materia(s): Constitucional; Tesis: 1a./J. 8/2016 (10a.); Página: 723. *DEMORA EN LA PUESTA A DISPOSICIÓN DEL DETENIDO EN FLAGRANCIA ANTE EL MINISTERIO PÚBLICO. LA VALORACIÓN DEL PARTE INFORMATIVO U OFICIO DE PUESTA A DISPOSICIÓN DE LOS AGENTES APREHENSORES, DEBERÁ ATENDER A LA INDEPENDENCIA FÁCTICA Y SUSTANCIAL DE LA DETENCIÓN Y LA PUESTA A DISPOSICIÓN*. Tesis de jurisprudencia 8/2016 (10a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha diez de febrero de dos mil dieciséis. Esta tesis se publicó el viernes 05 de agosto de 2016 a las 10:05 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 08 de agosto de 2016, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

obtenidos por la policía, que derivan directamente de la demora injustificada en la puesta a disposición del detenido, o que hayan sido recopilados con motivo de una investigación policial no dirigida y controlada por el Ministerio Público, pues la violación en cuestión sólo afecta la información relacionada con la siguiente acción que se debe realizar al detenerse a una persona, que es su presentación oportuna ante el Ministerio Público.

También debe mencionarse que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la Tesis Aislada número de registro: 2005527, cuyo rubro es *DERECHO FUNDAMENTAL DEL DETENIDO A SER PUESTO SIN DEMORA A DISPOSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO. ALCANCES Y CONSECUENCIAS JURÍDICAS GENERADAS POR LA VULNERACIÓN A TAL DERECHO*,<sup>5</sup> acentúa que la violación al derecho fundamental de *puesta a disposición del indiciado ante el Ministerio Público sin demora*, genera como consecuencias: a) la anulación de la confesión del indiciado, obtenida con motivo de esa indebida retención; b) la invalidez de todos

<sup>5</sup> Época: Décima Época; Registro: 2005527; Instancia: Primera Sala; Tipo de Tesis: Aislada; Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Libro 3, febrero de 2014, Tomo I; Materia(s): Constitucional, Penal; Tesis: 1a. LIII/2014 (10a.); Página: 643. *DERECHO FUNDAMENTAL DEL DETENIDO A SER PUESTO SIN DEMORA A DISPOSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO. ALCANCES Y CONSECUENCIAS JURÍDICAS GENERADAS POR LA VULNERACIÓN A TAL DERECHO*. Amparo directo en revisión 3229/2012. 4 de diciembre de 2013. Mayoría de tres votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Disidentes: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Jorge Mario Pardo Rebolledo, quienes reservaron su derecho a formular voto particular. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretarios: Julio Veredín Sena Velázquez, José Alberto Mosqueda Velázquez, Javier Mijangos y González, José Díaz de León Cruz, Beatriz Joaquina Jaimes Ramos y Francisco Octavio Escudero Contreras. Esta tesis se publicó el viernes 14 de febrero de 2014 a las 11:05 horas en el Semanario Judicial de la Federación.



los elementos de prueba que tengan como fuente directa la demora injustificada, los cuales no producirán efecto alguno en el proceso ni podrán ser valorados por el juez; y, c) la nulidad de aquellas pruebas que a pesar de estar vinculadas directamente con el hecho delictivo materia del proceso penal, sean recabadas por iniciativa de la autoridad aprehensora so pretexto de una búsqueda de la verdad o debida integración del material probatorio -en el supuesto de prolongación injustificada de la detención-, sin la conducción y mando del Ministerio Público; es decir, sin la autorización de este último.

Como se advierte, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Código Nacional de Procedimientos Penales, la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República y el Protocolo Nacional del Primer Respondiente, dan una elevada relevancia de que quien tiene el control de la investigación es el Ministerio Público, mandato que se reitera y se acentúa en los diversos criterios jurisprudenciales ya anotados, entre otros, y denotan la relación directa entre la investigación que realizan los policías, la investigación anónima recibida por policías y la detención en flagrancia, todo ello, se encuentra relacionado íntimamente con la facultad que tiene el Ministerio Público respecto a la conducción de la investigación junto con los policías, pero el mando lo tiene la autoridad ministerial sobre los policías, por lo que los policías no se mandan solos, el Ministerio Público tiene el control de la investigación sobre todo al momento de la detención, de no ser así, las consecuencias principales de esas deficiencias son que los datos de prueba obtenidos durante la detención no tengan ningún valor probatorio incluso la probabilidad de decretarse nulos los mismos, además de que puede determinarse la ilegalidad de la detención.

## **V. La importancia de la solicitud por parte de la defensa de que se decrete de ilegal la detención en la audiencia del control de la legalidad de la detención**

En el sistema tradicional cuando se trataba de una detención en flagrancia el Juez estaba obligado de forma inmediata a determinar si la detención fue apegada a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en caso de que la detención hubiera sido legal, la ratificaba o sino tenía que decretar la libertad del detenido con las reservas de ley, ello de acuerdo con lo que estipulaba el abrogado Código Federal de Procedimientos Penales en su artículo 134, párrafo quinto.

Esa ratificación de la detención el Juez del sistema tradicional la realizaba en el rincón de su oficina o mejor dicho la firmaba en el oscuro rincón de su oficina, sin que nadie lo viera, el procedimiento que se hacía de la ratificación de la detención, como un hecho notorio, es que el oficial administrativo copiaba o elaboraba un resumen de las constancias de la averiguación previa, principalmente del parte informativo y en base a esa transcripción o resumen de constancias se confeccionaba la ratificación de la detención en el auto denominado de radicación y el Juez lo firmaba, con ello se tenía por ratificada la detención, ninguna persona externa al Juzgado participaba y menos tenía conocimiento de la ratificación de la detención y mucho menos el probable responsable que se encontraba detenido en la celda del centro de reclusión, las partes de enteraban de la ratificación de la detención hasta que se notificaba de la hora y fecha de la declaración preparatoria que también se señalaba en el auto de radicación, cuando el defensor se presentaba a la declaración preparatoria ya la detención estaba ratificada, ya no había nada que



hacer contra ese acto, y bien es cierto que ese auto era apelable o bien se podía interponer un juicio de garantía indirecto, en cuanto se dictaba el auto de formal prisión o de sujeción a proceso se establecía el denominado cambio de situación jurídica y el recurso de apelación o el juicio de garantías indirecto ya de nada servía.

Ahora, en el Sistema Penal adversarial, el Juez de Control ya no tiene al Oficial Administrativo que transcriba las constancias de la carpeta de investigación, ya no tiene al Secretario de Acuerdos que le haga el auto de radicación y ratifique la detención y mucho menos tiene la carpeta de investigación, ni siquiera debe saber cómo fue la detención.

El Juez de Control tiene que calificar o ratificar la detención escuchando a las partes, tanto al Ministerio Público, a la defensa y al propio imputado el cual debe estar presente en la audiencia, es decir, que la audiencia de control de la legalidad de la detención es un sagrado acto jurídico, en donde la defensa y el imputado tienen la oportunidad de hacerle saber al Juez de Control que la detención fue ilegal, que los policías mienten, que no es verdad que fue detenido de determinada forma, que la detención no ocurrió como lo narran los policías, que no llevaba los supuestos objetos ilícitos, que no cometió la conducta ilícita, etcétera; el Juez de Control ya no califica o ratifica la detención del imputado en el oscuro rincón de su oficina ahora lo hace a la luz y a la vista de todos, escuchando a las partes incluyendo al propio detenido.

En el sistema tradicional la ratificación o calificación de la detención en la práctica no era más que un mero formalismo, no tenía la importancia y el significado que nuestra Constitución le otorgaba, y ahora en el

aún nuevo Sistema Penal estamos descubriendo que el control de la legalidad de la detención también se está volviendo un mero formalismo, está perdiendo su importancia y significado, se está viciando nuevamente su aplicación.

Se está llegando al grado de que los participantes en la audiencia inicial tanto el imputado, el defensor, el Ministerio Público y el Juez de Control, están más concentrados en una solución alterna del procedimiento o bien una forma de terminación anticipada del proceso, que en descubrir la verdad de lo que ocurrió en la detención en caso de que no se haya seguido el procedimiento establecido por el código procesal penal nacional.

Antes de que inicie la audiencia inicial, la policía y el Ministerio Público empiezan a *trabajar* al imputado y a la defensa tratando de convencerlos y ofertarles la propuesta de una suspensión condicional del proceso o un procedimiento abreviado, incluso proponerlo en la propia audiencia inicial, lo que conlleva a la distracción de pasar lo más rápido posible las “*subetapas*” de la audiencia inicial (control de la legalidad de la detención, formulación de imputación, aún las precisiones y aclaraciones correspondientes y la solicitud de vinculación a proceso), para llegar rápidamente a la propuesta de una suspensión condicional del proceso o un procedimiento abreviado y que con ello pueda obtener el imputado su libertad.

El sistema se ha ido corrompiendo y contaminando respecto al control de la legalidad de la detención, sobre todo por la idea de que el Sistema Penal adversarial tiene como supuesta finalidad de que los procedimientos tienen que terminarse a la brevedad posible.

Existen muchos asuntos en los que se debería de calificar de no legal la detención, sin embargo, incluso antes de que comience la audiencia inicial ya se percibe la idea de concluir el proceso lo más pronto posible, inclusive en la propia audiencia antes de pasar a las medidas cautelares se propone la suspensión condicional del proceso o bien el procedimiento abreviado, pasando desapercibido prácticamente el control de la legalidad de la detención, convirtiéndose en un mero formalismo para pasar a las siguientes etapas.

Si la policía realizó la detención del imputado en flagrancia e hizo diligencias sin la conducción del Ministerio Público u obtuvo datos de pruebas o referencias sin el mando y control de la autoridad ministerial, conforme a lo que se ha establecido en el presente escrito, bien valdría la pena que en la audiencia inicial se hicieran valer los argumentos que se han descrito, y si el Juez de Control los pasa de largo y califica de legal la detención, entonces lo jurídicamente válido sería interponer el recurso de apelación correspondiente o bien un juicio de amparo indirecto, en lugar de apresurarse a obtener una suspensión condicional del proceso o un procedimiento abreviado.

Existe la duda respecto si procede el recurso de apelación en contra del control de la calificación de la detención, pues dicho recurso no está expresamente previsto en el artículo 467 del Código Nacional de Procedimientos Penales, sin embargo, en ese precepto legal sí está previsto el recurso de apelación en contra del auto que resuelva sobre la vinculación del imputado a proceso, por lo que sería importante apelar el auto de vinculación a proceso o interponer un juicio de garantías indirecto en contra de la vinculación a proceso, porque

ello obligaría al Magistrado del Tribunal Unitario o al Juez de Distrito que conozca del juicio de amparo a analizar el control de la legalidad de la detención realizada por el Juez de Control, esto es, recurriendo el auto de vinculación a proceso necesariamente se tiene que analizar el control de la legalidad de la detención.

La tesis aislada con número de registro 2015419, emitida por Tribunales Colegiados con el rubro *AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. SI EN EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO SÓLO SE RECLAMÓ ÉSTE, EL JUEZ DE DISTRITO NO DEBE CONSTREÑIRSE A ANALIZAR SI SATISFACE LOS REQUISITOS DEL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, SINO TAMBIÉN A EXAMINAR LOS TEMAS RESTANTES SOBRE LOS QUE SE PRONUNCIÓ EL JUEZ DE CONTROL EN LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN Y QUE CONVERGEN EN EL DESARROLLO DE LA AUDIENCIA INICIAL*,<sup>6</sup> en ella se refiere que si en el juicio de garantías indirecto se señala como acto reclamado únicamente el auto de vinculación a proceso, el Juez amparista no debe constreñirse a analizar si dicha resolución satisface los requisitos del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, esto es, el delito imputado al

<sup>6</sup> Época: Décima Época; Registro: 2015419; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Tipo de Tesis: Aislada; Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Libro 47, octubre de 2017, Tomo IV; Materia(s): Común, Penal; Tesis: I.6o.P.89 P (10a.); Página: 2409. AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. SI EN EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO SÓLO SE RECLAMÓ ÉSTE, EL JUEZ DE DISTRITO NO DEBE CONSTREÑIRSE A ANALIZAR SI SATISFACE LOS REQUISITOS DEL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, SINO TAMBIÉN A EXAMINAR LOS TEMAS RESTANTES SOBRE LOS QUE SE PRONUNCIÓ EL JUEZ DE CONTROL EN LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN Y QUE CONVERGEN EN EL DESARROLLO DE LA AUDIENCIA INICIAL. Amparo en revisión 129/2017. 13 de julio de 2017. Unanimidad de votos. Ponente: Roberto Lara Hernández. Secretario: Gabriel Casas García. Esta tesis se publicó el viernes 27 de octubre de 2017 a las 10:37 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión, sino también debe examinar, en suplencia de la deficiencia de la queja la legalidad de la detención; la formulación de la imputación; las medidas cautelares impuestas al imputado y el plazo decretado para el cierre de la investigación complementaria, puesto en todos ellos existe una estrecha relación.

Asimismo, existe la Tesis Aislada con número de registro 2014463, publicada también por los Tribunales Colegiados de Circuito, cuyo rubro dice: *CALIFICACIÓN DE LA DETENCIÓN EN EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL ACUSATORIO. SI SE RECLAMA EN EL JUICIO DE AMPARO CONJUNTAMENTE CON EL AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO Y LA MEDIDA CAUTELAR DE PRISIÓN PREVENTIVA IMPUESTA, NO SE ACTUALIZA LA CAUSA DE IMPROCEDENCIA POR CAMBIO DE SITUACIÓN JURÍDICA, PREVISTA EN EL ARTÍCULO 61, FRACCIÓN XVII, DE LA LEY DE LA MATERIA*,<sup>7</sup> de cuyo contenido se desprende que si en el juicio de garantías indirecto se reclaman conjuntamente la determinación que califica y ratifica

<sup>7</sup> Época: Décima Época; Registro: 2014463; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Tipo de Tesis: Aislada; Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Libro 43, junio de 2017, Tomo IV; Materia(s): Común; Tesis: I.6o.P.82 P (10a.); Página: 2874. CALIFICACIÓN DE LA DETENCIÓN EN EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL ACUSATORIO. SI SE RECLAMA EN EL JUICIO DE AMPARO CONJUNTAMENTE CON EL AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO Y LA MEDIDA CAUTELAR DE PRISIÓN PREVENTIVA IMPUESTA, NO SE ACTUALIZA LA CAUSA DE IMPROCEDENCIA POR CAMBIO DE SITUACIÓN JURÍDICA, PREVISTA EN EL ARTÍCULO 61, FRACCIÓN XVII, DE LA LEY DE LA MATERIA. Queja 9/2017. 16 de febrero de 2017. Unanimidad de votos. Ponente: Roberto Lara Hernández. Secretario: Víctor Hugo Sánchez Frías. Esta tesis se publicó el viernes 09 de junio de 2017 a las 10:15 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

de legal la detención, el auto de vinculación a proceso y la medida cautelar de prisión preventiva impuesta al imputado, no se actualiza la causa de improcedencia por cambio de situación jurídica, prevista en el artículo 61, fracción XVII, de la Ley de Amparo, respecto de la calificación de la detención, pues se trata de actos judiciales de naturaleza distinta y específica; denotando que al examinar la calificación de la detención, posibilita analizar los datos de prueba resultantes de ésta y, en su caso, nulificarlos, si se declara ilegal, lo que trasciende en la valoración probatoria que realice el Juez de Control en la emisión del auto de vinculación a proceso.

También obra otra Tesis Aislada con número de registro 2012483, emitida también por Tribunales Colegiados de Circuito, con rubro *RATIFICACIÓN DE LA DETENCIÓN. EL AMPARO INDIRECTO EN SU CONTRA ES PROCEDENTE, SIEMPRE QUE SE RECLAME JUNTO CON EL AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO Y POR ENDE, NO SE ACTUALIZA UN CAMBIO DE SITUACIÓN JURÍDICA*,<sup>8</sup> en la que se puede leer que con el dictado del auto de vinculación a proceso no se provoca un cambio de situación jurídica, en correlación con la ratificación de la detención, que actualice la causa de improcedencia

<sup>8</sup> Época: Décima Época; Registro: 2012483; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Tipo de Tesis: Aislada; Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Libro 34, septiembre de 2016, Tomo IV; Materia(s): Común; Tesis: II.1o.44 P (10a.); Página: 2939. RATIFICACIÓN DE LA DETENCIÓN. EL AMPARO INDIRECTO EN SU CONTRA ES PROCEDENTE, SIEMPRE QUE SE RECLAME JUNTO CON EL AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO Y POR ENDE, NO SE ACTUALIZA UN CAMBIO DE SITUACIÓN JURÍDICA. Amparo en revisión 55/2016. 26 de mayo de 2016. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Arturo Sánchez Jiménez. Secretaria: Carmen Yadira Reyes Muñoz. Nota: Esta tesis es objeto de la denuncia relativa a la contradicción de tesis 203/2017, pendiente de resolverse por la Primera Sala. Esta tesis se publicó el viernes 02 de septiembre de 2016 a las 10:11 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

prevista en el artículo 61, fracción XVII, de la Ley de Amparo, pues la restricción de la libertad no deriva de dicho auto de vinculación a proceso, el cual tiene únicamente la finalidad de sujetar a una persona a una investigación judicializada.

#### IV. CONCLUSIONES

Los criterios jurisprudenciales anotados nos dan la clara pauta para recurrir a los tribunales superiores la legal calificación de la detención, si los policías actuaron en una detención en flagrancia y/o obtuvieron datos de pruebas sin la conducción y mando del Ministerio Público y el Juez de Control calificó de legal la detención, al interponer el recurso de apelación o el juicio de garantías indirecto, es viable hacerlo contra el auto que decretó la vinculación a proceso y en nuestros escritos en primer lugar lo recomendable sería abrir un capítulo sobre la detención y desarrollar por qué se debió de haber decretado de ilegal la misma, y exponer las violaciones cometidas por los policías aprehensores al actuar de *motu proprio*, sin la conducción y mando del Ministerio Público, como se ha expuesto.

Quiero señalar que es de suma importancia que cada uno de los argumentos que se tengan que hacer, para efectos de señalar que los policías actuaron sin la conducción y mando del Ministerio Público, deben expresarse en la propia audiencia para efectos de que quede el registro de las mismas, pues de no ser así, no se podrán hacer valer en el recurso de apelación o un juicio de garantías indirecto las argumentaciones que no fueron expuestas en la audiencia, pues se considerara que fuimos omisos en controvertir algún aspecto en la audiencia, por lo que no se sometió a debate lo concerniente a un hecho concreto por lo que éste resultaría novedoso y no

podría dirimirse en una apelación o juicio de garantías indirecto, como sustento de ello, se señala el criterio jurisprudencial consistente en una tesis aislada con número de registro 2016446, publicada por Tribunales Colegiados de Circuito, cuyo rubro es *CONTRADICCIÓN. ESTE PRINCIPIO DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO Y ORAL, IMPIDE DISCUTIR EN SEDE CONSTITUCIONAL LOS ASPECTOS OBJETIVOS DE LA PRUEBA QUE NO FUERON DEBATIDOS EN LA AUDIENCIA CORRESPONDIENTE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUANAJUATO)*.<sup>9</sup>

#### V. Bibliografía

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente.
- Código Nacional de Procedimientos Penales vigente.
- Código Federal de Procedimientos Penales abrogado.
- Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República.
- Protocolo Nacional de Primer Respondiente.
- Semanario Judicial de la Federación.

<sup>9</sup> Época: Décima Época; Registro: 2016446; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Tipo de Tesis: Aislada; Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Libro 52, marzo de 2018, Tomo IV; Materia(s): Común, Penal; Tesis: XVI.1o.P.26 P (10a.); Página: 3345. *CONTRADICCIÓN. ESTE PRINCIPIO DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO Y ORAL, IMPIDE DISCUTIR EN SEDE CONSTITUCIONAL LOS ASPECTOS OBJETIVOS DE LA PRUEBA QUE NO FUERON DEBATIDOS EN LA AUDIENCIA CORRESPONDIENTE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUANAJUATO)*. Amparo directo 108/2017. 23 de noviembre de 2017. Unanimidad de votos. Ponente: Alberto Augusto De La Rosa Baraibar. Secretaria: Paola Patricia Ugalde Almada. Esta tesis se publicó el viernes 16 de marzo de 2018 a las 10:19 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

---

## **La extradición y los lapsos de la detención, un estudio de derecho comparado**

*Juan Pablo Rosario Ortega \**

*A Ingrid Getsemaní Rosario Guzmán*

RESUMEN: La extradición es un tema que ha tenido relevancia en nuestro país, por ello consideramos importante realizar un estudio sobre su concepto, naturaleza jurídica y el lapso de la detención que encuentra fundamento en el artículo 119 párrafo tercero de nuestra Constitución. En ocasiones, dicho plazo ha generado confusión entre los juristas en relación a sus alcances y aplicación al momento de la detención de una persona que podrá ser eventualmente extraditada. Así mismo, realizamos un estudio de derecho comparado, tomando como base, cada uno de los tratados internacionales en materia de extradición celebrados por nuestro país, referente a los diversos lapsos de detención provisional que se establecen.

SUMARIO: I. Extradición. II. Naturaleza jurídica. III. Lapso de la detención en nuestro sistema jurídico. IV. Lapso de la detención en otros sistemas jurídicos. V. Conclusiones. VI. Fuentes de consulta.

---

\* Profesor de la Universidad Tecnológica de México, Campus Ecatepec.



## I. Extradición

### A. Ubicación de la extradición

La extradición es una figura jurídica relacionada con tres materias del derecho: el Derecho Internacional, Derecho Penal y Derecho Procesal.

Con la primera, debido a la regulación y desarrollo de la figura a través de los tratados internacionales. Con el Derecho Penal, por la relación con los *hechos delictivos* cometidos por una persona que busca evadir la acción de la justicia saliendo del país, o bien, se escapa de un centro penitenciario y así deja inconclusa el cumplimiento de la pena prevista en una sentencia.

Y finalmente, con el Derecho Procesal en el entendido que el procedimiento de extradición es un procedimiento administrativo seguido en forma de juicio con las formalidades esenciales.

La extradición es un tema estudiado desde distintas ópticas jurídicas; sin embargo, a consideración del que escribe, encuentra su origen en el Derecho Internacional, derivado de su objeto de estudio; la relación jurídica entre los diversos sujetos internacionales con la finalidad de mantener la paz y la seguridad internacional, en ese sentido, el instrumento que va a facilitar la realización de dichas relaciones es el tratado internacional.

### B. Tratados Internacionales

Los tratados internacionales ocupan un lugar fundamental en el Derecho Internacional, según Max Sorensen, *las reglas de derecho internacional que hoy son más numerosas e importantes son las convencionales, las que resultan de los tratados*<sup>2</sup>. Actualmente las relaciones

<sup>2</sup> Sorensen, Max.: *Manual...cit.*, p.154

internacionales se diseñan con base en las reglas de convivencia internacional contenidas en los tratados.

Para establecer una definición de tratado internacional, se toma como referencia la aportada por la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados en el artículo 2º, inciso a, que dice lo siguiente:

*Artículo 2. Términos empleados. 1. Para los efectos de la presente Convención: a) se entiende por “tratado” un acuerdo internacional regido por el derecho internacional y celebrado por escrito: i) entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales; o ii) entre organizaciones internacionales, ya conste ese acuerdo en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.*

De la definición anterior establecemos que los tratados internacionales son acuerdos internacionales cuya base es, el consentimiento otorgado por las naciones en instrumentos únicos y conexos (protocolos).

Los tratados internacionales regulan una pluralidad de temas, de los cuales, la cooperación internacional y jurídica, son ejes torales de la extradición como institución del Derecho Internacional.

### C. Concepto de extradición

La extradición es una institución que se ubica en el Derecho Internacional, su regulación la encontramos en tratados bilaterales y en la Ley de Extradición Internacional, en el caso de México.

En este sentido, la extradición es una figura jurídica que se define partiendo de la aportación que realiza Reyes Tayabas en los siguientes términos:

*Una fórmula jurídica cuyo objeto es hacer operante el auxilio que un Estado preste a otro Estado, consistente en la entrega de alguna persona que hallándose en su territorio esté legalmente señalada como probable responsable o como sentenciado prófugo, por delito cometido fuera de la jurisdicción del requerido y dentro de la del requirente, con el objeto de que éste pueda procesarlo o sujetarlo al cumplimiento de una condena.*<sup>3</sup>

De la definición anterior, señalamos los elementos importantes: la extradición es una fórmula jurídica cuyo objeto es la cooperación entre Estados para la entrega de una persona que ha cometido un hecho delictivo y que al salir del país donde lo cometió, busca evadir la acción de la justicia. También se hace hincapié en el supuesto de una persona privada de su libertad bajo prisión punitiva, se fuga del centro de reclusión, huyendo a otro país.

El objeto de la extradición es determinante: la persona una vez extraditada, puede ser procesada o bien, sujetarla a terminar de cumplir la pena que le ha sido impuesta.

Para finalizar este apartado, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, define la extradición como *el acto mediante el cual un Estado hace entrega de una persona que se halla en su territorio, a otro Estado, que la reclama por tener ahí el carácter de inculpada, procesada o convicta por la comisión de un delito, a fin de que sea sometida a juicio o reclusa para cumplir con la pena impuesta.*<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Reyes Tayabas, Jorge.: *Extradición...cit.*, p. 45.

<sup>4</sup> Tesis: P. XIX/200, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XIV, octubre de 2001, p. 21.

## II. Naturaleza Jurídica

La naturaleza jurídica de la extradición toma como base dos posturas, *las corrientes que imperan respecto a la naturaleza jurídica de la extradición la consideran a) un acto de cooperación o asistencia entre Estados y b) un acto de soberanía.*<sup>5</sup>

La primer postura parte de la base del acto de cooperación internacional, esta visión se sustenta en los principios que rigen a la política exterior, los cuales encontramos en el artículo 89, fracción X, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

*Artículo 89. Las facultades y obligaciones del Presidente, son las siguientes:*

*X.- Dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, así como terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones interpretativas sobre los mismos, sometiéndolos a la aprobación del Senado. En la conducción de tal política, el titular del Poder Ejecutivo observará los siguientes principios normativos: la autodeterminación de los pueblos; la no intervención; la solución pacífica de controversias; la proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales; la igualdad jurídica de los Estados; la cooperación internacional para el desarrollo; el respeto, la protección y promoción de los derechos humanos y la lucha por la paz y la seguridad internacionales;*

Del texto constitucional se desprenden varios principios de política exterior, sin embargo, la cooperación internacional es la que tiene relación con el tema de

<sup>5</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación.: *La extradición...cit.*, pp. 32-33.

estudio, en virtud de la conducta realizada por los Estados para ayudar a mantener la paz y la seguridad internacional.

La autora Sara Pérez Kasparian, hablando sobre la naturaleza jurídica, aporta lo siguiente:

*La naturaleza jurídica de la extradición está en correspondencia con sus objetivos de hacer eficaz la lucha contra la impunidad, y en este sentido, todas las convenciones y tratados bilaterales, ya sea en su preámbulo o artículos, así lo reflejan, igual cuestión queda de manifiesto en las Leyes internas de los Estados, regulatorias de la materia, la Convención Interamericana sobre extradición, caracas, 1981, en su primer y tercer párrafos, expresa su fundamento hacia perfeccionar la cooperación internacional y que los estrechos lazos y cooperación existentes imponen extender la extradición a fin de evitar la impunidad de los delitos.<sup>6</sup>*

La naturaleza jurídica de la extradición tiene mucha relación con el perfeccionamiento y eficacia de la cooperación internacional para efectos de erradicar la impunidad en los hechos delictivos, cuestión con la que se esta de acuerdo y se considera como su finalidad.

La segunda postura establece, la naturaleza jurídica de la extradición es un acto de soberanía; es decir, los Estados miembros de la comunidad internacional gozan del pleno ejercicio de su potestad soberana manifestada en la entrega de una persona a otro país.

En el Estado requerido la entrega de una persona podría no ser acordada y en consecuencia negada, en este supuesto, operaría el principio denominado *Aut dedere*

<sup>6</sup> Pérez Kasparian, Sara.: *México...cit.*, p.49.

*aut judicare*, el cual, a consideración de Dondé Matute, se trata de una *una formula incluida en diversos tratados que establecen la tipificación de crímenes internacionales o delitos transnacionales, para minimizar las brechas de impunidad al exigirle al estado requerido que lleve a cabo el proceso penal correspondiente si se negara a extraditar.<sup>7</sup>*

En relación con la interpretación del principio, se entiende cómo es que los países se encuentran vinculados; es decir, si el Estado requerido determina que la extradición no se pudo concretar y por ende es negada, en uso de su potestad soberana, está obligado a iniciar proceso en contra de la persona reclamada.

Esta línea argumentativa ha sido adoptada por el sistema penal mexicano, encontrando su fundamento en el artículo 2° del Código Penal Federal, que dice lo siguiente:

*Artículo 2o.- Se aplicará, asimismo:*

*I. Por los delitos que se inicien, preparen o cometan en el extranjero, cuando produzcan o se pretenda que tengan efectos en el territorio de la República; o bien, por los delitos que se inicien, preparen o cometan en el extranjero, siempre que un tratado vinculativo para México prevea la obligación de extraditar o juzgar, se actualicen los requisitos previstos en el artículo 4o. de este Código y no se extradite al probable responsable al Estado que lo haya requerido...*

En suma, tenemos dos posturas que han generado debate sobre la naturaleza jurídica de la extradición. Con base en lo anterior, la Suprema Corte de Justicia

<sup>7</sup> Dondé Matute, Javier.: *Extradición...cit.*, p.119.

de la Nación vino a resolver la problemática expuesta en los siguientes términos: *...lo anterior es así, porque la extradición es un acto de soberanía fundado en el principio de reciprocidad, conforme al cual, en ambos países la conducta desplegada debe ser considerada como delito...*<sup>8</sup>

La tesis aislada del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, precisa que la naturaleza jurídica de la extradición es un *acto de soberanía*, fundada en el principio de reciprocidad; es decir, ante la solicitud de extradición de una persona, del Estado A al B y en el entendido que se lleve a cabo la entrega del sujeto, a la postre, cuando el Estado B, le llegare a solicitar a una persona en extradición al Estado A, éste en virtud del principio de reciprocidad, no deberá negar la solicitud.

### III. Lapso de la detención en materia de extradición en el sistema jurídico mexicano

El lapso de detención es un tiempo determinado en virtud del cual el Estado requerido podrá privar de la libertad a una persona para ser extraditada. En el sistema jurídico mexicano, dicho lapso se encuentra en la Constitución Política, específicamente en el artículo 119, párrafo tercero, cuyo texto establece lo siguiente:

*Artículo 119. ...Las extradiciones a requerimiento de Estado extranjero serán tramitadas por el Ejecutivo Federal, con la intervención de la autoridad judicial en los términos de esta Constitución, los Tratados Internacionales que al respecto se suscriban y las leyes reglamentarias. En esos casos, el auto del juez que mande cumplir la requisitoria será bastante*

<sup>8</sup> Tesis: P. XIX/200, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XIV, octubre de 2001, p. 21.

*para motivar la detención hasta por sesenta días naturales.*

Del artículo antes citado, se desprenden que cuando el juez mande cumplir la requisitoria, será bastante para detener a una persona hasta sesenta días naturales.

La forma en la cual está redactado el lapso de la detención, motivó entre la comunidad jurídica confusión y zozobra. Se creía bajo una interpretación errónea que esos sesenta días naturales se referían al tiempo máximo que debía durar todo el procedimiento de extradición.

El autor Javier Dondé Matute, hace patente esta preocupación y destaca algunas consecuencias jurídicas que genera el procedimiento de extradición: *una de las consecuencias más graves que tiene el proceso de extradición es que motiva la privación de la libertad de la persona requerida durante el proceso, aspecto que resulta preocupante por el tiempo que puede durar la detención.*<sup>9</sup>

La privación de la libertad de una persona que pretende ser sujeta al procedimiento de extradición es motivo de reflexión y análisis, en el sentido de precisar el tiempo de duración de ésta.

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación entró al estudio de la interpretación del artículo 119 Constitucional en el sentido que, si bien el texto constitucional contempla sesenta días naturales por motivo de la detención en materia de extradición, lo cierto es que el plazo aludido únicamente es aplicable cuando la persona o sujeto a extraditar se encuentra gozando de libertad y, con motivo de la detención provisional es privado de ella.

<sup>9</sup> Dondé Matute, Javier.: *op. cit.*, p. 9.



Una vez aprehendida la persona, se le hará de su conocimiento el lapso que deberá durar su privación de la libertad en el Estado requerido. El plazo de sesenta días naturales es para que el Estado requirente pueda plantear y hacer llegar en forma, por la vía diplomática al Estado requerido, la solicitud formal de extradición.

En este sentido, de fenecer los sesenta días del plazo de detención y el Estado requirente no planteó la solicitud formal de extradición se deberá poner en inmediata libertad al extraditable.

En el supuesto que la persona continúe privada de su libertad más allá del plazo de sesenta días, será considerada prolongación de la detención y se generará violación directa al artículo 119 constitucional, párrafo tercero y al numeral que regule la detención provisional en cada tratado internacional, el cual va a depender del país con quien se vea implicada la extradición.

En relación a lo anterior, invocamos el texto de la jurisprudencia:

*EXTRADICIÓN INTERNACIONAL. EL HECHO DE QUE EL SUJETO RECLAMADO CONTINÚE PRIVADO DE SU LIBERTAD DESPUÉS DE QUE EL ESTADO REQUIRENTE PRESENTA EN TIEMPO LA SOLICITUD FORMAL RELATIVA, NO IMPLICA PROLONGACIÓN DE LA DETENCIÓN NI VIOLACIÓN DIRECTA AL ARTÍCULO 119, PÁRRAFO TERCERO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.*

*Conforme al citado precepto constitucional, el plazo de detención de 60 días naturales para efectos de extradición se refiere exclusivamente a la detención provisional que como medida precautoria regulan*

*los artículos 17 y 18 de la Ley de Extradición Internacional, dado que esta interpretación es la que hace posible la extradición, como institución de derecho internacional basada en el principio de reciprocidad, por virtud del cual se busca la colaboración en la entrega de un indiciado, procesado, acusado o sentenciado por parte del Estado requerido, a efecto de que el Estado requirente tenga garantizada la efectiva procuración y administración de justicia en el territorio donde ejerce soberanía. Una interpretación contraria, en el sentido de que el mencionado plazo constitucional se refiere al periodo máximo de detención durante todo el procedimiento administrativo de extradición, haría imposible lograr la intención del Constituyente respecto del cumplimiento de los pactos internacionales de cooperación, tendientes a evitar la impunidad de los delitos, en tanto sería insuficiente para desahogar la solicitud de detención provisional y, una vez tramitada la petición formal de extradición, decidir lo conducente y, en su caso, acordar la entrega del reclamado al Estado requirente. Por tanto, la circunstancia de que el sujeto reclamado continúe privado de su libertad después de que se presente en tiempo la solicitud formal de extradición con los requisitos correspondientes no implica prolongación de su detención ni violación directa al artículo 119, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, porque el plazo constitucional de 60 días naturales se refiere exclusivamente a su detención provisional y al decretarse su detención formal en el procedimiento especial de extradición, su situación jurídica cambia porque la privación de*



*la libertad ya no deriva de la medida precautoria, sino que encuentra su fundamento en los mismos fines esenciales de ese procedimiento, pues de lo contrario no podría cumplirse el compromiso internacional de entregar al Estado requirente a la persona reclamada.*<sup>10</sup>

El referido criterio jurisprudencial es importante porque nos aporta puntos de análisis sobre el desarrollo del procedimiento de extradición que comento a continuación.

Se parte de la premisa, que el plazo del artículo 119 de la Constitución, es únicamente el periodo máximo de detención por el cual una persona es privada de su libertad en el Estado requerido; es decir, es una medida cautelar que estará vigente hasta en tanto el Estado requirente presente la solicitud formal de extradición.

La extradición es una institución del Derecho Internacional que se basa en el principio de reciprocidad, por ello, se busca la colaboración de otro Estado para la entrega del extraditable y pueda ser procesado o bien para que termine de compurgar una pena punitiva.

Se establece que los sesenta días naturales no deben interpretarse en el sentido de ser el plazo máximo de detención de *todo* el procedimiento de extradición bajo el razonamiento que dicho lapso es muy corto para sustanciar todo el procedimiento de extradición y resolver sobre la entrega del sujeto.

<sup>10</sup> Tesis: P./J. 25/2008, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVII, febrero de 2008, p. 7

Cuando una persona continúe privada de su libertad una vez que fue presentada en tiempo la solicitud formal de extradición, no se debe entender como prolongación de la detención ya que la situación jurídica del extraditable cambió con la presentación de dicha solicitud y el que siga privado de su libertad ya no es bajo la medida cautelar (detención provisional) sino, por motivo de los fines propios que persigue la institución de la extradición.

Es de resaltar el compromiso internacional que conlleva la extradición; la entrega de un sujeto solicitado por un país extranjero, al hacerlo se cumple con los pactos internacionales de cooperación.

Para finalizar este apartado, es necesario precisar el lapso de detención regulado por nuestra Constitución, el de sesenta días naturales, el cual puede ser considerado como un plazo *general*; es decir, puede variar en atención a la regulación en cada tratado de extradición celebrado por nuestro país.

#### **IV. Lapso de la detención en otros sistemas jurídicos**

En cada tratado de extradición encontraremos plazos de detención distintos; es decir, en algunos se manejan lapsos de detención provisional mayores o menores a sesenta días naturales, esto dependerá de la regulación en específico de cada tratado y con motivo de la urgencia, la cual cada Estado deberá fundar y motivar.

Para realizar el paragón de los lapsos de detención establecidos en los tratados internacionales de extradición que nuestro país ha celebrado, los consultamos en el buscador de la Secretaría de Relaciones Exteriores, en la siguiente dirección: [https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/consulta\\_nva.php](https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/consulta_nva.php)

Encontrando que el Estado Mexicano ha suscrito treinta y un tratados en materia de extradición que se encuentran vigentes y cuatro protocolos; con los Australia, Argentina, Belice, Bolivia, Canadá Chile, Colombia, Corea, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos de Norteamérica, Francia, Guatemala, India, Italia, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, República Helénica y Uruguay.

Los cuatro protocolos son los referentes a los tratados de extradición celebrados con Estados Unidos de Norteamérica, Brasil y España, con éste último dos protocolos.

Los protocolos son anexos que contienen alguna modificación al texto original del tratado de extradición respectivo.

***A. Tratados internacionales en materia de extradición celebrados por México que regulan la detención provisional en un lapso de 60 días***

Revisando el catálogo de tratados celebrados por nuestro país, encontramos que en *veinticuatro* de ellos se regula la detención provisional con fines de extradición bajo los parámetros del plazo general de sesenta días naturales.

A fin de ilustrar lo anterior presentamos un desglose precisando: el país, fundamento de la detención provisional en el tratado correspondiente y el lapso que se contempla para la detención.

País	Fundamento de la detención provisional con fines de extradición	Lapso de la detención
Australia	Artículo 19 párrafo 4°	60 días naturales
Argentina	Artículo 11 párrafo 3°	60 días naturales
Belice	Artículo 11 párrafo 3°	60 días naturales
Bélgica	Artículo 5°	60 días naturales
Bolivia	Artículo 9 párrafo 3°	60 días naturales
Canadá	Artículo X párrafo 4°	60 días naturales
Chile	Artículo 17 párrafo 4°	60 días naturales
Colombia	Artículo 9 párrafo 3°	60 días naturales
Corea	Artículo 11 párrafo 4°	60 días naturales
Costa Rica	Artículo 10	60 días naturales
Ecuador	Artículo 8 párrafo 3°	60 días naturales
El salvador	Artículo 13 párrafo 1°	60 días naturales
Estados Unidos de Norteamérica	Artículo 11 párrafo 3°	60 días naturales
Francia	Artículo 18 párrafo 4°	60 días naturales
Guatemala	Artículo 9 párrafo 2°	60 días naturales
India	Artículo 11 párrafo 3°	60 días naturales
Italia	Artículo 12 párrafo 4°	60 días naturales
Nicaragua	Artículo X párrafo 4°	60 días naturales
Panamá	Artículo X párrafo 4°	60 días naturales
Paraguay	Artículo 18 párrafo 4°	60 días naturales
Perú	Artículo 9 párrafo 4°	60 días naturales
República dominicana	Artículo 8 párrafo 3°	60 días naturales
República helénica	Artículo 11 párrafo 4°	60 días naturales
Uruguay	Artículo 11 párrafo 3°	60 días naturales

Como se puede apreciar, en la mayoría de tratados se regulan los plazos de detención bajo el criterio general de sesenta días naturales con motivo de la detención provisional para fines de extradición.

Es de destacar la existencia de *siete* tratados en materia de extradición celebrados por nuestro país donde encontraremos una reglamentación diversa; es decir, lapsos *de detención menores o mayores al general*, es decir sesenta días naturales.

***B. Tratados internacionales en materia de extradición celebrados por México que regulan la detención provisional en lapsos mayores a sesenta días***

El doctrinario Dondé Matute, establece que *en los tratados de extradición se pueden encontrar algunas excepciones a estos señalamientos, como casos en que el plazo previsto es mayor al señalado constitucionalmente en México.*<sup>11</sup>

El Estado Mexicano tiene celebrados dos tratados de extradición en donde se regulan plazos de detención mayores al general. El caso de Brasil y los Países Bajos, es de noventa días.

***Brasil***

El tratado de extradición entre México y Brasil contempla el plazo de noventa días para efectos de la prisión (detención) provisional, mismo que se desprende de la lectura del artículo V párrafo tercero que a continuación se muestra.

*Si, dentro de noventa días, contados desde aquel en que se hubiere efectuado la prisión provisional, el Estado requerido no recibiere el pedido formal de extradición debidamente instruido, el detenido*

*será puesto en libertad, sin perjuicio del proceso de extradición.*

Como se puede apreciar, en el caso específico del procedimiento de extradición entre Brasil y nuestro país, el lapso de la prisión provisional cambia de manera notable a contraste, con el plazo general indicado en los demás tratados.

***Países bajos***

El tratado de extradición celebrado con los Países Bajos regula la detención provisional con un lapso de detención provisional de noventa días. El artículo XII del tratado dice:

*El prófugo detenido provisionalmente conforme al artículo anterior, será puesto en libertad, a menos que su detención deba continuar por otro motivo, si no fuere presentada la demanda de extradición a que se refiere el artículo IX, en el transcurso de noventa días contados desde la fecha de la detención provisional.*

De la lectura se desprende que, un sujeto reclamado en extradición entre el gobierno de los Países Bajos y México, podrá estar privado de su libertad a través de la medida cautelar hasta noventa días.

Los tratados de extradición celebrados con Brasil y Países Bajos son los que establecen plazos de detención más elevados en comparativa con el plazo general.

***C. Tratados internacionales en materia de extradición celebrados por México que regulan la detención provisional en lapsos menores a sesenta días***

También encontramos tratados de extradición que regulan lapsos inferiores a sesenta días, tal es el caso, los firmados con el Reino Unido de la Gran Bretaña e

<sup>11</sup> Dondé Matute, Javier.: *op. cit.*, p. 12.

Irlanda, de treinta días; Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda *Bahamas*, de treinta días; España, con cuarenta y cinco días; Venezuela, de cuarenta y cinco días; y Portugal, dieciocho días con la posibilidad de ampliarse hasta cuarenta y cinco días.

### **Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda (y Bahamas)**

México tiene celebrado tratado de extradición con el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda; sin embargo, también encontramos otro tratado con el mismo nombre, pero con la diferencia que dice *Bahamas*. Una vez realizado el estudio correspondiente, encontramos la misma estructura en ambos, por ello, el artículo de la detención provisional es el mismo en ambos instrumentos internacionales.

En relación a lo anterior, el artículo X del tratado entre México y Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda y Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda (*Bahamas*) dice lo siguiente:

*...En la República Mexicana el Gobierno decidirá en la vía administrativa sobre la extradición, entretanto las leyes no establezcan un procedimiento judicial, en cuyo caso el acusado será consignado tan pronto como sea posible al Juez que la ley designe. De conformidad con este Artículo el reo será puesto en libertad, tanto en el Reino Unido como en la República Mexicana, si en el término de treinta días no se ha hecho la demanda de extradición por el Agente Diplomático del país respectivo, con arreglo a las estipulaciones de este Tratado.*

De la lectura se desprende el plazo de detención provisional, el cual no podrá exceder los treinta días. Como se advierte, es un plazo menor al que regula el texto constitucional y la mayoría de tratados internacionales.

### **España**

El caso del tratado de extradición entre España y México es particular porque el lapso de detención provisional no será de treinta días como se ha venido señalando, sino de cuarenta y cinco días; además, deja abierta la posibilidad a que dicho plazo pueda ampliarse hasta los sesenta días, de conformidad con el artículo 19, párrafo 5°, del tratado de referencia:

*La detención preventiva podrá alzarse en el plazo de cuarenta y cinco días si la Parte requerida no ha recibido la solicitud de extradición y los instrumentos mencionados en el artículo 15. En ningún caso podrá exceder de un plazo de sesenta días.*

### **Venezuela**

Un referente más, lo tenemos en el caso del tratado de extradición celebrado con Venezuela. En el numeral 18, párrafo tercero, podemos apreciar lo siguiente:

*Se pondrá fin a la detención preventiva si dentro del plazo de cuarenta y cinco días después de la aprehensión del reclamado, la Parte Requerida no ha recibido la solicitud formal de extradición y los instrumentos mencionados en el artículo XIV.*

De la lectura del artículo en comento, se observa como el lapso de la detención cuarenta y cinco días, siendo un plazo menor al general.

### **Portugal**

Finalmente, haremos referencia al tratado de extradición celebrado entre el gobierno de Portugal y México en materia de extradición, el cual merece comentarios en particular dada la singular regulación contenida en el artículo 13, párrafo quinto, dice lo siguiente:

*Por el medio más rápido, la Parte requerida comunicará a la Parte requirente el resultado de los actos practicados para la detención. La detención provisional se levantará si la solicitud formal de extradición no es recibida en un plazo de dieciocho días a partir de la detención provisional pudiendo, no obstante, prolongarse hasta por cuarenta días si las razones de la Parte requirente lo justifican.*

Estamos en presencia del plazo más corto de todos los regulados en los tratados internacionales en materia de extradición celebrados por México.

En relación con el texto en comento, es necesario destacar el plazo de detención provisional, establecido en dieciocho días, sin embargo, se hace hincapié; si el Estado requirente lo pide y justifica, dicho lapso puede ampliarse hasta un máximo de cuarenta y cinco días, en ese sentido, se oscila entre un mínimo y un máximo de días, dicho contexto lo consideramos práctico y progresista ya que delimita el lapso de detención del sujeto reclamado a lo necesario.

## V. Conclusiones

**Primera.** La extradición es una figura surgida en el contexto del derecho internacional, su regulación es a través de los diversos tratados firmados por las partes interesadas, los Estados y su naturaleza jurídica consiste, en ser un acto de soberanía basado en el principio de reciprocidad.

**Segunda.** Cuando una persona se encuentra en libertad en el Estado requerido, previos trámites, el Estado requirente solicitará la detención provisional con fines de extradición con la finalidad que dicho sujeto sea privado de su libertad por un lapso determinado.

**Tercera.** En el caso del sistema jurídico mexicano, el lapso de la detención para una persona que busca ser extraditada será de sesenta días naturales, esto encuentra su fundamento en el artículo 119 párrafo 3° de nuestra Constitución; sin embargo, los lapsos de detención pueden variar en atención al tratado específico.

**Cuarta.** Actualmente nuestro país tiene celebrados 31 tratados en materia de extradición, de los cuales en 24 se contemplan lapsos de detención provisional de sesenta días, en siete de ellos, manejan lapsos de detención provisional menores y mayores a sesenta días. Los casos de Brasil y los Países Bajos contemplan plazos de detención provisional de noventa días.

**Quinta.** Existen cinco tratados de extradición que contemplan plazos de detención menores a sesenta días, siendo con Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda, treinta días; Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda *Bahamas*, treinta días; España cuarenta días, dejando abierta la posibilidad hasta un máximo de sesenta días; Venezuela, cuarenta y cinco días; y finalmente Portugal, dieciocho días con la posibilidad de ampliarse hasta cuarenta y cinco días.

## VI. Fuentes de consulta

### Bibliográfica

- Dondé Matute, Javier.: *Extradición y debido proceso*. Instituto Nacional de Ciencias Penales, segunda edición, México, 2017.
- Pérez Kasparian, Sara.: *México y la extradición internacional*. Porrúa, segunda edición, México, 2005



- Reyes Tayabas, Jorge.: *Extradición internacional e interregional en la legislación mexicana*. Procuraduría General de la República. México, 1997.
- Sorensen, Max.: *Manual de derecho internacional público*. Fondo de Cultura Económica, novena reimpresión. México, 2004.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación.: *La extradición internacional*. Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, México 2008.

### **Tesis y Jurisprudencia**

- Tesis: P. XIX/200, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XIV, octubre de 2001, p. 21.
- Tesis: P./J. 25/2008, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVII, febrero de 2008, p. 7.

### **Instrumentos internacionales**

- Tratado de Extradición entre el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el gobierno de la República de Guatemala, Publicación Diario Oficial de la Federación, fecha de promulgación 13 junio 2005.
- Tratado de Extradición entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Costa Rica. Publicación Diario Oficial de la Federación, fecha de promulgación 23 agosto 2013.

- Tratado de Extradición entre el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el gobierno de la República Dominicana, Publicación Diario Oficial de la Federación, fecha de promulgación 31 agosto 2015.
- Tratado de Extradición entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Colombia. Publicación Diario Oficial de la Federación, fecha de promulgación 24 diciembre 2014.
- Tratado para la Extradición de Criminales entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda. Publicación Diario Oficial de la Federación, fecha de promulgación 5 febrero 1889.
- Tratado para la Extradición de Criminales entre los Estados Unidos Mexicanos y el reino unido de la Gran Bretaña e Irlanda (Bahamas). Publicación Diario Oficial de la Federación, fecha de promulgación 5 febrero 1889.
- Tratado entre la República Mexicana y el Reino de los Países Bajos, para la Extradición de Criminales. Publicación Diario Oficial de la Federación, fecha de promulgación 25 mayo / 10 junio 1909.
- Tratado de Extradición entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos del Brasil. Publicación Diario Oficial de la Federación, fecha de promulgación 12 abril 1938.
- Convención de Extradición entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de Bélgica, Publicación Diario Oficial de la Federación, fecha de promulgación 15 agosto 1939.

- Tratado de Extradición entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América. Publicación Diario Oficial de la Federación, fecha de promulgación 16 de mayo 1980.
- Tratado de Extradición y asistencia mutua en materia penal entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España. Publicación Diario Oficial de la Federación, fecha de promulgación 21 mayo 1980.
- Tratado de Extradición entre el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el gobierno de Belice. Publicación Diario Oficial de la Federación, fecha de promulgación 12 febrero 1990.
- Tratado de Extradición entre el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el gobierno de Canadá. Publicación Diario Oficial de la Federación, fecha de promulgación 28 enero 1991.
- Tratado de Extradición entre los Estados Unidos Mexicanos y Australia. Publicación Diario Oficial de la Federación, fecha de promulgación 31 mayo 1991.
- Tratado de Extradición y Asistencia Jurídica Mutua en Materia Penal entre el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el gobierno de la República de Chile, Publicación Diario Oficial de la Federación, fecha de promulgación 26 marzo 1997.
- Tratado de Extradición entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Nicaragua. Publicación Diario Oficial de la Federación, fecha de promulgación 9 diciembre 1998.

- Tratado de Extradición entre el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el gobierno de la República Francesa. Publicación Diario Oficial de la Federación, fecha de promulgación 16 marzo 1995.
- Tratado de Extradición entre el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el gobierno de la República Oriental del Uruguay. Publicación Diario Oficial de la Federación, fecha de promulgación 5 abril 2005.
- Tratado de Extradición entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Corea. Publicación Diario Oficial de la Federación, fecha de promulgación 30 enero 1998.
- Tratado de Extradición entre el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el gobierno de la República de el Salvador. Publicación Diario Oficial de la Federación, fecha de promulgación 27 mayo 1998.
- Tratado de Extradición entre el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el gobierno de la república de Venezuela. Publicación Diario Oficial de la Federación, fecha de promulgación 24 noviembre 2005.
- Tratado de Extradición entre los Estados Unidos Mexicanos y la República Portuguesa. Publicación Diario Oficial de la Federación, fecha de promulgación 9 mayo 2000.
- Tratado de Extradición entre el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el gobierno de la

República Helénica. Publicación Diario Oficial de la Federación, fecha de promulgación 14 enero 2005.

- Tratado de Extradición entre los Estados Unidos Mexicanos y la República del Perú. Publicación Diario Oficial de la Federación, fecha de promulgación 20 junio 2001.
- Tratado de Extradición entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Panamá. Publicación Diario Oficial de la Federación, fecha de promulgación 28 enero 2008.
- Tratado de Extradición entre los Estados Unidos Mexicanos y la República del Paraguay. Publicación Diario Oficial de la Federación, fecha de promulgación 5 marzo 2007.
- Tratado de Extradición entre el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el gobierno de la República del Ecuador. Publicación Diario Oficial de la Federación, fecha de promulgación 20 junio 2007.
- Tratado de Extradición entre el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el gobierno de la República de la India. Publicación Diario Oficial de la Federación, fecha de promulgación 16 enero 2009.
- Tratado de Extradición entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Bolivia, Publicación Diario Oficial de la Federación, fecha de promulgación 14 febrero 2013.
- Tratado de Extradición entre los Estados Unidos Mexicanos y la República Argentina. Publicación Diario Oficial de la Federación, fecha de promulgación 14 agosto 2013.

- Tratado de Extradición entre el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el gobierno de la República Italiana. Publicación Diario Oficial de la Federación, fecha de promulgación 28 septiembre 2015.

---

## **Análisis de la Declaratoria General de Inconstitucionalidad**

*Cornelia Sánchez Campos \**

RESUMEN: A partir de las reformas de junio de 2011, tanto en materia de amparo como de derechos humanos, surgieron diversos conceptos y figuras novedosas como la declaratoria general de inconstitucionalidad, con la cual se suponía que se suprimiría el principio de relatividad de las sentencias a través de un procedimiento de declaratoria con efectos generales; sin embargo, el referido principio seguirá vigente en todas las sentencias de amparo en los que no exista inconstitucionalidad de la ley, o aun existiendo, no se cumplan con los requisitos para la emisión de la declaratoria. De acuerdo a lo dispuesto en el párrafo segundo de la fracción II del artículo 107 Constitucional, se establece un procedimiento a iniciarse por la Suprema Corte de Justicia de la Nación que deberá culminar con la declaratoria general de inconstitucionalidad cuando la autoridad emisora de la norma general respectiva, a pesar de haber sido notificada del inicio del procedimiento, no haya realizado la reforma o modificación de la ley reputada de inconstitucional; el procedimiento referido se iniciará siempre y cuando no se trate de la materia tributaria.

---

\* Delegada del Instituto Federal de Defensoría Pública en el Estado de Chihuahua.

Por lo antes expuesto, las sentencias de amparo que se dicten en materia tributaria solamente beneficiarán al quejoso, permitiendo que una norma inconstitucional permanezca vigente, cuando lo que se pretende con las reformas constitucionales es depurar las disposiciones jurídicas que contravengan a la Constitución y, en consecuencia, a los derechos humanos de los gobernados.

SUMARIO: Introducción. I. Análisis de las iniciativas y exposiciones de motivos de las reformas constitucionales en materia de amparo y de la Ley de Amparo en vigor. II. El Procedimiento de la declaratoria general de inconstitucionalidad. III. Conclusiones. IV. Fuentes de consulta.

## Introducción

Las reformas constitucionales de junio de 2011 en materia de amparo vinieron a fortalecer el sistema de control de constitucionalidad de las leyes en el ordenamiento jurídico mexicano, o cuando menos fue lo que se pretendió, al instaurar la declaratoria general de inconstitucionalidad, cuyo origen sería a través de la jurisprudencia por reiteración de la Suprema Corte de Justicia de la Nación o de los Tribunales Colegiados de Circuito, emanada de los amparos indirectos en revisión.

Cuando se hubiese resuelto la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión consecutiva o se haya creado jurisprudencia del tipo antes anotado, la primera atribución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es informar al órgano legislativo emisor sobre

la declaración de inconstitucionalidad de determinada ley para que la modifique o la derogue; en caso de que el problema no se corrija dentro del término de noventa días, la Suprema Corte declarará la inconstitucionalidad de la norma cuestionada.

Enseguida haremos un examen de las iniciativas de ley y de las exposiciones de motivos de las reformas constitucionales de junio de 2011 y de la Ley de Amparo publicada el 2 de abril de 2013, a fin de comprender las razones que tuvo el legislador para la creación de la declaratoria general de inconstitucionalidad, rompiendo de alguna forma con el principio de relatividad de las sentencias que ha regido a las sentencias de amparo a través de la historia, así como el motivo para excluir a la materia tributaria de la misma; de igual forma, se analizará el procedimiento, la sustanciación y los efectos de la declaratoria.

## I. Análisis de las iniciativas y exposiciones de motivos de las reformas constitucionales en materia de amparo y de la Ley de Amparo en vigor

El análisis del proceso legislativo de las reformas constitucionales y de la Ley de Amparo en vigor resulta de gran importancia en el estudio de la declaratoria general de inconstitucionalidad, pues fue durante estos procedimientos que se gestó la mencionada institución y tuvieron lugar las ideas y las opiniones sobre la procedencia, particularidades y efectos de la declaratoria.

En este punto se pretende conocer cuáles fueron las ideas originales que se plasmaron en la iniciativa y que se discutieron en los debates de los procesos legislativos; averiguar qué puntos fueron descartados y cuáles fueron considerados para quedar establecidos en el texto de la



Ley de Amparo a publicarse posteriormente, así como las razones que se tomaron en consideración para la creación de la declaratoria general de inconstitucionalidad.

***A. Iniciativa y exposición de motivos de las reformas constitucionales en materia de amparo del 6 de junio de 2011***

Las reformas constitucionales en materia de amparo, así como la creación de una nueva ley, eran aspiraciones de la sociedad mexicana desde décadas atrás, al considerarse que el procedimiento de la anterior ley era complejo y contenía tecnicismos y formalismos innecesarios que debían eliminarse; además de lo anterior, el ánimo de cambio se vio fortalecido con las nuevas adopciones en materia de tecnologías de la información, de derechos humanos, de tratados internacionales, figuras como el interés legítimo y la apariencia del buen derecho en la suspensión del acto reclamado, entre otras.

Entre los avances que se pretendían impulsar con las reformas para simplificar el procedimiento y responder a la modernización era lo relativo a la tecnología en sistemas e información, como ha sido el establecimiento de la firma electrónica, así como el uso de correos electrónicos para entablar comunicación con los órganos jurisdiccionales para efecto de consulta de trámites y resoluciones.

Otro de los tecnicismos que se intentaba desplazar era la hipótesis de que la suspensión del acto reclamado sólo debía tener efectos conservatorios de la materia del juicio de amparo consistentes en mantener las cosas en el estado que guardaban y no en restituirlas al que tenían antes de la violación, lo cual únicamente sería efecto de la sentencia principal; se preveía que para la determinación

de los efectos restitutorios, el juzgador debía realizar un análisis superficial de la inconstitucionalidad del acto reclamado bajo la teoría de la apariencia del buen derecho.

Uno de los objetivos centrales de la iniciativa fue llevar a cabo una reforma integral al juicio de amparo considerado el instrumento de control constitucional más importante que se tiene en el ordenamiento jurídico mexicano, el cual constituye el principal medio de defensa de los derechos humanos; lo anterior, llevaba implícita la intención de actualizar y modernizar el trámite a través de los sistemas de información, simplificar el procedimiento para hacerlo más accesible, así como ampliar el ámbito de protección del referido juicio a los miembros de la sociedad.

Por otro lado, la iniciativa también pugnaba por fortalecer y mejorar la estructura del Poder Judicial de la Federación y consolidar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como un tribunal garante de la Constitución, a fin de que pudiera concentrarse en la resolución de aquellos asuntos que revistieran la mayor importancia y trascendencia para la totalidad del ordenamiento jurídico y del Estado Mexicano en su conjunto, modificando los artículos 94, 100, 103, 107 y 112 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La iniciativa previó la reforma del artículo 107 Constitucional en su fracción II, para otorgar, entre otras cosas, a la Suprema Corte de Justicia de la Nación la facultad de emitir una declaración general de inconstitucionalidad, en aquellos juicios de amparo indirecto en revisión que establecieran jurisprudencia por reiteración, en la cual se determinara la inconstitucionalidad o la interpretación conforme de una norma general respecto de la Constitución.

Se mencionaba que la declaratoria correspondería en exclusiva al Pleno de la Suprema Corte, siempre que hubiere establecido jurisprudencia por reiteración en los términos apuntados. En cuanto a la declaración de interpretación conforme, se consideraba que tenía la ventaja de permitir a la Corte establecer aquella interpretación mediante la cual fuese factible salvar la constitucionalidad de la norma impugnada para garantizar la supremacía constitucional y, simultáneamente, permitir una adecuada y constante aplicación del orden jurídico.

Aunque lo relativo a la declaratoria de interpretación conforme que se proponía, no prosperó en las reformas constitucionales, es importante mencionar que esta regla interpretativa opera con carácter previo al juicio de invalidez, es decir, antes de considerar a una norma jurídica 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 subsistir dentro del ordenamiento jurídico; de tal forma que, sólo en el caso de una clara incompatibilidad entre la norma ordinaria y la Constitución, procedería declarar la inconstitucionalidad.

Sobre el principio de interpretación conforme, José de Jesús Orozco Henríquez, en su artículo *Los Derechos Humanos y el Nuevo Artículo 1º Constitucional* menciona lo siguiente:

*En efecto, a través del principio de interpretación conforme se abre la posibilidad explícita de que el órgano jurisdiccional analice las diversas normas del orden jurídico nacional a la luz no sólo de la Constitución, sino de las normas de derechos humanos consagradas en los tratados*

*internacionales de los que México sea parte. De nuevo nos encontramos con una figura que si bien no resultaba indispensable preverla de manera expresa, en tanto que los conflictos de normas entre la Constitución o los tratados internacionales y las leyes son los mismos antes y después de esta posible reforma, su inclusión puede auxiliar explícitamente al juez para resolver dichas antinomias de manera respetuosa con el legislador democrático.<sup>2</sup>*

En la iniciativa se establecía que, en la redacción de la Ley de Amparo debería conferirse a la Suprema Corte la facultad de informar a quien estimase conveniente a efecto de escuchar sus opiniones antes de tomar una medida de tal trascendencia. Se previó que, debido a los alcances de la resolución, en la ley reglamentaria debería establecerse que la declaratoria se publicara en el Diario Oficial de la Federación, en el Semanario Judicial de la Federación y en el órgano oficial de la entidad que, en su caso, hubiere emitido la norma sobre la cual se hiciera tal declaratoria.

La propuesta de reforma del artículo 107, fracción II, Constitucional, en cuanto al tema que nos ocupa, en la iniciativa se redactaba de la siguiente manera:

*II. Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los individuos particulares o de las personas morales, privadas u oficiales que lo hubieren solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda, sin*

<sup>2</sup> Orozco Henríquez, José de Jesús.: “Los Derechos Humanos y el Nuevo Artículo 1º Constitucional”, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México, Año V, Número 28, julio-diciembre 2011, p. 92, <http://www.miguelcarbonell.com>.

*hacer una declaración general respecto de la norma general o acto que la motivare.*

*Sin embargo, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los juicios de amparo indirecto en revisión, establezca jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad o la interpretación conforme de una norma general respecto de esta Constitución, procederá a emitir la declaratoria general correspondiente, en la cual se fijarán sus alcances y condiciones en los términos de la ley reglamentaria.<sup>3</sup>*

La redacción del primer párrafo de la fracción antes señalada era similar a la disposición constitucional antes de la reforma, salvo por la inclusión de los conceptos *personas morales, privadas u oficiales*, ya que antes se establecía que el juicio de amparo sólo se ocuparía de los individuos particulares; se estima que esta adición fue para efectos de incluir al interés legítimo y dar mayor amplitud a la figura de los amparos colectivos, lo cual se reglamentó en el artículo 5° de la Ley de Amparo en vigor.

En cuanto al segundo párrafo de la citada fracción, se proponía que sólo mediante la jurisprudencia por reiteración establecida en los amparos indirectos en revisión y que fuese emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación se podía originar la declaratoria general de inconstitucionalidad, lo cual fue modificado en el dictamen para determinarse que sería a través de la creación de jurisprudencia de ese

<sup>3</sup> <http://www2.scjn.gob.mx>, Iniciativa con Proyecto de Decreto que reforma los artículos 94, 100, 103, 107 y 112 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (compilación hecha por la Suprema Corte de Justicia de la Nación).

tipo, pero proveniente de cualquier órgano del Poder Judicial de la Federación con lo que se debía iniciar el procedimiento.

En la iniciativa también se planteaba que, además de la declaración de inconstitucionalidad de una norma general en la mencionada jurisprudencia, se incluyera a la *interpretación conforme respecto a esta Constitución* para efectos de iniciar el procedimiento de la declaratoria, siendo esto último eliminado para quedar en el nuevo texto constitucional sólo la declaración de inconstitucionalidad; lo anterior se estima razonable, debido a que la declaratoria de interpretación conforme que tuvo su origen en las legislaciones de países europeos, es de naturaleza distinta a la de inconstitucionalidad.

### ***B. Iniciativa y exposición de motivos de la Ley de Amparo publicada el 6 de abril de 2013***

Una vez aprobadas las reformas constitucionales en materia de amparo el 6 de junio de 2011, se llevó a cabo el proceso legislativo de la Ley de Amparo que abrogaría la publicada el 10 de enero de 1936, para realizar cambios estructurales tanto en la eliminación de tecnicismos como en la adopción de las teorías modernas y universales sobre derechos humanos, incluso, los avances en cuestiones de ciencia y tecnologías de la información para garantizar un juicio más actualizado y efectivo.

En cuanto al tema que nos ocupa, en la iniciativa de la Cámara de Senadores del 15 de febrero de 2011 que se analiza, se consideró la inclusión de la declaratoria general de inconstitucionalidad como la tercera reforma más importante, después del cambio de denominación de *garantías individuales* a *derechos humanos* y de la

incorporación del interés legítimo que viene a ampliar la protección del juicio de amparo hacia situaciones especiales frente al orden jurídico de los gobernados.

Para la instauración de la declaratoria, en la iniciativa se partía de la base de que las consecuencias de las normas generales declaradas inconstitucionales son inadmisibles en un Estado democrático y de derecho; en primer lugar, porque con ellas se vulnera el principio de supremacía constitucional, y en segundo, porque se afecta la regularidad del orden jurídico mexicano cuando se detectan normas generales irregulares y éstas siguen formando parte del sistema.

De igual forma, se consideró que la relatividad de las sentencias de amparo vulneraba el principio de igualdad ante la ley, pues la norma declarada inconstitucional se sigue aplicando a todos aquellos que no promovieron el juicio de amparo, además del principio de economía procesal, pues se llegaba al absurdo de tener que seguir promoviendo juicios de amparo contra leyes que habían sido declaradas inconstitucionales, añadiendo una carga para el Poder Judicial de la Federación, en detrimento de una pronta y expedita administración de justicia.

En la iniciativa se preveía el procedimiento de declaratoria en el Título Cuarto, Capítulo VI, de la Ley, en donde se establecía que cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los juicios de amparo indirecto en revisión, resolviera sobre la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión consecutiva, debía informarlo a la autoridad emisora de la norma, únicamente para su conocimiento; lo cual se interpreta como una prevención al poder legislativo para que tome las medidas que considere pertinentes.

Así también se expresaba que cuando los órganos del Poder Judicial de la Federación establecieran jurisprudencia por reiteración por mayoría calificada de ocho votos, -por la mencionada votación, se entiende que sólo se referían a la Suprema Corte de Justicia de la Nación y no a los Tribunales Colegiados de Circuito- en la cual se determinara la inconstitucionalidad de una norma general, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo notificaría a la autoridad emisora de la norma.

Se preveía que transcurrido el plazo de noventa días naturales sin que se superara el problema de inconstitucionalidad por parte del órgano emisor, la Corte formularía, siempre que fuese aprobada por una mayoría de cuando menos ocho votos, la declaratoria general de inconstitucionalidad; sin que en esta iniciativa se señalarán las consecuencias en el caso de que la declaratoria no fuese aprobada en los términos previstos.

Sobre la exclusión de la materia tributaria en la declaratoria general de inconstitucionalidad, se hace la observación de que en este documento no se hizo comentario o aclaración alguna, sino que simplemente se estableció: *Cabe precisar que este procedimiento de declaratoria no aplicará a las normas generales en materia tributaria.*<sup>4</sup>

Se aclaraba que la importante atribución conferida al Máximo Tribunal, sólo se actualizaría ante el establecimiento reiterado de un criterio jurisprudencial, respetando las condiciones y plazos previstos en la ley, lo cual debía permitir que fuese el propio órgano emisor quien reformara o modificara la norma declarada inconstitucional y de no ser así, sería la Suprema

<sup>4</sup> *Idem*, p. 22.

Corte de Justicia quien emitiera la declaratoria general de inconstitucionalidad aprobada por una mayoría calificada.

En la iniciativa analizada se propuso también la creación de los Plenos de Circuito dentro del Poder Judicial de la Federación con la finalidad de fortalecer su estructura y funciones; la principal idea era que sus miembros asumieran la resolución de las contradicciones de tesis entre los tribunales pertenecientes a un mismo circuito, lo cual permitiría generar una homogeneización de criterios al evitar que distintos Tribunales de Circuito pertenecientes a la misma jurisdicción decidieran cuestiones distintas para solucionar casos iguales.

Además de la mencionada facultad prioritaria de los Plenos de Circuito y, en relación con el tema que nos ocupa, se prevé que éstos puedan solicitar a la Suprema Corte de Justicia que inicie el procedimiento de declaratoria general de inconstitucionalidad, cuando dentro de su circuito se haya emitido jurisprudencia derivada de amparos indirectos en revisión en la que se declare la inconstitucionalidad de una norma general.

## **II. El Procedimiento de la declaratoria general de inconstitucionalidad**

El artículo 107, fracción II, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece una prevención para el control de constitucionalidad al determinar que cuando en los juicios de amparo indirecto en revisión se hubiese declarado la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión consecutiva, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo informará a la autoridad emisora correspondiente, con la finalidad de que ésta conozca de su existencia.

Aunque esta disposición no aclara si las sentencias para tal efecto deben ser sólo de la Suprema Corte o también de algún Tribunal Colegiado de Circuito, el artículo 231 de la Ley de Amparo en vigor, determina que las resoluciones deben ser únicamente de las salas o el pleno del máximo tribunal; el comentario sobre este párrafo, es que el aviso que la Suprema Corte hará a la autoridad emisora de la norma constituye una prevención en atención a la división de poderes para que ésta tome las medidas pertinentes antes de que se cumplan los requisitos para el inicio del trámite de la declaratoria.

En el tercer párrafo de la fracción II, del citado precepto, se determina que cuando los órganos del Poder Judicial de la Federación, -Tribunales Colegiados de Circuito o la Suprema Corte de Justicia de la Nación-, establezcan jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad de una norma general, la Suprema Corte lo notificará a la autoridad emisora; en este caso se espera que la autoridad emisora solucione el problema de inconstitucionalidad reformando o abrogando la norma en cuestión en el plazo de noventa días naturales.

No obstante, en el mismo párrafo también se prevé la consecuencia si transcurre el plazo referido sin que se supere el problema de inconstitucionalidad, al establecerse que la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitirá la declaratoria general de inconstitucionalidad, en la cual se fijarán sus alcances y condiciones en los términos de la ley reglamentaria. Una de las condiciones para la procedencia de la declaratoria es que haya sido aprobada por una mayoría de cuando menos ocho votos de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.



Este punto ha sido cuestionado desde las discusiones en las Cámaras de Senadores y Diputados en el sentido de que no era necesario que la declaratoria fuese aprobada por una mayoría de cuando menos ocho votos, toda vez que ésta tuvo su origen en la jurisprudencia por reiteración que se establece cuando se sustenta un mismo criterio en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, para lo cual se sigue un procedimiento de votación de acuerdo al órgano jurisdiccional que la emite, lo que sugiere que ese criterio ha sido suficientemente analizado. Al respecto, se pronuncia José Francisco Castellanos Madrazo:

*Como lo manifestamos cuando abordamos el tema de la forzosa votación de 8 Ministros para lograr la declaratoria general de inconstitucionalidad de una ley revisada en la acción de inconstitucionalidad... y que ahora se presenta en el amparo para superar el principio de relatividad de los efectos que lo rige, constituye un requisito tan complejo como la obtención del setenta y dos por ciento de la integración del Pleno de la Suprema Corte de Justicia, situación que muestra claramente como desde el sistema político se pretendió en 1995 y se pretende en el 2011, que la Corte cumpla una función de control de constitucionalidad que no meta en aprietos a los órganos legislativos del Congreso de la Unión, cada vez que pudiera declarar la invalidez con efectos generales de una norma y, con ello, obligar a aquél a enmendar dicho vacío propiciado por la jurisdicción constitucional.<sup>5</sup>*

La postura anterior se entiende en el sentido de que la consistencia y el rigor normativo que debe tener una sentencia que declara la invalidez de una norma

<sup>5</sup> Castellanos Madrazo, José Francisco.: *El Control de Constitucionalidad...* cit., p. 454.

con efectos generales, es independiente del número de integrantes que votan en esa tesitura, pues su eficacia no debería derivar del elevado porcentaje con el que es aprobada, sino de que su emisión se realice dentro del marco jurídico vigente en el Estado y de manera racionalmente fundamentada.

El Acuerdo General Número 11/2011, el cual fue emitido el 4 de octubre de 2011, mismo día que entraban en vigor las reformas constitucionales en materia de amparo, cuya finalidad fue la de regular tales disposiciones mientras no se publicara la nueva Ley de Amparo, lo cual sucedió el 2 de abril de 2013. Derivado de lo anterior, y con la finalidad de detallar el procedimiento para efectos de la declaratoria general de inconstitucionalidad conforme a la nueva Ley de Amparo, se publicó el Acuerdo General 15/2013, el cual se encuentra en vigor.

### **A. La sustanciación de la declaratoria general de inconstitucionalidad**

El artículo 107, fracción II, segundo y tercer párrafos, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en vigor, establece las bases para la procedencia e inicio de la declaratoria general de inconstitucionalidad, las cuales se regulan en la Ley de Amparo vigente y en la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, esta última en cuanto a la competencia de los órganos del poder en mención para iniciarla o solicitar su inicio.

El Capítulo VI, del Título IV, de la Ley de Amparo en vigor está destinado a la regulación de la declaratoria general de inconstitucionalidad, del artículo 231 al 235, en el primero de ellos se determina que:

*Cuando las salas o el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los juicios de amparo indirecto en revisión, resuelvan la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión consecutiva, en una o en distintas sesiones, el presidente de la sala respectiva o de la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo informará a la autoridad emisora de la norma.<sup>6</sup>*

En este precepto se establece la prevención de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ya sea a través del Presidente de la Sala respectiva o del de la Suprema Corte, deberá informar a la autoridad emisora de la norma, sea el órgano legislativo federal o local, que se ha resuelto la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión, para que éste conozca la existencia de esos precedentes y pueda tomar las medidas que considere oportunas. En este punto se observa que esta notificación sólo se hará cuando las resoluciones hayan sido emitidas por la Suprema Corte, pero no cuando provengan de los Tribunales Colegiados de Circuito.

En la parte final del artículo comentado, se establece que lo dispuesto en el capítulo que se analiza no será aplicable a normas en materia tributaria; es decir, que desde el principio se da a entender que también la prevención que se hará a la autoridad emisora de la norma por la Suprema Corte cuando se resuelva la inconstitucionalidad de una ley por segunda ocasión, podrá ser en cualquier materia, siempre y cuando no sea de naturaleza tributaria.

De acuerdo al artículo 232 de la Ley de Amparo, el procedimiento de declaratoria iniciará cuando el

<sup>6</sup> Ley de Amparo vigente, publicada el 2 de abril de 2013, <http://www.diputados.gob.mx>.

pleno o las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los juicios de amparo indirecto en revisión, establezcan jurisprudencia por reiteración, en la cual se determine la inconstitucionalidad de la misma norma general; sin embargo en el artículo 233 de la ley en cita, se establece que también la jurisprudencia de los Tribunales Colegiados de Circuito podrá dar lugar a que se inicie la declaratoria de referencia a solicitud de los Plenos de Circuito.

Las facultades de los Plenos de Circuito para efectos de la declaratoria, se regulan a través del artículo 41 ter, fracción IV, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, así como de los acuerdos generales emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación; los Plenos de Circuito podrán solicitar a ésta, por mayoría de sus integrantes, que inicie el procedimiento de declaratoria cuando dentro de su circuito se haya emitido jurisprudencia derivada de amparos indirectos en revisión en la que se declare la inconstitucionalidad de una norma general.

En el punto cuarto del Acuerdo General 15/2013 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se detalla que cuando los Plenos de Circuito integren jurisprudencia sobre la inconstitucionalidad de una norma general no tributaria, lo harán del conocimiento por escrito de ese Alto Tribunal, acompañando copia certificada de las cinco ejecutorias y de la o las tesis respectivas, con el objeto de que se emita el proveído presidencial en el que se ordene hacer la notificación a la autoridad emisora, integrar el expediente de la declaratoria general de inconstitucionalidad y turnarlo al Ministro que corresponda.

Una vez establecida la mencionada jurisprudencia por reiteración derivada, ya sea de la Suprema Corte en Pleno o en Salas o de los Tribunales Colegiados de Circuito a través de la solicitud de los Plenos a la Corte, se hará la notificación a la autoridad emisora de la norma a que se refiere el tercer párrafo de la fracción II del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para que proceda a realizar la modificación o derogación de la norma cuestionada en un plazo de noventa días naturales.

En el artículo 232 de la Ley de Amparo, se establece que una vez transcurrido el plazo antes señalado sin que la autoridad legislativa modifique o derogue la norma declarada inconstitucional, el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación deberá emitir la declaratoria general de inconstitucionalidad correspondiente.

Lo anterior se regula en el punto sexto del Acuerdo 15/2013, al establecerse que dentro de los diez días hábiles siguientes al vencimiento del plazo referido sin que se hubiese superado el problema de inconstitucionalidad, el Ministro Presidente del Alto Tribunal deberá remitir a la Secretaría General de Acuerdos el proyecto de resolución correspondiente, de acuerdo a las facultades que le confiere el artículo 14, fracción XX, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

El proyecto de resolución de la declaratoria general de inconstitucionalidad deberá listarse para sesión pública que se celebrará dentro de los diez días hábiles subsecuentes; el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de conformidad con el artículo 10, fracción XI, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación que determina la competencia del citado Tribunal funcionando en Pleno para conocer de los procedimientos

de declaratoria general de inconstitucionalidad, emitirá la resolución que deberá contener la fecha a partir de la cual producirá sus efectos, así como sus alcances y condiciones, de conformidad con el artículo 234 de la Ley de Amparo.

En el caso de que la votación de los Ministros requerida para la declaratoria general de inconstitucionalidad no se alcance, en el Acuerdo General 15/2013 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se prevé lo siguiente: *Si el proyecto de declaratoria general de inconstitucionalidad no alcanza la votación requerida, se desestimaré el asunto y se ordenará su archivo.*<sup>7</sup>

### **B. Los efectos de la declaratoria general de inconstitucionalidad**

Antes de las reformas constitucionales en materia de amparo de junio de 2011, el artículo 107, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos textualmente establecía: *La sentencia será siempre tal, que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre el que verse la queja, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare.*<sup>8</sup>

La prohibición de hacer una declaración general en las sentencias que se dicten en los juicios de amparo tiene su base en el principio de relatividad de las sentencias de amparo, el cual resulta pertinente mencionar en este apartado por haber constituido el fundamento de

<sup>7</sup> <https://www.scjn.gob.mx>, Acuerdo General 15/2013 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

<sup>8</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos antes de las reformas constitucionales del 6 de junio de 2011, <http://www.diputados.gob.mx>.

los efectos particulares de las sentencias que tuvo su origen a partir de la redacción del artículo 25 del Acta de Reformas de 1847, así como en el contenido del artículo 19 del voto particular de Mariano Otero, razón por la que a este principio también se le conoce como Fórmula Otero.

La justificación adoptada desde los proyectos de las reformas constitucionales y de la nueva Ley de Amparo hasta el proceso legislativo de ambos para la supuesta eliminación de los efectos particulares de las sentencias se fundamenta en lo mencionado en los párrafos anteriores, para dar lugar a una nueva orientación en la que será posible que las sentencias de los juicios de amparo puedan llegar a tener efectos generales, siempre y cuando se cumplan los requisitos contemplados en la normatividad respectiva.

Lo anterior significa que una vez concluido el procedimiento de declaratoria general de inconstitucionalidad ésta será publicada en el Diario Oficial de la Federación y en el órgano oficial en que se hubiese divulgado la norma declarada inconstitucional, dentro de los siguientes siete días hábiles al en que se apruebe el engrose respectivo. Una vez realizado lo señalado, cualquier persona que considere que la norma inconstitucional viola sus derechos fundamentales podrá acudir ante el Juez de Distrito competente, para que resuelva sobre la inaplicación de esa ley a través de un procedimiento rápido y sencillo.

El artículo 234 de la Ley de Amparo en vigor establece que la declaratoria en ningún caso podrá modificar el sentido de la jurisprudencia que le dio origen, será obligatoria, tendrá efectos generales y deberá establecer: *I. La fecha a partir de la cual surtirá sus efectos; y II.*

*Los alcances y las condiciones de la declaratoria de inconstitucionalidad.*<sup>9</sup> Lo cual se retoma en los mismos términos, en el primer párrafo del punto séptimo, del Acuerdo General Número 15/2013.

Llama la atención la simplicidad con la que se legisló el aspecto relativo a los efectos de la declaratoria general de inconstitucionalidad en la Ley de Amparo, si se toma en consideración la forma en que se dispuso este punto en la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que en el artículo 41, fracciones IV y V, de la primera ley, al referirse al contenido de las sentencias en las controversias constitucionales, sus alcances y efectos, se estableció expresamente:

*IV. Los alcances y efectos de la sentencia, fijando con precisión, en su caso, los órganos obligados a cumplirla, las normas generales o actos respecto de los cuales opere y todos aquellos elementos necesarios para su plena eficacia en el ámbito que corresponda. Cuando la sentencia declare la invalidez de una norma general, sus efectos deberán extenderse a todas aquellas normas cuya validez dependa de la propia norma invalidada;*

*V. Los puntos resolutivos que decreten el sobreseimiento, o declaren la validez o invalidez de las normas generales o actos impugnados, y en su caso la absolución o condena respectivas, fijando el término para el cumplimiento de las actuaciones que se señalen;...*<sup>10</sup>

<sup>9</sup> <http://www.diputados.gob.mx>, Ley de Amparo Vigente.

<sup>10</sup> <http://www.diputados.gob.mx>, Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

De acuerdo a lo reseñado, se llega a la conclusión de que el legislador fue más acucioso en la elaboración de la Ley Reglamentaria del Artículo 105 Constitucional para la regulación de las controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad que en la formación del Capítulo VI, del Título Cuarto, de la Ley de Amparo, que se destinó a la declaratoria general de inconstitucionalidad, al observarse la diferencia tan sólo en el ámbito de los efectos de las sentencias ya detallados de las dos primeras y en los de la declaratoria que nos ocupa.

En las dos primeras figuras de control se establece en forma expresa que cuando la sentencia declare la invalidez de una norma general, sus efectos deberán extenderse a todas aquellas normas cuya validez dependa de la propia norma invalidada, en cambio en la regulación de la declaratoria ni siquiera se habla de los efectos de invalidez, aunque ello se sobreentienda, mucho menos se refiere a la extensión de esos efectos a las normas que dependan de los efectos de la invalidada, lo cual tendrá que ser objeto de interpretación de los órganos jurisdiccionales federales, cuando sea el caso.

Además, en el último párrafo del artículo 234 de la Ley de Amparo ya referido, se establece que los efectos de las declaratorias no serán retroactivos salvo en materia penal, en términos del párrafo primero del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; criterio similar al que se establece respecto de las controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad en el numeral 45, último párrafo, de la Ley respectiva.

Es importante mencionar que el principio de no retroactividad antes mencionado, se extiende también a la creación de la jurisprudencia, lo cual se establece en

el numeral 217, último párrafo, de la Ley de Amparo, que prevé que ésta no tendrá efectos retroactivos en perjuicio de persona alguna; las disposiciones antes señaladas se interpretan en el sentido de que sí pueden ser aplicadas en forma retroactiva siempre y cuando sean en beneficio de la persona, con mayor razón con la reciente inclusión del principio *pro homine*, establecido en el segundo párrafo del artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Asimismo, otro de los efectos de la declaratoria general de inconstitucionalidad es que constituye una causal de improcedencia para el juicio de amparo, de conformidad con lo establecido en el artículo 61, fracción VIII, de la Ley de Amparo al referir que el juicio de amparo es improcedente:

*Contra normas generales respecto de las cuales la Suprema Corte de Justicia de la Nación haya emitido una declaratoria general de inconstitucionalidad en términos de lo dispuesto por el Capítulo VI del Título Cuarto de esta Ley, o en términos de lo dispuesto por la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.*<sup>11</sup>

A partir de la creación de la declaratoria general de inconstitucionalidad, resulta lógico que no exista necesidad de promover el juicio de amparo y que si llegara a interponerse fuese improcedente; además, se estableció en el artículo 210, de la Ley de Amparo, ubicado en el Capítulo Cuarto del Título Tercero, que se refiere al cumplimiento y ejecución de las sentencias,

<sup>11</sup> Ley de Amparo vigente publicada el 2 de abril de 2013, <http://www.diputados.gob.mx>.



el procedimiento de denuncia por incumplimiento de la declaratoria general de inconstitucionalidad; en el último párrafo del citado numeral se contempla que este procedimiento también será aplicable a la declaratoria derivada de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La prevención de que el procedimiento de denuncia por incumplimiento de la declaratoria general de inconstitucionalidad será aplicable también a las declaratorias derivadas de las controversias constitucionales y de las acciones de inconstitucionalidad, se relaciona con lo establecido en el artículo 72, segundo párrafo, de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del numeral 105 Constitucional, para el caso de que una vez entrada en vigor la declaratoria respectiva se aplicara la norma general declarada inválida; al respecto, Juana Martínez Ríos y Rigoberto Reyes Altamirano, comentan lo siguiente:

*Como podrá observarse, afortunadamente para el gobernado se incorpora la obligación de cumplir con la declaratoria general de inconstitucionalidad que establece el artículo 105, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y que no estaba vinculada con la Ley de Amparo. La declaratoria emitida en estos términos, a diferencia de la que establece el artículo 231 LA, sólo requiere un solo pronunciamiento, pero igualmente debe tener 8 votos de los 11 ministros. (Artículo 42 y 72, de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos <sup>12</sup>*

<sup>12</sup> Martínez Ríos, Juana, y Reyes Altamirano, Rigoberto: *Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Editores Tax, México, 2013.

La Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación en los artículos 51, 52, 54 y 55, establece la competencia de los Jueces de Distrito de diversas materias para que conozcan de la referida denuncia por incumplimiento de la declaratoria general de inconstitucionalidad de aquellos gobernados que se sientan afectados por la aplicación de una norma que previamente hubiese sido declarada inconstitucional, quienes podrán promover el procedimiento previsto en el numeral 210 de la Ley de Amparo ante los Jueces de Distrito competentes de acuerdo a la distribución de la citada Ley Orgánica.

### III. Conclusiones

**Primera.** Un tema de relevancia en todos los órdenes jurídicos es el control de constitucionalidad, ya que tiene como fundamento el principio de supremacía constitucional, tomando en consideración que la Constitución de un país es la norma de mayor jerarquía a la cual deben sujetarse las de menor rango. Este control se encarga de establecer los procedimientos para garantizar y hacer efectivo el mandato constitucional, de tal forma que las normas que no se ajusten al texto de la norma suprema deben ser sometidas a un determinado mecanismo de control.

Además de tener como fin la depuración del ordenamiento jurídico, el control de constitucionalidad se encarga de resolver conflictos políticos, antes de que en un Estado lleguen a empeorar determinadas situaciones, así como de moderar los excesos del legislador. Es por ello que este trabajo se dedicó a este tema, tomando en cuenta que la declaratoria general de inconstitucionalidad fue creada como un instrumento para fortalecer ese control.

**Segunda.** Era ineludible analizar la declaratoria general de inconstitucionalidad desde su origen en las iniciativas de ley con exposición de motivos, tanto de las reformas constitucionales en materia de amparo como en la misma Ley de Amparo, precisamente para comprobar, como se hizo, destacando que no hubo justificación, motivación ni fundamentación para realizar la exclusión de la materia tributaria, sin considerar que con ese hecho se violaran diversos derechos humanos de los contribuyentes.

De ese análisis se observó que se hace una justificación muy superficial al señalar que en el país resultaba una injusticia la permanencia de normas inconstitucionales y su obligatoriedad para los gobernados que no promovieron un juicio de amparo; de lo que se estima que lo escrito fue parcial al no tener efectividad para toda la sociedad pues serán muy pocos casos en los que se logre superar el procedimiento de declaratoria para que pueda tener efectos generales, por lo que en lo general permanece el principio de relatividad de las sentencias.

**Tercera.** El artículo 1º Constitucional reformado para reconocer y ampliar la protección de los derechos humanos de los gobernados del país, encuentra su base en las Declaraciones Universales, aunque no sean vinculantes, y en las Convenciones y Tratados Internacionales de los que México sea parte, por lo que forman un bloque universal de defensa en contra de los órganos del poder que vulneren tales derechos. Siendo este precepto el pilar fundamental del orden jurídico nacional en salvaguarda de los derechos individuales, resultó importante su análisis para llegar a la conclusión de que la exclusión de la materia tributaria de la declaratoria general de inconstitucionalidad viola las

disposiciones constitucionales previstas en el numeral analizado y en el diverso 17 Constitucional en cuanto a la protección judicial efectiva.

**Cuarta.** Ante la falta de justificación constitucional y legal de la exclusión de la materia tributaria en la declaratoria general de inconstitucionalidad, es de suponerse que el Estado sacrificó los derechos humanos de los contribuyentes que resulten afectados con tal disposición en el afán de no poner en riesgo en ningún momento la recaudación fiscal con la que se sostiene la maquinaria gubernamental; con lo que se deduce que el Poder Legislativo podrá emitir libremente leyes inconstitucionales en esa materia, las cuales serán aplicadas injustamente a los gobernados, sin que en momento alguno exista un procedimiento que lo obligue a que las derogue o modifiquen, o cuando menos lo aperciba para que tenga conocimiento de la inconstitucionalidad de la norma, como es el caso que nos ocupa.

#### IV. Fuentes de consulta

##### **Bibliográficas**

- Aláez Corral Benito y Álvarez Álvarez, Leonardo.: *Las Decisiones Básicas del Tribunal Constitucional Federal Alemán en las Encrucijadas del Cambio de Milenio*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.
- Burgoa Orihuela, Ignacio.: *Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo*, 8ª Edición, Porrúa, México, 2005.
- \_\_\_\_\_ *Derecho Constitucional Mexicano*, 20ª Edición, Tercera reimpresión, Porrúa, México, 2014.

- Carrasco Iriarte, Hugo.: *Derecho Fiscal Constitucional*, Oxford, 5ª Edición, México, 2010.
- \_\_\_\_\_ *El Juicio de Amparo*, 6ª Edición, Porrúa, México, 1968.
- Castellanos Madrazo, José Francisco.: *El Control de Constitucionalidad de la Ley en México*, Editorial Porrúa, México, 2014.
- Castilla Juárez, Karlos Artemio.: *Acceso Efectivo a la Justicia*, Porrúa, México, 2012.
- Castillo Del Valle, Alberto del.: *Derechos Humanos, Garantías y Amparo*, 3ª Edición, Ediciones Jurídicas Alma, México, 1997.
- Castro, Juventino V.: *Garantías y Amparo*, 10ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1998.
- Chávez Castillo, Raúl.: *Diccionarios Jurídicos Temáticos, Juicio de Amparo*, Volumen 7, Harla, México, 1997.
- \_\_\_\_\_ *Juicio de Amparo*, 2ª Edición, Oxford University Press-Harla, México, 1998.
- \_\_\_\_\_ *Nueva Ley de Amparo Comentada*, 5ª Edición, Porrúa, México, 2013.
- Díaz Córdova y López, Roberto y Rabasa Gamboa, Emilio.: *Problemas Actuales de Derecho Fiscal Mexicano*, Porrúa, México, 2006.
- Evia Loya, Romeo Arturo.: *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada (Derechos Humanos)*, Porrúa, México, 2013.

- Cilia López, José Francisco.: *Los Derechos Humanos y su Repercusión en el Control de Constitucionalidad y Convencionalidad*, Porrúa, México, 2015.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Molina Suárez, César de Jesús.: *El Juez Constitucional en el Siglo XXI*, Tomos I y II, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2009.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén.: *El Nuevo Juicio de Amparo y el Proceso Penal Acusatorio*, Serie: Juicios Orales Núm. 16, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2013.
- \_\_\_\_\_ *El Nuevo Juicio de Amparo*, 4ª Edición, México, Porrúa, 2013.
- Hallivis Pelayo, Manuel.: *Interpretación de Tratados Internacionales Tributarios*, Porrúa, México, 2014.
- Jiménez Martínez, Javier.: *Los Medios de Control Constitucional*, 2ª Edición, Flores Editores, México, 2014.
- Kelsen, Hans: *Teoría Pura del Derecho*, 16ª Edición, Porrúa, México, 2013.
- Margáin Manautou, Emilio.: *Introducción al Estudio del Derecho Tributario Mexicano*, 22ª Edición, Porrúa, México, 2014.
- Martínez Ríos, Juana, y Reyes Altamirano, Rigoberto.: *Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Editores Tax, México, 2013.

- Moreno Cora, Silvestre.: *Tratado del Juicio de Amparo*, Editorial La Europea, México, 1902.
- Núñez Leiva, José Ignacio.: *Neoconstitucionalismo y Control de Constitucionalidad de la Ley*, Porrúa, México, 2013.
- Ovalle Favela, José: *Garantías Constitucionales del Proceso*, Editorial Mc Graw Hill, México, 1995.
- Pallares, Eduardo.: *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, 29ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2012.
- Pina, Rafael de.: *Diccionario de Derecho*, 24a ed., Porrúa, México, 1997.
- Peña Oviedo, Víctor.: *Ley de Amparo Comentada*, Flores Editores y Distribuidor, México, 2014.
- Rabasa, Emilio.: *El Artículo 14 y el Juicio Constitucional*, Editorial Porrúa, 7ª Edición, México, 2000.
- Ragone, Sabrina.: *El Control Judicial de la Reforma Constitucional*, Porrúa, México, 2012.
- Reyes Altamirano, Rigoberto.: *Aplicación Práctica de los Principios Básicos Fiscales y de las Obligaciones y Derechos de los Contribuyentes*, Tax, Editores Unidos, México, 2015.
- Ríos Granados, Gabriela.: *Derecho Tributario, Parte General*, Cultura Jurídica núm. 14, Porrúa y UNAM, México, 2014
- Ruiz Torres, Humberto Enrique.: *Curso General de Amparo*, Oxford University Press, México, 2007.

- Sirvent Gutiérrez, Consuelo.: *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, Edición 12ª Edición, Porrúa, México, 2010.
- Steiner, Christian y Uribe, Patricia, Coordinadores.: *Los Derechos Humanos en la Administración de Justicia*, International Bar Association, Londres, 2010.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación.: *Manual del Juicio de Amparo*, SCJN, 2ª Edición, Editorial Themis, México, 1994.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación.: *Historia del Amparo en México*, SCJN, Tomo II, México, 2000.
- Tena Ramírez, Felipe.: *Derecho Constitucional Mexicano*, 40ava. Edición, Porrúa, México, 2013.
- Venegas Álvarez, Sonia., *Derecho Fiscal*, Oxford, México, 2011.

### **Instrumentos internacionales**

- Convención Americana de los Derechos Humanos.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

### **Legislación nacional**

- Código Federal de Procedimientos Civiles vigente.
- Código Fiscal de la Federación vigente.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente.

- Ley de Amparo vigente.
- Ley de Amparo de 1936 abrogada.
- Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación vigente.
- Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente.
- Reglamento del Código Fiscal de la Federación vigente.

### **Sitios virtuales**

- <http://www.diputados.gob.mx>
- <http://biblio.juridicas.unam.mx>
- <http://elmundodelabogado.com>
- <http://www.miguelcarbonell.com>
- <http://www.scjn.gob.mx>
- <http://www.tjfa.gob.mx/investigaciones/pdf/>
- [www.cjf.gob.mx](http://www.cjf.gob.mx)
- [https://es.wikipedia.org/wiki/Declaraci%C3%B3n\\_Universal\\_de\\_los\\_Derechos\\_Humanos](https://es.wikipedia.org/wiki/Declaraci%C3%B3n_Universal_de_los_Derechos_Humanos)
- [http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-2\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-2_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm)
- <http://www.uv.mx/uge/files/2014/05/Pacto-Internacional-de-Derechos-Economicos-Sociales-y-Culturales.pdf>

## **Instituto Federal de Defensoría Pública**

### **Director General**

Maestro Netzaí Sandoval Ballesteros

### **Junta Directiva**

Licenciado José Luis Caballero Ochoa

Doctora Mónica González Contró

Doctor Héctor Arturo Hermoso Larragoiti

Maestro Gonzalo Moctezuma Barragán

Doctor Alfonso Tirso Muñoz de Cote Otero

Ministro en retiro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia.

## **Titulares de Unidades Administrativas**

Maestro Vicente Lopantzi García

Titular de la Unidad de Litio Estratégico  
en Derechos Humanos

Licenciada Diana Talavera Flores

Titular de la Unidad de Administración y Apoyo Operativo

Licenciado Diego Roberto Tovar Sánchez

Titular de la Unidad de Supervisión,  
Evaluación y Servicio Civil de Carrera

Licenciado Carlos Gustavo Cruz Miranda

Titular de la Unidad de Coordinación de  
Defensa Penal y Asesoría Jurídica



*El diseño y la formación de este volumen  
estuvieron a cargo de la Dirección General  
de Comunicación Social y Vicería del  
Consejo de la Judicatura Federal.*