

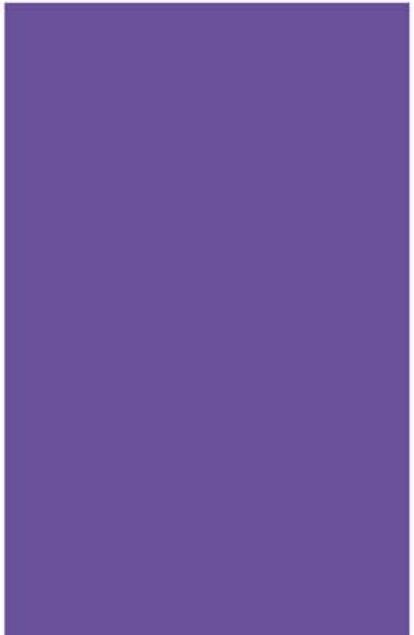


Instituto Federal de
Defensoría Pública

Revista

PUBLICACIÓN SEMESTRAL

No. 29 | Julio 2020





PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN
CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL
INSTITUTO FEDERAL DE DEFENSORÍA PÚBLICA

Editor responsable

Licenciado Diego Roberto Tovar Sánchez

Coordinadoras

Maestra María Elena Albores Cordero

Licenciada África Jenni Barrales Alcalá

Licenciada Miriam Falcón Ugalde

Licenciada Irlanda Quetzabel Guzmán Olguín

Licenciada Lourdes Cristina Torres Pérez

Diseño y formación:

Licenciado Armando Maya Ruiz

Diseño de portada:

Licenciada Irlanda Quetzabel Guzmán Olguín

Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública

Número 29, julio de 2020

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, Ciudad de México, tel.: 55 5518-2526.

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

<i>Yarely Sarahí Carrillo Tapia</i>	
El principio de <i>no devolución</i>, como un derecho humano de los refugiados	7
<i>Martha Yuriria Rodríguez Estrada</i>	
Reflexiones desde el Derecho Administrativo sobre el derecho a la solicitud de refugio como un acto de carácter administrativo	17
<i>May Lyn Cabrera Magos</i>	
Alta médica voluntaria como garantía a una segunda opción para el resguardo del derecho a la salud	31
<i>José Demetrio Rosas Vargas</i>	
La defensoría pública federal como garante de acceso a la igualdad y la justiciabilidad de las personas indígenas	41
<i>Roberto Gómez Maravilla</i>	
El litigio estratégico y la metodología argumentativa de la Teoría Tridimensional en la defensa de los derechos humanos de los grupos vulnerables	53
<i>Rafael Robles Roa</i>	
Caso Carmen, la criminalización de la pobreza	64
<i>Verónica Emperatriz Soto Delgado</i>	
La justicia restaurativa y la Defensa Pública venezolana	70
<i>Alejandro Montaño Rodríguez</i>	
Control de la detención y medio de prueba	81
<i>Andrés Chávez Gutiérrez</i>	
Consideraciones respecto a la vulneración del principio constitucional de igualdad en la tramitación del acuerdo reparatorio como salida alterna al procedimiento penal	90
<i>Teresa Cortés Hidalgo</i>	
<i>Adriana Reyes Flores</i>	
<i>Rafael Ramírez Ramírez</i>	
La rigurosidad científica de las revisiones forenses de dictámenes periciales	101
<i>Bruno Enrique Ramírez Ornelas</i>	
<i>Vicente Torres Zúñiga</i>	
Exhibiendo adulteración fotográfica vía inconsistencia física de sombras	111
<i>Vera Ángela Flores Valdés</i>	
Los tres momentos de la actividad probatoria en el Derecho	124
<i>Jesús García Márquez</i>	
La valoración del testimonio con base en los criterios judiciales federales	132

Nueva era

El Instituto Federal de la Defensoría Pública inicia, con este número de su *Revista*, una nueva experiencia comunicativa. A partir de ahora incluirá también artículos de difusión acerca de las actividades institucionales.

Los destinatarios de la *Revista* son los usuarios de los servicios prestados por el Instituto, especialistas, académicos y el personal del propio Instituto. Es un órgano de contacto con la comunidad jurídica, de comunicación interna y, lo más importante, que informa y orienta a un amplio sector necesitado de asistencia jurídica.

Uno de los factores esenciales del bienestar es el acceso a la justicia, y eso es lo que se está construyendo en esta nueva etapa de la *Revista* y en general del Instituto. La renovación es completa; incluye los conceptos rectores y la operación cotidiana. El sistema jurídico mexicano es muy avanzado en cuanto a sus enunciados, pero todavía deficitario en cuanto a sus resultados. En la época que comienza se están poniendo las bases para un sistema que facilite acceder a la justicia.

Las funciones de defensa y asesoramiento se llevan a cabo con altos estándares profesionales. Aunque la denominación del Instituto sólo siga haciendo alusión a la defensoría, la intensa actividad desplegada por sus integrantes preludia un porvenir muy promisorio para que los mexicanos contemos con un sistema que familiarice a la ciudadanía con el creciente uso de las vías jurisdiccionales.

El desarrollo de las instituciones análogas en el país es muy asimétrico. Se requiere un vigoroso esfuerzo como el que lleva a cabo el Poder Judicial de la Federación para que en todas las entidades federativas se produzca un cambio semejante. El trabajo del IFDP fructificará en su espacio de competencia y sin duda servirá de inspiración al que se realiza en los estados de la República.

Los recursos económicos disponibles para conformar un sistema de acceso a la justicia son escasos, por circunstancias conocidas y comprensibles, pero el equipo entusiasta que hace posible la actividad del IFDP muestra que los objetivos ambiciosos son alcanzables cuando se sabe para qué y cómo trabajar.

Se abren aquí una ventana al conocimiento y una puerta de acceso a la justicia. Deseo mucho éxito al joven, inteligente, imaginativo y dinámico equipo que hace posible esta empresa, encabezada por Netzaí Sandoval Ballesteros, que conduce con maestría este esfuerzo colectivo.

Diego Valadés



SERVICIOS BÁSICOS DE ASESORÍA JURÍDICA

- Primer contacto
 - Orientación
 - Asesoría
 - Representación jurídica
-

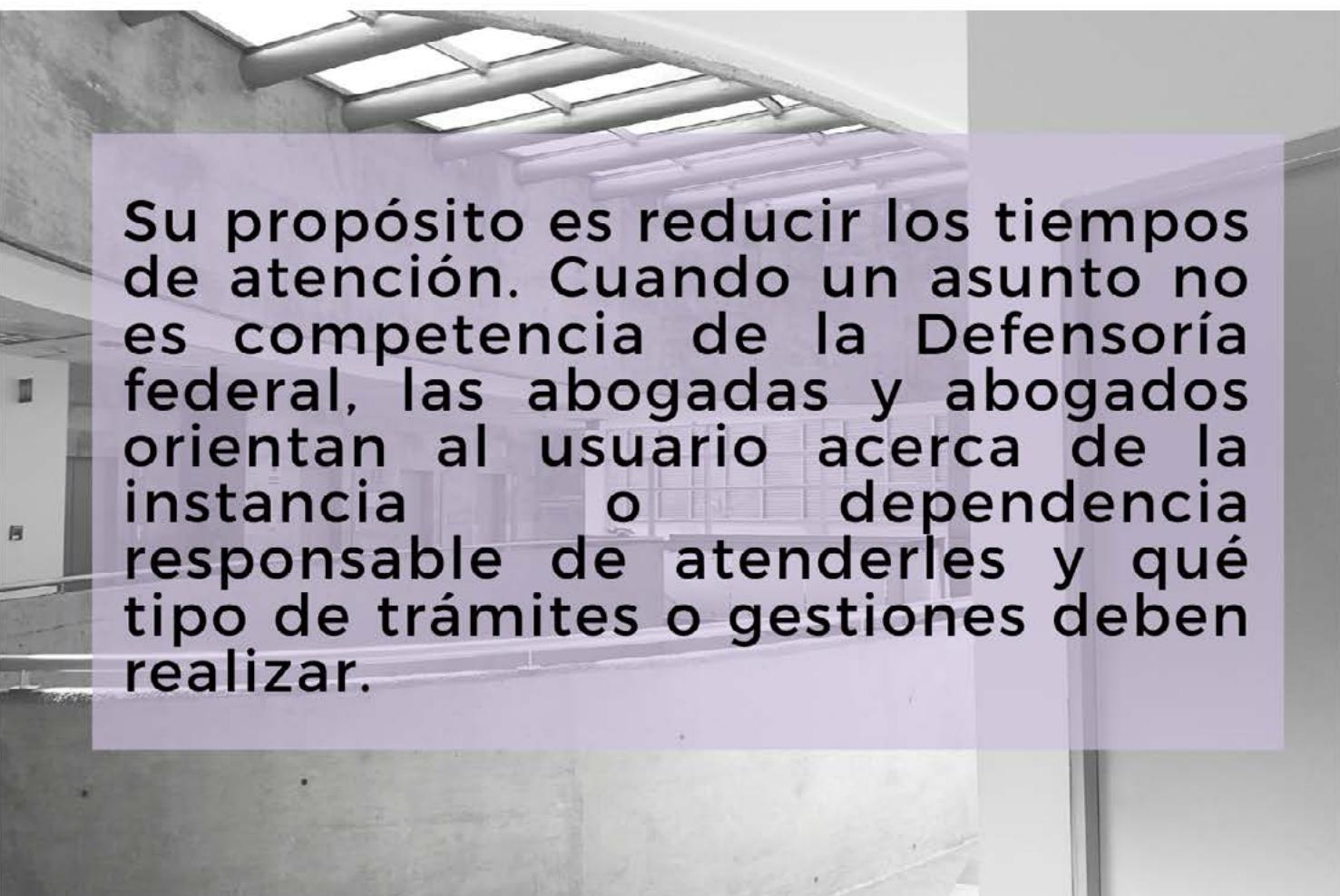


¿Necesitas nuestros servicios gratuitos?

Llama a DEFENSATEL 800 22 42 426

ASESORÍA JURÍDICA

Primer contacto



Su propósito es reducir los tiempos de atención. Cuando un asunto no es competencia de la Defensoría federal, las abogadas y abogados orientan al usuario acerca de la instancia o dependencia responsable de atenderles y qué tipo de trámites o gestiones deben realizar.

DEFENSATEL 800 22 42 426

www.ifdp.cjf.gob.mx

El principio de *no devolución*, como un derecho humano de los refugiados

Yarely Sarahí Carrillo Tapia*

RESUMEN: En el marco a la celebración del día mundial de los refugiados, mismo que tiene lugar el día 20 de junio de cada año y, en atención a los fenómenos de movilidad de personas que ha venido enfrentando nuestro país, resulta de suma importancia tener en cuenta y dar a conocer más sobre este grupo en situación de vulnerabilidad que forma parte de nuestra realidad social y que, igual que cualquier persona, deben gozar a plenitud sus derechos humanos; es por eso que, con la finalidad de crear empatía tanto entre los ciudadanos como en el gobierno mexicano, en el presente se abordan temas que van desde su significado, hasta el respeto a los derechos fundamentales de este grupo, haciendo énfasis en el principio de no devolución, así como en los mecanismos de atención que se han implementado en México para la atención de las y los refugiados que se encuentran actualmente en nuestro país.

SUMARIO: I. Definición de derechos humanos y refugiados. II. Principio de no devolución y su marco jurídico. III. Mecanismo de atención y respeto a los derechos de los refugiados como grupo vulnerable en México. IV. Integración de las y los refugiados a la sociedad mexicana actualmente. V. Conclusión. VI. Fuentes de Consulta.

I. Definición de derechos humanos y refugiados

Los derechos humanos forman parte importante para el desarrollo de una vida digna de las personas, lo que se traduce en una sana sociedad, siendo el Estado el principal propulsor y el encargado de salvaguardar los mismos, sin dejar de lado a la sociedad, quien juega un papel fundamental en el respeto de éstos.

Lo que va estrechamente de la mano a dignificar, respetar y reconocer los derechos que gozan las y los refugiados que forman parte de la sociedad actual y que tienen derechos y deberes como cualquier ciudadano.

En este orden de ideas y resaltando la importancia de lo antes mencionado, para un mejor entendimiento es necesario definir qué son los derechos humanos y qué son o a quiénes se les considera refugiados.

A. Derechos humanos

A grandes rasgos y como la mayoría conoce, 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; lo que se traduce en que todos tenemos los mismos derechos humanos, sin discriminación alguna, ya que estos derechos son interrelacionados, interdependientes e indivisibles.

Con el fin de tener un mejor entendimiento en este tema, es necesario citar algunas definiciones de lo que son los derechos humanos, vistos desde un marco más teórico, ya que existen varias maneras de redactarse, es decir, el término derechos humanos tiene varias definiciones dependiendo del énfasis que se connote.

Citamos, entonces, una definición enunciada por Gregorio Peces-Barba, que afirma:

Los derechos humanos son una facultad que la norma atribuye de protección a la persona

* Oficial administrativa del IFDP.

*en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad, a su participación política y social, o a cualquier otro aspecto fundamental que afecte a su desarrollo integral como persona, en una comunidad de hombres libres, exigiendo el respeto de los demás hombres, de los grupos sociales y del Estado, y con posibilidad de poner en marcha el aparato coactivo del Estado en caso de infracción.*¹

Ahora bien, en el mismo orden de ideas, tenemos la definición enunciada por la Comisión Nacional de Derechos Humanos México en su portal de internet, donde estipula:

Los derechos humanos son el conjunto de prerrogativas sustentadas en la dignidad humana, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral de la persona. Este conjunto de prerrogativas se encuentra establecido dentro del orden jurídico nacional, en nuestra Constitución Política, tratados internacionales y las leyes.

*Los derechos humanos se aplican a todo ser considerado humano y ya nace con una serie de derechos que tienen las características mencionadas, nadie puede coartar los derechos de nadie.*²

Al hablar de derechos humanos es esencial mencionar la Declaración Universal de Derechos Humanos, ya que en la misma se enumeran los derechos fundamentales que como personas poseemos; por lo que en esta ocasión haremos mención de lo establecido en su artículo segundo, el cual dice a la letra:

*Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónoma o sometida a cualquier otra limitación de soberanía.*³

Una vez analizadas las anteriores definiciones de derechos humanos, podemos llagar a la conclusión de que son una facultad que la norma atribuye de protección a la persona en los diferentes aspectos de la vida, que afecte su desarrollo integral para preservar su dignidad como ser humano, al reivindicar los bienes primarios reclamados en primera instancia al Estado, para satisfacer sus necesidades básicas; cuyas facultades y reivindicaciones son inherentes, inalienables, obligatorios, inviolables y universales; todo ser humano goza, por reconocimiento de la Comunidad Internacional de Derechos, los cuales elevan la condición de todo ser humano.

El respeto hacia los derechos humanos de cada persona es un deber de todos. Todas las autoridades en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos consignados en favor del individuo.

B. Refugiados

A lo largo de la historia, diversos países del mundo han preservado la tradición humanitaria de otorgar protección a los extranjeros que huyen de la persecución y la violencia en sus países de origen o residencia, siendo México un país activamente generoso en este tema.

Para definir a quién se le denomina refugiado, nos basamos en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, misma que establece en su artículo primero, una definición del término *refugiado*:

Un refugiado es aquel que debido a fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones po-

¹ Peces Barba G.: "Lecciones de...", cit., p. 11.

² Consultado en: <https://www.cndh.org.mx/derechos-humanos/que-son-los-derechos-humanos>.

³ Declaración Universal de Derechos Humanos, p., 2.

*líticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de su país; o que careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores no quiera regresar a él.*⁴

Posteriormente en varios países de Latinoamérica, incluyendo México, fue necesario ampliar esta definición, derivado de las problemáticas que existen en los países latinos a razón de la violencia generalizada, por lo que también se considera como refugiado:

*A aquellas personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.*⁵

Una vez establecido el grupo de personas que puede englobar el término refugiado, es de importancia hacer mención de quiénes son las personas a las que se les puede otorgar tal título, de acuerdo con el marco legal nacional; por lo que es necesario recurrir a la Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político, específicamente, a su artículo número trece, en donde se señala:

La condición de refugiado se reconocerá a todo extranjero que se encuentre en territorio nacional, bajo alguno de los siguientes supuestos:

I. Que debido a fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, género, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él;

II. Que ha huido de su país de origen, porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por violencia generalizada, agresión extranjera, conflictos internos, violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público, y

*III. Que debido a circunstancias que hayan surgido en su país de origen o como resultado de actividades realizadas, durante su estancia en territorio nacional, tenga fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, género, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, o su vida, seguridad o libertad pudieran ser amenazadas por violencia generalizada, agresión extranjera, conflictos internos, violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.*⁶

En la ley anteriormente citada, también se habla de la figura de la protección complementaria, la cual se otorga al extranjero que no ha sido reconocido como refugiado y consistente en no devolverlo al territorio de otro país en donde su vida, se vería amenazada o se encontraría en peligro de ser sometido a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

El refugiado no sólo tiene derecho a un asilo seguro que garantice su seguridad física. Los refugiados deben gozar, al menos, de los mismos derechos y asistencia que tiene cualquier otro extranjero que sea residente legal; entre otros, el derecho a la libertad de pensamiento, de movimiento, de protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes;

⁴ Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, p., 2.

⁵ Declaración de Cartagena de los Refugiados de 1984, p., 3.

⁶ Ley Sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político, p., 4.

el acceso a atención médica, educación y el derecho a trabajar. Los refugiados, por su parte, deben respetar las leyes y reglamentos del país que les brinda refugio.⁷

Para cerrar este tema, es importante hacer énfasis en no confundir un migrante con un refugiado, ya que un migrante viaja por cuestiones económicas, pero seguiría gozando de la protección de su propio gobierno, en caso de que volviera a su país.⁸

En cambio, los refugiados no cuentan con esta protección y, en algunos casos incluso, temen ser perseguidos por las autoridades del mismo, y no pueden volver a sus hogares. La persecución que sufren, o temen sufrir, puede provenir de las autoridades de su país de origen, o de agentes no estatales como la familia u otros miembros de la sociedad.

Los refugiados, al igual que muchas otras personas, viajan dentro de los movimientos migratorios. En su intento por salir de sus países para huir de la persecución y violencia, éstos pueden utilizar los mismos recursos y medios que los migrantes indocumentados. Muchos refugiados no saben que lo son y, por lo tanto, no saben que tienen el derecho de solicitar la condición de refugiado, aunque hayan ingresado al país de forma ilegal.

II. Principio de no devolución y su marco jurídico

Este principio es de suma importancia para las personas que se encuentran en peligro dentro de sus países y que recurren a desplazarse a otras naciones por tales motivos; consiste, básicamente, en que ningún Estado puede rechazar a una persona en las fronteras, expulsarla o extraditarla a un territorio, si dicha persona alega que puede ser perseguida en éste, o si su vida, libertad o seguridad pudieran verse amenazadas. Este principio básico de protección es conocido como la no devolución, el cual aplica, incluso, cuando el refugiado ingresa ilegalmente al país.

Dada la importancia de este principio de no devolución, y para su mejor entendimiento, es necesario recurrir al marco jurídico del mismo, iniciando por mencionar lo relativo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, específicamente su artículo catorce, donde se establece que:

1. *En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país.*
2. *Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.*⁹

Lo textualmente mencionado en el artículo invocado en líneas anteriores, nos abre el preámbulo para la solicitud de apoyo a los diferentes países a fin de recibir su protección; una vez mencionado que el Estado como ente jurídico, es el principal pionero en el respeto de los derechos humanos que gozan las personas.

En este orden de ideas, reflejamos lo que se estipula en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, específicamente lo relativo al principio de referencia.

Artículo 33 -- Prohibición de expulsión y de devolución (refoulement):

1. *Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas.*
2. *Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde*

⁷ Ídem., pp., 18-19.

⁸ Consultado en: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/RefugiadosAmericas/Mexico/Guia_para_la_proteccion_de_los_refugiados_en_Mexico.pdf.

⁹ *Ibidem*, pp., 4-5.

*se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país.*¹⁰

Una vez más se privilegia a las personas que están en peligro eminentemente dentro de sus países de origen, siempre y cuando no pongan en peligro la soberanía, ni la paz del país que lo recibe, o bien, no haya cometido algún delito por el cual sea víctima de tal persecución.

Siendo México, Estado parte de estos tratados, y dadas las diversas recomendaciones en la materia, se advirtió necesario estipular en la ley que la regula, lo relativo al principio de no devolución, específicamente en el artículo sexto de la Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político, mismo que actualmente señala:

Ningún solicitante o refugiado podrá en modo alguno ser rechazado en frontera o devuelto de cualquier forma al territorio de otro país donde su vida peligre por los motivos señalados en el artículo 13 de esta Ley, o en donde existan razones fundadas para considerar que estaría en peligro de ser sometido a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

*El extranjero al que se le otorgue protección complementaria no podrá ser devuelto al territorio de otro país donde su vida peligre o en donde existan razones fundadas para considerar que estaría en peligro de ser sometido a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.*¹¹

Todas estas normas leídas en conjunto, como se comentaba al principio de este tema, hacen referencia a que el principio de no devolución, implica que una persona no puede ser rechazada en la frontera o expulsada de otro país sin un análisis adecuado e individualizado de su petición. Adicionalmente, antes de realizar una devolución, los Estados deben asegurarse de que la persona que solicita el asilo se encuentre en capacidad de acceder a una protección internacional apropiada mediante procedimientos justos y eficientes de asilo en el país donde se le estaría expulsando. Los Estados también tienen la obligación de no devolver o expulsar a una persona que solicita esta protección cuando hubiera posibilidades de que sufra algún riesgo de persecución, o bien, a uno desde donde el cual pueda ser retornado al país donde sufren dicho riesgo.

Éste principio sirve de protección a los refugiados y/o a las personas que iniciaron el trámite para adoptar esta figura, lo cual implica que aún si éstos no hayan sido admitidos legalmente en el país receptor, e independientemente de haber llegado individual o masivamente, se les debe dar un trato justo y realizar los trámites necesarios para su protección.

Además del principio en cita, las personas que solicitan refugio a algún Estado tienen otros derechos, entre los que destacan el derecho a un intérprete, en caso de no hablar el idioma local; derecho a no ser discriminado, así como derecho a conocer el procedimiento para determinar su condición de refugiado, el cual será siempre gratuito y confidencial.

III. Mecanismo de atención y respeto a los derechos de los refugiados como grupo vulnerable en México

Adicionalmente de los tratados internacionales de los que es parte el Estado mexicano, nuestro país se ha dado a la tarea de crear institutos y organizaciones para la atención de los movimientos de personas que ingresan al territorio nacional, con el fin de resolver sus demandas y necesidades, contando actualmente con diversos organismos, tanto nacionales como internacionales, como lo son el ACNUR a nivel internacional, la COMAR y el IFDP a nivel nacional, los cuales a continuación se desglosan:

¹⁰ *Ibidem*, p., 9.

¹¹ *Ibidem*, p., 3.

Iniciaremos con el ACNUR que significa *Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados*, si bien la Oficina del Alto Comisionado de la Organización en cita, es un organismo internacional que no depende del Estado mexicano, resulta relevante, debido al trabajo compar-tido que se realiza con éste.

*El ACNUR trabaja para proteger y asistir a los refugiados en todo el mundo, su función principal es garantizar que todas las personas tengan derecho a buscar asilo y encontrar un refugio seguro en otro Estado, con la opción de regresar eventualmente a su hogar, integrarse o reasentarse. Durante los momentos de desplazamiento, proporcionan asistencia de emergencia crítica, como por ejemplo agua potable, saneamiento y atención médica, así como albergue, mantas, artículos para el hogar y, a veces, alimentos. También organizan transporte y paquetes de asistencia para las personas que regresan a sus hogares, así como proyectos de generación de ingresos para quienes se reasientan. La sede de ACNUR está en Ginebra, y la organización está presente en 130 países.*¹²

Ahora bien, pasamos al marco nacional para hacer mención de la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados (COMAR), la cual es un órgano descentralizado de la Secretaría de Gobernación y fue establecida por Decreto del presidente José López Portillo el 22 de julio de 1980:

*Tiene la misión de efectuar recomendaciones en materia de refugio y proponer soluciones que logren la integración de refugiados en México, así como un óptimo desarrollo dentro de la sociedad mexicana y en determinados casos gestionar la repatriación voluntaria; la COMAR salvaguarda la no devolución de solicitantes de refugio o refugiados, a lugares en donde su vida, seguridad o libertad se vean amenazadas. Sus oficinas se encuentran en la Ciudad de México como sede central, Acatlán, Veracruz, Tapachula, Chiapas y Tenosique, Tabasco.*¹³

Por último, pasamos a mencionar al Instituto Federal de Defensoría Pública, que es el órgano auxiliar del Consejo de la Judicatura Federal encargado de garantizar el derecho a la defensa pública en materia penal y el acceso a la justicia mediante la orientación, asesoría y representación jurídica en diversas materias, que permite atender a la población menos favorecida del país con los principios de gratuidad, probidad, honradez y profesionalismo con la finalidad de superar las desigualdades sociales y la consolidación del Estado de Derecho.¹⁴

Se hace mención del citado Instituto ya que actualmente brinda asesoría, orientación y representación gratuita jurídica especializada en atención a personas en movilidad y sujetas a protección internacional, esto es, a migrantes de tránsito, destino y retorno (repatriados), así como aquellos solicitantes de la calidad de refugiados. En este momento, el Instituto cuenta con 20 asesores especializados en la materia, ubicados mayormente en las fronteras sur y norte del país, como son: Mexicali, Tijuana, Tapachula, Ciudad Juárez, Ciudad Acuña, Ciudad de México, Guadalajara, Oaxaca, Puebla, San Luis Potosí, Los Mochis, Nogales, Agua Prieta, Coatzacoalcos, Matamoros, Tabasco, Campeche y Zacatecas.

*Los asesores orientan a las personas que han ingresado a territorio nacional sin documentos sobre los trámites para regularizar su estancia y sobre la solicitud de refugio que se tramita ante la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados (COMAR). Si la COMAR rechaza la solicitud, el equipo de asesoría del IFDP, puede representar a las personas migrantes e interponer ante la autoridad judicial recursos de revisión y juicios de amparo o nulidad.*¹⁵

A grandes rasgos se describen las funciones de estos organismos dependientes del Esta-

¹² Consultado en www.acnur.org.

¹³ Consultado en www.comar.gob.mx.

¹⁴ Consultado en www.ifdp.cjf.gob.mx

¹⁵ *Ídem.*

do mexicano; pero también es de importancia mencionar que existen diversas organizaciones sociales que han fundado albergues y casas de asistencia para las personas que se encuentran en movilidad fuera de sus países de origen, donde se les brinda comida, ropa, atención médica básica y un lugar de descanso.

IV. Integración de las y los refugiados a la sociedad mexicana, actualmente

La integración social ocurre cuando los refugiados reconstruyen su vida en un país donde han encontrado condiciones de seguridad y con el tiempo puedan llegar a obtener la residencia permanente o la ciudadanía (naturalización), en cuyo caso dejan de ser refugiados.

Como se comentó en el tema anterior, existen diversos organismos encargados de velar por la protección e integración a la sociedad de las personas consideradas refugiadas dentro de nuestro país, siempre con el afán de que éstas vivan una vida plena con el mejor ejercicio y respeto de sus derechos humanos. Específicamente en México, el organismo público encargado principalmente de esta tarea es la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados (COMAR), misma que además de llevar a cabo los trámites necesarios para las personas que solicitan permanecer en el territorio nacional bajo la figura de refugiados, también es pionera para la integración en sociedad de este grupo vulnerable.

Así también como apoyo a estas personas, México es parte de diversos tratados y convenciones para hacer valer y respetar los derechos y sobre todo impulsar la inserción social de estos grupos, como lo es la Convención Sobre el Estatuto de los Refugiados, la Declaración de Cartagena Sobre Refugiados; a nivel nacional, la Ley Sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político, así como la misma Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, donde se estipulan tanto derechos como obligaciones de los refugiados para su participación en sociedad.

En el Continente Americano, el programa más ambicioso y de mayor alcance para promover la integración local de las personas refugiadas es el denominado *Ciudades Solidarias*, que forma parte del Plan de Acción de México para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina.¹⁶ Dicho programa busca apoyar la integración y autosuficiencia de los refugiados, propiciando su acceso a servicios básicos de salud y educación, empleo y vivienda, a través de su incorporación en los programas nacionales existentes y una serie de proyectos de micro-crédito, capacitación vocacional, y búsqueda y generación de empleo. El programa promueve la incorporación de los refugiados en las políticas públicas y programas nacionales para la atención de la población a través de la firma de acuerdos de cooperación. En el marco del proyecto *Ciudades Solidarias* se han llevado a cabo varias iniciativas.¹⁷

Una solución duradera es aquélla que logra poner fin a los problemas relacionados con el desplazamiento, y que permite a las personas reanudar una vida normal en un entorno seguro. La comunidad internacional tiene la responsabilidad compartida de encontrar soluciones duraderas para las personas que han sido forzadas a abandonar sus comunidades.

Sin embargo, hasta el momento no se cuenta con estudios específicos sobre los retos que los refugiados enfrentan en el proceso de su incorporación social, jurídica y laboral. Asimismo, los programas sociales no contemplan de manera específica a la población refugiada como tal.

¹⁶ Declaración y Plan de Acción de México Para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina.

¹⁷ Uno de los indicadores del marco normativo e institucional para la atención e integración de refugiados bajo el programa *Ciudades Solidarias* es la suscripción de acuerdos por parte de las ciudades para facilitar la integración local y el acceso a servicios básicos de personas necesitadas de protección. En México actualmente existen acuerdos semejantes en la Ciudad de México y están desarrollándose otros en el Estado de México y Quintana Roo. Según el resumen del impacto del programa (UNHCR, 2007C), existen diez convenios con profesionales de la salud mental o acceso a servicios de salud mental en el idioma del refugiado y a precios accesibles. También, en materia de alojamiento se han establecido convenios de colaboración con casas de huéspedes para conseguir la reducción de las rentas e, inclusive, la exención del pago para los casos vulnerables.

V. Conclusión

Actualmente, México enfrenta nuevos desafíos en la protección de los refugiados con los denominados *flujos migratorios mixtos*, donde un reducido número de solicitantes de asilo y refugiados viajan inmersos dentro de una numerosa migración económica indocumentada, lo que hace complicado detectar a las personas que podría solicitar la protección de la nación mexicana mediante la figura de refugio, aunado a esto que en su mayoría son personas que desconocen este derecho inherente a cada individuo.

Todos los gobiernos deben gestionar de forma responsable sus fronteras, actuando con firmeza para eliminar la trata y el tráfico de seres humanos. Pero la vigilancia de las fronteras no debe impedir el acceso al procedimiento de la condición de refugiado a aquellas personas que necesitan protección. Asimismo, es importante visibilizar los principios que salvaguardan la integridad de las y los refugiados dentro de nuestro país como lo es el de no devolución, participando activamente el gobierno, llevando a cabo de manera adecuada los diversos trámites antes de optar por la devolución de las personas que corren peligro en sus naciones.

Para que los refugiados puedan permanecer en un país de manera permanente, deben alcanzar gradualmente la autosuficiencia, en lugar de depender de la asistencia humanitaria. Para lograrlo, deben tener acceso al trabajo, a la educación, a los servicios de salud y a otros servicios básicos. Asimismo, deben lograr integrarse en el ámbito social y cultural en las comunidades que les han acogido.

Es necesario divulgar de manera accesible estos derechos de las personas, para que esté al alcance de cualquier individuo, así como continuar trabajando con las autoridades y la sociedad civil para garantizar que los derechos humanos de las personas refugiadas sean respetados.

VI. Fuentes de consulta

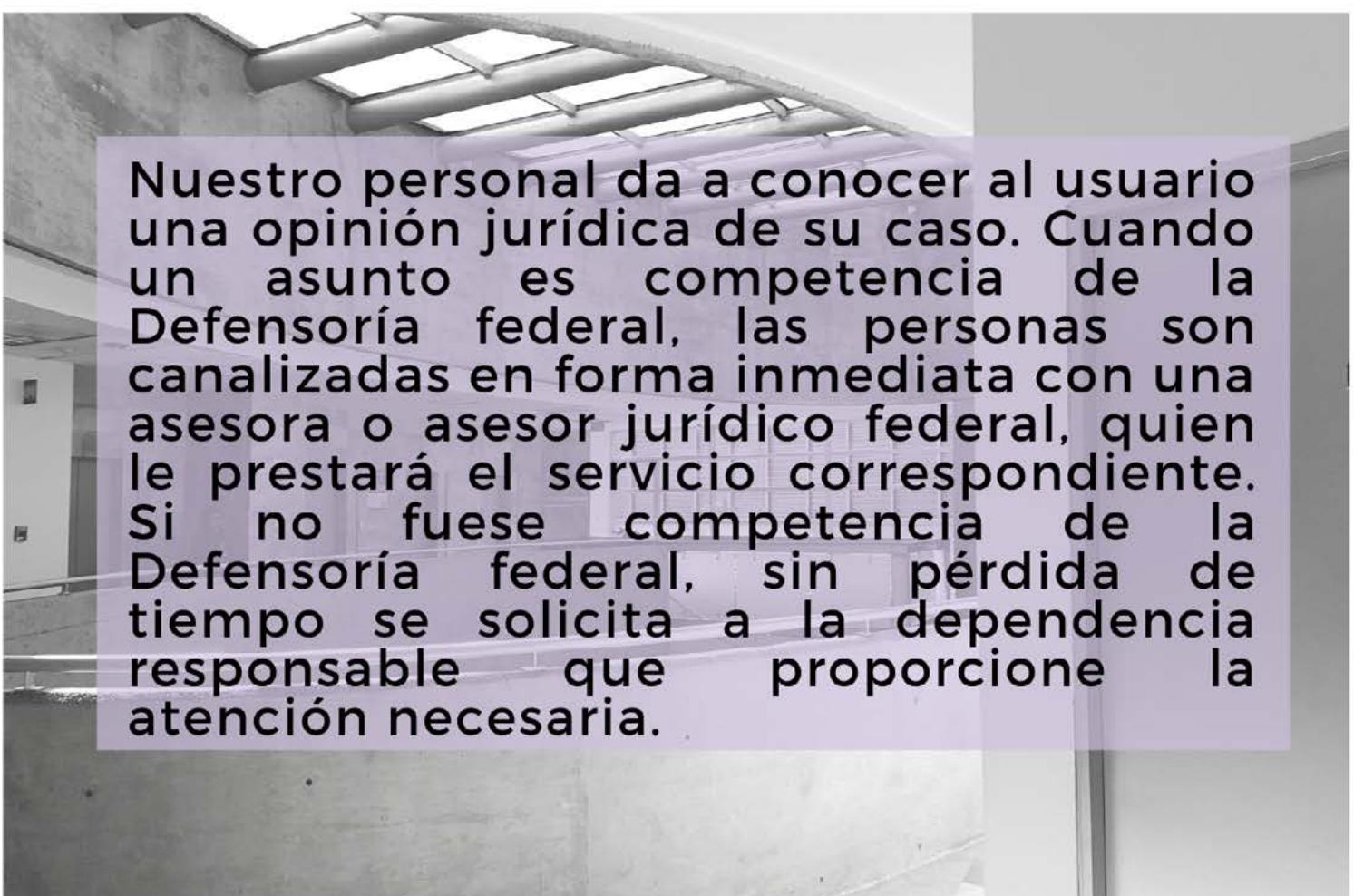
Bibliografía

- Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951.
- Declaración de Cartagena de los Refugiados de 1984.
- Declaración Universal de Derechos Humanos.
- Declaración y Plan de Acción de México Para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina, 16 de noviembre de 2004.
- Ley Sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político (27 de enero de 2011).
- Peces-Barba Martínez, Gregorio: *Lecciones de derechos fundamentales*. Editorial Dykinson., Madrid, 2004.
- UNHCR (2007c) Plan de Acción de México, *Componentes de soluciones duraderas. Ciudades solidarias*. Normas e Indicadores 2005-2007.

Portales de internet consultados

- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, consultado en www.acnur.org.
- Comisión Mexicana de Ayuda, consultada en www.comar.gob.mx.
- Diferencia entre migrantes y refugiados, Consultado en: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/RefugiadosAmericas/Mexico/Guia_para_la_proteccion_de_los_refugiados_en_Mexico.pdf.
- Instituto Federal de Defensoría Pública, consultado en www.ifdp.cjf.gob.mx.
- ¿Qué son los derechos humanos?, Consultado en: <https://www.cndh.org.mx/derechos-humanos/que-son-los-derechos-humanos>

ASESORÍA | Orientación JURÍDICA



Nuestro personal da a conocer al usuario una opinión jurídica de su caso. Cuando un asunto es competencia de la Defensoría federal, las personas son canalizadas en forma inmediata con una asesora o asesor jurídico federal, quien le prestará el servicio correspondiente. Si no fuese competencia de la Defensoría federal, sin pérdida de tiempo se solicita a la dependencia responsable que proporcione la atención necesaria.

DEFENSATEL 800 22 42 426

www.ifdp.cjf.gob.mx

Reflexiones desde el Derecho Administrativo sobre el derecho a la solicitud de refugio como un acto de carácter administrativo

*Martha Yuriria Rodríguez Estrada**

SUMARIO: I. Introducción. II. Generalidades del procedimiento y del acto administrativo. III. Principios básicos del acto administrativo. IV. Notas preliminares sobre el acto y procedimiento administrativo. V. Validez y control del acto administrativo de solicitud de condición de refugiado. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

I. Introducción

En México la población tiene garantizada la defensa de sus derechos humanos a través del Instituto Federal de Defensoría Pública (en adelante Instituto o IFDP), la que tiene como función —de acuerdo con sus Bases Generales de Organización y Funcionamiento, numerales 36 fracción I, inciso e); y, 38, en especial la población menos favorecida del país, entre ella, los migrantes, en atención a los principios de legalidad, respeto, diligencia, prudencia, lealtad y economía procesal. La defensa de estos grupos se realiza a través de sus servicios de asesoría y representación jurídica especializada en atención a personas en movilidad y sujetas a protección internacional, como migrantes de tránsito, destino y retorno (repatriados), así como aquellos solicitantes de la calidad de refugiados.

De acuerdo con información de la Secretaría Técnica de Equidad de Género y Atención a Grupos Vulnerables en noviembre de 2019, el Instituto tenía registro de 23 asesores especializados en movilidad humana, distribuidos en la República Mexicana,¹ quienes han brindado más de 1,800 servicios de asesoría jurídica especializada en personas en movilidad, entre los cuales se encuentra la solicitud de calidad de refugio ante a la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados (COMAR); sin embargo, de lo anterior el Instituto cuenta con antecedentes sobre lo burocrático, aunque limitado y fuera de las reglas del procedimiento administrativo, situación que puede generar una violación a derechos humanos en el marco de lo establecido en los diversos tratados y convenios internacionales en la materia.

Por lo anterior, el presente artículo busca hacer una reflexión, desde el Derecho Administrativo, del procedimiento de solicitud de condición de refugiado que regula la COMAR, el cual, ante la omisión administrativa y legislativa, realiza actos administrativos aplicando una interpretación estricta de lo establecido en el artículo 18 de la Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político (en adelante Ley sobre Refugiados); y, en el 19 de su reglamento, que pueden ser violatorios de derechos humanos, según lo establecido en el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Dicha reflexión tiene la intención de demostrar la hipótesis de que un procedimiento administrativo justo y eficiente, donde se analicen casos que involucren limitaciones o ampliaciones de derechos de las personas, es fundamental para determinar la suerte de las personas peticionarias, como el caso de aquéllas que solicitan la calidad de refugiado, en donde además de valorar las circunstancias y el riesgo específico que podría sufrir en caso de devolución a su país, la certeza jurídica se convierte en un eje rector de este tipo de actos administrativos.

* Directora de Vinculación y Derechos Humanos de la Unidad de Litigio Estratégico en Derechos Humanos del IFDP.

¹ Los asesores jurídicos se encuentran establecidos en: Mexicali, Baja California; Tijuana, Baja California; Campeche, Campeche; Tapachula, Chiapas; Ciudad Juárez, Chihuahua; Ciudad Acuña, Coahuila; Guadalajara, Jalisco; Salina Cruz, Oaxaca; San Luis Potosí, San Luis Potosí; Los Mochis, Sinaloa; Nogales, Sonora; Agua Prieta, Sonora; Coatzacoalcos, Veracruz; Villahermosa, Tabasco; Matamoros, Tamaulipas; Zacatecas, Zacatecas; y, Puebla, Puebla.

Antes de dar inicio al tema, es importante manifestar que el procedimiento de solicitud de condición de refugiado debe analizarse de manera constante desde la óptica de los derechos humanos; un reflejo de ello es la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual señala que una decisión errónea o desfavorable podría derivar en el riesgo de devolver a una persona a un lugar donde su vida, seguridad y/o libertad corren peligro.²

II. Generalidades del procedimiento y del acto administrativo

El procedimiento administrativo es la actuación mediante la cual la administración pública se regula y tiene como resultado el acto administrativo, si bien la administración está obligada a dictar una resolución y notificarla, ésta debe contar con características específicas que otorguen garantía y certeza jurídica a los administrados, lo cual garantiza el Estado de derecho.

La premisa anterior atiende a una de las características fundamentales del estado de derecho, que las personas administradas o gobernadas cuenten con garantías en la tramitación de los asuntos en los que exista relación con el Estado, por lo que la administración pública se debe regir a partir de principios y procedimientos claros, que den a la persona administrada certeza en las determinaciones de las autoridades.

Para Alberto Pérez Dayán,³ un órgano administrativo en donde no media voluntad administrativa que oriente la determinación de la conducta, ante cualquier comportamiento ejecutado por él mismo, acarreará consecuencias y se constituirá como un hecho jurídicamente administrativo; ahora bien, no toda actuación material administrativa puede considerarse como lícita, ésta debe cumplir con las finalidades públicas que caracterizan a los entes públicos o jurídicos, por lo cual el acto administrativo debe cumplir con las vías de hecho y si éstos llevan impresa la voluntad de la gente que los ejecutan, más allá del fin para el cual son emitidos, se convierten en ilícitos. Es decir, de acuerdo con la teoría de la vía del hecho, es importante cumplir con una serie de distinciones para tener perfectamente definidos este tipo de actos.

El procedimiento administrativo, como un acto de garantía para el gobernado, debe guardar estrecha relación con el artículo 14 constitucional, situación que lo obliga a cumplir con ciertas formalidades esenciales, además de cumplir con aquellas nociones de legalidad contenidas en el texto del primer párrafo, del artículo 16 constitucional; por lo tanto, estos dos preceptos se constituyen como elementos fundamentales que determinarán si un acto administrativo es lícito, ilícito o contiene vicios, pues debido a esto se podrían ver afectados los derechos de los administrados.

En cuanto al acto administrativo, lo podemos considerar como un acto unilateral de un órgano del poder público en el ejercicio de su función, con efectos jurídicos directos en casos particulares, los cuales pueden traducirse en modificación o extinción de derechos, obligaciones específicas, determinación de condiciones para el administrado, modificación o extinción de derechos y obligaciones, entre otras.

Ahora bien, partiendo de lo anterior se puede establecer que el procedimiento administrativo cuenta con características propias; Gordillo⁴ considera que *las características jurídicas del acto administrativo son la legitimidad, ejecutoriedad, estabilidad e impugnabilidad*, mismos que se describen de la siguiente manera:

² Criterio vinculante para el Estado mexicano en términos de la jurisprudencia P.J. 21/2014 (10a.) del rubro “JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA.”

³ Pérez Dayán, A.: *Teoría general...*cit., p. 3.

⁴ Gordillo, A.: *El acto...*cit., p. 40.

Característica jurídica	Descripción
Legalidad o legitimidad	Se manifiesta cuando el acto administrativo se realiza en el marco del derecho positivo vigente que regula el quehacer administrativo, es decir, el acto responde a las pretensiones normativas existentes.
Ejecutoriedad	Es la manifestación especial de la eficacia de los actos administrativos que imponen deberes o restricciones a los administrados, sin necesidad de la intervención de órganos jurisdiccionales.
Estabilidad	Tiene que ver con las características formales del acto administrativo, es decir, éste es unilateral, individual, que verse sobre derechos subjetivos, que se le notifique a la persona interesada, que reúna las condiciones mínimas de validez y que no exista una ley de orden público que autorice su revocación.
Impugnabilidad	Es el derecho que tiene el administrado de informarse del acto, ya sea mediante un procedimiento administrativo o judicial, en este sentido, es pertinente manifestar que al existir un acto viciado éste carece de estabilidad, por lo cual debe existir el derecho del administrado de poder revocarse.

Si bien, desde la doctrina no existe un criterio único que determine los elementos esenciales del acto administrativo, el marco normativo nacional establece en el artículo 3º de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, los elementos y requisitos del acto administrativo de la siguiente manera:

Artículo 3.- Son elementos y requisitos del acto administrativo:

- I. *Ser expedido por órgano competente, a través de servidor público, y en caso de que dicho órgano fuere colegiado, reúna las formalidades de la ley o decreto para emitirlo;*
- II. *Tener objeto que pueda ser materia del mismo; determinado o determinable; preciso en cuanto a las circunstancias de tiempo y lugar, y previsto por la ley;*
- III. *Cumplir con la finalidad de interés público regulado por las normas en que se concreta, sin que puedan perseguirse otros fines distintos;*
- IV. *Hacer constar por escrito y con la firma autógrafa de la autoridad que lo expida, salvo en aquellos casos en que la ley autorice otra forma de expedición;*
- V. *Estar fundado y motivado;*
- VI. *(Se deroga)*
- VII. *Ser expedido sujetándose a las disposiciones relativas al procedimiento administrativo previstas en esta Ley;*
- VIII. *Ser expedido sin que medie error sobre el objeto, causa o motivo, o sobre el fin del acto;*

- IX. *Ser expedido sin que medie dolo o violencia en su emisión;*
- X. *Mencionar el órgano del cual emana;*
- XI. *(Se deroga)*
- XII. *Ser expedido sin que medie error respecto a la referencia específica de identificación del expediente, documentos o nombre completo de las personas;*
- XIII. *Ser expedido señalando lugar y fecha de emisión;*
- XIV. *Tratándose de actos administrativos deban notificarse deberá hacerse mención de la oficina en que se encuentra y puede ser consultado el expediente respectivo;*
- XV. *Tratándose de actos administrativos recurribles deberá hacerse mención de los recursos que procedan, y*
- XVI. *Ser expedido decidiendo expresamente todos los puntos propuestos por las partes o establecidos por la ley.*

Es decir, si estos elementos del acto administrativo se homologan con la doctrina, se cumpliría con los elementos del sujeto, la voluntad, el objeto, el fin y la forma, los cuales van a complementarse a partir de la clasificación del acto administrativo, que puede ser por su esfera de aplicación, finalidad, contenido y efectos (incrementan o restringen los derechos de particulares), o por su relación con la ley.

Este panorama general, nos permitirá hacer un análisis del procedimiento que se realiza para solicitar la condición de refugiado en términos del artículo 18 de la Ley sobre Refugiados, sus características como un acto administrativo y la importancia de su regulación desde una óptica que permita garantizar los derechos de las personas solicitantes y les brinde seguridad jurídica en cuanto al acto que se emita.

III. Principios básicos del acto administrativo

De acuerdo con el artículo 13 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, se dispone que: *La actuación administrativa en el procedimiento se desarrollará con arreglo a los principios de economía, celeridad, eficacia, legalidad, publicidad y buena fe*, desde este parámetro se entiende que los principios reguladores de un acto administrativo son los antes descritos, mismos que deben ser considerados a la luz de lo establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en los tratados internacionales que México ha ratificado, e incorporados en las leyes de procedimiento administrativo, que sirven de garantía para el administrado dentro del mismo.

Por tanto, es pertinente realizar una revisión sobre el contenido y las reflexiones de estos principios que fijan las actuaciones mínimas que debe contener un acto administrativo, y se les pueden definir de la siguiente manera:

Principio de economía. Se refiere a la premisa que, dentro de la administración pública, se busca evitar a los administrados trámites excesivos o redundantes, disminuir el trabajo de los servidores públicos y alcanzar una eficacia adecuada en las resoluciones o actos administrativos.

Principio de celeridad. El cual busca garantizar una solución inmediata apelando a la distribución acertada del empleo del tiempo, de los medios y en la configuración de las formas; lo cual es relevante cuando se busca garantizar derechos fundamentales y de primera necesidad para las personas.

Principio de eficacia. Este principio se relaciona con la rapidez, la celeridad y la sencillez, esto en busca de asegurar el uso óptimo de los recursos humanos y materiales.

Principio de legalidad. Este principio se tiene que mirar a la luz de dos tipos de actividades, la discrecional y la reglada de la administración; donde la segunda impone a un agente público su actuar administrativo regulado a partir de su orden legal; es por ello que la existencia de criterios normativos precisos reduce el poder de apreciación subjetiva aunque normalmente cuentan los órganos públicos, tal y como lo manifiesta Escola,⁵ al determinar que la voluntad pública se restringe al texto de la ley, mientras que los mecanismos ejecutores deben apreciar la existencia de los hechos o condiciones que son exigidos para que se aplique la norma y su cumplimiento; por su parte, la actividad discrecional de la administración, abre la posibilidad a que los agentes y los órganos puedan determinar ciertas consideraciones; sin embargo, sus acciones, al constituirse en un hecho jurídico administrativo, deben buscar el cumplimiento del fin legal para el que fue creado. El principio de legalidad se determina a partir de lo establecido en el artículo 16 constitucional, el cual condiciona el actuar público que causa molestias a los particulares, mismo que debe limitarse a cumplir determinados requisitos para su ejecución, como lo es la fundamentación y motivación del procedimiento.

Principio de publicidad. Tiene que ver con el conocimiento que se les da a las actuaciones y se encuentra regulado en el Artículo 33 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, el cual establece:

Los interesados en un procedimiento administrativo tendrán derecho de conocer, en cualquier momento, el estado de su tramitación, recabando la oportuna información en las oficinas correspondientes, salvo cuando contengan información sobre la defensa y seguridad nacional; sean relativos a materias protegidas por el secreto comercial o industrial, en los que el interesado no sea titular o causahabiente, o se trate de asuntos en que exista disposición legal que lo prohíba.

Principio de buena fe. Este principio no debe ser considerado sólo como una premisa moral, sino debe verse como parte del derecho subsidiario, el cual fija los parámetros del operador administrativo para efecto de cumplir con sus obligaciones de interpretación doctrinal y jurisprudencial para garantizar el ejercicio de los derechos.

IV. Notas preliminares sobre el acto y procedimiento administrativo

Concluida la primera parte de este artículo, toca hacer una descripción del procedimiento de solicitud de condición de refugiado, la cual se tramita ante la COMAR. Es importante manifestar que esta institución sólo cuenta con oficinas en Chiapas, Ciudad de México, Veracruz y Tabasco, por lo que en el resto del país la solicitud se debe realizar ante las oficinas de Regulación Migratoria del Instituto Nacional de Migración (INM), de acuerdo con lo establecido en el artículo 18 de la Ley sobre Refugiados; y, 17 de su reglamento, la persona peticionaria tiene un término de 30 días hábiles, después de su ingreso a México, para solicitar este procedimiento y, en caso de que no lo haga deberá exponer que le fue materialmente imposible presentarla. Incluso, si la persona se encuentra en estación migratoria puede realizar la petición a la COMAR.

Una vez recibida la solicitud, la COMAR le pedirá a la persona solicitante, llenar un formulario en donde se expliquen los motivos por los cuales pide la calidad de refugiado, el motivo de la salida de su país, si está acompañado de su familia o si se quedó en su país; una vez realizado este procedimiento, el órgano administrativo tiene la obligación de emitir una constancia que da inicio al procedimiento, así como el requisito para solicitar al INM una visa por razones humanitarias, para los efectos correspondientes.

⁵ Escola, H. J.: *Compendio de...* cit., 1984 - 1292 pp.

Posteriormente, la COMAR, realiza un procedimiento de entrevista para conocer los motivos por los cuales la persona salió de su país y las razones por las que no desea regresar. En esta etapa se pueden agregar documentales o información relacionada que ayuden a sustentar la solicitud de refugio, sin que esto sea un requisito indispensable para acceder a ese derecho.

Para este momento de entrevista, que es de carácter individual, le asisten características de procedimiento, como que el solicitante tenga derecho a un intérprete o la persona que puede realizar la entrevista.

Una vez concluida la entrevista, la COMAR cuenta con 45 días hábiles para estudiar la procedencia, después de la fecha marcada en la constancia que se otorgó; y, 10 días hábiles para informar y notificar el resultado, es importante manifestar que existen casos en los que la autoridad administrativa puede ampliar el plazo por otros 45 días.

Si la respuesta de la COMAR es positiva, la persona peticionaria tiene que acudir al INM para tramitar su residencia permanente en México como refugiado, si es negativa, el solicitante tiene derecho a presentar una apelación dentro de los 15 días hábiles siguientes a la notificación. Posteriormente, la COMAR revisará el caso por segunda ocasión, lo cual podría tardar hasta 90 días naturales. Si la COMAR niega de nuevo la petición se puede presentar un amparo ante el juez competente.

V. Validez y control del acto administrativo de solicitud de condición de refugiado

En este sentido, si se realiza un comparativo entre el procedimiento de la COMAR y la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, en teoría el procedimiento de solicitud de calidad de refugiado debería de contar con los mínimos establecidos en el artículo 3º de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo; sin embargo, al realizar un análisis de las fracciones de mayor relevancia del referido artículo (agregando comentarios y omitiendo las fracciones que son requisitos formales) se destaca lo siguiente:

- I. *Ser expedido por órgano competente, a través de servidor público, y en caso de que dicho órgano fuere colegiado, reúna las formalidades de la ley o decreto para emitirlo.* De acuerdo a las características del procedimiento, y a la página de la COMAR,⁶ utilizan como fundamento, los artículos 11 y 18 de la Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político. artículos 8, 17, 18, 19 y 20 del Reglamento de la Ley.
- II. *Tener objeto que pueda ser materia del mismo; determinado o determinable; preciso en cuanto a las circunstancias de tiempo y lugar, y previsto por la ley.* Este objeto se desarrolla en *las fichas de acceso a la población sobre los trámites de la Coordinación General de la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados, mencionándose únicamente el término de resolución y las características de la misma.*
- III. *Cumplir con la finalidad de interés público regulado por las normas en que se concreta, sin que puedan perseguirse otros fines distintos.* El artículo 18 de la Ley sobre Refugiados, exige que las personas extranjeras presenten su solicitud de calidad de refugiado, por lo cual se identifica el interés público regulado, a esto se agrega que, en mayo de 2010, durante la exposición de motivos de la Ley Sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político —antes Ley Sobre Refugiados y Protección Complementaria—, si bien, considera que la ley es de carácter sustancial, ya que busca:

⁶ Trámites de la Coordinación General de la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados. <http://www.comar.gob.mx/work/models/COMAR/Resource/267/6/images/Tramites.pdf> [Visto por última vez el 29 de septiembre de 2019].

“fortalecer e institucionalizar mecanismos jurídicos y administrativos a fin de garantizar los derechos y seguridad de las personas solicitantes de asilo por su condición de refugiado, así como establecer procedimientos justos y efectivos prestando especial atención en grupos en situación de vulnerabilidad o discriminación”.⁷

Es decir, dentro de su exposición de motivos buscan garantizar mecanismos jurídicos y administrativos que garanticen a las personas que soliciten el derecho a refugio, un trámite o procedimiento justo, sin embargo, no justifica a lo largo de la misma, la razón por la cual impone este tipo de temporalidad, sentando una responsabilidad directa a la persona beneficiaria de ese derecho. Sin embargo, la limitación de 30 días para presentar la solicitud, en lugar de perseguir el fin para la cual fue creada pone en riesgo a aquellas personas, para lo cual fue creada la ley.

IV.

...

V.

Estar fundado y motivado. Si bien la negativa que emite COMAR, respecto a la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado está fundada y motivada en el precepto 18 de la Ley sobre Refugiados, existe una limitante al señalar una imposición limitativa de 30 días que no se encuentra fundada y motivada, lo cual genera un acto administrativo temporal que en determinados casos impactará en la esfera jurídica de las personas negándoseles un derecho. De lo anterior se desprende que este requisito no se cumple, ya que no existen antecedentes o pruebas que demuestren que la persona extranjera fue informada, sobre el derecho que le asiste en el país de solicitar su condición de refugiado, esta omisión de las autoridades competentes, supone en automático la omisión de las personas peticionarias de conocer los trámites, requisitos y formalidades que el procedimiento al que se someterá para solicitar se le garantice un derecho. Incumpliendo dicho requisito, así como el principio de publicidad y buena fe.

VI.

...

VII.

Ser expedido sujetándose a las disposiciones relativas al procedimiento administrativo previstas en esta Ley. Es decir, de acuerdo al Título Tercero, Capítulo Primero, artículos 12, 13, 14 y 16, fracción VII, son aplicables las actuaciones de los particulares (migrantes) ante la Administración Pública (COMAR), así como los actos por medio de los cuales se desenvuelve la función administrativa, lo cual se desarrollará conforme a los principios de economía, celeridad, eficacia, legalidad, publicidad y buena fe, aunado a que se inicia de oficio o petición de la parte interesada (migrante). Asimismo, es obligación de la COMAR proporcionar información y orientar al extranjero de los requisitos jurídicos como técnicos que se establecen en las disposiciones legales vigentes, de ahí que resulta ilógico que la COMAR pretende no otorgar el derecho consistente en obtener el reconocimiento de la calidad de refugiado, basándose en la existencia de en un plazo de 30 días hábiles, que no le fue notificado e informado.

VIII.

Ser expedido sin que medie error sobre el objeto, causa o motivo, o sobre el fin del acto. El artículo 18 de la LSRPCAP, establece una temporalidad de 30 días hábiles para presentar solicitud de reconocimiento de refugiado; sin embargo, dicho precepto no señala la forma en que la COMAR debe informar al migrante del plazo que tiene para solicitar la calidad de refugiado. Por el contrario, dicha disposición si genera un error, sobre el motivo

⁷ Cámara de Diputados. Gaceta Parlamentaria Número 3009-I. De la Comisión Permanente, con el que remiten iniciativa de decreto por el que se expide la Ley Sobre Refugiados, Protección Complementaria, y se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Población, recibida del Ejecutivo Federal en la sesión del miércoles 12 de mayo de 2010.

y el fin del acto que es proteger y garantizar los derechos de las personas migrantes. En este sentido se tiene como demostrado el error en el que se incurre en objeto, motivo y fin del acto, al imponer un requisito temporal a este procedimiento administrativo, sin que se tomen en consideración circunstancias específicas de las personas extranjeras que solicitan este acto; es decir, el grado de ponderación es la ejecución del acto administrativo y no a la garantía del derecho, situación que debería de ser contraria.

- IX. *Ser expedido sin que medie dolo o violencia en su emisión.* Si bien en un primer momento se puede considerar que no existe dolo intencional por parte de la COMAR al negar la solicitud de refugiado al migrante; en los casos que la instancia administrativa niega la petición por la caducidad del término de los 30 días, se podría inferir un dolo por omisión, en tanto que cuando ingresa a territorio mexicano, no se le hace de su conocimiento del procedimiento administrativo que debe llevar a cabo para tramitar y obtener la calidad de refugiado.
- X. ...
- XI. ...
- XII. ...
- XIII. ...
- XIV. ...
- XV. *Tratándose de actos administrativos recurribles deberá hacerse mención de los recursos que procedan.* La COMAR una vez que informó al migrante del rechazo de su solicitud, también le indicó que podía interponer un recurso, situación que, si bien busca garantizar el acceso a un recurso efectivo, tiene como finalidad proteger al demandante (migrante), ya que la autoridad debe observar el principio de legalidad y sujetar sus actos a las disposiciones jurídicas, además está obligado a fundarlos y motivarlos, por lo que al omitirse tales señalamientos, el gobernado a través del uso o activación de un recurso administrativo estará en posibilidad de lograr que el acto sea revocado o modificado.
- XVI. *Ser expedido decidiendo expresamente todos los puntos propuestos por las partes o establecidos por la ley.* Como ya se mencionó en párrafos anteriores, si bien la COMAR, en sus determinaciones sienta el derecho que les asiste a las personas solicitantes de presentar un amparo, este recurso no es la medida idónea en aquellos casos donde la instancia administrativa se niega a iniciar el procedimiento porque el procedimiento no se realizó en el término de los 30 días; atentando contra los principios básicos del derecho administrativo principalmente celeridad y buena fe; de igual forma es importante considerar que es un atentado en contra de la propia teoría del derecho administrativo, ya que sienta toda la responsabilidad a los órganos jurisdiccionales quienes tienen que hacer una reinterpretación pro persona, generando una carga de trabajo adicional.

De lo anteriormente descrito se puede determinar que la COMAR tiene como función principal sustanciar el procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado a las personas en contexto de migración, respetando sus derechos humanos, es decir, lleva a cabo un acto de carácter administrativo al realizar el trámite de reconocimiento; sin embargo, establece una limitante al señalar que el trámite es extemporáneo, ya que toma en consideración el término de 30 días hábiles, contados a partir de que ingresan a territorio mexicano como lo prevé el artículo 18 de la Ley sobre Refugiados.

Ahora bien, la COMAR al negar al inicio la petición de solicitud de refugiado, con el argumento de considerar que es una solicitud de manera extemporánea, vulnera los derechos de los migrantes, e incluso la misma falta de coherencia en el acto se demuestra en el sentido de que ni siquiera hay antecedentes de que la COMAR o el INM brinden información a la persona que ingresa a territorio nacional sobre el plazo que tiene para presentar su solicitud ante la COMAR, a efecto de regularizar su estancia en el país como refugiado.

Esta situación se reitera con el caso de Mendez vs Rojas,⁸ desahogado en el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Oeste de Washington, donde se determinó que la falta de notificación a las personas sobre el plazo que tienen para presentar una solicitud de refugio, no sólo viola en procedimiento administrativo, sino también el derecho de las personas a solicitar refugio.

Tomando el criterio antes mencionado y atendiendo al procedimiento administrativo que lleva a cabo la COMAR, a interpretación de este Instituto, es que el procedimiento administrativo de la solicitud de calidad de refugio debería estar regulado a partir de que de manera formal y legal se le informe (de una forma clara, precisa, transparente, oportuna y en su idioma), a la persona solicitante, de los procedimientos y requisitos que debe cumplir para regularizar su estancia y no limitar su derecho por el simple hecho de que no lo solicitó desde su ingreso al país hasta los 30 días hábiles posteriores, ya que es contrario al mismo procedimiento administrativo.

Aunque el artículo 18 de la Ley sobre Refugiados establece como plazo para solicitar la calidad de refugiado 30 días hábiles, partiendo del momento en que ingresa a territorio nacional, el Estado mexicano ha omitido notificar a los migrantes de este importante plazo, a efecto de evitar que transcurra el tiempo y no puedan presentar la solicitud dentro del término señalado, lo que trae como consecuencia que ante la falta de notificación se viole el derecho legal de las personas en movilidad para solicitar su calidad de refugiado.

Una de las mayores dificultades de la aplicación del ordenamiento jurídico administrativo, para Agustín Gordillo,⁹ es partir de las normas y principios supranacionales y constitucionales y luego ir subsumiendo en ellas las normas de rango legislativo y reglamentario con decreciente valor normativo. A esta reflexión, es importante incluir que los operadores jurídicos, en la mayoría de las ocasiones, carecen de herramientas que les permitan incorporar las normas y principios, y tienden a invertir el orden de jerarquía normativa o priorizar el más mínimo reglamento, aunque contravenga los principios generales del derecho o vulnere derechos fundamentales.

Asimismo, se cometen crímenes que no siempre la justicia llega a castigar, no es infrecuente que se cumpla una pequeña regla administrativa absurda, injusta, maliciosa, irracional y no los grandes principios del ordenamiento jurídico.¹⁰ El procedimiento de solicitud de refugiado, al ser un hecho jurídicamente relevante o significativo, implica una consecuencia jurídica de orden subjetivo, ya que se rige a partir de los comportamientos de personas físicas y morales que representan al órgano que lo emite, en este caso la COMAR.

Es decir, los actos de la COMAR, al ser actos de carácter humano, ejecutados por un órgano administrativo, el cual influye directamente en la esfera de los administrados es, de acuerdo a Manuel María Diez,¹¹ el acto natural naciente del procedimiento de refugio y un hecho administrativo que nace y se produce con la activada del mismo órgano, aun cuando ésta

⁸ Mendez-Rojas v. Johnson, No. 2: 16-cv-01024-RSM (WD Wash. Presentada el 30 de junio de 2016).

⁹ Gordillo, A.: *Tratado de derecho...* cit., p. 41.

¹⁰ Gordillo, A.: *Introducción al...*

¹¹ Diez, M.: *Derecho...* cit., p. 174.

no tenga la intención de producir el efecto. De acuerdo con los estándares internacionales, la calidad de refugiado no se adquiere o pierde por el hecho de que haya solicitado el reconocimiento formal dentro de un plazo determinado, sino que la protección internacional nace por el simple hecho de ubicarse en las hipótesis que establecen los tratados internacionales en materia de refugio; por lo cual, el Estado mexicano debe velar por reconocer esa situación y proceder a la protección humanitaria.

En el procedimiento administrativo se reconocen una serie de principios que prevén que tanto el particular como la administración, tengan un conocimiento total y acabado de la cuestión planteada. Los principios que rigen el procedimiento son, fundamentalmente, los de legalidad, legalidad objetiva y debido proceso adjetivo, sin dejar de tener en cuenta que los de seguridad jurídica, gratuidad, celeridad, economía, sencillez, eficacia, eficiencia, publicidad, buena fe, descentralización, desconcentración y de coordinación, también son muy importantes. Aunque cabe aclarar que cualquier principio general de carácter normativo, congruente con el espíritu del sistema, puede ser empleado con fines hermenéuticos o de integración.¹²

Es importante determinar que la seguridad jurídica parte del debido proceso, de acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien ha indicado que este derecho, consagrado en el artículo 8° de la Convención Americana, se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efecto de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado, adoptado por cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que pueda afectarlos.¹³ De manera que cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo, sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal.¹⁴

En cuanto al alcance de este derecho, la Corte Interamericana ha señalado, de manera reiterada, que para alcanzar sus objetivos el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia, ya que sólo de esta forma se atiende el principio de igualdad ante la ley y la correlativa prohibición de discriminación. Por tanto, la presencia de condiciones de desigualdad real obliga a los Estados a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los intereses de los individuos.¹⁵

Al respecto, el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo, ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos humanos.

Por su parte, el artículo 17 constitucional consagra el derecho humano a la tutela judicial efectiva y, en particular, el principio de completitud, sin que el estatus migratorio de las personas sea relevante para acceder a ellos. De acuerdo con la Opinión Consultiva OC-18 de 17 de septiembre de 2003, la Corte Interamericana estableció que *es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la adm-*

¹² Sánchez Vázquez, R.: *Los principios...* cit., p. 101.

¹³ Véase Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 69, y Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227, Párr. 115. Véase también: Caso Camba Campos y otros (Tribunal Constitucional) Vs. Ecuador, párrs. 167 y 168.

¹⁴ Véase Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 124, y Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana, párr. 157.

¹⁵ El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 119.

nistración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas...¹⁶

Para que un recurso se considere efectivo en casos de personas migrantes y sujetas de protección internacional, es necesario que se tome en cuenta la situación de vulnerabilidad en que se encuentran y el impacto de las resoluciones administrativas y/o jurisdiccionales, para optar por las decisiones que otorguen un mayor beneficio.

De ahí la obligación del Estado mexicano de establecer recursos efectivos ante los tribunales competentes, que amparen a los migrantes contra actos que se consideren violatorios de sus derechos humanos, así como adoptar las medidas necesarias para evitar el retraso en las resoluciones judiciales y administrativas que signifiquen un obstáculo para el acceso a otros derechos humanos, especialmente para las personas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad.

El derecho a la seguridad jurídica está garantizado en el sistema jurídico mexicano, en principio, a través de los artículos 14 y 16 constitucionales, donde se prevé el cumplimiento de las formalidades esenciales del procedimiento, la autoridad competente y la fundamentación y motivación de la causa legal del procedimiento.

De manera que, en el despliegue de sus facultades y atribuciones, los agentes del Estado deben cubrir todos los requisitos, condiciones y elementos que exige la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las leyes que de ella emanan, los previstos en los instrumentos internacionales suscritos y ratificados por el Estado mexicano, y la interpretación que los órganos competentes han realizado sobre los mismos, para que la afectación en la esfera jurídica de los particulares que, en su caso genere, sea jurídicamente válida.

VI. Conclusiones

El plazo que limita el derecho a ser reconocido con la calidad de refugiado, es decir, el acto administrativo bajo el cual emana la solicitud de refugio, en lugar de ser preliminar para iniciar un procedimiento resolutivo, lo hace definitivo y restrictivo sin siquiera valorar la esfera de derechos por el cual se solicitó, siendo contrario a lo que establece el artículo 11 constitucional, y por tanto inconstitucional, toda vez que este último reconoce en amplios términos el referido derecho humano y la norma impugnada prevé un límite temporal, con efectos prescriptivos, dentro de la cual la o el interesado debe solicitar el reconocimiento de ese estatus jurídico.

En consecuencia, la restricción de un derecho debe ser utilizada estrictamente para los casos que lo ameriten, a fin de garantizar el derecho a la seguridad jurídica de los gobernados. El derecho a la seguridad jurídica constituye un límite a la actividad estatal, y se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en todas las instancias, a efecto de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto de la autoridad que pueda afectarlos.¹⁷

Es decir, una vez más se reitera que el artículo 18 de la Ley sobre Refugiados es un dispositivo que regula un acto de índole administrativa para un grupo específico de personas; sin embargo, su naturaleza se convierte en restrictiva por la técnica legislativa empleada, lo cual, a la luz de los estándares que regulan la seguridad jurídica implica que no sólo restringe derechos, sino que interpreta que éstos prescriben por un tiempo o requisito de carácter formal.

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos sobre la Condición Jurídica y los Derechos de los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultiva OC-18 de 17 de septiembre de 2003. Párrafo 125.

¹⁷ Véase las Recomendaciones 22/2017 p. 110; 71/2016 p. 42; 70/2016 p. 109; 69/2016 p. 46 donde se invoca el Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, sentencia de 20 de junio de 2005, p. 110. Voto razonado del juez Sergio García Ramírez, de 18 de junio de 2005, todas de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Situación que dista del compromiso y la obligación del Estado mexicano para proteger, en términos del artículo 1º constitucional, a cualquier persona en su territorio, entre ellos las migrantes, contra actos que se consideren violatorios de sus derechos humanos; en el caso concreto una regulación normativa que debería proteger los derechos de las personas que solicitan refugio en el país, dilata la protección de los mismos, a partir de un acto restrictivo que no regula el acceso a los derechos humanos de este grupo en situación de vulnerabilidad, ni atiende a los estándares internacionales en la materia.

El establecimiento de un plazo para solicitar el reconocimiento de la condición de refugiado se aleja de los compromisos internacionales asumidos por el Estado mexicano, toda vez que, como se señaló, la falta de acatamiento de dicho plazo podría generar la privación del reconocimiento de la calidad de refugiado, sin que para ello se hubiere hecho un análisis individualizado de la solicitud correspondiente y sin haber ponderado las consecuencias que podría acarrear la negativa de la protección internacional al solicitante y su devolución al país de origen.

El reconocimiento del estatus de refugiado no debe hacerse depender del cumplimiento de un plazo formal o prescriptivo, sino que debe realizarse atendiendo, exclusivamente, a las causas que originaron que una persona se viera obligada a huir de su país de origen, pues esto es lo que constituye la piedra angular que genera que una persona se convierta en acreedora de la protección humanitaria.

El plazo de 30 días es incompatible con la propia situación de la persona refugiada. La persona refugiada, al huir de su país, llega a otro que no conoce (tal vez ni siquiera la lengua) y puede, incluso, encontrarse en situación irregular. Exigir a una persona que huye, porque los propios funcionarios públicos e instituciones de su país lo persiguen, que confíe sin más en un plazo perentorio en las instituciones de otro país que desconoce, supone ignorar el temor que muchas personas refugiadas sienten hacia las instituciones públicas.

El Estado mexicano, como parte de la comunidad internacional de derechos humanos, tiene la obligación de identificar a los refugiados. En ese sentido, cualquier plazo debería contar desde el momento en que la persona recibe, de forma individualizada, efectivamente, información comprensible y accesible sobre la posibilidad de solicitar el reconocimiento de la condición, sus implicaciones y procedimientos.

El plazo supone una limitación al ejercicio de un derecho. Esa limitación no resulta razonable ni proporcionada (y en todo caso el Estado debería demostrar que lo es), pues supone aplicar un plazo perentorio a una categoría de personas merecedoras de especial protección, de forma que parece diseñado para restringir el acceso a la solicitud, más que para facilitarla y cumplir con las obligaciones internacionales de México.

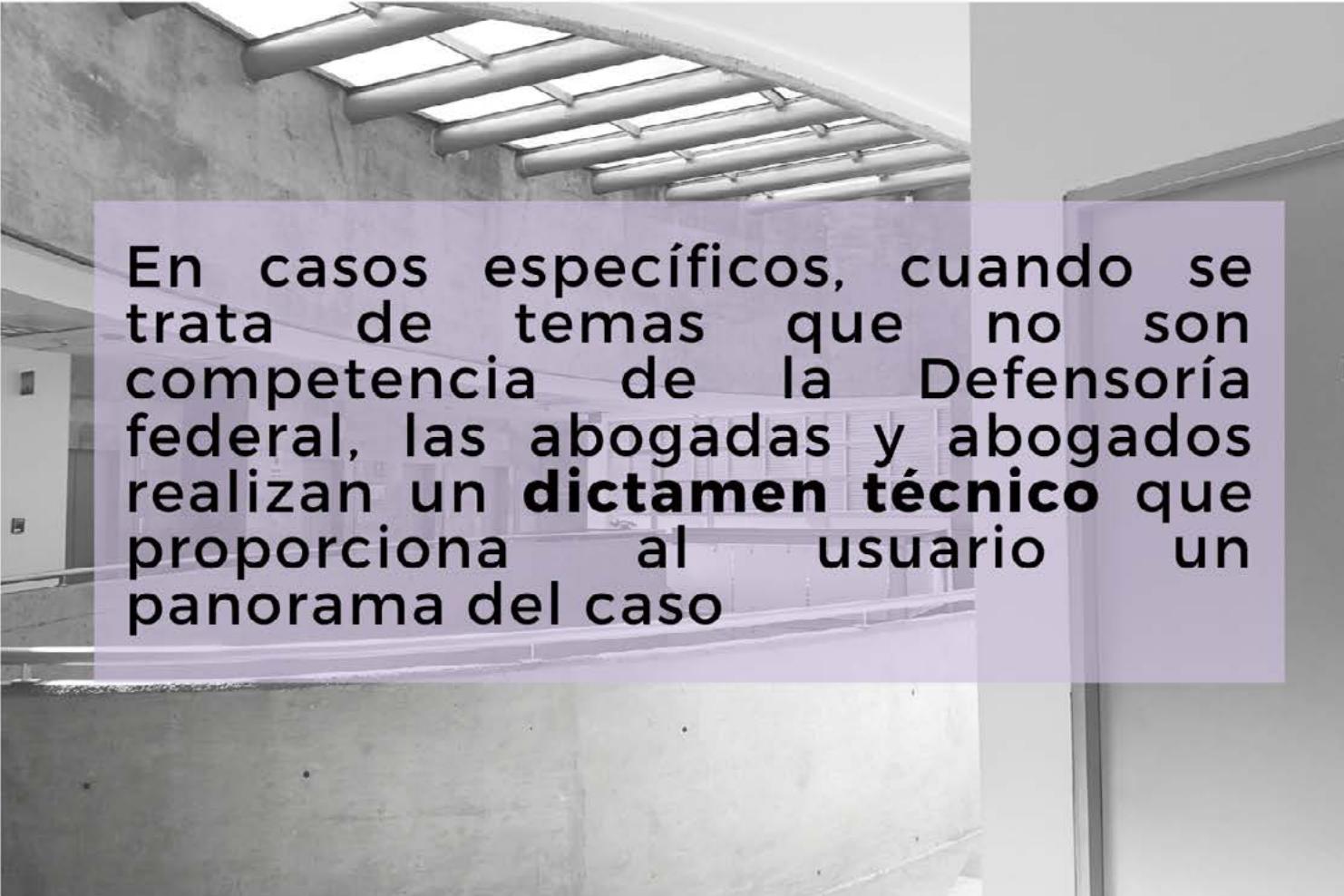
La COMAR, en lugar de regular su procedimiento de solicitud de refugiado, a partir de una limitación temporal, debe apegarse a las reglas del procedimiento administrativo y comenzarlo a partir de que formal y legalmente se le informa de manera clara, precisa, transparente, oportuna y en su idioma, de los procedimientos y requisitos que debe cumplir para regularizar su estancia.

VII. Bibliografía

- Diez, Manuel María: *Derecho Administrativo*, Tomo I. Edición Plus Ultra. Buenos Aires, 1980.
- Escola, Héctor Jorge: *Compendio de Derecho Administrativo*, 2 tomos. Edición de Palma. Buenos Aires, 1984.
- Gordillo, Agustín A.: *El Acto Administrativo*. Editorial Abeledo-Perrot, 2^a ed., Buenos Aires, 1969.
- Gordillo, Agustín A.: *Tratado de Derecho Administrativo*, 4 tomos. Editorial Macchi, Buenos Aires, 1977.
- Gordillo, Agustín: *Introducción al derecho*, 1^a edición digital. Buenos Aires, FDA, 2000.
- Pérez Dayán, Alberto: *Teoría General del Acto Administrativo*. Editorial Porrúa, 6^a ed., México, 2019.

ASESORÍA JURÍDICA

Asesoría



En casos específicos, cuando se trata de temas que no son competencia de la Defensoría federal, las abogadas y abogados realizan un **dictamen técnico** que proporciona al usuario un panorama del caso

DEFENSATEL 800 22 42 426

www.ifdp.cjf.gob.mx

Alta médica voluntaria como garantía a una segunda opción para el resguardo del derecho a la salud

*May Lyn Cabrera Magos**
En memoria de Daniel Cabrera

RESUMEN. El derecho a la salud es de los de mayor trascendencia para el ser humano y de ahí la necesidad de lograr por cualquier medio su salvaguarda, contando con plena libertad de adoptar las medidas que se estimen convenientes, libertad que debe ser respetada y garantizada a través de mecanismos que proporcionen información basta y suficiente para la toma de decisiones, evitando por todos los medios, determinaciones con base en el error que provoca el desconocimiento de las posibles consecuencias adversas que puede traer una decisión basada en la presión de las circunstancias que se enfrentan. El artículo intenta desarrollar el tema de la alta médica voluntaria como uno de esos mecanismos que han sido creados con esa finalidad, destacando la importancia de que su uso contribuye a alcanzar el objetivo para el que se creó y de evitar su uso indiscriminado para fines diversos.

SUMARIO: Introducción. I. Creando un concepto. II. Problemas jurídicos que pueden derivar de un egreso voluntario. III. Una aproximación real. IV. Consciencia de la relevancia de la hoja de egreso voluntario y la capacitación al respecto. V. Bibliografía.

Introducción

Según el Diccionario de la Lengua Española, la salud es el estado en que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones.

El artículo 1 Bis de la Ley General de Salud, dice que se entiende por ésta al estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.

Como si no bastase por sí mismo, el derecho a la protección de la salud está íntimamente relacionado con el derecho a la vida y a la integridad personal, tal y como lo ha reconocido la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de la jurisprudencia *DERECHO A LA SALUD. SU PROTECCIÓN CONVENCIONAL DIMANA DE LOS DERECHOS A LA VIDA Y LA INTEGRIDAD PERSONAL*.¹

El derecho a la salud tiene, por tanto, un carácter privilegiado que hace a nivel nacional como internacional, sea reconocido el derecho a su protección. Así tenemos, por ejemplo, el artículo 25.1 de la Declaración de los Derechos Humanos; 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y, artículo 4.1 y 5.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

A nivel interno, el derecho a la salud está reconocido y protegido por el artículo 4, párrafo cuarto constitucional; y, el numeral 2º de la Ley General de Salud, precisa cuáles son las finalidades de su protección.

No obstante la relevancia del derecho que tratamos, la creciente demanda de servicios de salud ha provocado situaciones indeseadas desde el punto de vista del paciente, pero también

* Asesora Jurídica Federal con sede en Chihuahua, Chihuahua.

¹ Caso Albán Cornejo y otros Vs. Ecuador. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171.

desde el punto de vista médico, pues por un lado el primero de ellos es cada vez más conocedor de sus derechos y, en ocasiones, la realidad es desafortunada, sus expectativas y necesidades no son cubiertas adecuadamente, pero por otra parte, esa misma exigencia a veces resulta desmedida, provocándose a sí mismo consecuencias negativas y pretendiendo posteriormente la responsabilidad médica.

Cuando se recibe atención médica para el tratamiento con miras a mantener o restablecer el buen estado de salud, debe ser garantizado el derecho a ser plenamente informado sobre dicho tratamiento, los beneficios, los riesgos y las opciones con las que se cuenta (si es que las hay). Ante tal información, siempre existe la opción de buscar segundas opiniones y decidir por la alternativa que parezca más viable, pero cuando la salud se complica y se requiere internamiento para la atención, el tiempo apremia, pero no por ello se pierde el derecho a elegir lo que se crea más conveniente para el restablecimiento de la salud, para lo cual se creó el alta médica voluntaria como un mecanismo de garantía a esa libre elección.

Cada vez son más frecuentes las demandas en donde se alega negligencia o deficiencia en el servicio médico recibido, pero en estos casos, como en todos los demás, siempre resulta importante la prevención.

Poca es la doctrina y las fuentes en las que podemos consultar qué es una alta médica voluntaria, sus fines y sus requisitos, por ello es indispensable realizar esfuerzos para profundizar en el tema, pues este documento puede ser prueba plena ya sea para acreditar una negligencia o deficiencia en los servicios médicos o para acreditar que dichas negligencias o deficiencias alegadas son inexistentes.

I. Creando un concepto

De acuerdo con el artículo 38 de la Ley 3/2005, de 8 de julio de 2005, de información sanitaria y autonomía del paciente, publicada en el Boletín Oficial del Estado,² *la hoja de alta voluntaria es el documento por el que el paciente, o el responsable legal del mismo, deja constancia de su decisión, en contra de la opinión de los médicos que lo atienden, de abandonar el centro sanitario donde permanece ingresado, asumiendo las consecuencias que de tal decisión pudieran derivarse.*

En nuestro país este documento es conocido más comúnmente como *hoja de egreso voluntario*, pero a pesar de la trascendencia que puede llegar a tener sobre todo para procedimientos judiciales, no es un tema en el que se haya abundado y no existe una conceptualización al respecto, lo cual puede atender a que la denominación no deja mucho margen a crear ideas contrarias; sin embargo, el documento sí cuenta con características que son inherentes y que no deben ser desvinculadas.

Por lo anterior, en un concepto propio, podríamos decir que la hoja de egreso voluntario es el documento médico-legal que sirve como sustento del libre ejercicio del paciente, familiar o persona que legalmente pueda decidir sobre éste, a buscar una segunda opinión o mejor atención médica de la que ya se encuentra recibiendo, según sus propias consideraciones y con pleno conocimiento de las probables consecuencias.

Del anterior concepto desprendemos los siguientes elementos:

Es un documento médico-legal. Se dice que es un documento médico legal porque en él se deja constancia de los hechos, lo cual puede ser prueba fehaciente de que no existió una indebida actuación del personal médico al momento de prestar la atención y puede ser empleada en procedimientos legales.

Sustenta la voluntad del paciente, familiar o persona que legalmente pueda decidir sobre éste, para elegir libremente el tratamiento o atención médica que se consideren más adecuados.

² Diario Oficial Nacional Español, dedicado a la publicación de determinadas leyes, disposiciones y actos de inserción obligatoria.

El egreso voluntario puede ser solicitado por el propio paciente en los casos en que su estado de salud lo permita; sin embargo, cuando su situación sea tan complicada que no se encuentre en aptitud de tomar una decisión, puede ser la familia o la persona que legalmente pueda decidir sobre él quien solicite el egreso, decisión que no cuenta con el aval médico de quien atiende en esos momentos; esto es, es el paciente o quien sea responsable de él en ese momento, quien elige dejar de recibir la atención que se está recibiendo, aún en contra de las recomendaciones médicas.

El paciente que la suscribe ya estaba recibiendo atención médica. Resulta evidente que, si se solicita un egreso voluntario, es porque previamente se dio un internamiento y el paciente ya estaba siendo atendido o en vías de serlo; sin embargo, no está de acuerdo con dicha atención o el procedimiento para recibirla.

Se suscribe con pleno conocimiento de las probables consecuencias. El paciente debe ser siempre consciente de las consecuencias que puede acarrear su decisión de egresar, pues como se mencionó, dicho egreso es sin el consentimiento médico y su resolución puede traer complicaciones en su estado de salud que, en el peor de los casos, puede llegar a tener resultados catastróficos. De ahí la importancia de que se esté plenamente convencido e informado de lo que su acción puede llegar a provocar.

II. Problemas jurídicos que pueden derivar de un egreso voluntario

La relación médico-paciente surge al momento de que una persona requiere atención para mantener o restablecer su salud. Esta relación debe estar basada en el sentido de humanidad, el profesionalismo, el respeto, pero sobre todo en la confianza; dada su complejidad puede llegar a tornarse difícil y tensa en algunos momentos. Lo cierto es que cuando principalmente la confianza se pierde, ya sea por factores humanos o técnicos, esta relación puede llegar a su punto de quiebre. Aunado a lo anterior, la actual oferta privada de servicios médicos puede llegar a convertirse en otro factor que influya en las decisiones que tome el paciente.

Cuando la relación médico-paciente se quebranta previamente a la conclusión de la prestación del servicio, es necesario que el paciente solicite y suscriba su egreso voluntario, pues un alta sin el respaldo médico del tratante, es una forma inusual de dar por concluida de manera anticipada la mencionada relación.

Como ya se ha adelantado, a veces el egreso voluntario no sale como se espera, en ocasiones puede tener consecuencias inesperadas e, incluso, irremediables en la salud del paciente egresado, lo que puede llegar a convertirse en un problema legal para el personal médico, cuando se le pretende responsabilizar de la decisión tomada.

De igual manera, existen supuestos en los que el egreso voluntario se convierte en el único medio posible para recuperar el buen estado de salud, pero la decisión trae consecuencias económicas no gratas que posteriormente pueden ser reclamadas, si es que en efecto hubiere habido una indebida *praxis* médica.

En materia de problemas jurídicos derivados de un egreso voluntario, es siempre el paciente quien ejercita una acción legal, al personal médico le asiste una calidad pasiva, esperando la posibilidad de que dichas acciones puedan ser intentadas y es ahí donde cobra relevancia la hoja de egreso voluntario, pues el documento adecuadamente elaborado puede bien deslindar a la institución de salud y su personal de cualquier responsabilidad injustificada que se les esté tratando de atribuir o, por el contrario, la deficiencia en su elaboración, puede probar en favor del reclamante la responsabilidad que pretende.

Variadas pueden ser las causas que orillen a un paciente a buscar un egreso voluntario, citemos algunas de las que seguramente en el ejercicio jurídico se escuchan con mayor frecuencia:

- No se recibió atención médica adecuada;

- No estaba disponible el especialista que requería para la atención;
- No había material;
- No se brindó atención oportuna tomando en cuenta la gravedad del problema de salud;
- No había medicamentos disponibles;
- Era fin de semana y no había personal médico;
- Deseo de someterse a otro tratamiento en otro centro.

Al representar un asunto por probable negligencia médica, es siempre importante atender al origen de la problemática planteada.

Como abogados, se enfrenta la dificultad de no contar con el conocimiento médico para determinar si verdaderamente estamos ante una omisión o mala *praxis* médica, de ahí la necesidad de allegarnos del auxilio de peritos expertos en la materia. No obstante que existen casos en que sí resulta necesario allegarnos de especialistas, a veces la solución puede ser más simple: verificar si el asunto tuvo su origen en un egreso de la institución de salud, ya sea para dejar de recibir atención o para seguir el tratamiento en diverso hospital y, de ser el supuesto, la solución pudiese estar en la verificación de si existe hoja de egreso voluntario y si ésta cumple con los requisitos necesarios.

El hecho de que un paciente decida voluntariamente egresar de un centro médico, no debe servir para justificar actuaciones médicas indebidas, como en muchas ocasiones ocurre, pues existen casos en que la solicitud está plenamente justificada. La actuación de las instituciones de salud y su personal médico debe velar siempre por la protección de los derechos que tienen en sus manos, por encima de buscar una exención de responsabilidad, puesto que el tema de salud es una cuestión de orden público.

Cuando se solicita alta voluntaria, se ven enfrentados dos derechos fundamentales: derecho a la salud y el derecho de libre decisión.

Dada la trascendencia del derecho a la integridad personal que implícitamente conlleva el derecho a la integridad personal y a la vida, resulta relevante que el paciente, familiar o representante legal de éste, cuenten con la debida información, pues su decisión podría poner en riesgo de empeorar el problema de salud que se enfrenta. Sólo a través de información clara y completa de las posibles consecuencias y de las alternativas que pueden elegirse es que el paciente puede tomar una decisión informada, la cual no podrá ser impedida por más que pudiera resultar en su perjuicio.

III. Una aproximación real

A. *El caso de César*

César es un profesor de educación media superior que un día como cualquiera, al regresar de su centro de trabajo con dirección a su casa, su vehículo fue impactado por un camión. Al llegar la ambulancia, fue trasladado a un centro médico para su atención, ya en dicho centro le fue indicado a la familia que presentaba fractura expuesta en la pierna izquierda y que se necesitaba de un médico ortopedista, un médico bascular y un cirujano plástico, mismos que en ese momento no estaban disponibles en el hospital, solicitando que de ser posible se le trasladara a diverso centro, ya que su pierna estaba en riesgo y los médicos que se encontraban presentes no tenían la preparación necesaria para enfrentar la situación debido a la magnitud de las lesiones.

En tanto la familia decidía qué hacer, de nueva cuenta fueron cuestionados por el médico tratante si el paciente sería trasladado o no, pues si así lo hacían debían prever con el hospital de destino la ambulancia para el traslado, reiterando que era lo recomendable debido a las carencias médicas que tenían en ese momento para atender la lesión, por lo que finalmente los familiares decidieron buscar otras opciones en el sector salud para atender a César.

El padre de César, al ver las condiciones en las que se encontraba, así como la información médica de que, de no ser atendido rápidamente, su hijo podría perder la pierna, decidió egresarlo y trasladarlo a diverso hospital.

El médico tratante elaboró la siguiente alta médica para ser suscrita por el padre de César, quien por los golpes estaba en estado de semi inconsciencia: **POR VOLUNTAD PROPIA RELEVO DE TODA RESPONSABILIDAD AL CUERPO MÉDICO, ENFERMERAS, ASÍ COMO LA INSTITUCIÓN.**

César buscó posteriormente el apoyo legal para reclamar un reembolso de gastos médicos extra institucionales; sin embargo, por varios abogados le fue indicado que si existía alta médica voluntaria firmada por él o por su familia (en este caso por su padre), no había responsabilidad para la institución de salud.

Al efecto, el Tribunal Federal de Justicia Administrativa, en su tesis VII-CASA-III-39, dijo que:

INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL. QUEDA RELEVADO DE TODA RESPONSABILIDAD Y DEL REINTEGRO DE LOS GASTOS, CUANDO SE ACREDITE QUE EL PACIENTE SE INTERNÓ EN UN HOSPITAL PRIVADO, UNA VEZ QUE SOLICITÓ SU ALTA MÉDICA VOLUNTARIA.- Cuando en un juicio contencioso administrativo federal, el patrón alegue que procede se reintegren los gastos efectuados por una atención médica privada a un trabajador, debido a que el Instituto no le prestó los servicios a los que está obligado, o bien los prestó deficientemente, o no contaba con los medios necesarios para prestar la atención correspondiente, y en juicio tal institución acredita documentalmente que el paciente solicitó su alta médica voluntaria, debe de declararse la improcedencia del mencionado reintegro, toda vez que el artículo 87 del Reglamento de Prestaciones Médicas del Instituto Mexicano del Seguro Social, es claro al señalar que cuando un derechohabiente por propia decisión y bajo su responsabilidad, sea internado en una unidad hospitalaria que no pertenezca al Instituto, éste quedará relevado de toda responsabilidad, salvo la relacionada con la expedición del certificado de incapacidad temporal para el trabajo a que tuviere derecho. En este caso, es responsabilidad del paciente, trasladarse a una institución privada, máxime si se demuestra en el juicio, que solicitó su alta médica de manera voluntaria, por desconocimiento de su parte con respecto de su enfermedad.

El anterior criterio, además de constituir un criterio aislado, contiene una interpretación restrictiva que contribuye al mal uso de la hoja de egreso voluntario, pues resulta indispensable atender a cada caso en particular y, sobre todo, verificar si ésta fue elaborada cumpliendo con todos los requisitos que disponen las normas aplicables, pues como se dejó asentado en el concepto que se ofrece, se trata de un documento médico-legal, por lo tanto, requiere ineludiblemente de ciertos requisitos para considerar su plena validez.

En ese sentido, el Tribunal Federal de Justicia Administrativa cuenta con la tesis aislada VII-CASR-2NCII-7, que, a criterio propio, puede complementar al anteriormente citado:

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO.- EL INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL, NO QUEDA RELEVADO DE ESTA, AUNQUE EXISTA ALTA VOLUNTARIA, FIRMADA POR LA PERSONA RESPONSABLE DEL ENFERMO, SI ESTE DOCUMENTO NO CUMPLE CON LOS REQUISITOS PREVISTOS EN LA NORMA OFICIAL MEXICANA RESPECTIVA.- El alta voluntaria firmada por la persona responsable del enfermo, no libera de la responsabilidad patrimonial al Instituto Mexicano del Seguro Social, si dicha alta no cumple con los requisitos previstos en la Norma Oficial Mexicana NOM-168-SSA1-1998,³ denominada del Expediente Clínico, concretamente

³ La NOM-168-SSA1-1998, quedó sin efectos por virtud de lo dispuesto en el TRANSITORIO de la diversa NOM-004-SSA3-2012, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 15 de octubre de 2019.

los numerales 10.1.2., 10.1.2.1., 10.1.2.2., 10.1.2.2.1., 10.1.2.2.2., 10.1.2.2.3., 10.1.2.2.4., 10.1.2.2.5., 10.1.2.2.6., 10.1.2.2.7. y 10.1.2.2.8., pues esos dispositivos establecen que aquel documento, deberá estar elaborado por un médico, y contener el nombre y dirección del establecimiento, resumen clínico, medidas recomendadas para la protección de la salud del paciente y para la atención de factores de riesgo, en su caso, nombre completo y firma del médico que otorgue la responsiva, así como el nombre completo y firma del médico que emite la hoja, requisitos sin los cuales esa hoja de egreso voluntario no libera de ninguna responsabilidad al Instituto señalado.

En efecto, la hoja de egreso voluntario, no debe ser un documento elaborado de manera indiscriminada, sino que debe satisfacer todos los requisitos que establecen las disposiciones correspondientes para que cumpla su finalidad, liberando de responsabilidad al personal médico, en los casos en que el paciente, la familia o representante legal de éste, decidan un egreso voluntario.

A. Requisitos legales de la hoja de egreso voluntario

Al efecto, el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica, en su artículo 79, dispone:

Artículo 79.- En caso de egreso voluntario, aún en contra de la recomendación médica, el usuario, en su caso, un familiar, el tutor o su representante legal, deberán firmar un documento en que se expresen claramente las razones que motivan el egreso, mismo que igualmente deberá ser suscrito por lo menos por dos testigos idóneos, de los cuales uno será designado por el hospital y otro por el usuario o la persona que en representación emita el documento.

En todo caso, el documento a que se refiere el párrafo anterior relevará de la responsabilidad al establecimiento y se emitirá por duplicado, quedando un ejemplar en poder del mismo y otro se proporcionará al usuario.

Por su parte es necesario remitirnos a la Norma Oficial Mexicana NOM-004-SSA3-2012, *Del expediente clínico*, misma que en la parte que interesa señala los elementos que debe contener un egreso voluntario:

10. Otros documentos Además de los documentos mencionados, debido a que sobresalen por su frecuencia, pueden existir otros del ámbito ambulatorio u hospitalario que por ser elaborados por personal médico, técnico o administrativo, obligatoriamente deben formar parte del expediente clínico:

...

10.2 Hoja de egreso voluntario.

10.2.1 Documento por medio del cual el paciente, el familiar más cercano, tutor o representante legal, solicita el egreso, con pleno conocimiento de las consecuencias que dicho acto pudiera originar;

10.2.2 Cuando el egreso sea voluntario, aun en contra de la recomendación médica, la hoja se elaborará conforme a lo dispuesto en el artículo 79 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica y relevará de responsabilidad al establecimiento y al médico tratante. En el caso de egreso voluntario para continuar el tratamiento médico en otro establecimiento para la atención médica, la hoja deberá tener el nombre y firma del médico que lo autoriza.

10.2.3 Deberá elaborarla el médico y deberá contener como mínimo los siguientes datos:

10.2.3.1 Nombre y domicilio del establecimiento;

10.2.3.2 Fecha y hora del egreso;

10.2.3.3 *Nombre completo del paciente o del representante legal, en su caso, edad, parentesco, nombre y firma de quien solicita el egreso;*

10.2.3.4 *Resumen clínico que se emitirá conforme a lo previsto en el apartado 6.4.3 de esta norma;*

10.2.3.5 *Medidas recomendadas para la protección de la salud del paciente y para la atención de factores de riesgo;*

10.2.3.6 *En su caso, nombre completo y firma del médico que otorgue la responsiva;*

10.2.3.7 *Nombre completo y firma del médico que emite la hoja; y*

10.2.3.8 *Nombre completo y firma de dos testigos.*

Dado que el resumen clínico es un requisito de la hoja de egreso voluntario, es importante también precisar qué debe incluir este documento. La misma Norma Oficial Mexicana en su apartado 6.4.3., nos aclara:

6.4.3 *Resumen clínico, que incluirá como mínimo:*

6.4.3.1 *Motivo de envío;*

6.4.3.2 *Impresión diagnóstica (incluido abuso y dependencia del tabaco, del alcohol y de otras sustancias psicoactivas);*

6.4.3.3 *Terapéutica empleada, si la hubo.*

En el caso de César, claramente el personal médico utilizó indebidamente la hoja de egreso voluntario para tratar de subsanar las deficiencias al momento de prestar el servicio médico que fue requerido, pues era evidente que en este caso el egreso voluntario estuvo motivado en un servicio médico deficiente y, sobre todo, fundado en el temor de que en aquellos momentos la institución no contaba con los especialistas que se requerían para atender las lesiones que presentaba, situación que desde luego no resultaba imputable al paciente ni a los familiares, lo cual revirtió la carga de la prueba a la autoridad demandada, pues cuando alguna institución alega que el servicio médico no fue deficiente, corresponde a ella acreditar que sí se brindó la atención adecuada, situación que incluye demostrar que existiera en esos momentos el personal capacitado para la atención que requiere un paciente, pues en el caso de no ser así, no puede calificarse de adecuado el servicio.

En el caso de César, al asentarse en la hoja de egreso voluntario que se relevaba de toda responsabilidad al cuerpo médico, enfermeras, así como a la institución, resultaba evidente que la institución de salud estaba tratando de justificar la deficiencia del servicio, abusando de lo dispuesto en la normativa arriba transcrita, donde se indica que al existir un egreso voluntario, se releva de responsabilidad al personal médico; sin embargo, al hacer una interpretación teleológica de dicha disposición, debe llegarse a la conclusión de que la misma se ha dispuesto así para el caso en que el paciente o las personas autorizadas para ello decidan el egreso, aun cuando se esté prestando el servicio médico correspondiente, el cual debe ser acorde al padecimiento que se enfrenta.

La hoja de egreso voluntario ha sido inspirada en la autonomía y el derecho del paciente a una segunda opinión, no así para justificar las deficiencias en la actividad médica; debe evitarse por todos los medios un uso indiscriminado para ocultar deficiencias en la prestación del servicio médico bajo el amparo de la normativa, cuya finalidad es absolutamente contraria a la que se le está dando, pues como bien dice el numeral 79, dicho egreso debe darse en contra de la recomendación médica, situación que no aconteció en el caso de César, dado que fue el mismo personal médico quien indicó que en aquellos momentos no contaban con los especialistas que requerían para su atención.

Una apreciación contraria a lo mencionado anteriormente, contraviene el espíritu de la normativa respecto del egreso voluntario y dar en todos los casos un blindaje al personal médico por el mero hecho de su suscripción, haría caer en la impunidad, pues por una parte es necesario

estimar que para lograr un egreso, es requisito suscribir la hoja de egreso voluntario y, por otra, el paciente se ve en la disyuntiva de permanecer en el hospital en donde no se le esté brindando la atención médica que resulte adecuada al padecimiento que enfrenta.

La hoja de egreso voluntario no debe amparar la negativa o la deficiencia al momento de recibir un servicio médico, su sola existencia no exime al personal de la responsabilidad que deriva de una atención inadecuada u omisión de prestarla.

Evaluar si existe o no error o deficiencia médica es una de las tareas más complejas que puedan realizarse. Sócrates, en su filosofía médica, hablaba de *Primum non nocere* –primero no hacer daño–, pues a veces resultaba peor el remedio que la enfermedad, de tal manera que debe de buscarse siempre el beneficio del paciente, evitando que las acciones médicas puedan lesionar aún más que la propia enfermedad que se trata de aliviar.

IV. Consciencia de la relevancia de la hoja de egreso voluntario y la capacitación al respecto

El Manual de Procedimientos de los Servicios Clínicos de Hospitalización, emitido por la Secretaría de Salud en julio de 2016, contiene lo que podría ser el procedimiento mejor descrito para la elaboración de la hoja de egreso voluntario:

3.6 *El formato Alta voluntaria deberá llenarse con la información que se solicita completa, se registrará la fecha en la que se requisita, el nombre completo del paciente, la fecha de nacimiento del paciente (año, mes y día), número de expediente, servicio clínico en el que se encontraba hospitalizado, cama, nombre de quien solicita, su edad y parentesco, razón por la que se solicita el alta voluntaria, fecha y hora del alta hospitalaria, nombre y firma del paciente, nombre y firma del familiar, tutor o representante legal, nombre y firma del jefe de servicio o médico tratante, nombre y firma de trabajo social, el resumen clínico, las recomendaciones para la protección de la salud del paciente a su egreso y la atención de factores de riesgo, datos del médico responsable del paciente (nombre, cédula y firma) y nombre y firma de dos testigos.*

3.7 *En todos los casos, la trabajadora social será informada y se solicitará su intervención para proporcionar las orientaciones necesarias de acuerdo a las características del caso, así como de los trámites administrativos a realizar por el familiar responsable para hacer efectiva el alta de su paciente.*

3.8 *En todos los casos el Departamento de Trabajo Social será el encargado de controlar la hoja de egreso voluntario.*

3.9 *Todos los gastos generados por la atención médica de un paciente, del que se solicita su alta voluntaria deberán ser cubiertos por el familiar responsable antes del egreso del mismo.*

3.10 *Las solicitudes de alta voluntaria serán atendidas a la brevedad.*

3.11 *El médico y la trabajadora social investigarán los motivos y comentan con el paciente y su familia los riesgos de tomar esa decisión, dejando registro en las notas médicas y de Trabajo Social en el expediente clínico del paciente.*

3.12 *La hoja de alta voluntaria, se hará en original y dos copias, una vez llenadas y recabadas las firmas correspondientes se anexará el original al expediente clínico, una copia al familiar y la última se archivará en el Departamento de Trabajo Social.*

Como se dijo al inicio, son pocas las fuentes de consulta acerca de la hoja de egreso voluntario, y en la práctica es casi nula la capacitación que se le proporciona al personal médico en la elaboración de dicho documento.

Muchos son los casos en que el paciente razonada y justificadamente busca su egreso voluntario, pero también existen supuestos en que la decisión no es precisamente la más acertada, pero es frecuente que, ante la falta de conocimiento del personal médico, no se le

dé la importancia debida y sea elaborado con deficiencias, lo cual puede acarrearle problemas jurídicos a pesar de que no haya existido propiamente deficiencia en la prestación del servicio.

En una encuesta rápida practicada a profesionales de la salud, cinco de cinco médicos dijeron que en ningún momento de su preparación académica o en el ejercicio de su profesión fueron instruidos sobre cómo elaborar una hoja de egreso voluntario y, de igual manera, los cinco profesionistas encuestados dijeron desconocer los requisitos legales que debe contener, ello a pesar de la relevancia que dicho documento tiene y de lo trascendental que puede llegar a ser para liberarles de responsabilidad si es correctamente elaborado.

La capacitación del personal médico al respecto podría, sin duda, reducir el número de procedimientos legales que debe afrontar el sector salud en estos casos, responsabilidad que debe ser asumida a través de programas de capacitación desde el ámbito académico o en el del ejercicio profesional y, sin duda, también los profesionales jurídicos deben hacer lo propio, pues aunque no es la forma más deseada, también de las malas experiencias se aprende y en la medida que las instituciones de salud se vean presionadas por sentencias desfavorables por documentos mal elaborados, tendrán la necesidad de corregir las deficiencias que al momento presenta por el desconocimiento de su personal al respecto, todo lo cual se traduciría en que la hoja de egreso voluntario cumpliera su finalidad de garantizar el derecho a una segunda opción del paciente para el resguardo del derecho a la salud.

V. Bibliografía

- Fernández Costales, Javier: *El contrato de servicios médicos*. Civitas, España, 1988.
- Mosset Iturraspe, Jorge y Lorenzetti, Ricardo: *Contratos médicos*. Editorial La Rocca, Argentina, 1991.
- Renán Iría, Mario: “*Historia clínica: Documento médico legal*”, Rev Med Hond, 2001.

ASESORÍA JURÍDICA | Representación jurídica

La representación jurídica de las y los usuarios se lleva a cabo durante todas las etapas procesales establecidas en la ley. Se proporciona a quienes no cuentan con recursos para contratar un abogado privado, siempre que el asunto sea competencia de la Defensoría federal.

DEFENSATEL 800 22 42 426

www.ifdp.cjf.gob.mx

La defensoría pública federal como garante de acceso a la igualdad y la justiciabilidad de las personas indígenas

José Demetrio Rosas Vargas*

RESUMEN: En este artículo se contempla un análisis de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, la cual tiene la ordenanza de cumplir con lo establecido en el artículo 2º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que señala en su apartado B: *la Federación, los Estados y los Municipios establecerán las instituciones y determinarán las políticas necesarias para garantizar la vigencia de los derechos de los indígenas y el desarrollo integral de sus pueblos y comunidades, las cuales deberán ser diseñadas y operadas conjuntamente con ellos.* Por ello promueve el desarrollo integral y sustentable con respeto a los derechos y la identidad de los pueblos indígenas. En consideración y deterioro de respeto a los derechos humanos de las personas indígenas no sólo es un factor que produce injusticia para individuos y grupos, también constituye un obstáculo para el desarrollo integral y sustentable. No obstante, se han hecho esfuerzos importantes por dimensionar y caracterizar el problema, a partir de lo cual se han encontrado elementos tales como el desconocimiento de sus derechos, las restringidas capacidades para ejercerlos, la discriminación de la que son sujetas/os y la falta de recursos económicos para contar con servicios de asesoría y defensoría jurídica. Es importante mencionar que se incrementó el número de lenguas indígenas en las que el Instituto Federal de Defensoría Pública puede ofrecer sus servicios, por lo que hoy, es el organismo con mayor cantidad de abogados hablantes de lenguas indígenas que brindan atención a personas indígenas. Por otra parte, el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes es un Tratado Internacional que surgió el 27 de junio de 1989, en el seno de la Organización Internacional del Trabajo, que revisó el convenio de 1957 dándole nuevos contenidos. Hasta la fecha es el único instrumento internacional con carácter vinculatorio en relación con los derechos de los pueblos indígenas. Por ello, destaca la firma y aprobación dada en 1990 por el Estado mexicano del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, el cual es un instrumento de derechos humanos del sistema de Naciones Unidas y *constituye el único instrumento de referencia en cuanto a la definición de derechos indígenas en el marco del derecho internacional.*¹ Así mismo, en las Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en condición de vulnerabilidad, se instituye que una persona se localiza en condición de extenuación, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y culturales. Así se exteriorizan problemas para realizar con plenitud sus derechos. En definitiva, en México, las personas que desempeñan un empleo, cargo o comisión al servicio del Estado, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de respetar los derechos humanos y también de promoverlos, protegerlos y garantizarlos, pero el deber de respetar los derechos fundamentales es para todas las personas.

* Oficial administrativo del IFDP

¹ Chambers, I.: "El Convenio... cit., pp. 124 y 125.

SUMARIO: I. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de derechos indígenas. II. El Derecho Consuetudinario. III. Proceso penal acusatorio y pueblos indígenas. IV. Derechos humanos étnicos. V. Consideraciones personales. VI. Fuentes de consulta.

I. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de derechos indígenas

La principal misión del Estado y Derecho son un binomio necesario para el buen funcionamiento de una sociedad, una primera aproximación conceptual permite entender al Estado de Derecho como un Estado donde se respeta sin condiciones el Derecho vigente, el derecho objetivo vigente y los derechos subjetivos que existan. En ese sentido, es un Estado sin un soberano que pueda suspender el derecho a su voluntad. Estado de Derecho es condición, por tanto, de seguridad jurídica y mantenimiento del *status quo*. Partimos de la premisa de que el Estado tiene obligaciones frente a las y los gobernados que demandan un servicio público y frente a los pueblos indígenas que exigen la garantía de protección a sus derechos humanos. Indudablemente el ente estatal se enfrenta a un panorama de evaluación, en donde sus deberes y obligaciones como garante de derechos, deben ser acorde al principio de legalidad.² En este nuevo sistema, la oralidad es el medio por excelencia, de esta manera el nuevo proceso será un diálogo directo entre los actores que forman parte. En cuanto a los derechos, destaca que toda persona tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el Juez.

Desde mi perspectiva, el problema indígena obedece a la calidad de minoría que tienen los indígenas, ya que carecen de los derechos sociales mínimos. Uno de esos criterios es que, en las comunidades étnicas, los usos y costumbres que los rigen, deben también clasificarse como el derecho positivo, es decir, en ramas u órdenes jurídicos específicos.

De esta forma, tal vez hablar de un probable Derecho Penal Indígena signifique un cierto desconocimiento de lo que implica el mundo normativo de los pueblos indígenas. En el año 2001, se agregó al artículo 1º. constitucional un tercer párrafo, relativo a la prohibición de toda discriminación, en el que se precisó: *queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional*. En esa propia reforma se favoreció, en el artículo 2º constitucional, con algunas modificaciones, el contenido del primer párrafo del artículo 4º, que en su primer párrafo indica: *La nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas*. Entre sus disposiciones, el párrafo segundo define a los pueblos indígenas como aquéllos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

En efecto, el párrafo cuarto define a las comunidades integrantes de un pueblo indígena como *aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres*. El quinto párrafo remite el reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas a las constituciones y leyes locales. Además, se agregaron los apartados A y B al mismo artículo. El apartado A contempla ocho fracciones, destinadas a garantizar la libre determinación y autonomía de los pueblos y comunidades indígenas, sólo citaré la fracción VIII. *Acceder plenamente a la jurisdicción del Estado*.

² Principio de legalidad: *aquel en virtud del cual los poderes públicos están sujetos a la ley, de tal forma que todos sus actos deben ser conforme a la ley, bajo la pena de invalidez* (Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, p. 117). Fecha de consulta 09/05/2020.

do. Para garantizar ese derecho, en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales respetando los preceptos de esta Constitución. Los indígenas tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura.³

Aunado a que, el apartado B, a través de nueve fracciones, establece medidas que deberán tomar la Federación, los Estados y los Municipios, con la finalidad de promover la igualdad de oportunidades, la eliminación de la discriminación y el establecimiento de instituciones y políticas para el respeto de los derechos de los indígenas y el desarrollo integral de los pueblos y comunidades. En ese sentido, los pueblos indígenas tienen derecho a decidir su organización social, económica, política y cultural; aplicar sus propios sistemas normativos, siempre que sea dentro del marco de los derechos humanos; elegir a sus autoridades y representantes; conservar su cultura y lenguas. Sin embargo, esta atribución queda limitada y condicionada a la incorporación de esta autonomía a las Constituciones locales.

Tal como se observa, el Convenio 169 en términos del artículo 133 constitucional, es Derecho Interno de origen internacional, aunque en nuestro sistema jurídico no existe una definición clara de la jerarquía de los tratados internacionales. Este mandato ha sido interpretado desde hace mucho tiempo y se le han atribuido diferentes sentidos. Gramaticalmente dice que Constitución, leyes de Congreso de la Unión que sean constitucionales y tratados serán ley suprema de la nación. No establece estrictamente ninguna jerarquía entre estos tres géneros reglamentarios. Sin embargo, no hay incertidumbre de que la Constitución es jerárquicamente el ordenamiento superior. Uno de los argumentos de la Corte, para establecer este criterio, se constituyó en que el Estado mexicano adquiría un compromiso internacional. Ante esta afirmación, el doctor José Ramón Cossío sostuvo que *el hecho de que un Estado haya asumido un compromiso internacional con otros Estados, nada tiene que ver con la jerarquía normativa de ese tratado al interior de un orden jurídico.*⁴

Es por este hecho, que un indígena en paralelo con un no indígena al no comprender las conductas prohibidas, los principios de igualdad de la ley y el de la no exención de la aplicación de la norma por motivo de desconocimiento, deben sufrir una variación en razón de la identidad de la que son parte. Es evidente que muchas conductas son consideradas delitos, tanto en sociedades no indígenas como en las indígenas; tal es el caso, *el homicidio o las lesiones dolosas. La similitud, y en cierta manera las analogías conceptuales, ha determinado que algunos afirman con ímpetu la existencia del Derecho Penal Indígena, basados en que ese conjunto normativo asocia a esos comportamientos antisociales determinadas consecuencias que normalmente denominamos sanciones o penas.*⁵

Para el caso de los ámbitos de validez, el Derecho Positivo se refiere al espacial, material, personal y temporal, mientras que, en un sistema indígena, el ámbito de validez principal sería el personal, aunque con relativo dilema, especialmente a la hora de comprobar el estatus de indígena de una persona que habita fuera de la comunidad a la que pertenece. Finalmente, La Comisión Nacional de Derechos Humanos, desde su creación el 6 de junio de 1990, tiene un programa específico de salvaguarda y promoción de las prerrogativas y libertades básicas de las comunidades y grupos indígenas. La consideración que anima este programa es el hecho de que tales grupos de la población mexicana resultan, por sus condiciones históricas y sociales, más vulnerables a la violación de sus derechos humanos. Los desarrollos actuales de la antropología jurídica, al documentar las formas contemporáneas del derecho indígena y su

³ <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm>, fecha de consulta 08/06/2020.

⁴ Cossío, J. R.: *La nueva...* cit.

⁵ Borja Jiménez, E.: *¿Existe el...* cit., p. 13?

materialidad en el campo de la justicia, contribuyen a desestabilizar las nociones hegemónicas del Derecho y a disputar su definición del Derecho en los espacios mismos de la producción jurídica.

Es indudable que, el Estado mexicano, reconoce su pluriculturalidad social y el respeto a los pueblos y comunidades indígenas en cuanto a su conformación, desarrollo y organización interna; sin embargo, cuando individual o colectivamente deban vincularse con las autoridades del Estado, específicamente en materia de acceso a la justicia, éstas deberán desarrollar sus procedimientos en la lengua indígena nacional o bien en español con la asistencia de intérpretes que tengan conocimiento de la lengua y cultura de la persona indígena a la que asisten o defienden.⁶

II. El Derecho Consuetudinario

En ese sentido, la población indígena no puede ser identificada por criterios raciales o biológicos, que estuvieron de novedad en el siglo pasado. Las ciencias sociales contemporáneas utilizan de preferencia criterios culturales, entre los cuales el criterio lingüístico es por lo común el que más se emplea. Resulta oportuno mencionar que el Derecho Consuetudinario parece tener variadas acepciones, tanto en términos estrictamente jurídicos como en términos del uso que se le ha dado en la cavidad de la antropología jurídica. Sin embargo, la mayor parte de los usos de este concepto remite a la noción de costumbre como fuente de construcción de normas en determinado contexto sociocultural. Una de las distinciones más contrastadas entre el Derecho Positivo y el Derecho Consuetudinario es de carácter formal. Mientras que el Derecho Positivo es legislado por órganos oficiales del Estado encargados de ello, el Derecho Consuetudinario no puede surgir por decreto.⁷

Por otro lado, si bien el Derecho Consuetudinario alude a una dimensión normativa más ligada a la costumbre y a las formas de hacer las cosas, también representa nociones de responsabilidad, pena y castigo que operan en aquellos casos en que se viola una disposición o una norma establecida para el conjunto de la comunidad. No obstante, la divergencia entre un ámbito urbano y uno étnico, más bien rural, la costumbre en las comunidades étnicas tiene un papel más protagónico y hasta más eficiente que lo que las normas jurídicas pueden hacer en ámbito urbano.

Considero que el Derecho Consuetudinario debe ser respetado en tanto representa una parte sustantiva de la identidad de los pueblos. Llamaremos costumbre a las prácticas sociales, sistemáticas y generalizadas de un grupo humano, con características de obligatoriedad y hasta con algún tipo de coacción; por otra parte, se entenderá por uso, las prácticas sociales cuyo acatamiento generan identidad y pertenencia a un grupo humano, sin ser socialmente obligatorias ni coactivas.⁸ El Derecho Consuetudinario indígena se enuncia como un epítome de normas que son diversas del ordenamiento jurídico nacional. En consecuencia, uno de los aspectos de la problemática del indígena se relata a que su identidad cultural depende, en buena medida, de la existencia de mecanismos que aseguren la continuidad de sus prácticas sociales. Uno de los obstáculos para la preservación de su identidad cultural es la marginación social basada en la exclusión de los derechos culturales particulares de los grupos étnicos.

⁶ http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2015/10/asun_3285203_20151014_1444150468.pdf, fecha de consulta 22/05/2020.

⁷ La expresión Derecho Consuetudinario no se toma en este trabajo como las costumbres de cualquier sociedad que un Poder Legislativo ha decidido que se tornen en Derecho Positivo, sino la normatividad no escrita de ciertas sociedades tradicionales. Stammler negaba la postura de la Corriente Histórica del Derecho según la cual, había una absoluta supremacía del Derecho Consuetudinario sobre las demás fuentes del Derecho. En cambio, se pronunciaba en el sentido de que la validez del orden jurídico existe más allá de que las costumbres como voluntad del pueblo. Stammler, R.: *Tratado de...* cit., p. 175.

⁸ Recasens Siches, L.: *Sociología*. cit., pp. 218 y 219.

Aunque lo común al orden jurídico nacional y a las costumbres jurídicas sea la naturaleza normativa de ambos, se trata de normas que por su origen y funcionamiento son diferentes. Desde el punto de vista del Derecho, se concibe a la costumbre, cualquier tipo de costumbre, de acuerdo con tres posibilidades: cuando la costumbre sustituye al Derecho *praeter legem*; cuando lo complementa *secundum legem*; y, cuando va en contra de la legislación *contra legem*.

En efecto, lo importante es saber que los indígenas fuera de su comunidad no dejan su identidad, se trasladan con sus formas de ser y de creer, lo que los vuelve sujetos vulnerables a la hora de enfrentar relaciones sociales desiguales, pero especialmente al involucrarse en eventuales problemas jurídicos en un medio del que no son originarios. En Derecho se considera que la norma consuetudinaria es aquella costumbre cuya práctica constante, por una determinada sociedad, la convierte en ley de la cual se derivan derechos y obligaciones. El Derecho Consuetudinario vendría a ser un sistema legal basado en estas normas consuetudinarias, distinto al Derecho Positivo, cuya fuente principal es la ley escrita.⁹

En esta misma línea de pensamiento, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) constituyen el punto de partida para el reconocimiento legal y desarrollo de un marco internacional de derechos para los pueblos indígenas. A ellos le siguieron otros instrumentos con derechos más específicos que han ido conformando lo que, hoy en día, diversos expertos denominan Derecho Indígena en alusión a una combinación de derechos colectivos basados en el Derecho Consuetudinario Indígena y en el Derecho Positivo. Un gran reto metodológico en el estudio de la justicia indígena ha sido subrayar la rigidez entre normas y prácticas como un referente productivo para analizar el deber ser, propio de normas y valores, y la distancia que suele haber con las acciones que producen los conflictos en situaciones concretas. No obstante, los debates fundantes relativos al estudio del pluralismo jurídico y el Derecho Indígena siguen marcando buena parte de las discusiones contemporáneas, dado que apuntan a problemas que siguen vigentes e inspiran nuevas líneas de investigación.

III. Proceso penal acusatorio y pueblos indígenas

A lo largo de los planteamientos realizados, el 18 de junio de 2008 se publicó en el Diario Oficial de la Federación, la reforma constitucional en materia penal que fue aprobada por el Congreso de la Unión, por la que se reformaron diversos artículos constitucionales inherentes a la ordenación del proceso penal, con el objetivo de establecer un sistema acusatorio en el que se respeten los derechos de la víctima, ofendido y del imputado, ley que es de observancia general, lo que expresa que es aplicable a toda la población, indígena o no.

De ahí que sea dable establecer que el Código Nacional de Procedimientos Penales dispone en el título X, Procedimientos Especiales, capítulo I, pueblos y comunidades indígenas, el artículo 420:

Cuando se trate de delitos que afecten bienes jurídicos propios de un pueblo o comunidad indígena o bienes personales de alguno de sus miembros, y tanto el imputado como la víctima, o en su caso sus familiares, acepten el modo en el que la comunidad, conforme a sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos proponga resolver el conflicto, se declarará la extinción de la acción penal, salvo en los casos en que la solución no considere la perspectiva de género, afecte la dignidad de las personas, el interés superior de los niños y las niñas o del derecho a una vida libre de violencia hacia

⁹ “El término *Derecho Consuetudinario* viene de una categoría del Derecho Romano, la *veterata consuetudo*. Se refiere a prácticas repetidas inmemorialmente que, a fuerza de la repetición, la colectividad no sólo acepta, sino que considera obligatorias (*opinio juris necessitatis*). Por otro lado, se entiende que dichas prácticas no son aisladas, sino que forman parte de un sistema de normas, autoridades, procedimientos. Yrigoyen, Raquel 1999.

*la mujer. En estos casos, cualquier miembro de la comunidad indígena podrá solicitar que así se declare ante el Juez competente. Se excluyen de lo anterior, los delitos previstos para prisión preventiva oficiosa en este Código y en la legislación aplicable.*¹⁰

Aunado a que, el Código Nacional de Procedimientos Penales, establece en el artículo 45, que los actos procesales deberán realizarse en idioma español, y cuando las personas no hablen o no entiendan el idioma español, deberá proveerse traductor o intérprete, y se les permitirá hacer uso de su propia lengua o idioma, al igual que las personas que tengan algún impedimento para darse a entender. En el caso de que el imputado no hable o entienda el idioma español deberá ser asistido por traductor o intérprete para comunicarse con su defensor en las entrevistas que con él mantenga. El imputado podrá nombrar traductor o intérprete de su confianza, por su cuenta. En este sentido refiere que, en el caso de los miembros de pueblos o comunidades indígenas, se les nombrará intérprete que tenga conocimiento de su lengua y cultura, aun cuando hablen el español, si así lo solicitan, obligando a los Jueces a garantizar el acceso a traductores e intérpretes que coadyuvarán en el proceso según se requiera.

Otra consideración del procedimiento es que el Código en comento reconoce como derechos de la víctima u ofendido recibir gratuitamente la asistencia de un intérprete o traductor, desde la denuncia hasta la conclusión del procedimiento penal, cuando la víctima u ofendido pertenezca a un grupo étnico o pueblo indígena o no conozca o no comprenda el idioma español, referente a la designación de un Asesor Jurídico en cualquier etapa del procedimiento. Las víctimas u ofendidos podrán designar a un Asesor Jurídico, el cual deberá ser licenciado en Derecho o abogado titulado. Cuando la víctima u ofendido pertenezca a un pueblo o comunidad indígena, el Asesor Jurídico deberá tener conocimiento de su lengua y cultura y, en caso de que no fuere posible, deberá actuar asistido de un intérprete que tenga dicho conocimiento. En ese talante, establece los criterios para la individualización de la sanción penal o medida de seguridad, el tribunal de enjuiciamiento, al individualizar las penas o medidas de seguridad aplicables, deberá tomar en consideración lo siguiente: Cuando el sentenciado pertenezca a un grupo étnico o pueblo indígena se tomarán en cuenta, además de los aspectos anteriores, sus usos y costumbres. Lo anterior refiere a un procedimiento en el que de forma general se lleva a la población que haya participado en un hecho considerado como delito por la ley penal; en resumen, aplicable a todas las personas, indígenas o no, pero sus salvedades para la población indígena.

En mi opinión, la violación a los derechos procesales es generada por el incumplimiento al derecho que tiene la víctima, ofendido e imputado a que les sea asignado un traductor o intérprete durante un proceso penal; a la inaplicabilidad que faculta a los pueblos indígenas a resolver e investigar los hechos con apariencia de delito con sus propios usos y costumbres extinguiendo la persecución de los delitos que no ameriten prisión preventiva oficiosa. La marginación en el proceso causada por su condición que genera desigualdades en cada una de las etapas del proceso penal. El sistema acusatorio es más garantista, se encuentran distanciadas las funciones de investigación, acusación y resolución, y reconoce al imputado como sujeto de derecho; la presunción de inocencia adquiere un rol preponderante, la prisión preventiva se aplica como medida excepcional, la víctima tiene una participación más activa, los elementos para acreditar un hecho que la ley señala como delito adquieran la calidad de prueba hasta que son desahogados ante una autoridad judicial.

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que una persona indígena tiene en todo momento el derecho de contar con la asistencia de un intérprete y un defensor que conozcan su lengua y cultura; la ausencia de uno u otro es causal de reposición de procedimiento (Tesis: CCIX/2009, CCVIII/2009, CCXII/2009, CCX/2009); sin embargo, recientemente

¹⁰ http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP_220120.pdf, fecha de consulta 28/05/2020.

modificó su criterio y declaró que por *intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura*, no debe interpretarse en su sentido literal copulativo, ya que el derecho a la defensa adecuada no implica que ambas figuras, necesariamente deban conocer la lengua y cultura de la persona a quien representan, pues el único obligado a ello directamente es el intérprete, porque los usuarios cuentan con el derecho a expresarse en su lengua materna y no en la obligación de hablar otra que les es ajena (tesis jurisprudenciales 60/2013 y 61/2013). En el amparo directo en revisión 4034/2013, la Primera Sala de nuestro alto tribunal resolvió que el derecho de las personas indígenas a contar con un traductor o intérprete no puede estar condicionado a limitación temporal alguna ni a determinado nivel de castellanización. Este derecho sólo se verá satisfecho cuando la autoridad cumpla con los siguientes parámetros de designación: 1.- Debe requerir a las instituciones estatales o federales que asignen un intérprete profesional certificado. 2.- De haberse intentado por todos los medios encontrar un perito profesional y ninguna institución resuelva favorablemente su solicitud, podrá nombrar a un perito práctico que esté respaldado por la comunidad o que tenga algún tipo de certificado institucional. 3. Si no se pudo obtener algún intérprete profesional certificado, podrá nombrarse a un perito que conozca el idioma y la cultura del indígena. En estos casos es fundamental que la autoridad tenga certeza absoluta de que el intérprete además habla perfectamente español (Tesis CCCVIII/2014). Es necesario considerar que hablar una lengua indígena es un elemento central de la vida y la identidad de las comunidades originarias de nuestra nación y, por ello, es menester respetar los derechos de aquellas personas que pertenezcan a un grupo étnico y hablen una lengua indígena.

Como resultado de lo anterior, la generalidad de los operadores del sistema de justicia conocen de la existencia de instrumentos que protegen los derechos humanos de pueblos y comunidades indígenas; sin embargo, hace falta que progresen sobre el cúmulo normativo, jurisprudencial y doctrinal, lo cual representa la aplicación de convenios, principios constitucionales como la presunción de inocencia, mínima intervención, proporcionalidad, pro persona, control de convencionalidad y constitucionalidad; y efectuar una interpretación conforme. No obstante, nuestro país ha suscrito tratados y convenios internacionales de promoción y defensa de derechos de los pueblos indígenas y de que los lineamientos han sido incorporados en nuestro marco jurídico, los casos de abuso son todavía muy cuantiosos por la impericia de las lenguas, la falta de conocimiento de los usos, costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas por parte de los funcionarios en el sistema de justicia.

Toda vez que las necesidades de pueblos y comunidades indígenas no podrán ser atendidas de manera eficaz y eficiente si no se toman en cuenta las particularidades de cada uno de ellos, en relación con su ubicación estructura y determina las acciones para superar su rezago, las comunidades y pueblos indígenas son un grupo vulnerable tal y como ha sido establecido en el Programa Especial de los Pueblos Indígenas 2014-2018 en el cual se mencionan como problemáticas la falta de protección a los derechos humanos de los pueblos indígenas, la incapacidad del Estado para brindar seguridad a la población indígena. Una de las metas es ser un México más incluyente y asegurar el acceso a la justicia de los pueblos indígenas. Con fecha del 13 de marzo de 2003 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas, en la que se reconocen y protegen los derechos lingüísticos, individuales y colectivos de los pueblos y comunidades indígenas, y en la que se refiere la promoción del uso y desarrollo de las lenguas indígenas, entendidas éstas como aquellas que proceden de los pueblos existentes en el territorio nacional antes del establecimiento del Estado Mexicano. La citada ley, dio pauta a la creación del Instituto Nacional de Lenguas Indígenas como un organismo descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propio, con el objeto de promover el fortalecimiento, la preservación y el desarrollo de las lenguas indígenas que se hablan en la República Mexicana.

Siguiendo con lo anterior, este Instituto realiza *el reclutamiento y la selección en igualdad de oportunidades, sin discriminación por edad, discapacidad, color de piel, cultura, sexo, condición económica, apariencia física, características genéticas, embarazo, lengua, oportunidades, preferencias sexuales, identidad o filiación política, estado civil, situación familiar, responsabilidades familiares o por cualquier otro motivo que atente contra la dignidad humana, no encuentre sustento objeto, racional ni proporcional o tenga por objeto menoscabar los derechos y libertades de las personas.*¹¹

Es impensable ocuparse en torno a la justicia sin prevalecer aquellos sectores más vulnerables o excluidos, los pueblos indígenas forman parte de esos sectores, y no es posible que indemnicen sus demandas si no se les reconocen particularidades que los caracterizan. Desde esa perspectiva, el derecho a manejarse en su propia lengua y la realización de peritajes antropológicos que, por ejemplo, aproximen elementos de juicio al Órgano jurisdiccional, son contextos mínimos para garantizar este derecho fundamental de acceso a la justicia. Es conveniente insistir en el valor de reconocer y fortalecer el derecho propio o la justicia indígena. Ello concibe una serie de consecuencias relevantes, no sólo en la dimensión jurídica, sino en la política, ya que constituye una consolidación a su autonomía y al goce de todos los derechos colectivos.

En suma, al tenor de la ley parece importante destacar: a) el reconocimiento de la desigualdad del indígena en relación con el resto de la sociedad, como se expresa en los fundamentos de la misma; b) preservación del patrimonio cultural; c) entrega en propiedad a los indígenas de las tierras a adjudicarse; d) educación con participación de los interesados y reconocimiento de la educación bilingüe; e) protección de la salud y previsión de las comunidades indígenas; f) reconocimiento de la personalidad jurídica de las comunidades indígenas.¹²

Con base en lo anterior, las desigualdades por condición de género obedecen a la persistencia de patrones culturales que se expresan en comportamientos de trascendencia primordial en el curso de vida de las personas y que, si bien no son exclusivas de los grupos indígenas, sitúan a las mujeres en mayor desventaja social. La inequidad de género es un problema que prevalece en nuestra sociedad y del que todavía no hay una conciencia sobre su persistencia y los efectos negativos que provoca, no sólo a las mujeres, sino a la sociedad en su conjunto. Este problema se agrava en las mujeres de hablan una lengua indígena. Finalmente, el análisis del delito, en lo que corresponde a la valoración del ser humano como su agente, no puede pasar por alto la identidad cultural que impregna al hombre en su condición de ser social, donde se destaca la importancia de las minorías en el marco de una sociedad que acepta el pluralismo como valor fundamental de la democracia y, por ende, de la autonomía ética del individuo, tanto del delito como hecho socio-cultural, como del hombre individual y socialmente concebido, como agente y protagonista de la cultura que le es propia. La consideración del peritaje antropológico como la vía científica que con mayor acierto nos acerca a la realidad pluridimensional del indígena en todos los niveles posibles de valoración intercultural, no debe entenderse sólo como una solución técnico-jurídica al problema del indígena que comete delitos, sino que además con esta medida el Órgano jurisdiccional estaría materializando el principio de presunción de inocencia y proporcionalidad.

IV. Derechos humanos étnicos

De acuerdo con los razonamientos que se han venido realizando, el proyecto clásico de los derechos humanos, tal como se desprende de la Declaración Universal de Derechos Humanos a nivel mundial, así como de la Declaración Americana y el Pacto de San José en el ámbito americano, se refiere fundamentalmente a los derechos individuales, es decir, a los de la persona humana.

¹¹ <https://www.inali.gob.mx/es/institucional/vacantes.html>, fecha de consulta 29/05/2020.

¹² "Argentina: Proyecto de... cit., pp. 167-173.

El principio básico que subyace a la concepción moderna de los derechos humanos es el de su universalidad, que a su vez significa los principios de igualdad entre todas las personas y de no discriminación por motivo alguno, sobre todo en lo que se refiere a género, raza, lengua, origen nacional y religión. La noción de *derechos étnicos* surge como base para enunciar los derechos humanos de los grupos étnicos cuya situación es vulnerable debido a las desventajas y violaciones que sufren como entidades con características étnicas propias. Todo el aparato conceptual de los derechos humanos yace sobre un exigente moral, el valor exclusivo de la vida, la libertad y la dignidad del ser humano. En el logro de este imperativo tendrán que complementarse tanto los derechos individuales como los colectivos. En referencia a lo anterior, en la medida en que todos los seres humanos no son entes abstractos que viven fuera de su tiempo, contexto y espacio, el concepto mismo de derechos humanos sólo adquiere significado en un marco contextual específico. Esto quiere decir que:

*1) efectivamente existe un núcleo de derechos humanos básicos universales (de todas las personas, en todas las circunstancias); 2) además de este «núcleo» existe una periferia de derechos humanos específicos propios de categorías específicas de la población (niños, mujeres, trabajadores, migrantes, minusválidos, refugiados, minorías étnicas, indígenas, etc.); 3) los derechos humanos básicos universales no pueden ser plenamente disfrutados, ejercidos y protegidos en todas las instancias si no se disfrutan, ejercen y protegen simultáneamente los derechos “periféricos” específicos de las categorías en cuestión. En otras palabras, hay circunstancias en las que es ilusorio hablar del núcleo básico de los “derechos humanos universales” (salvo a nivel totalmente abstracto, teórico o filosófico) si no se toma en cuenta la “periferia” de las instancias específicas.*¹³

A grosso modo, en 1957 se concretó, en la Organización Internacional del Trabajo, un primer tratado que aborda directamente la problemática indígena, el Convenio Número 107 sobre Poblaciones Indígenas y Tribales, que fue ratificado por 27 países. A partir de ello, varios instrumentos internacionales se han expresado al tema de los derechos de minorías sociales y culturales. Por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), en su artículo 27 señala que en los Estados en que existan minorías étnicas no se les negará a los miembros de las mismas, el derecho a tener su propia vida cultural, a profesar su propia religión y a emplear su propio idioma. Otro instrumento internacional, la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertencientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas (1992), establece que los Estados protegerán la existencia y la identidad nacional o étnica, cultural, religiosa y lingüística de las minorías dentro de sus territorios respectivos y fomentarán las condiciones para la promoción de esa identidad, entre ellas disfrutar su propia cultura; profesar y practicar su propia religión, y utilizar su propio idioma, en privado y en público, libremente y sin injerencias ni discriminación de ningún tipo. El Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes es un tratado internacional que surgió el 27 de junio de 1989, que buscó romper con los contenidos asistencialistas e integracionistas del Convenio 107 expuesto anteriormente. A lo largo de 44 artículos, se enlista una serie de derechos humanos que deben gozar los pueblos y comunidades indígenas.

Para lograr lo anterior, durante el último decenio, una serie de novedades jurídicas de ámbito regional ha contribuido en gran medida a la evolución de la jurisprudencia internacional relativa a los pueblos indígenas. Algunas decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Endorois confirman que los derechos de los pueblos indígenas a sus tierras, territorios y recursos, así como el principio de su consentimiento libre, previo e informado, forman ya parte del corpus del Derecho vinculante de los derechos humanos.¹⁴ El Consejo de Derechos

¹³ Stavenhagen, R.: *Los derechos...* cit., p. 5.

¹⁴ Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International (*on behalf of Endorois Welfare Coun-*

Humanos es un órgano intergubernamental que forma parte del sistema de las Naciones Unidas. Se compone de 47 Estados y se encarga de promover y proteger todos los derechos humanos en el mundo entero, se centra en los derechos de los pueblos indígenas, mantiene un diálogo interactivo con el Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas y el Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; celebra una mesa redonda sobre cuestiones concretas relativas a los pueblos indígenas; y, aprueba su resolución anual sobre los pueblos indígenas y los derechos humanos, por la que se suele encomendar al mecanismo de expertos el examen de cuestiones concretas. El Consejo de Derechos Humanos también examina el informe anual de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los Pueblos Indígenas. Por tanto, se establece el derecho de los pueblos indígenas a vivir y desarrollarse como comunidades distintas y a ser respetados, estableciendo obligaciones para los Estados en materia de su integridad cultural; sus derechos sobre las tierras, territorios y recursos naturales; sus formas propias de organización; la no discriminación; la búsqueda de su participación entre otros.

Cabe destacar la responsabilidad del Estado de proteger los derechos a la vida, la libertad y la seguridad de las personas que está consagrada en el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; en el párrafo 1 del artículo 6; en el párrafo 1 del artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y, en el artículo 7 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. El artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece las garantías de que nadie será sometido a detención o prisión arbitrarias y de que nadie será privado de su libertad salvo por los motivos establecidos por la ley. El derecho a las garantías procesales y a un juicio imparcial consagrado en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos estipula que todas las personas son iguales ante los tribunales, tienen derecho a ser oídas públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, y tienen derecho a que se presuma su inocencia hasta que se demuestre su culpabilidad.

En conclusión, la falta de garantía de los derechos sobre la tierra constituye la causa fundamental de las violaciones de los derechos de los pueblos indígenas. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, afirma el derecho de los pueblos indígenas a poseer y controlar sus tierras y territorios en los artículos 25, 26, 27 y 32; además, el Convenio núm. 169 de la Organización Internacional del Trabajo, consagra los derechos territoriales de los pueblos indígenas en los artículos 14 a 19.¹⁵ Al acopiar en la norma constitucional la situación jurídica y los derechos propios de los pueblos indígenas, el legislador está dando expreso reconocimiento normativo a la realidad indígena y de igual forma está asumiendo el compromiso frente a la comunidad nacional e internacional de velar por la materialización de tales derechos.

V. Consideraciones personales

Primera. Detrás de cada persona privada de la libertad indígena existen condiciones estructurales de desigualdad, inequidad, falta de acceso a la justicia y de oportunidades procesales. Pero, además, hay errores y violaciones a sus derechos fundamentales y al debido proceso judicial. Es frecuente que las personas indígenas no conozcan las razones por las que están recluidas, ya que les fue leída la sentencia o la acusación en una lengua que no es la propia. Por ello, la labor del Defensor Público Federal es denunciar la discriminación por parte de las autoridades y del resto de la población penitenciaria; otorgar información sobre los derechos humanos que les asisten; realizar promociones para la visita familiar, requerir cuando sea necesario la atención médica; instar a los directores de los centros penitenciarios para que otorguen a las personas

cil) v. Kenya, comunicación No. 276/03 (25 de noviembre de 2009).

¹⁵ <https://www.iwgia.org/es/enfoques/defensores-derechos-indigenas.html>, fecha de consulta 01/06/2020.

privadas de la libertad oportunidades para el desarrollo de las actividades laborales encaminadas a su reinserción social; solicitar el apoyo de intérpretes, peritos culturales y/o traductores en su lengua durante la investigación inicial hasta el juicio penal que se les instruye. Los presos indígenas, además, enfrentan el estigma de comunicarse en una lengua distinta a la que hablan la mayoría de los presos con los que conviven, lo que incrementa su situación de vulnerabilidad.

Segunda. El Instituto Federal de Defensoría Pública, ya cuenta con defensores que hablan diversas lenguas y conocen las costumbres y especificidades culturales. Como servidores públicos hay que pedir su apoyo en el momento procesal oportuno. Además, como defensor se tiene que proporcionar al defendido información y asesoría sobre su situación jurídica y, en caso de estar sentenciado, sobre el avance en el cumplimiento de su pena, sobre los requisitos para el otorgamiento de beneficios preliberacionales, así como aquella que les permita el acceso a diferentes apoyos para el pago de fianzas, multas, reparación del daño, pago de brazaletes electrónicos.

VI. Fuentes de Consulta

Bibliografía

- “Argentina: *Proyecto de Ley sobre Política Indígena y Apoyo a las Comunidades Aborígenes*”, en Anuario Indigenista. Instituto Indigenista Interamericano, Vol. XLIV, México. 1984.
- Borja Jiménez, Emiliano. ¿Existe el Derecho Penal Indígena? México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, (conferencias Magistrales núm. 13), 2005.
- Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International (*On behalf of Endorois Welfare Council*) Kenya, comunicación N° 276/03 (25 de noviembre de 2009).
- Chambers, Ian: “El Convenio 169 de la OIT: Avances y perspectivas”, en Gómez, Magdalena (coord.), *Derecho indígena*, México, Instituto Nacional Indigenista-Asociación Mexicana para las Naciones Unidas, 1997.
- Cossío Díaz, José Ramón: *Los problemas del derecho indígena en México*. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2002.
- Recasens Siches, Luis: *Sociología*. México, Porrúa, 1989.
- Stammler, Rudolf: *Tratado de filosofía del derecho*. México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2003.
- Stavenhagen, Rodolfo: “Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales”, en revista IIDH, año 1992.
- Yrigoyen R: *Pautas de coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal*. Fundación Myrnamack, Guatemala, 1999.

Páginas electrónicas

- <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/22/9.pdf>
- <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm>
- http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP_220120.pdf
- <https://www.inali.gob.mx/es/institucional/vacantes.html>
- <https://www.iwgia.org/es/enfoques/defensores-de-los-derechos-indigenas-en-peligro.html>
- http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2015/10/asun_3285203_20151014_1444150468.pdf
- <https://www.ifdp.cjf.gob.mx/index.htm#Inicio>
- <https://www.cndh.org.mx/>



OFRECEMOS EL SERVICIO DE ASESORÍA
JURÍDICA Y DEFENSA PENAL GRATUITAS EN

138

VARIANTES LINGÜÍSTICAS

Amuzgo | Ch'ol | Chatino | Chinanteco | Chinanteco central
Chontal | Cora | Cora presideño | Cucapá | Cuicateco
Huasteco | Huasteco del Occidente | Huichol | Maya | Mayo
Mazateco del centro | Mexicano de la Huasteca hidalguense
Mexicano del centro alto | Mixe | Mixe alto del centro
Mixteco | Mixteco de Coapanatozac | Mixteco del noroeste medio
Náhuatl de la Huasteca potosina | Náhuatl del noroeste central
Otomí bajo del noroeste | Paipai | Tarahumara del centro
Purépecha | Tepehuano del sur alto | Tlapaneco del centro
Totonaco central del sur | Triqui de la alta | Triqui de la baja
Triqui de San Juan Copala | Tseltal | Tsotsil del este bajo
Tsotsil del norte bajo | Yaqui | Zapoteco serrano del norte bajo
Zoque del centro | Zoque del norte alto | Entre otras

El litigio estratégico y la metodología argumentativa de la Teoría Tridimensional en la defensa de los derechos humanos de los grupos vulnerables

Roberto Gómez Maravilla*
Dedicado a mi esposa e hija
Regina Muleiro Durán y Sofía Gómez Muleiro

Privar a las personas de sus derechos humanos es poner en tela de juicio su propia humanidad
Nelson Mandela

RESUMEN: La finalidad del litigio estratégico es que los derechos humanos adquieran un reconocimiento general y no solo particular, es decir, propicia que puedan beneficiarse todas aquellas personas que se encuentren en la misma situación jurídica o, de hecho, por ello, es necesario contar con una metodología argumentativa para hacerlos valer en forma eficaz ante los órganos jurisdiccionales, garantizando al justiciable una defensa coherente, metódica, estratégica. El uso de la teoría tridimensional de Miguel Reale, combinado con un discurso jurídico estructurado han sido piezas fundamentales para plantear, en diversos juicios, un enfoque de derechos humanos que ha logrado cambiar criterios jurisdiccionales arraigados, al plantear una perspectiva distinta de la forma de ver los derechos humanos establecidos en beneficio de los grupos vulnerables en México, obteniendo como resultado la declaración de inconstitucionalidad de diversas normas jurídicas. En esta ocasión se analizará exclusivamente la inconstitucionalidad del artículo 18 de la Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político que, por sí misma, violenta derechos humanos de este sector vulnerable.

SUMARIO: Introducción. I. Litigio estratégico. II. Método tridimensional. III. Argumentación jurídica. IV. Inconstitucionalidad del artículo 18 de la Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

Introducción

La defensa adecuada de los derechos humanos exige el uso de una metodología tal, que permita que los juzgadores adviertan los alcances de los mismos, ya que los abogados postulantes, en la mayoría de sus casos, realizan únicamente silogismos lógicos, que parten de una premisa mayor, siendo ésta únicamente la norma jurídica aplicable al caso en concreto, una premisa menor conformada por el hecho concreto y una conclusión basada en la discrepancia entre ambas premisas y, por consiguiente, la subsunción se vuelve totalmente mecánica y legalista y no da la oportunidad de discernir en plenitud la evolución de los derechos humanos.

En cambio, si utilizamos las técnicas del litigio estratégico en donde buscamos y promocionamos el cambio social, por medio de la argumentación desde la perspectiva epistemológica de la teoría tridimensional, estaremos mejor posicionados para lograr la creación de criterios jurisprudenciales, la modificación de la legislación nacional, así como la determinación de las

* Asesor Jurídico especializado en atención a personas en movilidad y sujetas a protección internacional del IFDP.

políticas públicas con la finalidad de generar una cultura de derechos humanos en beneficio de los grupos vulnerables.

La Teoría Tridimensional propuesta por el Maestro Miguel Reale, establece tres dimensiones que deben tener una intercepción para crear la realidad social misma, que servirá para generar el derecho aplicable por medio de una argumentación justificativa y así, lograr la evolución o progresividad de los derechos humanos. Así, tenemos las dimensiones: fáctica, axiológica y normativa, las cuales deben de estar en yuxtaposición para que se mantenga en una constante dialéctica y poder lograr la evolución y comprensión de estos derechos.

La dimensión fáctica, nos habla del mundo fáctico, esto es, de la serie de elementos que se convergen en la sociedad, como son: la cultura, las costumbres, la política, la religión, entre otras; mismas que generan la identidad de la sociedad, por lo que se debe hacer un análisis de cada una de ellas para poder comprender el derecho, o como lo establece el Miguel Reale *la experiencia jurídica*.¹

La segunda de las dimensiones, es la axiológica, en la cual se debe concebir a las personas como una fuente de valores y creador de la cultura, ya que al reconocerlos y, con base en los alcances históricos, los mismos van adecuándose a las realidades actuales y creando nueva cultura en los aspectos sociales, económico, político y, por consiguiente, debe irse adecuado la aplicación de la norma jurídica.

La tercera dimensión es la norma jurídica, que como se mencionó en los párrafos anteriores, debe contener una parte de lo fáctico y otra de lo axiológico para poder crear un Derecho justo, el cual, al no poder ir a la velocidad de las dos dimensiones anteriores, el juzgador la debe ir adecuando en sus sentencias para que después éstas puedan crear un cambio en el Estado de Derecho.

En otro aspecto, después de haber analizado el caso en concreto y de haber utilizado la teoría tridimensional, lo que sigue es la forma en la que vamos a darla a entender en los escritos de demanda a los juzgadores para poder crear una convicción en ellos y, así, ir adecuando a la nuevas realidades la norma jurídica y realmente se pueda tener un Derecho justo, siendo necesario utilizar las herramientas de argumentación jurídica, para poder realizar los silogismos jurídicos adecuados y salir de la que habitualmente se usa, la lógica jurídica, la que únicamente sirve cuando se argumentan cuestiones de legalidad, pero es ineficaz en la argumentación del alcance de los derechos humanos, por lo que en el presente artículo se tratará de realizar una metodología para argumentar en este sentido.

Este tipo de argumentación en la práctica ha tenido muy buenos resultados, ya que varios Juzgados de Distrito han declarado la inconstitucionalidad de diversos artículos de distintos cuerpos normativos, los cuales son violatorios de derechos humanos; como ejemplo tenemos los siguientes:

1. La inconstitucionalidad del artículo 18 de la Ley sobre Refugio, Protección Complementaria y Asilo Político, que establece que la solicitud de refugiado se debe ingresar dentro del término de treinta días contados desde el ingreso a territorio nacional, hecho que es contradictorio a lo establecido por el artículo 11 constitucional, ya que el Estado lo único que hace, es reconocer la condición de refugio en una forma declarativa, pues las circunstancias de la vida son las que realmente crean la calidad de refugiado, por lo que, al negarle el garantía de audiencia para que sea oído los hechos que pueden ser constitutivos de esta calidad, lo cual es violatorio de derechos humanos; en consecuencia, se declaró su inconstitucionalidad en el juicio de amparo número 236/2019 del Índice del Juzgado Primero de Distrito en San Luis Potosí.

¹ Reale, M.: *Teoría...*, cit., p. 71.

2. La inconstitucionalidad del artículo 77 bis 7 de la Ley General de Salud, en donde se solicita a todas las personas que tengan la Clave Única del Registro de Población (CURP) para poderlo afiliar al seguro popular y, en consecuencia, recibir todas las prerrogativas de salud, requisitos que nunca van a tener las personas extranjeras que no tienen una legal estancia en territorio nacional, ya que los artículos 85, 86 y 91 de la Ley General de Población, así como el punto Cuarto del Instructivo Normativo para la asignación de la Clave Única de Registro de Población, no tiene contemplado a este grupo vulnerable, por lo que violenta los principios de igualdad y no discriminación, así como el principio de progresividad, que establece el artículo primero constitucional; la cual se declaró en el juicio de amparo 54/2019 del índice del Juzgado Octavo de Distrito en San Luis Potosí.
3. La inconstitucionalidad del artículo 111 de la Ley de Migración, por establecer un término mayor al contemplado en el cuarto párrafo del artículo 21 constitucional, en relación con el alojamiento de las personas migrantes, por lo que el mencionado artículo no tiene una justificación válida, lo que dio como consecuencia la declaración de inconstitucionalidad en el juicio de amparo número 161/2019 del índice del Juzgado Sexto de Distrito en San Luis Potosí.

Como podemos observar, la utilización de los principios de litigio estratégico, la comprensión epistemológica de la Teoría Tridimensional del Derecho y la aplicación de la metodología argumentativa para dar a entender lo solicitado a los juzgadores federales, trae como consecuencia que se pueda transformar el Derecho en aplicación constante de los derechos humanos, por lo que en este trabajo se tratará de dar un esquema práctico para su aplicación, así como el análisis de la inconstitucionalidad del artículo 18 de la Ley Sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político.

I. Litigio estratégico

El litigio estratégico tiene la capacidad de defender los abusos y violaciones a derechos humanos, con la utilización de la defensa legal en los tribunales locales en el ámbito federal por medio del juicio de amparo y, si es necesario, los tribunales internacionales con la finalidad de resaltar el deber del Estado de cumplir con sus obligaciones nacionales e internacionales.

Esto no significa que toda violación de derechos pueda o deba ser tratada a través del litigio estratégico, sino que deben ser, en especial, los siguientes casos: que el Derecho no es observado (en lo sustantivo o en lo procedural); que se encuentre discordancia entre el Derecho Interno y los estándares internacionales; que no exista claridad en el Derecho existente; y, que la ley se aplica reiteradamente de manera inexacta y/o arbitraria.

A. Concepto

Para comenzar se debe señalar que el litigio estratégico debe encontrarse en todos los sistemas modernos de justicia, ya que tiene como finalidad crear una nueva visibilidad para los grupos humanos vulnerables, así como estimular la renovación y adecuación de la realidad al Derecho; en este sentido, cuando se emplea de manera adecuada logra romper los paradigmas y alcanzar soluciones para personas o colectivos que se encuentran en una situación de vulnerabilidad.

En este orden de ideas, el concepto de litigio estratégico está basado en su objeto y herramientas jurídicas, para Raquel Yrigoyen:

El litigio estratégico en derechos humanos es parte del ejercicio del derecho de acceso a

*la justicia, y tiene como objetivo final el cumplimiento efectivo de los derechos humanos, ordenado por instancias de justicia nacionales o internacionales.*²

En otra de la forma de conceptualizar el litigio estratégico, es el que se basa de acuerdo con los resultados obtenidos, esto es, se busca que se generen cambios estructurales en la política, normas jurídicas y normas sociales. En efecto, Fabián Sánchez menciona:

*La tendencia actual en el movimiento de derechos humanos internacional es la generación no sólo de un litigio, sino de ‘litigio estratégico’, principalmente en el ámbito nacional, como búsqueda y promoción de cambio social mediante la adopción, impulso, creación o modificación de políticas públicas en la materia.*³

Partiendo de estas dos conceptualizaciones podemos establecer como definición que el litigio estratégico es aquél que en un caso concreto de carácter individual, se vislumbra una solución jurídica de carácter colectiva, es decir, no sólo tiende a la solución de la persona que sufre el problema jurídico planteado, sino que busca, además, resolver de tajo el fenómeno social, la afectación de grupo, de sus iguales, pues mientras que en un juicio individual por lo general se combate la legalidad del acto, en un litigo estratégico se pone a prueba la constitucionalidad de la norma, lo que conlleva una protección de grupo, de clase, ya no sólo del problema individual originalmente planteado, lo que origina un cambio social si la norma es declarada inconstitucional.

B. Finalidad

La finalidad que busca el litigio estratégico no es únicamente la participación directa de los sectores de la población afectados, sino su práctica tiende a eliminar cualquier tipo de violación a los derechos humanos, logrando así que el beneficio sea general y no individual.

Otra de las finalidades, es que el litigio estratégico es la metodología de trabajo que instrumenta la defensa legal de los derechos humanos por medio de argumentación, con la compresión del Derecho bajo un esquema epistemológico tridimensional, y con el principio de saturación en un caso concreto frente a los tribunales para que estas resoluciones tengan un cambio social en las esferas sociológica, axiológica y jurídica.

Para poder lograr estas finalidades, es necesario que en el litigio estratégico todos los operadores jurídicos tengan conocimiento sobre el hecho a defender, así como la forma de realizarlo, por lo que debe tener un verdadero ingenio para innovar y argumentar sobre cuestiones nuevas y, por último, tener el compromiso de agotar todos los medios de defensa que sean necesarios en el ámbito nacional o internacional, en donde las acciones a realizar van dirigidas a lograr un cambio social en beneficio de todas aquellas personas que se les violen los derechos humanos.

C. Conclusiones

En la utilización del litigio estratégico es necesario realizar una ponderación entre urgencia y beneficios a largo plazo, en razón de que en muchas ocasiones este caso de litigio es muy tardado y las personas que son afectadas requieren una resolución práctica y no agotan todas las etapas necesarias para lograr un cambio en las esferas sociales, jurídicas y axiológicas.

Así, existe la necesidad de capacitar a los operadores jurídicos en materia de litigio estratégico, implementando una nueva argumentación en donde se pueda analizar la complejidad del Derecho generando nuevo conocimiento, y con esta nueva argumentación haciendo que los juzgadores se sensibilicen y realmente hagan respetar los derechos humanos de los grupos vulnerables.

² Yrigoyen, R.: *El litigio...* cit.

³ Sánchez, F.: *El litigio...* cit., p. 13.

II. Teoría Tridimensional del Derecho de Miguel Reale

Para empezar, la teoría tridimensional analiza al Derecho en una constante movilidad dialéctica entre cada una de sus dimensiones, siendo estas: la fáctica, la axiológica y dando como resultado el origen de la norma jurídica.

En este orden de ideas, el Derecho deberá considerarse como fenómeno que *únicamente puede existir en la sociedad*, y no puede ser concebido fuera de ella; el Derecho nace de lo social.

Por otra parte, el tridimensionalismo tiene la finalidad de facilitar la comprensión de las instituciones jurídicas, desde el análisis de la conducta subjetiva, el valor y la norma, lo que constituye la experiencia jurídica, encontrándose en una constante dinámica dialéctica en la *yuxtaposición, conducta y valor*.

Como se puede deducir, si el hombre determina vivir en sociedad, es necesario que su conducta tenga límites o demarcaciones, en las cuales se respete el actuar de los demás y, con ello, se alcance la armonía, la tranquilidad y la paz social.

En este orden de ideas, para el maestro Miguel Reale, el Derecho está integrado por tres elementos inseparables:

Hecho, valor y norma son las tres dimensiones esenciales de la experiencia jurídica. En toda realidad jurídica hallamos siempre la presencia del hecho, del valor y de la norma, dimensiones inseparables. El hecho, que tiene lugar en el espacio y en el tiempo, realiza un valor gracias a la mediación de la norma. En todas las modalidades de la conducta hay, en síntesis, el hecho de una energía espiritual que, imantada por un valor dominante, se inclina a realizarlo como ley, como forma, como norma.⁴

Cabe mencionar que en la Teoría Tridimensional se puede llegar a establecer una serie de postulados que son los principios imprescindibles en el desarrollo de una teoría científica, manteniendo siempre un carácter hipotético, que se les considera como verdaderos siendo los siguientes:

A. El Derecho es un producto histórico-cultural

El maestro Miguel Reale concibe al Derecho como un hecho histórico-cultural, *solamente en cuanto los actos humanos se integran normativamente en relación a ciertos valores*.⁵

De ahí que el Derecho debe de ser concebido como un hecho histórico-cultural, es entendido en función de los actos que se regulan en las normas, las cuales son determinadas por los valores que históricamente el hombre ha asumido de acuerdo con una dialéctica constante de esta situación, creando así la renovación de la cultura y de la norma jurídica.

Por otra parte, la cultura es la transformación permanente del ser humano, de acuerdo con las circunstancias que hacen que la misma se vaya modificando según los intereses que se viven dentro de un determinado tiempo, en donde se van a encontrar los valores que están determinados por su ideología, costumbres, religión, formas de organización, entre otras.

El Derecho como producto cultural debe surgir de la realidad, crearse en la realidad y dirigirse a esa realidad en un constante proceso de retroalimentación.

B. La persona constituye un valor en sí misma y es fuente de todos los valores

En este postulado Miguel Reale establece lo siguiente: *El revelarse del hombre así mismo ya es en sí y por sí un valor*,⁶ lo que se debe entender que cuando una persona se reconoce a sí misma como un valor, puede reconocer otros valores, por lo que podrá otorgar el reconocimiento justo

⁴ Recasens Siches, L.: *Panorama del...* cit., p. 55.

⁵ Reale, M: *op. cit.*, p. 89.

⁶ *Ibidem*, p. 90.

y debido a determinadas circunstancias; en ese sentido podemos concluir que el ser humano no depende de otro ser u objeto para ser lo que es, y al ir creando y recreando su cultura, le va imprimiendo sus propios valores.

Los valores no subsisten por sí mismos, constituyen una cualidad que le otorga la sociedad a los objetos o hechos fácticos, cuya estructura es de forma dialéctica en donde se van experimentando actualizaciones y modificaciones basadas en el comportamiento de los individuos y de las colectividades.

Este tipo de valor es la pieza fundamental en la formación del Derecho como producto histórico-cultural, al reflejar realidades con referencia en valores; por lo mismo, el Derecho es determinado en la medida que la sociedad le otorgue el valor necesario para normar su actividad.

C. El derecho es de naturaleza tríadica

En este postulado se concibe al Derecho como viviente, que surge, se crea y evoluciona dentro de una sociedad, nutriéndose del contenido cultural del hombre, escribiendo página a página su acontecer histórico.

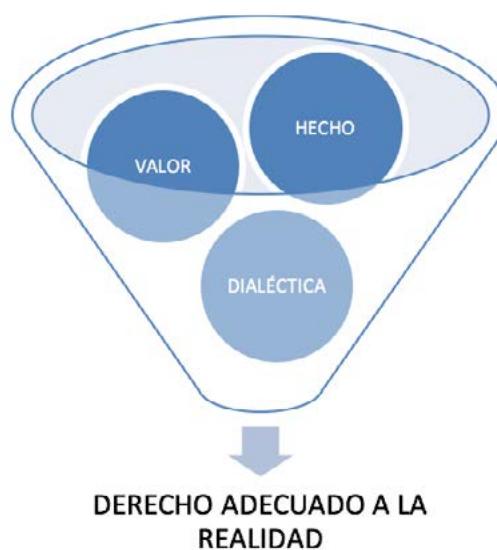
Miguel Reale lo menciona de la siguiente forma: *En realidad, viene a afirmar la naturaleza esencialmente tríadica del Derecho, de tal suerte que a ningún especialista le sea lícito aislar absolutamente, uno de los factores para hacerlo objeto de cualquier investigación de orden filosófico, sociológico o histórico.*⁷

Efectivamente, se debe conservar esta tríada en el derecho, la cual no se debe separar, en razón de que todas las normas jurídicas deben incluir una situación de hecho y un orden de valores, para poder determinar lo que es justo o injusto.

De ahí que cuando la sociología jurídica estudia al Derecho, como un hecho social, este hecho implica analizar a las normas y a valores otorgados al mismo; y cuando se trata de enfatizar el problema de los valores jurídicos, en el terreno filosófico, se otorga una referencia primordial a la situación de hecho que en dichos valores deben incluir, así y por último, la esencia normativa que el instrumento debe poseer para su realización o aplicabilidad en el terreno fáctico.

Al encontrarse el Derecho constituido por tres elementos, se debe realizar el estudio desde todas y cada una de las tres dimensiones (fáctica, axiológica y normativa) para poder comprender el Derecho.

D. Esquema de la Teoría Tridimensional del Derecho



⁷ Ibídem, pp. 69-70.

E. Conclusión

La Teoría Tridimensional del Derecho proporciona a los abogados litigantes las herramientas necesarias para conocer la conformación del Derecho de un país, y así poder realizar un estudio en confrontación con los estándares internacionales y, por medio de la metodología dialéctica, buscar el cambio del Derecho en beneficio de los sujetos, a quienes se aplica la norma jurídica, por medio de resoluciones emitidas por los tribunales del país.

III. Argumentación jurídica

La argumentación es la actividad que realiza una persona para darse entender, la cual requiere de una metodología. Esta argumentación está constituida por argumentos que son producto de la lingüística que se plasma en un conjunto de enunciados, que deben tener una relación estrecha entre sí, a las que se les conoce como premisas y tienen la finalidad de llegar a una conclusión.

El autor Roberto Bergalli lo establece de la siguiente manera:

Así como cuando se habla de la interpretación jurídica conviene restringir el campo de su aplicación, también acontece lo propio con las llamadas teorías de la argumentación, pues argumentar es asimismo una actividad que se puede verificar en cualquier ámbito en el cual sea necesario emitir un razonamiento para demostrar o probar una proposición, o bien para convencer a otro(a) de aquello que se afirma o niega (Real Academia Española, 1992, I. 187). En consecuencia, por argumentación jurídica ha de entenderse aquel tipo de razonamiento que se formula en alguno de los niveles en que se utilizan normas del derecho y en los cuales sea necesario convencer.⁸

Estos argumentos o enunciados deberán tener una justificación interna y externa para poder dar validez y credibilidad a la problemática planteada, y así convencer al receptor del discurso.

Estos tipos de enunciados o premisas se pueden clasificar desde tres concepciones, siendo las siguientes:

A. Formales o lógicos

Este tipo de enunciado o premisa, se encuentra en un encadenamiento de proposiciones, las cuales se obtienen de inferencias de un argumento deductivamente válido; en consecuencia, si las premisas son válidas, el resultado tendrá que ser válido y, si alguna de las premisas es falsa, el resultado será falso, este tipo de argumentación es utilizado en la aplicación de la norma jurídica de forma legalista.

Por ejemplo, si X entra de forma ilegal a territorio nacional, entonces debe aplicarse la sanción establecida en Y, por lo que el resultado se infiere deductivamente, en consecuencia, X debe de ser castigado con la sanción establecida en Y.

Como se puede apreciar, en este tipo de argumentación lógica no interesan los motivos que orillaron a X a entrar de forma ilegal a territorio nacional, misma que pueden hacer cambiar el criterio establecido por la norma, por lo que este tipo de argumentación se encuentra muy limitada, ya que lo que únicamente necesita es saber si las premisas son falsas o verdaderas.

B. Material

Este tipo de argumentación trata de realizar una justificación interna y externa, la cual intenta hacer un descubrimiento y examinar las premisas, en donde por lo general, se debe de recurrir a los tópicos que son los que le van a dar la validez a los argumentos.

Ahora bien, la justificación interna es la validez de una inferencia a partir de las premisas dadas, lo que es una lógica deductiva, como se estableció en párrafos anteriores y que esta

⁸ Bergalli, R.: *Hacia una...* cit., p. 389.

fórmula se encuentra establecida en la teoría del silogismo judicial; por otra parte, la justificación externa se refiere a la comprobación de las premisas, que deben ser consideradas como razones, las cuales se encuentran constituidas de hechos, por lo que su justificación es valorarlas para otorgarle el peso correspondiente y determinar si son o no buenas.

C. Dialéctico

Este tipo de argumentación se realiza cuando se ponen en duda o se cuestiona algún enunciado y el problema se tendrá que resolver por medios lingüísticos, y el paso de un argumento que se pone en duda con el resultado es por medio del consenso o aceptación de los que intervienen en el proceso, cuya aceptación puede ser alcanzada en cada momento del proceso, y la conclusión es lo que pretende que sea aceptado por los demás, este tipo de argumentación es tomada dentro de la teoría del discurso jurídico, uno de sus máximos exponentes es el *modelo de la nueva retórica de Perelman*.⁹

Para la argumentación dialéctica, lo que se debe tener es un problema, el cual se deberá poner en duda para poder realizar el discurso, el operador tendrá la necesidad de crear argumentos que refuten el enunciado que se tenga en oposición y, con base en esa oratoria, deberá crear convicción en otros sujetos para que se genere la aceptación del mismo y, como constantemente van cambiando las condiciones o circunstancias, esta dialéctica deberá ser constante y adecuada a la realidad y no como las normas jurídicas que son lentas, ya que requieren un técnica para su creación y, en muchas ocasiones, obsoleta ya que la sociedad se encuentra en un constante movimiento.

IV. Inconstitucionalidad del artículo 18 de la Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político

La inconstitucionalidad del artículo 18 de la Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político, se logró después de que se tuvo que realizar un estudio de la norma jurídica desde una perspectiva de la Teoría Tridimensional del Derecho, y así comprenderla para poder impugnarla y confrontarla tanto con la normativa nacional e internacional, se empezó a realizar la argumentación jurídica desde un enfoque dialéctico, pero el alcance no se tiene que realizar únicamente de forma individual, sino desde las finalidades del litigio estratégico en derechos humanos, para que el beneficio sea en pro de la personas que se encuentren en este grupo vulnerable, siendo el siguiente discurso jurídico:

El artículo 18, primer párrafo de la Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político, al establecer un plazo para que se inicie el procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado, es inconstitucional de acuerdo con los siguientes argumentos:

El artículo 11, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tiene contemplado el derecho humano del reconocimiento de la condición de refugiado, en donde se establece la obligación de las autoridades de acudir a los tratados internacionales, y tomando en consideración que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que deben analizarse los derechos humanos en ambas fuentes para poder determinar el contenido y alcance de los mismos, favoreciendo en todo momento la protección más amplia a las personas.

Bajo estas premisas, el artículo 11 constitucional establece el derecho humano a que le sea reconocida la condición de refugiado, mientras que el artículo 18, primer párrafo, de la Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político, establece una limitante al mencionado derecho humano, al determinar un límite temporal y prescriptivo para solicitar que le sea reconocida la calidad de refugiado mediante un acto declarativo, ya que la constitución de esta se da por

⁹ Perelman, C. y Olbrecht-tvtca, L.: *La nueva...* cit.

las experiencias de vida y que las mismas encuadran con el concepto establecido en las leyes y tratados internacionales como refugiados.

Al estudiarse el artículo 18, primer párrafo, de la Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político, como una modulación o limitante a un derecho humano, de conformidad con lo establecido en el artículo 1, párrafo primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, éstos pueden suspenderse o restringirse válidamente en los casos que la misma Constitución lo establece.

Si bien es cierto que los derechos humanos no son absolutos en su aplicación y que los mismos pueden ser suspendidos o restringidos, aquellas normas que los tratan de restringir no pueden ser arbitrarias, excesivas o carentes de razonabilidad.

Por lo tanto, se debe verificar si la limitación referida encuentra una justificación válida racional, es decir, si se encamina a los propósitos trazados por el creador de la norma, tanto local y/o internacional y, finalmente, si es razonable o estrictamente proporcional, esto es, si las consecuencias de los objetivos deseados no afectan de forma innecesaria o desmedidamente algún derecho de las personas.

Conviene establecer que el otorgamiento de la protección internacional de conformidad con el Derecho Internacional de los derechos humanos, establece procedimientos especiales para el reconocimiento, cesación, cancelación y revocación de la condición de refugiado y prevé disposiciones en materia de medios de defensa e impugnación, reunificación familiar, apoyo institucional entre otros temas.

Un punto central es el establecimiento de disposiciones que garanticen el debido proceso a todas las personas que soliciten protección internacional, el acceso a procedimientos equitativos y eficientes para reconocer la condición de refugiados.

Por lo que en la Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político, en apego a los tratados internacionales, se propone garantizar a todos los extranjeros el acceso al procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado, independientemente de su situación migratoria, pudiendo aportar pruebas; que la carga probatoria corresponde a las mismas autoridades y que se deben atender los principios de no discriminación, no devolución, no sanción por ingreso irregular, unidad familiar y confidencialidad.

En atención a lo anterior no se encuentra una razón válida en el ámbito constitucional o internacional admisible para establecer el límite de los treinta días hábiles establecidos en el artículo 18, primer párrafo, de la Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político.

V. Conclusiones

Como se puede observar en el presente artículo, se necesita que, en el campo del litigio de los derechos humanos, los operadores jurídicos tengan el suficiente conocimiento para hacer valer desde los juicios donde se encuentran involucrados, utilizando todas las herramientas para hacer una estrategia, con la finalidad de tener una verdadera defensa de los derechos humanos.

Ahora bien, los abogados postulantes deben tener el suficiente conocimiento, en primer lugar, para poder observar si lo que van a litigar se trata de derechos humanos y, después de que hayan comprendido la naturaleza jurídica de los mismos, en donde deberá, como recomendación, hacer un análisis tridimensional de las normas jurídicas aplicables y revisar si realmente se encuentra acorde a la realidad actual y, en el supuesto que no la estén, deberá realizar un estudio lingüístico, en donde tendrá que confrontar la cuestiones fácticas y axiológicas de una forma dialéctica, para poder tener las herramientas necesarias para realizar su discurso jurídico y así, por medio del consenso con el juzgador, lograr que se acomode la norma y obtener la justicia para la persona a defender.

Por otra parte, este discurso jurídico deberá realizarse para encontrar un beneficio en común, olvidándose de los particulares, ya que todo este trabajo jurídico debe tener la finalidad de cambiar el contexto social-jurídico.

Si bien es cierto que la capacitación jurídica debe ser para todos los operadores jurídicos, incluidos los juzgadores, los cuales tienen muy arraigado el sistema de argumentación de la Teoría del Silogismo Judicial, el cual no sirve para impartir justicia en relación con los derechos humanos, ya que su fundamento es la lógica jurídica, la cual es muy buena para un sistema legalista, pero es inútil en este nuevo paradigma.

Los abogados, asesores jurídicos, asociaciones civiles y todas aquellas personas que nos dedicamos a la defensa de los derechos humanos, tenemos el compromiso de realizar nuevos discursos jurídicos, para que los juzgadores puedan entender este cambio de paradigma y lo apliquen, sin importar que en muchas ocasiones no dicten sentencias favorables, ya que, con el simple hecho de analizarlas, con el paso del tiempo cambiarán su ideología y así se podrá tener una verdadera justicia.

VI. Bibliografía

- Bergalli, Roberto: *Hacia una cultura de la jurisdicción. Ideología de Jueces y Fiscales*. Buenos Aires, Ad hoc, 1999.
- Perelman, Chaím, y Olbrecht-tvtca, Lude: *La nueva retórica. Tratado de la argumentación*, Gredos, Madrid, 1989.
- Reale, Miguel: (1997), *Teoría Tridimensional del Derecho*, Madrid: Tecnos, 1997.
- Recasens Siches, Luis: *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*. Tomo primero. Porrúa, México, 1963.
- Sánchez, Fabián: *El litigio estratégico en México: la aplicación de los derechos humanos a nivel práctico. Experiencias de la sociedad civil*, 10 (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos, México, 2007).
- Yrigoyen, Raquel: *El litigio estratégico en derechos humanos*, 4 (Informe para la Fundación Soros sobre litigio estratégico en Guatemala, Guatemala, 2007).



Instituto Federal de
Defensoría Pública

Asesoría Jurídica Especializada:

a personas en movilidad sujetas a
protección internacional



a personas con discapacidad



Caso Carmen, la criminalización de la pobreza

Rafael Robles Roa*

RESUMEN: Este caso, llevado por la Unidad de Litigio Estratégico en Derechos Humanos del Instituto Federal de Defensoría Pública, muestra las injusticias por las que muchas personas indígenas tienen que pasar al enfrentar un sistema judicial que no comprenden y que es totalmente insensible ante ellos. Hace evidente también que los jueces y fiscales involucrados, mantuvieron presa a una persona inocente, estigmatizándola ante su comunidad. Hoy esos abusos de la autoridad continúan impunes.



Caso Carmen

Unidad de Litigio Estratégico en Derechos Humanos del IFDP

* Titular de la Unidad de Litigio Estratégico en Derechos Humanos del Instituto Federal de Defensoría Pública, encargada de la defensa de la señora Carmen.

El 12 de febrero de 2019, la Junta Directiva del Instituto Federal de Defensoría Pública, emitió las nuevas Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública, en las que se creó la Unidad de Litigio Estratégico en Derechos Humanos, en cumplimiento a *Líneas generales de trabajo 2019-2022*, del Ministro Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Crónica

Carmen es una mujer indígena, adulta mayor, que vive en Oaxaca. No sabe leer ni escribir y sólo habla chinanteco. Se dedica al cultivo del campo, para autoconsumo y vive en una comunidad rural a ocho horas de la capital del Estado.

Parte de su vida la ha dedicado al cuidado de sus hijos y actividades domésticas, sus decisiones siempre estuvieron supeditadas a las disposiciones de su esposo con quien procreó cuatro hijos —de los cuales dos fallecieron—, una hija vive en Veracruz y la visita una vez cada año, su otro hijo vive en Chihuahua y nunca lo ve, pero le envía mil pesos cuando se enferma; actualmente, Carmen es viuda y subsiste a través del apoyo económico que recibe del *Programa Bienestar de las Personas Adultas Mayores*, mismo que invierte en la compra de *pan de panela* para revenderlo en las calles de su comunidad.

En 2010, la entonces Secretaría de Desarrollo Social otorgó un apoyo económico por \$175,000.00 MN (Ciento setenta y cinco mil pesos) para financiar el proyecto productivo de *Producción y comercialización de cerdos* a un grupo social, en el cual Carmen fue registrada como vocal de control y vigilancia.

En el 2012, la dependencia federal inició un *procedimiento correctivo* ante la falta de comprobación de los recursos otorgados, por lo que el Jefe de la Unidad de Asuntos Jurídicos de la Delegación de la Secretaría de Desarrollo Social en Oaxaca, presentó denuncia ante el Ministerio Público de la Federación en contra de Carmen y de las otras integrantes del grupo, a quienes acusaron de probables responsables del delito de peculado. Ese mismo año se dictó auto de formal prisión en contra de la presidenta y la vicepresidenta del grupo productivo; sin embargo, pocos meses después se les concedió su libertad por la falta de elementos para procesarlas.

Al rendir su declaración, ambas mujeres afirmaron que Carmen se salió del grupo y no recibió recurso alguno de la Secretaría de Desarrollo Social, sin embargo, en junio de 2019, fue detenida por Agentes de Investigación Criminal y, posteriormente, fue internada en el Centro de Reclusión Femenil en Tanivet, Tlacolula de Matamoros, Oaxaca. Pasaron casi dos meses para que fuera asistida por un intérprete y contara con una defensora pública del Instituto Federal de Defensoría Pública.

Carmen negó las acusaciones, manifestó que sí pertenecía al grupo productivo, que le pidieron copia de su credencial y que plasmó sus huellas dactilares en un documento escrito en español, sin que le informaran del cargo que tenía. Jamás la volvieron a llamar ni recibió dinero, el cual le habían comentado que era para comprar láminas.

En agosto del 2019, se le dictó auto de formal prisión. La defensora pública federal Catalina Ramos Rojas, solicitó al Juez de la causa, que se le fijara una garantía para obtener la libertad provisional, la cual fue concedida y fijada en \$181,000.00 MN (Ciento ochenta y un mil pesos), es decir, seis mil pesos más que el total del préstamo otorgado por la Secretaría de Desarrollo Social. El Instituto Federal de Defensoría Pública pidió la revisión de la medida cautelar, debido a lo elevado del monto de la garantía, atendiendo a su precaria situación económica y su condición de mujer, indígena, adulta mayor, monolingüe, analfabeta y campesina proveniente de una comunidad rural.

La Juez Octavo de Distrito en el Estado de Oaxaca, determinó reducir la garantía a cinco mil pesos. Al exhibirse la garantía, se ordenó la libertad de la señora Carmen, por lo que personal de la Unidad de Litigio Estratégico en Derechos Humanos y de la Delegación Oaxaca del propio Instituto, la recibieron al salir del centro de reclusión, proporcionándole atención médica.

La Unidad de Litigio Estratégico en Derechos Humanos, se hizo cargo de la defensa de Carmen y ha documentado la falta de perspectiva de género y ausencia de una visión de interseccionalidad en su caso.

A pesar de su liberación, la jueza ordenó otras medidas cautelares, entre ellas, que Carmen debía firmar el libro de control de procesados, lo cual implicaba un viaje de ocho horas desde su comunidad, sin considerar su situación de vulnerabilidad. Tras varias apelaciones, fue aceptada la modificación de la medida, sin embargo, ante la falta de respuesta de los juzgados locales para informar si podían recibir las presentaciones mensuales de Carmen, durante cinco meses se le auxilió en el traslado que tuvo que hacer desde su comunidad a las instalaciones del Juzgado Octavo de Distrito para dar cumplimiento a la medida cautelar impuesta.

La Unidad de Litigio Estratégico en Derechos Humanos, interpuso demanda de amparo contra el auto de formal prisión. En octubre de 2019, se ofreció como prueba, dentro del referido juicio de amparo, un dictamen pericial en materia de *Etnopsicología*, a fin de establecer el contexto histórico-cultural y la situación de vulnerabilidad de la señora.

Paralelamente, la Secretaría Técnica de Combate a la Tortura, Tratos Crueles e Inhumanos del Instituto Federal de Defensoría Pública, presentó un informe de procedimiento especial ante la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Derechos Humanos, dadas las condiciones a las que fue sometida la señora Carmen, desde el momento en que fue privada de su libertad.

En noviembre de 2019, se concedió el amparo y protección de la justicia federal a Carmen, para el efecto de que la autoridad responsable dejara insubsistente el auto de formal prisión y emitiera una nueva determinación en la que considerara que los elementos probatorios son insuficientes para acreditar el segundo de los elementos que integran el tipo penal de peculado y, en consecuencia, dictara auto de libertad por falta de elementos para procesar.

En el mismo mes, la Juez Octavo de Distrito en el Estado de Oaxaca dictó un auto de libertad por falta de elementos para procesar dentro de la causa penal, a fin de dar cumplimiento con la resolución de amparo, al considerar que no se podía tener por acreditada la conducta de distracción o aplicación distinta que requiere el segundo de los elementos para la integración del tipo penal, al resultar insuficientes los medios de convicción, destacando que la constancia de verificación tiene aseveraciones formuladas por el representante de la entonces Secretaría de Desarrollo Social, la cual faltaba de comprobación, por lo que no se acreditaba que hubiere realizado una actividad opuesta a la pactada, actualizándose la causa de exclusión del delito prevista en el artículo 15, fracción II, del Código Penal Federal.

También en noviembre de 2019, se presentó un escrito ante el Juez Segundo de Distrito en el Estado de Oaxaca, por medio del cual se interpuso recurso de revisión en contra de la sentencia definitiva dictada el 11 de noviembre de 2019, en el que se expresaron, entre otros agravios, la constitucionalidad del artículo 223, fracción IV, del Código Penal Federal, en virtud de que se estima que la citada disposición da pie al castigo penal de las deudas de carácter civil que pueden adquirir los particulares, sin hacer distinción de aquellas personas que por sus condiciones de vulnerabilidad son beneficiarias de programas sociales y, por tanto, reciben y ejercen directamente recursos económicos del Estado, pero de quienes jamás debería señalarse que pueden cometer el delito de peculado derivado de que no reúnen la calidad específica del sujeto activo en lo general.

Mediante proveído de diciembre de 2019, dictado por el Segundo Tribunal Colegiado en Materias Penal y de Trabajo del Décimo Tercer Circuito, se admitió a trámite el recurso de revisión.

El 1 de febrero de 2020, la señora Carmen se presentó ante el Ayuntamiento de su comunidad, donde se recabaron sus huellas dactilares en el libro destinado para tal efecto.

El 12 de febrero de 2020, se presentó un escrito de Solicitud de Ejercicio de la Facultad de Atracción ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al considerar que las problemáticas jurídicas planteadas a través del recurso de revisión revisten características especiales de

importancia y trascendencia para el orden jurídico mexicano que justifican, en vía excepcional, el abandono del reparto ordinario de las atribuciones y competencias de la Suprema Corte y los Tribunales Colegiados de Circuito, en atención a que el caso presenta un interés superlativo y una característica que lo hace excepcional, situación que se hizo del conocimiento al Segundo Tribunal Colegiado en Materias Penal y de Trabajo del Décimo Tercer Circuito, mediante escrito presentado el 17 de febrero de 2020.

El 18 de febrero de 2020, el Segundo Tribunal Colegiado en Materias Penal y de Trabajo del Décimo Tercer Circuito, tuvo por agregado el escrito por el que se le dio a conocer la existencia de la Solicitud de Ejercicio de la Facultad de Atracción y, en consecuencia, suspendió el término de turno hasta en tanto la Suprema Corte de Justicia de la Nación informara lo relativo a lo solicitado.

Sin embargo, el 24 de junio 2020, la Primera Sala de la SCJN determinó que no retendría el asunto, ordenando su devolución al Tribunal Colegiado para su trámite.

No obstante, se encuentra pendiente la resolución del recurso de revisión del índice del Segundo Tribunal Colegiado en Materias Penal y de Trabajo del Décimo Tercer Circuito, en el que habrá de resolverse sobre la constitucionalidad del tipo penal de peculado, así como la procedencia o no de reparaciones y una indemnización por error judicial en términos de las violaciones a derechos acreditadas por el Juzgador de Amparo.

Puntos relevantes del caso

a) El **estudio de constitucionalidad** de la porción normativa contenida en el artículo 223 fracción IV del Código Penal Federal, en la cual se encuentra previsto el delito de peculado. Desde la demanda de amparo, se hizo valer la constitucionalidad de castigar penalmente a una persona en *condiciones de vulnerabilidad* –por ser mujer, indígena y adulta mayor de 79 años–, beneficiaria de programas sociales, lo que se permite a través del artículo que se impugna, pues dicha norma permite el castigo penal de las deudas de carácter civil contraídas por particulares, sin hacer distinción de aquellas personas que, por sus condiciones de vulnerabilidad, son beneficiarias de programas sociales y, por tanto, reciben y ejercen directamente recursos económicos del Estado. Así, se planteó que el contenido de la norma permite una afectación a la dignidad y derecho a la tutela judicial efectiva de la quejosa, una mujer indígena, adulta mayor, en contravención a lo establecido en los artículos 1, 17 y 133 constitucionales.

b) Las violaciones a **derechos humanos** como consecuencia de la emisión de una orden de aprehensión por parte de la responsable, así como su detención e ingreso al Centro de Internamiento Femenil de Tanivet, Tlacolula, a pesar de haberse determinado la improcedencia de la prisión preventiva por parte del Juzgador Federal al resolver el amparo. Además, el Juez de Distrito omitió pronunciarse en cuanto a que a la quejosa se le debió otorgar un trato diferenciado, dada la situación de vulnerabilidad en que se encontraba y en términos de los principios que rigen la Ley de Ejecución Penal, relativos a las personas privadas de su libertad. En el mismo sentido se planteó que debía prescindirse de la imposición de una medida cautelar e incluso sujetarla a un proceso, ya que en razón de sus condiciones y por cuestiones humanitarias, la privación de su libertad resultó excesiva en todo sentido.

c) El **examen de interseccionalidad** que debió efectuarse para impartir justicia con perspectiva de género, en casos de mujeres indígenas, monolingües no alfabetas en el español, beneficiarias de programas sociales, que omitieron realizar las Juezas que previamente tuvieron conocimiento del asunto y libraron la orden de aprehensión y el auto de formal prisión que se estimó violatorio de derechos.

d) La presentación, valoración y alcances del **dictamen pericial** en materia de **etnopsicología** como prueba en el trámite del juicio de amparo, para allegarse de elementos sobre las

condiciones de vulnerabilidad y los daños inmateriales sufridos por la quejosa recurrente con motivo de su detención y privación de la libertad.

e) Los **alcances de la inconstitucionalidad del auto de formal prisión** emitido por la Jueza responsable, que fue dejado sin efectos por el Juez de Amparo al concluir que existió vulneración de los derechos de la quejosa, sin embargo, este último fue omitiendo pronunciarse sobre la **indemnización** a que ésta tiene derecho, en virtud de haberse cometido un **error judicial**, que el propio Juzgador confirmó al razonar y demostrar en su sentencia que el delito no estaba acreditado; de igual forma, existió omisión de pronunciarse respecto a las **reparaciones** que, en materia de derechos humanos, corresponden con motivo de las violaciones que dicha autoridad jurisdiccional consideró acreditadas y motivaron la determinación de otorgar la protección de la justicia federal a la señora Carmen.



Instituto Federal de
Defensoría Pública

ASESORÍA JURÍDICA

La Defensoría federal atiende prioritariamente a las personas adultas mayores, con discapacidad, mujeres, jóvenes, indígenas, migrantes, niñas, niños y adolescentes; y en general a quienes por razones sociales y económicas no pueden contratar los servicios de una defensa particular.



¿Necesitas nuestros servicios gratuitos?
Llama a DEFENSATEL 800 22 42 426

La justicia restaurativa y la Defensa Pública venezolana

Verónica Emperatriz Soto Delgado*

RESUMEN: El presente opúsculo es una reflexión sobre la trascendencia de la justicia restaurativa en el modelo de Estado Social, de Derecho y de Justicia que proponga la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a la luz del papel protagónico de la Defensa Pública como órgano constitucional, autónomo e integrante del sistema de justicia, cuya misión es la de garantizar el derecho a la defensa, el acceso a la justicia y, por ende, a la tutela judicial efectiva, a todos los ciudadanos de la República, bajo los principios de gratuidad, accesibilidad, imparcialidad, idoneidad, transparencia, responsabilidad, equidad y oportunidad. Aun cuando el término de justicia restaurativa data de muchos años –y fue incorporado en el Código Orgánico Procesal Penal del año 99–, no fue sino hasta el 2012, con la promulgación del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Código Orgánico Procesal Penal, cuando se incorporó en el Libro Tercero, Título II, el procedimiento para el juzgamiento de los delitos menos graves, en el que se establece de manera aún más visible, la adopción de los mecanismos de autocomposición procesal, con promesa de retribuir el daño causado, a través de la realización de actividades comunitarias bajo la supervisión de los consejos comunales, quienes *a posteriori*, informarán al Órgano Jurisdiccional, acerca del cumplimiento de las condiciones impuestas. Con esta inclusión, se hace indispensable que los defensores públicos contribuyan en el necesario cambio de paradigma, del punitivo al restaurativo.

SUMARIO: I. Introducción. II. Nociones de la Defensa Pública venezolana. III. El modelo de justicia penal venezolano. IV. El cambio de paradigma y la justicia restaurativa. V. Conclusiones. VI. Fuentes de consulta.

I. Introducción

El 1 de julio de 2020, el Código Orgánico Procesal Penal arribó a veintiún años de vigencia. Durante ese tiempo, más los quince meses de vigencia anticipada, han sido muchos los cambios experimentados en el proceso penal venezolano, que, de ser un sistema inquisitivo, se convirtió en un proceso penal acusatorio autóctono, pues las cinco reformas de las que ha sido objeto, en las que lastimosamente se prescindió del jurado y del escabinado, modificaron de forma *sui generis*, la esencia del sistema acusatorio en referencia.

Con la promulgación del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Código Orgánico Procesal Penal en el año 2012, vio luz un nuevo Código Orgánico Procesal Penal –aunque algunos consideran que se trata de una reforma–; y la implementación de un nuevo procedimiento, como es el incorporado en el Libro Tercero, Título II, referido al procedimiento para el juzgamiento de los delitos menos graves y su trascendencia en el proceso penal, deviene, sin lugar a dudas, a que éste sea considerado como un nuevo Texto Adjetivo Penal.

Su instauración, como se reseñó, trae consigo la creación de Tribunales de Primera Instancia Municipal en Funciones de Control, quienes en lo sucesivo serían los competentes para conocer y decidir las causas en las que las acciones atribuibles al o a los sujetos activos de su perpetración sean consideradas menos graves, sustancialmente, por la pena que se va a imponer y por el daño causado. No sólo la creación de nuevas instancias jurisdiccionales refuerzan la

* Directora de la Escuela Nacional de la Defensa Pública de Venezuela.

idea de que se trata de un nuevo Código, sino el hecho de visibilizar aún más el juzgamiento de tales ilícitos, mediante la aplicación de un procedimiento mucho más expedito, que posibilite la reinserción del imputado en la sociedad, a través de un trabajo comunitario, que se cumplirá por medio de una contraloría social, ejercida por los consejos comunales, y que terminaría por expresar de manera categórica la necesidad de derrumbar los anacrónicos paradigmas punitivos.

En congruencia con lo expuesto, debe señalarse, que la entrada en vigencia del Texto Adjetivo Penal en el año 99 supuso la instauración de un cuerpo legal diferente; que en acatamiento a los principios constitucionales, aboga por la resolución de los conflictos, mediante la aplicación de las medidas alternas a la resolución de conflictos y a la simplificación de los trámites, normativizándose instituciones procesales que cumplían con dicho cometido y que, además, aseguran de manera expedita y anticipada, la terminación de un proceso, teniendo en cuenta la finalidad del proceso y, por ende, de la pena, para retribuir a la víctima el daño causado y, a su vez, reinserir al imputado a la sociedad.

Pese a las esperanzas que se tenían acerca de la modificación del proceso penal, así como los principios generales, entre los que se encuentran, la presunción de inocencia, la afirmación y el estado de libertad durante el proceso, establecidos en los artículos 44.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en relación con las disposiciones consagradas en los artículos 8, 9 y 229 del Código Orgánico Procesal Penal, se miraba con recelo esta nueva forma de tratamiento procesal, en el que la libertad era la regla, pues el pensamiento punitivo aún estaba presente en la *praxis judicial*.

Esta situación, así como el renacimiento de la Defensa Pública, reconocida constitucional y legalmente, como parte integrante del sistema de justicia nacional, devinieron inexorablemente en un refrescamiento y, a su vez, en el afianzamiento del nuevo paradigma, para superar los viejos esquemas, pues sólo dejando atrás dichas prácticas se logrará insertar una nueva concepción de la justicia. Y es que la Defensa Pública ejerce un papel protagónico en dicha consecución, pues como se verá *infra*, la institución adoptó su estructura a este nuevo paradigma desde el inicio; y, posteriormente, con la creación por Resolución del No. DDPG-2012-206, del 24 de agosto de 2012, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 39995 del 28 de agosto de 2012, de los defensores públicos municipales.

En sintonía con esta creación, la Defensa Pública, además, inició su independencia académica; con la creación de la Dirección de la Escuela Nacional de la Defensa Pública, encargada de la formulación del programa de formación y actualización, no sólo de los Defensores Públcos, sino de todo su personal y del Poder Popular; en virtud de que, para la institución, la formación jurídica es de vital importancia a objeto de cultivar en sus funcionarios, sobre todo en los defensores públicos, un intercambio de saberes, revestidos de un pensamiento crítico; de incentivar su capacidad creativa con visión de futuro y con propuestas de acciones transformadoras, revestidas de vocación y compromiso social ante las nuevas realidades de la sociedad.

En tal sentido, las glosas que se expondrán a continuación son una exigencia del momento histórico por el que transita nuestra legislación y la realidad procesal a la luz de la Defensa Pública venezolana; en este sentido, se debe tener presente:

(...) que el Derecho puede y debe ser fundado, pensado, desarrollado y hecho realidad como regla de ordenación social, de una manera muy diferente de la que hasta ahora se ha practicado en occidente, con gran provecho para el ser humano. Es de ellos de quienes podrá brotar principalmente una actitud crítica del Derecho que objetamos y una voluntad para depurarlo o aun para sustituirlo, en bien de la sociedad toda (...) ¹

¹ Novoa Monreal, E.: El Derecho..., p. 229.

II. Nociones de la Defensa Pública venezolana

A. Antecedentes históricos

De manera primigenia, se considera necesario resaltar que el derecho a la defensa es un derecho inalienable, intransferible, imprescriptible e inviolable, razón por la que ningún particular ni autoridad alguna puede impedir su ejercicio exhaustivo frente al poder coercitivo o *ius puniendi* del Estado. Este derecho es personalísimo, lo realiza directamente el justiciable; y de allí deviene la obligación por parte del Estado de cuidar que ese derecho inalienable sea desarrollado a plenitud; pues la sociedad exige que el justiciable esté debidamente asistido por su abogado de confianza; y en caso de solicitarlo, le será designado un defensor público que defienda sus derechos e intereses.

En relación con el caso venezolano, la eficacia de la defensa pública requiere un análisis sistemático de lo que ha sido su evolución histórica, para comprender cómo este servicio de asistencia legal, en la actualidad, ha mostrado una verdadera conexión con las realidades imperantes en nuestra sociedad.

Así las cosas, la defensa como garantía fundamental, reconocida por la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, aprobada por la Asamblea Nacional Francesa, el 26 de agosto de 1789, fue integrada en nuestra legislación en 1863 con la figura del Procurador; que luego, en 1897 fue denominado Procurador de Presos; para posteriormente, en 1915, adoptar el nombre de Defensor Público de Presos: y que, finalmente, la Defensa Pública fuera reconocida, por primera vez, en el Código de Enjuiciamiento Criminal de la misma fecha (1915); tras este reconocimiento, la Defensa Pública dependió del extinto Consejo de la Judicatura y formó parte del Poder Judicial hasta el 16 de junio de 2000.

Con ocasión de la Constituyente de 1999, impulsada por el Presidente Hugo Rafael Chávez Frías, así como de la reforma del proceso penal de inquisitivo a acusatorio, era necesario el surgimiento de un sistema de Defensa Pública cónsono, que garantizara de manera eficaz y eficiente el derecho a la defensa y, por ende, el debido proceso, habida cuenta de que la inexistencia de un sistema de Defensa Pública o su funcionamiento inadecuado son tanto una afectación al debido proceso, como una inconsistencia en el impulso del nuevo proceso penal.

En efecto, con la aprobación de la Constitución en el año 1999, se dio inicio a una nueva etapa en la institucionalidad jurídico-política de la Nación, al constituirse Venezuela en un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, donde uno de los derechos esenciales es el de la defensa, tal como lo establece el artículo 49, numeral 1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual es del tenor siguiente:

El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia:

1. *La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga; de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir el fallo, con las excepciones establecidas en la Constitución y en la Ley (...)²*

Es a partir del año 99, cuando Venezuela emprendió el camino hacia la refundación de la República desde las dimensiones políticas, económicas y sociales. Por ello, la Exposición de Motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, estatuye a nuestro país, como una nación: *libre e independiente... permanente e irrenunciable fundamento*

² Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

*en el ideario de Simón Bolívar, el Libertador, su patrimonio moral y los valores de libertad, igualdad, justicia y paz internacional.*³

Con esta premisa, signada hoy por el bienestar de la sociedad venezolana, no sólo se reconoce, sino que se recoge el sentimiento popular de que el Libertador Simón Bolívar es un símbolo de unidad nacional y de lucha incansable y abnegada por la libertad, la justicia, la moral pública y el bienestar del pueblo.

Los cambios tras la Constitución de 1999 fueron fundamentales para el sistema de justicia y, por ende, para el modelo de Defensa Pública venezolano, pues, por primera vez, se ordena la creación de un servicio de Defensa Pública, que coordine a los defensores públicos (artículo 268 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), a objeto de garantizar el surgimiento de una nueva política nacional en materia de defensa pública previéndose, en el texto constitucional, su incorporación como parte integrante del sistema de justicia.

Bajo esta nueva concepción del sistema de justicia, el proceso constituyente concibió la Defensa Pública como un órgano constitucional, otorgándole al Poder Legislativo, el mandato de establecer mediante ley orgánica su autonomía, organización y funcionamiento; además de su incorporación como órgano público integrante del sistema de justicia venezolano. La promulgación de una Ley Orgánica que, en definitiva, diera cuerpo a la naciente institución, con criterios organizativos que permitieran un verdadero ejercicio del derecho a la defensa y una prestación al usuario de un servicio transparente, expedito y accesible, proscribiéndose las dilaciones indebidas.

Fueron años de lucha, hasta que, finalmente, el Tribunal Supremo de Justicia decidió a favor de la Defensa Pública, el 1 de febrero de 2007; con motivo de dicho fallo, la Asamblea Nacional reformó el contenido de la Ley Orgánica de la Defensa Pública; y publicó su texto íntegro en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 39.021, del 22 de septiembre de 2008. Con esta reforma, se sustrajo la institución del Poder Judicial, atribuyéndosele el carácter de órgano constitucional del Sistema de Justicia.⁴

Tras lo expuesto, no cabe la menor duda de que Venezuela ha sido la punta de lanza en lo referente al sistema organizativo de la defensa pública, pues no sólo se reconoció su independencia del Poder Judicial –que era necesaria–, sino que, de forma innovadora (a diferencia de muchos de los sistemas latinoamericanos), el Defensor Público se encuentra adscrito a la Defensa Pública, es decir, no es un defensor de oficio (entendiéndose este como el abogado privado que es llamado a intervenir en virtud de las disposiciones de la defensa pública).

Consustanciado con lo anterior, la independencia y autonomía del defensor era necesaria de cara al nuevo proceso penal, pues resultaba imperioso generar confianza en los asistidos y usuarios, pues resultaba inconcebible que en un sistema de derecho y de justicia, el defensor formara parte del mismo poder que sentenciaba al asistido.

B. Naturaleza y organización de la Defensa Pública

La defensa pública venezolana se caracteriza por ser un servicio de naturaleza gratuita para todos sin ningún tipo de distinción, aun cuando se compruebe que el asistido posee medios suficientes.

Aunado a ello, Venezuela cuenta con más de 1300 defensores públicos en todo el territorio, distribuidos en 68 sedes; los cuales están especializados en 15 competencias de actuación.

Es decir, la defensa pública venezolana, a diferencia de otros países no circumscribe su actuación a la materia penal, pues la institución, sobre la base del ideario bolivariano, ofrece una respuesta global a los diversos sectores de la sociedad.

³ Ibid.

⁴ Fuente: Defensa Pública 2020.

El rol fundamental de la Defensa Pública es garantizarles a todos los ciudadanos y ciudadanas, el derecho a la defensa en todo grado y estado del proceso judicial; y administración en todas las materias que le han sido atribuidas, además, para actuar ante los órganos y entes nacionales, estatales y municipales, ofreciendo sus servicios en las materias que se nombran a continuación:

COMPETENCIA

- Materia Penal Ordinario
- Penal Municipal
- Penal Ejecución
- Especial de Delitos de Violencia Contra la Mujer
- Especiales para los funcionarios y funcionarias policiales, con competencia en materia administrativa, contencioso-administrativo y penal
- Responsabilidad Penal del Adolescente
- Jurisdicción Penal Militar. (Se destaca que existe un Defensor Público en Materia Militar)
- Integral
- Agraria y Pesquera
- Civil, Mercantil y Tránsito
- Laboral
- Protección del Niño, Niña y Adolescente
- Indígena. (Se destaca que, en el proceso de defensa, se respeta la cultura originaria)
- Civil y Administrativa Especial Inquilinaria y para la Defensa del Derecho a la Vivienda.⁵

Aunado a lo anterior y de importancia capital, es que la Defensa Pública venezolana es la única institución en Latinoamérica que cuenta con una Escuela Nacional de la Defensa Pública, creada por Resolución No. DDPG-2012-365, publicada en la Gaceta Oficial No. 40.085, del 8 de enero de 2013, cuya misión es desarrollar y diseñar, previa autorización del Defensor o de la Defensora Pública General, los programas de formación y capacitación permanentes, no sólo de los defensores públicos, sino de los funcionarios que hacen vida en ella y, además, de los integrantes del poder popular.

La estructura y política organizacional de la Defensa Pública apuesta a la formación y al estudio, como herramienta fundamental en la consecución del logro de la justicia, pues el Derecho se transforma constantemente; y el modelo de Estado Democrático y Social de Derecho y Justicia, que propugna la Constitución de la República Bolivariana en su artículo 2, exige de la institución y de la Escuela Nacional, como espacio académico, mucho más que una simplista formación acerca del cuerpo normativo de la Nación. Por lo tanto, debe valerse de su experiencia y de la oportunidad que representa la asunción de nuevos retos por la realidad social, para innovar la transformación doctrinaria que los tiempos reclaman.

El cambio de paradigma de punitivo a restaurativo en conjunción con la aspiración de la sociedad, de vivir en un ambiente de armonía, favorece la permeabilidad de nuevas propuestas

⁵ Fuente: Elaboración propia Defensa Pública 2020.

conceptuales para la constitución de un pensamiento procesal sólido y así contribuir como parte del sistema de justicia, no sólo en la formación de la ciencia procesal penal venezolana, sino que, incluso, podría unirse a un eventual proceso de reforma legislativa.

Es decir, la acción de la Defensa Pública venezolana se enfoca en el desarrollo y construcción del Estado de Derecho, como una acción determinante que empuja e impulsa endógenamente lo establecido desde el ideario del Libertador, pasando por la Carta Política y planificado en el Proyecto Nacional Simón Bolívar – Tercer Plan Socialista de Desarrollo Económico y Social de la Nación 2019-2025, que no es más que el Plan de la Patria 2025.

III. El modelo de justicia penal venezolano

Abordar el modelo de justicia penal de la República, implica analizar el contenido de la disposición constitucional consagrada en el artículo 2, el cual es del tenor siguiente:

Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político.⁶

Para entender el modelo de justicia emprendido por el constituyente, es necesario desentrañar cada uno de sus componentes.

A. Estado Democrático

Este término introducido en la Carta Política, doctrinariamente se encuentra revestido de diferentes acepciones dependiendo de la corriente jurídica o los fundamentos epistemológicos del modelo acogido, sin embargo, y al margen de las largas discusiones que han surgido al respecto, debe referirse en términos generales, que es sinónimo de garantismo o, lo que es lo mismo, un modelo de Estado nacido en las Constituciones modernas, que ostenta como características fundamentales, la legalidad –que se traduce en la sumisión de los órganos del Estado y su radio de acción, al cuerpo normativo, cuya observancia obligatoria, se encuentra sometida al control por parte de los jueces– y la sumisión de los órganos del Estado como garantes de la preeminencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

En este sentido, Valadés, al referirse a la esencia del Estado de Derecho, expresó:

El concepto de Estado de derecho es una respuesta al Estado absolutista, caracterizado por la ausencia de libertades, la concentración del poder y la irresponsabilidad de los titulares de los órganos del poder. De ahí que la garantía jurídica del Estado de derecho corresponda al constitucionalismo moderno... Es útil no perder de vista que, si bien el Estado de derecho es la antítesis del Estado absolutista, los instrumentos de uno y otro son los mismos: la supremacía de la norma. Lo que varía no es el contenido... ni la aplicación... sino la fuente de la norma (...)⁷

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia No. 8, del 24 de enero de 2002, interpretó:

(...) en la actualidad el Estado de Derecho consiste en que el poder se ejerce únicamente a través de las normas jurídicas, por lo que la ley regula toda la actividad Estatal y en particular la de la administración; y parte de la esencia del concepto consiste en el control judicial de la legalidad desde lo que se va a considerar la norma suprema: la Constitución (...)⁸

⁶ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

⁷ Valadés, D.: *Problemas...*cit., p. 20-21.

⁸ Piva, G. y Pinto, T.: *Constitución...*cit., p. 43.

B. Estado Social de Derecho

Esta expresión, acuñada por las modernas Constituciones, emerge con el fin de establecer obligaciones a los órganos del Estado en respeto de los derechos humanos.

Al respecto, Luigi Ferrajoli, al referirse al garantismo constitucional, expresa:

*Esta dicotomía entre garantías liberales y garantías sociales positivas, y correlativamente entre los dos tipos de normas de derecho público -negativas y positivas- que las establezcan, me parece que expresa la diferencia entre estado liberal y estado socialista de manera más apropiada que otras distinciones elaboradas con ese fin (...)*⁹

Mientras que Mir Puig, por su parte, señala:

*(...) la fórmula Estado social y democrático de Derecho supone no sólo la tentativa de someter la actuación del Estado social –a la que no se quiere renunciar– a los límites formales del Estado de Derecho, sino también su orientación material hacia la democracia real. Se pretende, por esta vía, acoger una modalidad de Estado social –esto es, que tome partido efectivo en la vida social –al servicio de todos los ciudadanos. En cuanto social y democrático, tal Estado deberá crear las condiciones reales que favorezcan la vida del individuo, pero para garantizar el control por el mismo ciudadano de tales condiciones deberá ser, además un Estado democrático de Derecho (...)*¹⁰

Las disertaciones expuestas eran necesarias para entender el modelo de Estado de Venezuela, que tiene incidencia directa con el Derecho Procesal Penal instaurado y vigente; y, aunque el moderno garantismo o constitucionalismo entraña diferentes acepciones, no forma parte de estas líneas ahondar más de lo debido en ellas, sino conceptualizarlas sintéticamente, para entender la génesis del proceso penal venezolano y, por ende, el camino a seguir hacia la justicia restaurativa, pues un verdadero Derecho Penal democrático no sólo previene la transgresión de la norma, sino que la pena ya no es entendida como castigo, sino como una forma de servir a la sociedad bajo la promesa de reparar el daño infligido.

En pocas palabras, el proceso penal venezolano se caracteriza por ser un proceso acusatorio autóctono desprovisto de jurado y escabinado, no obstante, el modelo de Estado –acogido por el constituyente– Democrático y Social de Derecho y de Justicia (basado en el respeto del marco normativo y orientado por el principio de legalidad, revestido, a su vez, de un aspecto de prevención negativa, referida al respecto irrestricto de los derechos fundamentales de los administrados) cumple con una función de prevención integradora, en congruencia con los principios de proporcionalidad, culpabilidad, daño social causado y bienes jurídicos tutelados, entre otros.

De tal manera, el planteamiento del sistema así concebido no sólo sirve de garantía a los derechos de las mayorías, sino a las minorías y a todo ciudadano; siempre con respeto de los derechos y de la dignidad del imputado y/o acusado; y ofreciendo medidas alternas a la resolución de la controversia, así como la posibilidad de reinserción social.

IV. El cambio de paradigma y la justicia restaurativa

Precedentemente se ha dejado constancia del modelo de Estado, de los valores que propugna la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como del sistema acogido en el proceso penal, por lo que, a raíz de estos nuevos paradigmas, emerge el reconocimiento de los derechos tanto del imputado como de la víctima en condiciones de igualdad, que materializan indiscutiblemente, la aspiración y anhelo de una justicia que, sin dejar de lado el aforismo romano de Ulpiano, *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi* (la justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho), emerge, a decir de Luigi Ferrajoli,

⁹ Ferrajoli, L.: *Derecho...*cit., p. 861.

¹⁰ Mir, S.: *Función...*cit., p. 22.

como una contribución a la reflexión sobre las alternativas a esta crisis que sacude al mismo tiempo a la razón jurídica y al estado de derecho.¹¹

En este sentido, ha de añadirse que la justicia restaurativa es un concepto que se ha venido manejando desde hace tiempo, con una doctrina prolífica en su conceptualización y, aunque no corresponde al presente trabajo extenderse en sus orígenes ni en sus discusiones epistemológicas, resulta imperioso advertir que desde el punto de vista de la victimología, el término fue acuñado por el psicólogo americano Albert Eglash, quien, en 1958, elaboró el concepto de justicia restaurativa, partiendo de la idea de que esta era una técnica de rehabilitación por la cual se ayuda al infractor bajo supervisión apropiada a encontrar alguna manera de compensar a las personas que se han dañado.¹²

De esta definición se vislumbra que la reparación del daño causado era uno de los fines de que perseguía el Derecho Penal.

Entonces, desde dicha óptica, el reconocimiento de la víctima como sujeto de derecho es otro cambio de paradigma, al concedérsele dentro de la legislación una serie de facultades sin que ésta haya participado activamente dentro del procesal instaurado.

El caso venezolano representa un avance significativo en esta materia, pues el Código Orgánico Procesal Penal, en el Libro Primero, Título I, Capítulo III, titulado De las Alternativas a la Prosecución del Proceso, establece la posibilidad desde la fase preparatoria del proceso, de que el imputado no sólo deba ser impuesto de dichas medidas, sino que de manera voluntaria pueda hacer uso de ellas, siempre que concurren una serie de requisitos; y la víctima, a su vez, manifieste su consentimiento, esto por lo que respecta al procedimiento ordinario.

Ahora bien, por lo que respecta al procedimiento para el juzgamiento de delitos menos graves, estatuido en el Libro Tercero, Título II, el Código Orgánico Procesal Penal insiste nuevamente en las medidas alternativas a la resolución de conflictos, pero a través de un procedimiento mucho más expedito, con preeminencia de la finalidad de resarcir el daño a la víctima a través de una oferta de reparación que pudiera ser pecuniaria o la realización de un trabajo comunitario dependiendo de las habilidades y destrezas del imputado, cuyo cumplimiento es supervisado por los consejos comunales, quienes son, además, los que informan al tribunal municipal acerca del cumplimiento o no de las condiciones impuestas.

De tal manera, que la idea de reinserción está presente como una de las aspiraciones modernas del Derecho Penal acusatorio en Venezuela, aun cuando dicha finalidad no es digerida del todo ni por los operadores de justicia ni por el conglomerado social, formados bajo la visión imperialista romana punitiva, en la que se ve la pena como la única forma de restaurar a la sociedad el daño causado por la comisión de un ilícito.

Sin embargo, la transformación del sistema procesal venezolano, a pesar del tiempo de vigencia, tiene aún un reto difícil, mas no imposible, que consiste en derribar los paradigmas culturales de la pena y erigir un nuevo paradigma reparador en la comunidad organizada; y en atención, además, al fin mismo de la sanción penal, que es la reincorporación efectiva del infractor en la sociedad bajo las ideas de reeducación y reinserción.

En este sentido, el procedimiento para el juzgamiento de delitos menos graves debe ser aplicado a los justiciables cuya expectativa de pena no supere los ocho (8) años de pena corporal, después de un proceso desprovisto de retrases derivados de las formalidades innecesarias, donde se privilegién, además, los mecanismos de solución del conflicto (acuerdos reparatorios y suspensiones condicionales del proceso) y en absoluta libertad; entonces, el penado, de manera voluntaria, se acoge a la fórmula de suspensión condicional del proceso y salda la pena a través

¹¹ Ferrajoli, L.: Derecho...cit., p. 10

¹² <http://www.lajusticiarestaurativa.com>. Fecha de consulta 8/7/2020

de actividades comunitarias supervisadas por los respectivos Consejos Comunales, los cuales, como se expresó precedentemente, se ocuparán de presentar los informes de cumplimiento de esas actividades ante el respectivo Juez de la causa.

Es así como el Derecho se trasforma y se adecua a las nuevas realidades sociales, basado en la concepción de la transformación social que acoge la probidad y la decencia como bases de la sociedad, ya que la formación ética tiene una clara repercusión social, debido a que sin personalidad moral que oriente y rija nada se hace.

Partiendo de estas premisas, la Defensa Pública es autónoma y ofrece sus servicios de forma gratuita a los ciudadanos y ciudadanas que así lo requieran, sin ninguna distinción, basada en nuestros principios constitucionales, que definen la República Bolivariana de Venezuela como un *Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia* (...),¹³ interpretando al sujeto, más allá de la rigidez de la norma objetivizada en el contexto legal, desde la construcción del sujeto que requiere el *Hombre Nuevo*, evaluador de la práctica, para mejorarla y transformarla.

Este proceso de transformación está vinculado con la formación del Defensor Público y la Defensora Pública, en el establecimiento de sólidos fundamentos referidos a las áreas humanísticas, científicas y tecnológicas como bases; y, a su vez, se entrelaza con el fomento del respeto a la dignidad de las personas y la formación transversalizada por valores éticos de tolerancia, justicia, solidaridad, paz y respeto a los derechos humanos.

Los Defensores Públicos, como individuos que generan conocimiento a través de la práctica, vinculados al Poder Popular y demás formas de organización social, son quienes permiten enriquecer y enaltecer acciones que van en pro de la prevención del delito, el debido proceso y la tutela judicial efectiva, de la mano de las transformaciones socio-jurídicas del país.

Son muchos los retos que día a día emergen de las realidades sociales, la formación, a fin de enaltecer el ideario libertador, exige emprender el diseño de programas formativos sólidos que permitan el posicionamiento de la institución de la Defensa Pública como elemento catalizador en el círculo virtuoso de crecimiento personal y profesional.

La Defensa Pública, en una inmensa labor, no sólo adecuó su estructura a este nuevo proceso y creó los despachos respectivos, sino que ha llevado a cabo una labor tendiente a la ruptura del pensamiento punitivo impuesto por la cultura del conquistador, pues temas como el paradigma de la libertad durante el proceso y aún terminado éstos son de difícil comprensión no sólo para el ciudadano común, sino para los juristas formados en las universidades tradicionales.

De ahí el reto de transformar todo un proceso cultural. Dificultad grande por el conflicto de comprender y asumir la trascendencia del Paradigma de la Libertad durante el proceso; y más difícil aún resulta esta comprensión del Paradigma de la Libertad durante el cumplimiento de la pena; además de que la confianza o desconfianza que genera que sean las comunidades organizadas las que supervisarán el cumplimiento de las citadas penas que se ejecutan con servicios comunitarios, conforme a las capacidades y destrezas del penado.

Por lo expuesto anteriormente, tanto en las actividades académicas llevadas a cabo por la Escuela Nacional de la Defensa Pública, como en las actividades comunales, los Defensores Públicos visibilizan y explican esta forma de hacer justicia comunal y restaurativa, para contribuir en el cambio necesario de paradigma desde la idea misma del Derecho Penal.

V. Conclusiones

Históricamente el Derecho Penal ha desempeñado un papel importante, a objeto de garantizar la convivencia social y la seguridad jurídica, de ahí que la caracterización de la norma encierra un mandato imperativo para el Juez de hacerla cumplir; y para el administrado de cumplirla, so pena de una sanción que, a su vez, tiene por finalidad la realización de la justicia.

¹³ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Sin embargo, la epistemología garantista de la que hace gala el proceso penal venezolano es una exigencia para que en la *praxis* judicial se supere el esquema anacrónico de las penas corpóreas, pues, el fin último del Derecho es la justicia, en virtud que la venganza no es justa; de ahí que el Derecho Penal, en modo alguno, debe buscar saciar una sed de venganza, por el contrario, busca la reparación en justicia sobre el daño causado.

Pudiera parecer de difícil comprensión y hasta de aceptación este paradigma, sin embargo, es más que una necesidad mirar hacia el verdadero enfoque del Estado Democrático y Social, de Derecho y de Justicia en el que la reparación por el daño causado es la premisa, desplazando con razón, la intención de deformar el Derecho para convertirlo en el duro garrote sancionador de la sociedad.

La Defensa Pública, a través de los programas de formación, deberá continuar fortaleciendo el intercambio de ideas y saberes para, desde la institución, coadyuvar en el proceso interno de culturización democrática, en el que es necesario seguir fomentando, mediante el compromiso y la vocación de servicio, una visión de futuro cónsena con las realidades históricas del país; que favorezca la construcción de un nuevo pensamiento jurídico encaminado a abonar el camino para derribar la resistencia al cambio de paradigma de justicia punitiva a restaurativa.

VI. Fuentes de consulta

Bibliografía

- Borrego, Carmelo: *Nuevo proceso penal. Actos y nulidades procesales*. Livrosca. Venezuela. 1999.
- *El sistema ¿acusatorio? venezolano a sus 18 años de vigencia*. AB ediciones. Venezuela. 2017.
- Ferrajoli, Luigi: *Derecho y razón*. Editorial Trotta. 6º edición. España. 2004.
- Mir Puig, Santiago: *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Casa Editorial, S.A. 2º edición. España. 1982.
- Novoa M, Eduardo: *El Derecho como obstáculo al cambio social*. Siglo veintiuno editores. 8º edición. México. 1986.
- Piva, Gianni y Pinto, Trina: *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Jurisprudenciada y concordada*. Livrosca. Venezuela. 2003.
- Roxin, Claus: *Política criminal y sistema del Derecho Penal*. José Luis Depalma Editor. 2º edición. España. 2000.
- Valadés, Diego: *Problemas constitucionales del Estado de Derecho*. 2º edición. Editorial Astrea. Argentina. 2004.
- Zagrebelsky, Gustavo: *El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia*. Editorial Trotta. 8º edición. España. 2008.

Legislación Nacional

- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela
- Código Orgánico Procesal Penal

Fuentes electrónicas

- [http:// www.lajusticiarestaurativa.com](http://www.lajusticiarestaurativa.com). Fecha de consulta 8/7/2020

tiene cinco nuevas delegaciones



Encargadas de garantizar el derecho a la defensa pública en materia penal y el acceso a la justicia mediante la orientación, asesoría y representación jurídica en materia administrativa, fiscal, civil y penal de forma gratuita.

Control de la detención y medio de prueba

Alejandro Montaño Rodríguez*

RESUMEN: El poder persecutor y punitivo del Estado, tiene un constante cambio, gracias al análisis y resultados de sectores de la sociedad, como de organismos internacionales, que también van influenciado, en pos de un mayor reconocimiento y respeto de los derechos humanos; la reforma constitucional en este ámbito, es el primer parámetro nacional al que se debe de ajustar, tanto la norma, como la actividad administrativa y judicial de las autoridades pertenecientes a un país llamado no sólo a cambiar, sino a evolucionar. En el mundo del Derecho, que se rige por conceptos y términos, el empleo intencional o accidental de alguno de ellos puede llevar al conflicto entre la legalidad y la justicia, es necesario disminuir esta brecha en la medida que se someta al análisis riguroso, cada una de las etapas a que es sometida una persona a la que se le atribuya un hecho delictivo; más aún, cuando implica el derecho humano a la libertad, la cual depende, al menos en el actual sistema penal, de que se admita un dato de prueba, con los errores que se contienen en su concepción, junto con lo que propone en el presente, un medio de prueba.

SUMARIO: Introducción I. Delimitación del concepto dato de prueba. II. Practicidad del dato de prueba. III. Necesidad del medio de prueba. IV. Conclusiones. V. Fuentes de consulta.

Introducción

El objeto de este análisis, ha derivado de la observación práctica de cómo se han resuelto algunas de las peticiones de los Defensores Públicos Federales, en torno al ofrecimiento de medios de prueba en las audiencias donde se debate sobre el control de la detención, en tanto se ha negado la posibilidad, con base en lo que dispone el artículo 308 del Código Nacional de Procedimientos Penales, esto es, que sólo se admitirán a la defensa del investigado, datos de prueba, en ese sentido; no obstante que de emplearse un argumento apoyado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos e instrumentos internacionales, se podría lograr un criterio por parte del Juez de Control en turno, lo cierto es que no se trata de lograr una solución casuística, pues ello (la norma secundaria) da lugar precisamente a criterios contrarios, lo que se podría observar, incluso, en un mismo Centro de Justicia Penal Federal. Si los argumentos que se expondrán a continuación son sustanciales, sirven de base para lograr una reforma al artículo 261 y 308 de la codificación procesal en cita.

I. Delimitación del concepto dato de prueba

No es objeto de este análisis dar significados de lo que son el dato de prueba y el medio de prueba, ya que al respecto el Código Nacional de Procedimientos Penales ya no dice lo que debe entenderse por ello y respecto del segundo término, existe una amplia doctrina; sin embargo, sólo para acotar, el dato de prueba está definido como ... *la referencia al contenido de un determinado medio de convicción aún no desahogado...*; pero qué es una referencia¹, al caso se recurre a lo que indica la Real Academia Española, que dentro de sus múltiples acepciones, se

* Supervisor en materia de Defensa Penal del IFDP.

¹ <https://dle.rae.es/referencia?m=form>

puede encontrar que es concebida como una acción, narración o relación de algo, como concepto comparación, como noticia o información sobre algo o alguien, etcétera; al respecto el término no puede ser concebido de forma aislada, sino en función de la oración de cómo es utilizado, que en concreto, lo sería la parte siguiente del enunciado legal en cita, que lo es ...*al contenido...*, entonces, puede inferirse que una concepción adecuada del término referencia, puede significar primero a esa acción que se realiza cuando se cita el dato de prueba, esto es, como una acción, en cualquier caso, de la Fiscalía cuando solicita que se califique de legal la detención, constituyendo entonces un modo para hacer llegar al tribunal la información necesaria.

Pero también no puede dejar de advertirse coincidencia con la última acepción citada de la Real Academia, esto es, como noticia o información sobre algo o alguien. De lo que se trata aquí es de cómo entender, para emplear en el uso continuo de los operadores de justicia, el concepto de dato de prueba, al menos en un primer acercamiento, pues de ello depende la aplicación y las consecuencias que para los gobernados tienen los términos legales, que como se sabe, no es exclusivo del Derecho Penal, sino que permea todo el Derecho.

Si se parte entonces de que referencia al contenido podría ser la actividad consistente en dar información de alguien o algo; es esa información de alguien o algo que se contiene en el medio de convicción, lo que constituye el dato de prueba. Decap (2020) afirma que:

Las huellas, señales, trazos o vestigios que dicho sucedo dejó impregnados, impresos, incorporados como información directa o indirecta que proviene del suceso criminal, en algún soporte, deposito o registro, sea personal o material, que una vez identificado, requiere ser resguardado para ser incorporado al proceso, primero en términos de los datos de prueba, que las partes van incorporando a la carpeta de investigación, con la finalidad de hacerlas valer, en las audiencias preliminares ante el juez de control.

Continuando con lo dispuesto en el artículo 261 del Código Nacional de Procedimientos Penales se cuestiona entonces, como debe ser ese dato de prueba, acaso es cualquier información; cuando indica que ese dato ...es *la referencia al contenido de un determinado medio de convicción aún no desahogado ante el Órgano jurisdiccional, que se advierta idóneo y pertinente para establecer razonablemente la existencia de un hecho delictivo y la probable participación del imputado...* ¿esa idoneidad y pertenencia se refiere al dato o medio de convicción?; cuestión relevante para los efectos de valoración, que no propiamente interesan aquí, pero cabe hacer cita de un trabajo de investigación que aparece publicada en la Biblioteca Jurídica Virtual de la UNAM,² con el que no concuerdo, en tanto que establece que esa idoneidad y pertenencia se refieren al medio de convicción; la oposición parte debido al hecho de que la ubicación de esos conceptos, de lo que considera son requisitos; en la obra en cita, está redactada en similares términos, me refiero al artículo 250 del Código Modelo; ello es así porque de haberse querido que esos fueran requisitos de los medios de prueba, los habría establecido el legislador en el artículo 261, pero en su segundo párrafo, en tanto dice en qué consisten los medios de prueba, además de que incluso dedicó otro párrafo a lo que denomina prueba. Lo anterior constituyen interpretaciones que deben considerarse a nivel judicial, para el ejercicio de la práctica, y que hasta el momento sólo encuentran respuesta en el ámbito de la investigación. En realidad, se requiere de una explicación a la significación de la primera parte del artículo, no obstante exista opinión en contrario.³

² <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3393/4.pdf>; al referirse al Código Modelo, llamado igualmente Código Constitutivo fue auspiciado por esa Comisión de Tribunales de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos cuando aprobó, inicialmente, un proyecto el 10. de septiembre de 2008 y luego, con los estudios de los Jueces y Magistrados en las entidades federativas, el borrador núm. 33 el 16 de octubre de 2008 en Morelia, Michoacán. Aparece como dato de autoría, el Instituto de Investigaciones Jurídicas e Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 2013.

³ Nahuatl Javier, M.: "Diferencia...cit., p. 165.

Otro aspecto interesante es la forma en cómo se ha concebido el dato de prueba, dado que lo limita a que corresponda con la existencia del hecho delictivo y la probable participación del imputado. Decap afirma que:

Deja fuera de ésta definición todos aquellos antecedentes que obren en la carpeta de investigación y que digan relación no con el establecimiento razonable de la existencia del delito y la probable participación del imputado en el mismo, sino aquellos que digan relación con el establecimiento razonable de la inexistencia del delito o con causales de justificación o cualquier otra circunstancia que sirva al efecto de acreditar la poca probabilidad de participación del imputado en el hecho punible.

Surge otra interrogante, entonces si sólo se le admitirán al detenido datos de prueba, conforme al concepto dado por la disposición legal en análisis, ¿deben referirse esos datos, sólo a lo que informen sobre el hecho y la probable participación? Desde luego que ello no correspondería con la óptica de la defensa, ni con el principio de no autoincriminación, salvo que sea un caso hipotéticamente posible de una confesión, donde el detenido refiera mayor información sobre la comisión del hecho propio, pero ello no es objeto de este análisis.

Desde este punto de vista, pareciera entonces, que esta ley secundaria, en lo que respecta a las condiciones que dispone, a las que se tiene que sujetar el detenido, no le benefician en nada; una determinación (en sentido amplio) del Juez de Control, si observara literalmente estas disposiciones del modo conceptual en que están determinadas, a la petición de la defensa de ofrecer datos de prueba, tendría que decir: se admite a la defensa sólo aquellos datos de prueba que acrediten la realización del hecho y la probable participación. Tal situación, desde luego, resulta inadmisible, si lo que se pretende es obtener la libertad.

Para precisar toda vía aún más, es sabido que en ese momento del control de la detención no se va a debatir respecto de la existencia del hecho y la probable participación, que es a lo que se refiere el concepto de dato de prueba, por lo que entonces se observaría que no existe coincidencia entre lo que se debate, esto es, la detención y el contenido del dato de prueba que se pudiera ofrecer.

Entonces surge la pregunta ¿de qué forma la defensa podría aportar información para combatir la detención, ante el órgano jurisdiccional?

Una concepción interesante es el Anteproyecto de Dictamen de las Comisiones Unidas de Justicia y de Estudios Legislativos, por el que se expide el Código Nacional de Procedimientos Penales, en cuanto se aprecia que es dato de prueba: *información que emana del antecedente de investigación que se invoca para sustentar decisiones tomadas en audiencias preliminares al juicio.*⁴

II. Practicidad del dato de prueba

No obstante, lo advertido en la conceptualización del término de dato de prueba, ¿cuál sería el camino para que el defensor en un determinado caso, tuviera la posibilidad de ofrecer datos que le favorezcan a su representado, por la vía de la declaración de inconstitucionalidad de la norma, la inaplicación o la interpretación? También se tiene que tomar en cuenta lo dispuesto en el artículo 308 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Fuera del gran tema que supone la inconstitucionalidad, porque la norma del artículo 261 en cita lo consideró una omisión de carácter relativo, una deficiencia de la hipótesis normativa, en perjuicio del Instituto de la defensa, lo que interesa al abogado particular o público es, de inicio, lo práctico, pues al momento de debate se encuentra sujeto al ámbito de la temporalidad en que se va a resolver sobre la legalidad de la detención de su representado, desde luego que de ser desfavorable, contará con los respectivos recursos legales.

⁴ https://www.senado.gob.mx/comisiones/justicia/docs/Iniciativa/Anteproyecto_Dictamen_CNPP_211113.pdf

Luego si se opta por la inaplicación, conduciría a controvertir el dato de prueba en su significación, por parcialidad del artículo 261 y eliminaría entonces la parte que se ha citado del artículo 308. Pero si lo que se busca es propiamente que sí se ofrezcan datos en favor, previo una concepción diferente, pero que concuerde con los principios del sistema acusatorio, en concreto el de contradicción, lo que resta es llevar a cabo una interpretación sistemática y funcional,⁵ que dé respuesta y se corresponda con la naturaleza de los actos en los diversos momentos de proceso.

Si se superan las limitaciones gramaticales, como se indicó, ¿cuál es la razón de limitar a que sólo datos de prueba se le pueden recibir al detenido cuando se debate la legalidad de su detención? como en efecto lo refiere la última parte del primer párrafo del artículo 308 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Al respecto, el artículo 20 apartado B, en su fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, señala: ...*Se le recibirán los testigos y demás pruebas pertinentes que ofrezca...*, claramente no se advierte en este punto un factor para que en el control de la detención se limite este derecho fundamental, es cierto que también la norma constitucional no debe referirse a cada etapa procesal, señala los principios bajo los cuales se rige y la ley secundaria los precisa; pero no sólo es lo que establece la Constitución, aquí entra en función el parámetro de control de regularidad constitucional,⁶ la pregunta es ¿por qué? Detrás del problema planteado, hay que recordar que existe un acto privativo de la libertad, un derecho humano que está siendo afectado, el cual no debe verse incluso si fuera solo tal, de forma aislada de otros derechos, sino de forma interdependiente, de ahí también la importancia de seguir tratando estos temas constantemente.

Continuando, a modo de comparación, el artículo 168 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua,⁷ no hace referencia a que el detenido, pueda o no ofrecer datos o medios de prueba, pero en el artículo 124 del mismo ordenamiento, reitera los derechos que tiene constitucionalmente y no hace limitación alguna.

Del artículo 276 del Código Procesal Penal para el Estado De Oaxaca,⁸ de igual forma no se refiere a la recepción de datos o medios de prueba y aunque en el artículo 130 no refiere como derechos que puede ofrecer datos o medios de prueba.

III. Necesidad del medio de prueba

Surge otra interrogante, ¿es necesario el medio de prueba para la defensa, para que sirva de sustento al controvertir la legalidad de la detención del defendido? Desde luego, es un momento trascendental para el caso, ya que es muy común que si declara ilegal la detención, las pruebas obtenidas con violación a derechos humanos resultaran ilícitas.⁹

Suponer lo contrario sería admitir que al Juez de Control sólo le bastan datos de prueba para, incluso, no calificar de legal la detención, que en la práctica no resultaría del todo acorde con el principio de contradicción, sobre todo, si por las razones que haya tenido la Fiscalía, éticas o no, por carga excesiva de trabajo etcétera, no pudo en el caso concreto, realizar por ejemplo entrevistas a testigos del detenido que observaron una conducta no acorde con los protocolos

⁵ Tesis aislada, registro 2012416, CRITERIO O DIRECTIVA DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA FUNCIONAL.

⁶ Tesis aislada (Constitucional), registro 2010426, PARÁMETRO DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL. SE EXTIENDE A LA INTERPRETACIÓN DE LA NORMA NACIONAL O INTERNACIONAL.

⁷ Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, Publicado en el Periódico Oficial del Estado No. 63 del 9 de agosto del 2006.

⁸ Código publicado en la Cuarta Sección del Periódico Oficial del Estado de Oaxaca, el sábado 09 de septiembre de 2006.

⁹ Tesis aislada, número de registro 2016729, DETENCIÓN ILEGAL. LAS PRUEBAS ILÍCITAS DERIVADAS DE AQUÉLLA NO PUEDEN SERVIR DE BASE PARA EL LIBRAMIENTO DE LA ORDEN DE APREHENSIÓN NI EL DICTADO DEL AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO.

legales para la detención de una persona; desde luego, no es que los testigos supieren los pasos a seguir, ello será objeto de análisis de la Fiscalía y si como se ha planteado no fue posible, lo tendría que advertir el Juez de Control.

Otro motivo, que tiene que ver con la necesidad de admitir medios de prueba en este momento procesal, es que la labor del Juez tiene que ver con el cumplimiento irrestricto del marco constitucional y convencional,¹⁰ aunado al escrutinio judicial estricto de valoración probatoria;¹¹ la interrogante es ¿cómo el juzgador puede llevar a cabo dicha labor si al defendido o su defensor no se les admite la fuente de la información?

No admitir medios de prueba en el debate para el control de la detención, atenta contra del principio de contradicción, no se explica cómo el legislador limitó el derecho del detenido en el artículo 261 del código federal que se viene citando. Ciento es que el Juez debe aplicar la norma, en primer término, de forma literal, puede ser ello legal mas no justo sólo por estar así contemplado en la ley, el objeto de ésta debe ir más allá del caso individual, de otro modo no hay unidad ni igualdad en la aplicación del Derecho;¹² sin embargo, ya se sabe que no es la única forma de aplicar la norma, puede interpretarla o dejar incluso de aplicarla bajo un control difuso de la constitucionalidad y/o convencionalidad. El Juez es el encargado de cautelar que el derecho a ofrecer los datos y medios de prueba pueda ser ejercido sin restricciones que vulneren el derecho de defensa. En este punto, desde luego que se concuerda con la disposición de que se puede recurrir al amparo indirecto.¹³ Pero de lo que se trata es de que el propio Juez de Control, ya conociendo en la propia audiencia de la privación de la libertad, no debería, en su caso, negar la petición del defensor, porque otra de las razones es que no le deja al defendido, recursos ni en esta instancia ni en la segunda, por los siguientes motivos: en cuanto al recurso de revocación, según el artículo 465 del código federal en cita, considero que la admisión de medios de prueba no es una cuestión de mero trámite, ya que como se ha advertido, ello trascendería en lo sustancial del propio asunto (declaración de ilicitud de los datos o medios de prueba, por violación a derechos fundamentales) que afectarían posteriormente, en muchos casos, si se advierte o no que se haya realizado el hecho considerado como delito y la probable participación del detenido; aún más, si se considerara de mero trámite, tendría que haberse resuelto sin sustanciación, esto es, sin debate, al menos así, incluso, lo ha entendido un Tribunal Colegiado;¹⁴ luego, si analizamos el recurso de apelación, entonces al observar los supuestos en los que procede respecto de la actividad del Juez de Control conforme al artículo

¹⁰ Tesis aislada, número de registro 2006476, FLAGRANCIA. LA DETENCIÓN DE UNA PERSONA SIN EL CUMPLIMIENTO IRRESTRICHO DEL MARCO CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL QUE REGULA AQUELLA FIGURA, DEBE CONSIDERARSE ARBITRARIA.

¹¹ Tesis aislada, número de registro 2010505, PARTE INFORMATIVO POLICIAL. DEBE SER OBJETO DE REVISIÓN BAJO EL ESCRUTINIO JUDICIAL ESTRICHO DE VALORACIÓN PROBATORIA, ATENDIENDO A LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS QUE DERIVAN DE SU CONTENIDO.

¹² Jescheck, H.: *Tratado...* cit., p. 114.

¹³ Tesis aislada, registro 2020753, PRUEBAS EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO. CONTRA LOS ACTOS RELACIONADOS CON SU ADMISIÓN, INADMISIÓN, EXCLUSIÓN O NO EXCLUSIÓN, EN LAS ETAPAS DE INVESTIGACIÓN O INTERMEDIA, POR VIOLACIÓN A DERECHOS FUNDAMENTALES, PROcede POR EXCEPCIÓN EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO, SIEMPRE QUE PREVIAMENTE SE HAYAN SOMETIDO A DEBATE LOS ARGUMENTOS RELACIONADOS CON LA PRUEBA ILÍCITA Y AGOTADO, DE SER NECESARIO, EL PRINCIPIO DE DEFINITIVIDAD. Tesis aislada, registro 2017649, VIOLACIONES PROCESALES COMETIDAS PREVIO AL DICTADO DEL AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO (INADMISIÓN DE ME-DIOS DE PRUEBA). DEBEN RECLAMARSE, EN SU CASO, CUANDO SE IMPUGNE DICHO AUTO EN EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO.

¹⁴ Tesis aislada, registro 2011571, PRUEBAS EN LA AUDIENCIA DE VINCULACIÓN A PROCESO. EL PRONUNCIAMIENTO DEL JUEZ DE CONTROL DE NEGAR LA PETICIÓN DE EXCLUIR ALGUNOS DATOS DE AQUÉLLAS, PLANTEADA COMO INCIDENCIA POR LA DEFENSA DEL ACUSADO, NO ES UNA DETERMINACIÓN DE MERO TRÁMITE, POR LO QUE EN SU CONTRA ES IMPROCEDENTE EL RECURSO DE REVOCACIÓN, PREVISTO EN EL ARTÍCULO 465 DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES.

467 del código en comento, no se observa el supuesto que venimos comentando, ni siquiera en lo que se refiere a la fracción XI de dicho numeral, ya que el término exclusión se referiría a medios de prueba que ya existen en la carpeta de investigación, que en contraste con el supuesto que se viene manejando, se habla del ofrecimiento de medios de prueba, que pretende realizar el detenido a través de su defensa. Pero aún más, para tal supuesto, concretamente el artículo 308 debía haber permitido el ofrecimiento de medios de prueba porque no se puede excluir algo que no existe.

Desde el punto de vista de los derechos fundamentales y garantías constitucionales, con que debe contar cada persona, se puede advertir que el legislador, cuya misión en esta materia, debe conformar el Derecho para cumplir mejor con su misión de proteger a la sociedad,¹⁵ pero en el caso, si se piensa que el fin del legislador al no permitir un mayor campo de acción al detenido en lo concerniente a su defensa, protege mejor a la sociedad por considerar que es mejor tener a las personas detenidas interna para evitar mayores peligros a la víctima u ofendido, o que se atente contra los testigos, como se sabe, sólo tiene razón en ciertos hechos delictivos que revisten gravedad, mas no todos y, en ese sentido, la observación del legislador, respecto del problema a resolver a través de la norma, no observó buena técnica legislativa, que, por principio, requiere de un adecuado conocimiento lingüístico.¹⁶

Al no haberse previsto y dispuesto en el artículo 261 del Código Nacional de Procedimientos Penales que el detenido puede ofrecer medios de prueba para combatir la detención, ha atentado, en concreto, respecto de la garantía de defensa adecuada, porque no genera las condiciones legales para llevarla a cabo de forma más que efectiva, expedita, como también se encuentra señalado constitucionalmente, porque el defensor por fortuna cuenta con elementos argumentativos para contrarrestar los efectos de dicha disposición limitativa de igualdad de armas; se atenta también contra la seguridad jurídica, porque la autoridad jurisdiccional, en concreto el Juez de Control, con un alto grado de probabilidad emitirá una resolución sin observar el principio de contradicción que afecte la libertad del detenido, y ese legislador también ha afectado la garantía de debido proceso, en tanto que si bien ha establecido ciertas condiciones y requisitos para la intervención del derecho humano a la libertad, no menos cierto es que son insuficientes, deja al arbitrio de las autoridades rayando en lo subjetivo, la admisión o no de los medios de prueba del modo en que se ha venido exponiendo, aunado a que indudablemente tal forma de proceder adquiere unilateralidad en tanto deja abierto sólo el camino a una de las partes que es la Fiscalía para conceder sus peticiones; sin que obste a ello el que el Juez de Control se pretenda colocar en una posición de garante de los derechos subjetivos del detenido, porque esa no es su función, se volvería parcial y entonces se ve comprometido también desde ese punto de vista, la contradicción, como principio al que se sujetan las partes, como derecho de cada una de ellas y como principio metodológico.¹⁷

IV. Conclusiones

Se sugiere una reforma al concepto de dato de prueba previsto en el artículo 261 del Código Nacional de Procedimientos Penales, que incluya aquella información que se refiera sólo a la realización del hecho calificado como delito y la probable participación del imputado; y, también, la información que le beneficia, ello implica una norma con carácter más general que reflejaría en efecto la observación no sólo a los principios del sistema acusatorio, sino con los parámetros internacionales de derechos humanos.

¹⁵ Jescheck, H.: *op. cit.*, p. 18.

¹⁶ Sánchez Gómez E.: *Técnica...* cit., p.79.

¹⁷ Ferrajoli, L.: *Derecho...* cit., p.153.

Por otra parte, la inclusión en el artículo 308 no sólo de que el defendido ofrezca datos de prueba, sino medios de prueba para combatir una detención ilegal y en ese sentido no se limitaría su derecho a los registros, sino a todo lo concerniente a la investigación inicial realizada por la Fiscalía que se necesiten para su defensa.

En tales condiciones se realizaría el principio de progresividad de los derechos humanos.

V. Fuentes de consulta

Bibliografía

- Decap Fernández, Mauricio Alejandro: *La prueba de los hechos en el proceso penal acusatorio*. Gallardo ediciones, México, 2020.
- Ferrajoli, Luigi: *Derecho y razón*. Trota S.A. de C.V., España, 1995.
- Jescheck, Hans-Heirich: *Tratado de Derecho Penal*. Comares, 4^a ed., España, 1993.
- Nahuatt Javier, Margarita: “Diferencia entre datos de prueba, medias de prueba y prueba: en el nuevo proceso penal acusatorio”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*. México, 2014.
- Sanchez Gómez Elia: *Técnica lingüística*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, H. Congreso del Estado de Tamaulipas, 2012.

Legislación

- Código Nacional de Procedimientos Penales
- Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, Publicado en el Periódico Oficial del Estado No. 63 del 9 de agosto del 2006.
- Código Procesal Penal Para El Estado De Oaxaca, Código publicado en la Cuarta Sección del Periódico Oficial del Estado de Oaxaca, el sábado 09 de septiembre de 2006.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Criterios judiciales

- Tesis aislada, registro 2012416, CRITERIO O DIRECTIVA DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA FUNCIONAL.
- Tesis aislada (Constitucional), registro 2010426, PARÁMETRO DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL. SE EXTIENDE A LA INTERPRETACIÓN DE LA NORMA NACIONAL O INTERNACIONAL.
- Tesis aislada, número de registro 2016729, DETENCIÓN ILEGAL. LAS PRUEBAS ILÍCITAS DERIVADAS DE AQUÉLLA NO PUEDEN SERVIR DE BASE PARA EL LIBRAMIENTO DE LA ORDEN DE APREHENSIÓN NI EL DICTADO DEL AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO.
- Tesis aislada, registro 2020753, PRUEBAS EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO. CONTRA LOS ACTOS RELACIONADOS CON SU ADMISIÓN, INADMISIÓN, EXCLUSIÓN O NO EXCLUSIÓN, EN LAS ETAPAS DE INVESTIGACIÓN O INTERMEDIA, POR VIOLACIÓN A DERECHOS FUNDAMENTALES, PROCEDE POR EXCEPCIÓN EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO, SIEMPRE QUE PREVIAMENTE SE HAYAN SOMETIDO A DEBATE LOS ARGUMENTOS RELACIONADOS CON LA PRUEBA ILÍCITA Y AGOTADO, DE SER NECESARIO, EL PRINCIPIO DE DEFINITIVIDAD.

- Tesis aislada, registro 2017649, VIOLACIONES PROCESALES COMETIDAS PREVIO AL DICTADO DEL AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO (INADMISIÓN DE MEDIOS DE PRUEBA). DEBEN RECLAMARSE, EN SU CASO, CUANDO SE IMPUGNE DICHO AUTO EN EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO.
- Tesis aislada, registro 2011571, PRUEBAS EN LA AUDIENCIA DE VINCULACIÓN A PROCESO. EL PRONUNCIAMIENTO DEL JUEZ DE CONTROL DE NEGAR LA PETICIÓN DE EXCLUIR ALGUNOS DATOS DE AQUÉLLAS, PLANTEADA COMO INCIDENCIA POR LA DEFENSA DEL ACUSADO, NO ES UNA DETERMINACIÓN DE MERO TRÁMITE, POR LO QUE EN SU CONTRA ES IMPROCEDENTE EL RECURSO DE REVOCACIÓN, PREVISTO EN EL ARTÍCULO 465 DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES.
- Tesis aislada, número de registro 2006476, FLAGRANCIA. LA DETENCIÓN DE UNA PERSONA SIN EL CUMPLIMIENTO IRRESTRICTO DEL MARCO CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL QUE REGULA AQUELLA FIGURA, DEBE CONSIDERARSE ARBITRARIA.
- Tesis aislada, número de registro 2010505, PARTE INFORMATIVO POLICIAL. DEBE SER OBJETO DE REVISIÓN BAJO EL ESCRUTINIO JUDICIAL ESTRICTO DE VALORACIÓN PROBATORIA, ATENDIENDO A LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS QUE DERIVAN DE SU CONTENIDO.

Páginas de internet

- <https://dle.rae.es/referencia?m=form>
- <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3393/4.pdf>
- https://www.senado.gob.mx/comisiones/justicia/docs/Iniciativa/Anteproyecto_Dictamen_CNPP_211113.pdf
- <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3201/5.pdf>

El derecho a defender



Colocación de localizador electrónico (brazalete)

El Instituto ha llevado a cabo acciones jurídicas y gestiones para remover los obstáculos que dificultan o impiden la prestación del servicio a los usuarios, en particular a los grupos en situación de vulnerabilidad



Visita a la estación migratoria Las Agujas, en la Ciudad de México



Defensora pública federal realizando la primer televisita con un interno en el Centro Federal de Rehabilitación Psicosocial en Morelos, 10 de marzo de 2020



Instituto Federal de
Defensoría Pública

Consideraciones respecto a la vulneración del principio constitucional de igualdad en la tramitación del acuerdo reparatorio como salida alterna al procedimiento penal

Andrés Chávez Gutiérrez*

RESUMEN: La Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias prevé disposiciones que restringen, al imputado privado de su libertad, el acceso al acuerdo reparatorio como salida alterna al proceso penal, vulnerando con ello el principio constitucional de igualdad. Con el presente artículo se pretende hacer un análisis del acuerdo reparatorio, las restricciones que la norma impone y realizar una propuesta para superarla.

SUMARIO: Introducción. I. La justicia restaurativa. II. Mecanismos alternativos de solución de controversias. III. La restricción de acceso al acuerdo reparatorio al imputado privado de la libertad y la consecuente vulneración al principio constitucional de Igualdad. IV. Acciones para eliminar la restricción de acceso al acuerdo reparatorio. V. Fuentes de consulta.

Introducción

El sistema de justicia penal acusatorio, implementado en México a partir de la reforma constitucional de 2008, permitió transitar de un sistema inquisitorio mixto a uno de corte garantista, cuyo pilar fundamental es la protección a los derechos humanos, tanto de las víctimas como de los imputados. Los principios generales del proceso penal, establecidos en el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, son el esclarecimiento de los hechos, la protección del inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen.

Previo a establecer el punto central del presente trabajo, podemos señalar que un sistema de justicia penal puede clasificarse según sus prioridades en: retributivo, cuando su enfoque es primordialmente la *sanción* de la persona, por la conducta cometida que vulnera el orden social; rehabilitador, cuando el enfoque recae principalmente en el delincuente; y, restaurativo cuando su finalidad es la reparación del daño. Lo anterior no implica necesariamente que una de las clasificaciones deje de lado por completo, los otros aspectos, simplemente, que hace hincapié en uno de ellos.

El sistema penal mexicano arrastraba una serie de vicios y problemáticas que lo hacían caduco en muchos sentidos: lento, opaco, costoso, inflexible, etc.; además, se dejaba de lado a la víctima y se concentraba únicamente en la imposición de la sanción, es decir, tenía una visión netamente retributiva.

La inflexibilidad del sistema obligaba a resolver los conflictos penales prácticamente de una sola manera: el proceso penal en vía ordinaria, culminando con una sentencia. Sin embargo, esto era costoso en muchos sentidos; costoso para el Estado, pues representaba la aplicación de recursos humanos y materiales, al intervenir en controversias cuyo impacto en la sociedad no era significativo, muchas de las veces tratándose de intereses meramente particulares; pero también costoso para las víctimas e, incluso, para los propios responsables de los delitos, pues debían someterse a procedimientos interminables que, a fin de cuentas, no resolvía de fondo el problema penal. Se advertía entonces, la imperiosa necesidad de transitar hacia un sistema más flexible que satisficiera las necesidades de una sociedad que había evolucionado y que requería

* Supervisor en materia de Defensa Penal del IFDP.

un sistema de justicia que fuera más eficiente pero que, a la vez, cumpliera con las exigencias de respeto a los derechos humanos. En atención a las exigencias sociales que representaban los conflictos penales, el Estado Mexicano inició en 2008¹ la transición a un nuevo sistema de justicia; en el caso, hacia un sistema penal acusatorio de corte garantista.

I. La justicia restaurativa

El esclarecimiento de los hechos es uno de los principios básicos del sistema penal acusatorio, pues ante la comisión de un delito, la sociedad espera la restauración del equilibrio en la paz social; balance que se logra a través de la prevención, tanto individual, como general; de tal suerte que para la aplicación de una pena, en un estado de derecho, resulta indispensable, contar con la plena certeza de que ésta se está aplicando a quien verdaderamente tiene responsabilidad penal en el hecho delictivo, a fin de no sancionar injustamente a un inocente.

Sin embargo, las prioridades cambian en un delito cuya gravedad es mínima, pues el esclarecimiento de los hechos no resulta del todo trascendente, si es posible restaurar el orden social mediante la aplicación de soluciones distintas a la mera aplicación de la pena, tales como la simple reparación del daño causado; de igual forma, en cuanto a procurar que el culpable no quede impune, resulta de menor importancia también si éste (*el culpable*) es quien, por cuenta propia, asume las consecuencias directas de su conducta y repara el daño ocasionado.

De esta manera, el Estado puede evitar distraer su atención en los delitos menores y concentrarse sólo en aquellos que realmente laceran a la sociedad, pues al tener recursos limitados, resulta importante que éstos se usen de modo eficiente para lograr la finalidad última: restablecer el orden social. Por ello la necesidad de implementar de modo adecuado una justicia del orden restaurativo.

Un proceso restaurativo es todo aquel, en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participen conjuntamente de forma activa en la resolución de las cuestiones derivadas de aquél, por lo general con la intervención y ayuda de un facilitador.²

En la justicia restaurativa, el castigo se sustituye por la búsqueda de métodos de reparación del daño causado con participación activa de los intervenientes en el conflicto; por una parte, el delincuente acepta la responsabilidad en la conducta y, consiente del daño causado, tiene participación en su reparación; en contra parte, la participación de la víctima es fundamental, pues en este tipo de procesos es indispensable que la parte ofendida tenga interés en la resolución del conflicto mediante los métodos alternativos al proceso penal, de lo contrario, es imposible que ésta se materialice, debiendo entonces resolverse mediante un proceso de la justicia tradicional o retributiva.

La evolución del pensamiento jurídico llevó a entender que durante mucho tiempo se había dejado en el olvido a la víctima y la principal prioridad había sido siempre el delincuente y la retribución del daño mediante la imposición de alguna pena. Claro está que motivaciones pragmáticas influyeron en la modificación del pensamiento, pues el sistema tradicional implicaba siempre altos costos en lo económico al Estado, así como la saturación del sistema de justicia, principalmente con asuntos relativamente menores, lo que daba como consecuencia una capacidad de respuesta insatisfactoria para la sociedad. Por ello había que pensar en soluciones prácticas, en las que el Estado tuviera un papel menos protagónico, pero más eficiente.

¹ La reforma en materia de justicia penal fue publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 18 de junio de 2008.

² Manual sobre programas... cit., p.6.

II. Mecanismos alternativos de solución de controversias

Los procedimientos para materializar la justicia restaurativa, son aquellos medios alternativos de solución de controversias que en nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos fueron incluidos en el artículo 17.

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.

Los mecanismos alternativos de solución de controversias, como parte de la justicia alternativa son, entonces, pilares fundamentales del sistema de justicia penal acusatorio; son un medio de gestión de conflictos que coloca al dialogo como la base del proceso, favorece el restablecimiento de la paz social fracturada por el conflicto, reduce la respuesta estatal violenta y permite la participación protagónica de la sociedad civil.³

Este tipo de justicia pretende, en esencia, privilegiar la resolución del conflicto surgido al interior de la sociedad por encima del ejercicio de la aplicación del *ius puniendi* del Estado.

Sin embargo, es claro que los conflictos pueden surgir en cualquier ámbito de la sociedad, como el civil, administrativo, penal, etc.; y es en este último donde nos concentraremos para el desarrollo de nuestro trabajo.

Si bien la implementación de los mecanismos alternos en nuestro país se dio, como se dijo, con la reforma constitucional de 2008, existen antecedentes de ciertos procedimientos que preveían como obligación de los particulares el intentar la conciliación antes de promover su conflicto ante la autoridad judicial, y una de las primeras legislaciones que promulgó los mecanismos alternativos (antes de la reforma constitucional) fue el estado de Quintana Roo, que estableció en su Constitución estatal métodos alternativos de solución de conflictos y en junio de 1997 se promulgó la primera Ley de Justicia Alternativa en nuestro país.⁴

Con la implementación de los medios alternativos de solución de conflictos, el procedimiento penal (ordinario) deja de ser el único medio de acceso a la justicia y, aunque este cambio resultó radical en su momento -como todo el sistema de justicia acusatorio-, la implementación ha sido difícil, principalmente para una gran parte de los operadores del sistema, tales como abogados postulantes que pueden resistirse a adoptar instituciones novedosas; pero también para la sociedad, que está acostumbrada a que el Estado resolviera su conflicto y que el único fin del proceso penal era la prisión.

Debemos de admitir que, siempre habrá casos que por su gravedad no podrán ser tratados por los mecanismos alternativos, lo que se pretende con estas salidas alternas es que se atiendan las necesidades específicas del conflicto; que la víctima obtenga más rápido la reparación del daño al que tiene derecho, que sea escuchada en sus intereses y necesidades; y, en lo que atañe al imputado, la viabilidad de adecuar su conducta al orden social pues, al lograr que introyecte las consecuencias de su conducta, asuma su responsabilidad y repare el bien afectado, evitándose también la posibilidad del contagio criminal que representaría la cárcel.

Pero más aún, se tiene un efecto sistémico, pues las consecuencias de una condena de prisión son repercusiones en cadena, ya que se afecta de manera directa al responsable de la conducta, pero de manera indirecta a la familia, generándole un estigma social. Con la adopción de las salidas alternas, se busca evitar todas estas consecuencias pues el objetivo principal de éstas, como se ha dicho, es resolver el conflicto de fondo y, en consecuencia, provocar ahorro de recursos y el descongestionamiento del sistema.

³ Díaz Madrigal, I.N.: *La mediación...* cit., p. 25.

⁴ Aldeca Kuk, A.F.: "Los mecanismos..." cit., p. 78.

La Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de diciembre de 2014, en su artículo primero, párrafo segundo, establece lo siguiente:

Los mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal tienen como finalidad propiciar, a través del diálogo, la solución de las controversias que surjan entre miembros de la sociedad con motivo de la denuncia o querella referidos a un hecho delictivo, mediante procedimientos basados en la oralidad, la economía procesal y la confidencialidad.

Los medios alternativos de solución de conflictos, como género, contempla las técnicas de la mediación, conciliación y la junta restaurativa.

Todas ellas tienen con denominador común que se trata de mecanismos voluntarios, por lo que su celebración es posible, sí y solo sí, todos los involucrados en el conflicto penal se encuentran de acuerdo en someterse al mismo; en todos ellos, se busca que la intervención sea en pleno ejercicio de su autonomía, por lo que deberá garantizarse que se encuentren libres de cualquier circunstancia que pueda influirlos para la adopción de una posible solución en un sentido u otro; y, por último, en todas se busca la construcción y proposición de soluciones con el fin de alcanzar la solución.

Ahora bien, lo que diferencia a cada uno de estos medios, es: por lo que hace a la mediación, los involucrados son los que directamente buscan, construyen y proponen opciones de solución a la controversia con el fin de alcanzar la solución, y el facilitador tiene una actividad pasiva, ya que únicamente propicia la comunicación y el entendimiento mutuo entre los intervenientes.

Por su parte, en la conciliación, el facilitador tiene una intervención más activa, pues puede proponer directamente alternativas de solución. Por último, en la junta restaurativa, existe pluralidad de intervenientes, en las que incluso, por la naturaleza del caso, pueden intervenir miembros de la comunidad afectada, a fin de que se busque una solución al conflicto y, además, la reintegración tanto de la víctima u ofendido y del imputado a la sociedad.

Es entonces, a través de alguno de los mecanismos a que hemos hecho referencia por los cuales se logrará materializar los fines de la justicia restaurativa.

Por otra parte, es importante señalar que la Ley de Mecanismos Alternos establece los principios que habrán de observarse en la tramitación de los mismos, a saber: voluntariedad, información, confidencialidad, flexibilidad, simplicidad, imparcialidad, **equidad** y honestidad.

III. La restricción de acceso al acuerdo reparatorio al imputado privado de la libertad y la consecuente vulneración al principio constitucional de igualdad

Es clara la importancia de la materialización de todos y cada uno de los principios establecidos en la norma para la implementación de los mecanismos alternativos, pero ¿qué pasa cuando la propia norma vulnera alguno de ellos?

Este punto es precisamente el que nos lleva al cuestionamiento inicial del presente artículo pues, en nuestro concepto y con base en la experiencia práctica en el ejercicio de la defensa pública en los procesos penales federales, si bien el diseño legislativo de los acuerdos reparatorios es una herramienta jurídica de suma importancia para lograr los objetivos de la justicia restaurativa, lo cierto es que en su aplicación, presenta aspectos que rompen con el principio de igualdad, al no permitir que todas las personas accedan a este mecanismo por igual.

El Código Nacional de Procedimientos Penales prevé los mecanismos específicos de la justicia restaurativa aplicables en la materia penal, y estos son el acuerdo reparatorio y la suspensión condicional del proceso. Nos enfocaremos pues, por lo que hace al presente trabajo, única y exclusivamente al primero de ellos: el acuerdo reparatorio.

En su artículo 186, el Código Nacional de Procedimientos Penales establece que los acuerdos reparatorios son aquéllos celebrados entre la víctima u ofendido y el imputado que, una vez aprobados por el Ministerio Público o el Juez de Control y cumplidos en sus términos, tienen como efecto la extinción de la acción penal. En esencia, tiene como finalidad que la persona que, de una u otra forma, ha vulnerado un bien jurídico tutelado por la norma, repare el daño causado directamente a la víctima, de modo tal que esta última quede satisfecha en sus intereses. De ser posible, se pretende que las cosas queden en el estado en que se encontraban hasta antes del daño causado, por lo que la intervención del Estado, en estos casos, no tiene como finalidad imponer una sanción, pues en sí misma, ésta en nada contribuye al bienestar de la víctima, por tanto, su intervención debe limitarse a verificar que el proceso para la obtención de la reparación del daño se realice en circunstancias equitativas para ambas partes.

La hipótesis en la que pretendemos enfocarnos en estas líneas se presenta, desafortunadamente no con poca frecuencia y, desde nuestro punto de vista, vulnera el principio de igualdad previsto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; nos referimos a lo establecido en el artículo 20 de la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias.

Artículo 20. Mecanismo alternativo en detención por flagrancia o medida cautelar.

En los casos en los que el imputado se encuentre detenido por flagrancia el Ministerio Público podrá disponer la libertad del imputado durante la investigación en términos del artículo 140 del Código Nacional de Procedimientos Penales, a efecto de que participe en el mecanismo alternativo.

En los casos en los que al imputado se le haya impuesto la medida cautelar de prisión preventiva, o alguna otra que implique privación de su libertad, se estará a lo dispuesto en el artículo 161 del Código Nacional de Procedimientos Penales, a fin de que se modifique la medida cautelar y esté en posibilidad de participar en el Mecanismo Alternativo.

¿En qué se traduce esta hipótesis?

Desde nuestro punto de vista, se traduce en una vulneración al principio de igualdad pues, en tratándose de procesos penales en los que se ha impuesto la medida cautelar de prisión preventiva justificada, se condiciona la posibilidad del imputado de acceder a la celebración del acuerdo reparatorio, a que obtenga su libertad.

Entendemos, por su puesto, que la *ratio essendi* de la norma es procurar una negociación en ámbitos de equidad, evitando un proceso de negociación en el que la víctima u ofendido se encuentre en libertad y el imputado privado de su libertad, pues esta última circunstancia podría ser utilizada como medio de presión a fin de que acceda a condiciones notoriamente desfavorables.

Entendemos también que la lógica de la hipótesis pretende que las partes involucradas (víctima e imputado) puedan intervenir en los procesos de negociación para la reparación del daño partiendo del principio de equidad.

En nuestra concepción, la propia norma establece criterios que podrían considerarse discriminatorios al condicionar el acceso a los mecanismos de solución alternos de controversia en materia penal a las personas que materialmente gozan de libertad; negándoles esta oportunidad a las personas que fueron sometidas a una medida cautelar de prisión preventiva.

El artículo 20 de la Ley de Mecanismos Alternos establece que, para el caso del imputado que se encuentre en prisión preventiva justificada, deberá previamente tramitar una revisión de medida cautelar en los términos establecidos por el artículo 161 del Código Nacional

de Procedimientos Penales a fin de obtener su libertad; sin embargo, la experiencia nos ha mostrado la problemática que se presenta cuando no se actualizan las condiciones para la variación o sustitución de la prisión preventiva justificada.

No debemos olvidar que las medidas cautelares tienen tres objetivos prioritarios: asegurar la presencia del imputado en el proceso, garantizar el desarrollo de la investigación y garantizar la seguridad de la víctima, testigos o comunidad.

Por esta razón, al momento de la imposición de las medidas cautelares, el órgano jurisdiccional debe realizar un ejercicio de ponderación entre los principios de presunción de inocencia, proporcionalidad y mínima intervención, a fin de imponer la medida cautelar que resulte más idónea para garantizar y respetar tanto los derechos del imputado como de la víctima y sociedad, los cuales, por lógica, se encuentran en colisión.

Si bien la prisión preventiva dejó de ser la regla general para aplicarse de manera excepcional, existen casos en los que resulta prácticamente imposible -o por lo menos jurídicamente inviable- la imposición de medidas cautelares que permitan al imputado conservar su libertad; al efecto, el capítulo IV del Código Nacional de Procedimientos Penales establece una serie de parámetros a considerar por parte del Juez de Control en la etapa de imposición de medidas cautelares; éste debe realizar una valoración de los datos de prueba que las partes le proporcionen, a fin de decidir si se encuentran garantizadas las tres finalidades de las medidas: la presencia del imputado al proceso, la seguridad de las demás partes, y la no obstaculización de la investigación; de no ser así, deberá entonces imponer la prisión preventiva.

En consecuencia, es precisamente el diseño de la norma la que provoca la vulneración al principio constitucional de igualdad pues, si bien pretende establecer condiciones de equidad entre las partes, lo cierto es que deja de lado a aquellos imputados a quienes no les es posible acceder a su libertad por medio de una sustitución de medida cautelar.

Se explica: los delitos en los que son procedentes los acuerdos reparatorios, son únicamente aquellos que se persiguen por querella, requisito equivalente de parte ofendida o que admiten el perdón de la víctima o el ofendido, delitos culposos, o delitos patrimoniales cometidos sin violencia sobre las personas; es decir, procede únicamente en aquellos delitos de bajo impacto.

No obstante, los parámetros que se siguen para la imposición de las medidas cautelares, no encuentran necesariamente relación directa con los delitos en los que resulta procedente el acuerdo reparatorio, es decir, en los delitos de bajo impacto, no es aplicable de manera automática la libertad al momento de imponerse las medidas cautelares, por lo que hay casos en los que, aun tratándose de una *gravedad menor* se impone prisión preventiva y, en otros casos en los que se advierte una *mayor gravedad* se imponen diversas medidas que le permiten al imputado conservar su libertad.

Para clarificar nuestra postura nos enfocaremos en aquellos delitos relacionados con la Ley Federal para Prevenir y Sancionar los Delitos Cometidos en Materia de Hidrocarburos.

Esta norma fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 12 de enero de 2016, creada como respuesta al creciente índice delincuencial en materia de hidrocarburos, siendo ésta la forma en que el legislativo dotó de herramientas jurídicas a las autoridades para combatir este tipo de delitos que tanto daño hacen a la economía del país.

Una de las características principales que distinguió a esta ley desde su publicación, es la previsión de penas altas para el catálogo de delitos que la misma contempla; y es que una práctica común de nuestros legisladores, es pretender atacar todo tipo de fenómeno delincuencial mediante la aplicación de penas severas, bajo la lógica de que este tipo de medidas intimidará, por sí sola a la delincuencia; sin embargo, ha quedado claro a lo largo de nuestra historia reciente, que no existe nada más lejos de la realidad que la aplicación de dichas medidas, disminuye los altos niveles delincuenciales que se experimentan en nuestro país.

No obstante, las penas, ya de por sí altas que se previeron en la ley de delitos en materia de hidrocarburos desde su publicación, éstas se han ido endureciendo constantemente; al punto, que el 12 de abril de 2019 se reformó el párrafo segundo del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para establecer la prisión preventiva oficiosa, como medida cautelar aplicable para este tipo de delitos.⁵

La hipótesis delictiva de esta norma que con mayor frecuencia se presenta, es la posesión ilícita de petrolífero (gasolina o diésel), debido a que en nuestro país en los últimos años ha crecido exponencialmente el fenómeno conocido como *huachicol*, que no es otra cosa que el robo de combustible y su comercialización. Se trata, por supuesto, de un fenómeno social, en donde el enfoque para su combate escapa del ámbito estrictamente penal.

Sin embargo, es precisamente en estos delitos de posesión ilícita de petrolífero, que con mayor frecuencia se presentan los casos en que resulta difícil para el sistema penal hacer una ponderación entre permitir al imputado llevar su proceso en libertad y satisfacer las finalidades de las medidas cautelares. Y es que, precisamente las características que se presentan en este delito en particular, es lo que hace que se presente este fenómeno en el que nos enfocamos: se trata de un delito que prevé penas sumamente altas, incluso para las hipótesis de menor gravedad.

El artículo 9º de la ley de delitos de hidrocarburos, (que prevé diversas hipótesis delictivas, una de las cuales es la posesión –simple, podríamos denominarla– de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos) prevé penas que van desde los 4 hasta los 17 años de prisión, dependiendo de la cantidad de que se trate, es decir, la pena mínima por la comisión de este delito es de 4 años. Por lo que podríamos poner un ejemplo en el que se actualice la posesión ilícita de un litro de gasolina, la pena mínima, por ridículo que parezca, sería de 4 años de prisión.

La posible pena a imponer, es uno de los supuestos que deben de tomarse en consideración por el Órgano jurisdiccional al momento de decidir sobre la imposición de la medida cautelar, tal como lo establece el artículo 168 del Código Nacional de Procedimientos Penales:

Artículo 168. Peligro de sustracción del imputado

Para decidir si está garantizada o no la comparecencia del imputado en el proceso, el Juez de control tomará en cuenta, especialmente, las siguientes circunstancias:

...

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; ...

De modo tal que las posibles penas a imponer, siempre serán un factor a considerar al momento de imponer las medidas cautelares; de ahí que, si la misma norma prevé una pena alta, ésta será un factor que impactará de forma negativa al imputado en la posibilidad de llevar un proceso penal en libertad, lo que en automático se traduce en la posibilidad también, de resolverlo positivamente mediante un acuerdo reparatorio. No se pasa por alto la jurisprudencia por reiteración, con número de registro 2018459, que ha establecido que el máximo de la pena, como único criterio para la imposición de la presión preventiva vulnera el principio de presunción de inocencia en su vertiente de trato procesal; sin embargo, no deja de ser un factor de peso que los Jueces consideran al momento de tomar su decisión; por lo que, de ser el caso, que se actualice alguna otra de las hipótesis previstas por los artículos 168, 169 y 170 del Código Nacional de Procedimientos Penales, relativo a los que puede considerarse como un peligro para garantizar las finalidades de las medidas cautelares, definitivamente la balanza puede inclinarse en contra del imputado en este aspecto.

⁵ El propio constituyente permanente mandató que, en el plazo de 90 días, debía armonizarse el Código Nacional de Procedimientos Penales a efecto de establecer las hipótesis de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Hidrocarburos que serían merecedoras de la prisión preventiva oficiosa, lo que, a la fecha, no se ha cumplido; por tanto, existe un vacío legal al respecto.

Es necesario enfatizar que, todas las hipótesis previstas por el artículo 9 de la ley de referencia, no dejan de ser delitos patrimoniales, por lo que, de haberse cometido sin violencia (pues en nuestra hipótesis se trata de una –simple– posesión), resultaría procedente la aplicación del acuerdo reparatorio. Empero, no resulta del todo congruente, el hecho de que el delito, por una parte, prevea penas tan altas, y por otra la posibilidad de resolver el asunto mediante un mecanismo alterno.

Por lo que, no obstante se trate de un delito de contenido patrimonial, cometido sin violencia sobre las personas, el imputado, al encontrarse privado de su libertad, no podría acceder a un acuerdo reparatorio, sin antes obtener su libertad a través de una revisión de la medida cautelar; sin embargo, el propio Código Nacional de Procedimientos Penales impide una sustitución de la medida, si no existe un cambio objetivo en las circunstancias⁶ que llevaron al Juez a imponerla.

En consecuencia, al actualizarse este supuesto en el que el imputado se encuentre en prisión preventiva como consecuencia de la medida cautelar, se le estaría privando de la posibilidad de acceder a un acuerdo reparatorio como forma alternativa de solucionar el proceso penal, aun siendo éste procedimiento; con lo que consideramos que se vulnera de esta forma el principio constitucional de igualdad, pues de facto, se trata de forma diferenciada, a aquel imputado que goza de libertad (por habérsele impuesto una medida cautelar sin restricción en su libertad personal al haber satisfecho los requisitos previstos en los artículos 168, 169 y 170 antes citados) y aquél al que se le impuso prisión preventiva justificada.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce, en su artículo 1°, el derecho humano a la igualdad y no discriminación.

En sentido análogo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece:

Artículo 24.- Igualdad ante la Ley

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Por tanto, restringir el acceso al acuerdo reparatorio a las personas que se encuentren en libertad, en nuestro concepto, rompe con el principio constitucional y convencional de igualdad, pues encontrarse bajo una medida cautelar restrictiva de libertad, como la prisión preventiva justificada, no debería ser, *per se*, impedimento para solucionar su proceso mediante una salida alterna.

IV. Acciones para eliminar la restricción de acceso al acuerdo reparatorio

La propia norma establece mecanismos de los que se puede hacer uso para otorgarle al imputado privado de la libertad la oportunidad de acceder a un acuerdo reparatorio en condiciones de plena igualdad con aquél que goza de libertad.

En primer lugar, todo imputado cuenta con el derecho fundamental e irrenunciable a contar con un defensor (público o privado) quien, como perito en Derecho, se encuentra obligado a realizar todas aquellas acciones de defensa técnica a favor de su representado; y, en este aspecto, no puede limitarse su función a realizar actividades encaminadas a demostrar la *inocencia* del imputado (que en ocasiones es inexistente, pues como abogado se debe ser objetivo en entender la culpabilidad o inocencia del representado), sino que debe ser mucho más amplia y, por tanto, deberá realizar cualquier tipo de acción que favorezca el interés de aquel, por ejemplo, precisamente apegarse a los mecanismos alternos de solución de controversias.

El Código Nacional de Procedimientos Penales establece, en el artículo 117, fracción X, que es obligación del defensor:

Promover a favor del imputado la aplicación de mecanismos alternativos de solución de controversias o formas anticipadas de terminación del proceso penal, de conformidad con las disposiciones aplicables; ...

⁶ La voluntad de las partes de someterse a la tramitación de un acuerdo reparatorio no puede considerarse un cambio en las condiciones objetivas para la sustitución de la medida cautelar.

Sin embargo, la palabra *promover*, no debe entenderse en un aspecto limitativo, es decir, no basta que el abogado solicite la tramitación del acuerdo reparatorio ante la autoridad (agente del Ministerio Público o Juez, dependiendo del momento procesal), sino que, en nuestro concepto, debería implicar realizar una intervención mucho más activa en la salida alterna.

No pasa desapercibido que la ley de mecanismos alternos establece que la intervención en las sesiones para lograr el mecanismo alterno de solución de controversias, participarán directamente los involucrados (en el caso, víctima e imputado) sin que puedan intervenir abogados o agentes del ministerio público. Por lo que es claro que un centro de reclusión no es un lugar propicio para la celebración de sesiones de negociación del acuerdo reparatorio. Sin embargo, se considera que bien podrían realizarse sesiones preliminares en las que participe el defensor del imputado, sólo para establecer las bases del acuerdo, y las negociaciones finales o concretas, pudieran celebrarse en instalaciones más propicias, tal como en los Centros de Justicia, pues éstos cuentan con instalaciones y recursos suficientes para garantizar la seguridad y condiciones necesarias para tal efecto.

Este señalamiento se realiza porque la ley de mecanismos alternos limita la intervención del defensor, pues señala en su artículo 19 que las sesiones se realizarán únicamente con la presencia de los intervenientes y, en su caso, de auxiliares y expertos, a petición de las partes. Los intervenientes podrán recibir orientación jurídica. Para tal efecto, cuando ambos intervenientes cuenten con abogado, éstos podrán presenciar las sesiones, sin embargo, no podrán intervenir durante las mismas.

En nuestro concepto, la intervención del defensor no debería limitarse en los términos que se encuentra actualmente y, por tanto, debería modificarse lo relativo a la tramitación de las sesiones, ya sea de mediación, conciliación o juntas restaurativas, para dejar abierta la posibilidad de que, en preparación de las sesiones, pudiera tener intervención el abogado defensor.

En segundo lugar, la figura del Juez de Control, quien es por naturaleza, el garante del respeto a los derechos humanos, tanto de la víctima como del imputado, por tanto, éste debe ser el segundo de los mecanismos que debe hacer uso la norma para posibilitar la tramitación del acuerdo reparatorio, aún a las personas privadas de su libertad, pues es el propio Órgano Jurisdiccional quien tiene la facultad de verificar que el acuerdo reparatorio se haya realizado en equidad, de modo tal que las condiciones establecidas en aquél, no resulten notoriamente desproporcionadas, tal como lo marca el artículo 190, párrafo segundo.

Artículo 190.

...

Previo a la aprobación del acuerdo reparatorio, el Juez de control o el Ministerio Público verificarán que las obligaciones que se contraen no resulten notoriamente desproporcionadas y que los intervenientes estuvieron en condiciones de igualdad para negociar y que no hayan actuado bajo condiciones de intimidación, amenaza o coacción.

Pero independientemente de esta hipótesis ya existente en el Código, es posible que el Juez de Control tenga un papel de facilitador pasivo, es decir, aun cuando debe tener un papel totalmente ajeno y sin ningún interés en particular en la resolución en uno u otro sentido del asunto, si puede generar las condiciones propicias para celebrar las sesiones de mediación, pues para ello cuenta con los recursos humanos y materiales.

¿A qué nos referimos con esto? En términos generales, a que el Juez de Control tiene la potestad de ordenar el traslado del imputado, del centro de reclusión en que se encuentre cumpliendo la medida cautelar, a un diverso lugar, que cuente con condiciones propicias para la celebración de las sesiones; y es el caso que, el traslado debe ser, obviamente, a un lugar que cumpla con las condiciones mínimas de seguridad para todos los intervenientes, así como para el resguardo del imputado, tal como lo puede ser el propio Centro de Justicia. En este lugar, es

possible encontrar condiciones tanto de seguridad como de neutralidad para lograr los fines de las sesiones previstas por la ley de mecanismos alternos.

A fin de concretar nuestras consideraciones, podemos señalar que existe la necesidad de modificar la ley de mecanismos alternos, e incluir un artículo que permita la tramitación del acuerdo reparatorio, incluso, cuando el imputado se encuentre privado de su libertad; una propuesta de redacción podría ser, la siguiente:

En los casos en que el imputado se encuentre privado de su libertad, como consecuencia de la imposición de una medida cautelar y, luego de haber realizado el procedimiento de solicitud de revisión de aquélla, en los términos establecidos por el párrafo segundo del artículo 20 de esta ley, sin que se le hubiere concedido la libertad, se podrá llevar a cabo la tramitación del mecanismo alterno de solución de controversias, de la siguiente manera:

- a) *Se celebrarán sesiones previas entre la víctima u ofendido, el defensor del imputado y el facilitador;*
- b) *El defensor del imputado, previa entrevista con su defendido en el lugar en que se encuentre interno, podrá proponer las opciones de solución a la controversia.*
- c) *En caso de que las partes logren llegar a un acuerdo preliminar, el facilitador levantará el acta de la sesión, misma que deberá ser firmada para los intervenientes y servirá de base para la subsecuente sesión.*
- d) *A fin de realizar una subsecuente sesión, en la que se encuentre presente el imputado, el Juez de Control ordenará el traslado de aquél a las instalaciones del Centro de Justicia en el que, en un lugar acondicionado para la celebración de esta sesión, intervendrán las partes a fin de, en su caso, concretar el acuerdo.*
- e) *De lograrse el acuerdo, se solicitará la audiencia prevista en el artículo 190 del Código Nacional de Procedimientos Penales ante el Juez de Control; o, en su defecto, se continuará con el trámite del procedimiento.*

De tal suerte que, es posible sostener que con las herramientas jurídicas ya existentes en el ordenamiento jurídico vigente, y con mínimas adecuaciones a la norma, es posible verificar un acuerdo reparatorio, inclusive con un imputado que se encuentre en restricción de su libertad; para ello, el defensor debe tomar un papel preponderante ya que será éste, quien deberá celebrar las negociaciones en pleno ejercicio de la defensa técnica, además del Órgano Jurisdiccional quien deberá verificar que el acuerdo no establezca condiciones notoriamente desproporcionadas, ocasionadas por la circunstancia de la prisión preventiva del imputado.

V. Fuentes de consulta

- Aldecua Kuk, Ariel Francisco: *Los mecanismos alternativos de solución de controversias como una salida alterna y cómo estos han contribuido al buen resultado que ha tenido el nuevo sistema de justicia penal acusatorio en el Estado de Yucatán.* Reforma Penal 2008-2016. El sistema Penal Acusatorio en México. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México, 2016.
- Díaz Madrigal, Ivonne Nohemi: *La mediación en el sistema de justicia penal: justicia restaurativa en México y España.* Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2013.
- *Manual sobre programas de justicia restaurativa.* Organización de las Naciones Unidas. Nueva York, 2006.



Instituto Federal de
Defensoría Pública



DEFENSATEL

800 2242426

Asesoría jurídica y
defensa penal gratuita

La rigurosidad científica de las revisiones forenses de dictámenes periciales

Teresa Cortés Hidalgo*

Adriana Reyes Flores**

Rafael Ramírez Ramírez***

RESUMEN: Las revisiones forenses han adquirido gran relevancia en el sistema penal acusatorio, como un medio de prueba para controvertir los peritajes iniciales. Son denominados de distintas maneras, como contrainforme, contraperitaje (precisamente porque están en contra de los dictámenes emitidos) o bien, opiniones técnicas, meta-peritajes, entre otros nombres. Su objetivo primordial es evidenciar aquellos desaciertos de la dictaminación inicial o previa. Sin embargo, no se advierte la existencia de lineamientos que los regulen o elementos básicos exigibles para su emisión. Es por ello que en este texto se pretende analizar las condiciones en que se emiten en este momento, y sugerir aspectos básicos que es necesario contemplen para elevar su validez probatoria; y finalizamos con las revisiones forenses en materia de psicología forense. En conclusión, las revisiones forenses o meta-peritajes son una labor que al ser incipiente su usanza requiere mayor regulación científica y legal para incrementar su calidad científica y su utilidad como medio de prueba para la defensa pública.

SUMARIO: Introducción. I. Denominación como revisión forense. II. ¿Qué es una revisión forense? III. Diferencias entre un dictamen pericial y una revisión forense. IV. Acreditación de las y los forenses. V. Revisión de las técnicas forenses empleadas cotidianamente. VI. Objetividad de la revisión forense. VII. Elementos básicos de la revisión forense. VIII. Análisis de forma y de contenido en la revisión forense. IX. Métodos y metodología de la revisión forense. X. Revisiones forenses en psicología. XI. Conclusiones. XII. Fuentes de consulta.

Introducción

Las ciencias forenses permiten la inclusión de conocimientos científicos y técnicos en el proceso penal para ilustrar al juzgador, mediante aportaciones de diversas disciplinas respecto de aspectos que necesitan de estas sapiencias especiales, que faciliten el planteamiento de hipótesis acerca de los hechos investigados. Precisamente por ello, la participación forense debe estar sustentada en las normas metodológicas, científicas y éticas de cada profesión, de forma tal que las opiniones estén guiadas por la lealtad a la justicia, a la sociedad y a la ciencia que representan. Esto con independencia del actor procesal que haya solicitado sus servicios en determinado proceso legal, es decir, privilegiando la imparcialidad y la autonomía técnica de las ciencias forenses y periciales.

Así, al emitir un metaperitaje las conclusiones tampoco tendrían por qué estar determinadas o influenciadas por la figura procesal que ofrece la prueba mediante los servicios forenses, por pertenecer a instancias de procuración de justicia o de atención a víctimas, por un lado, o al

* Perita profesional en Psicología Forense. Coordinación Estatal de Servicios Periciales en el Estado de San Luis Potosí, de la Fiscalía General de la República.

** Perita profesional en Psicología Forense. Coordinación Estatal de Servicios Periciales en el Estado de Oaxaca, de la Fiscalía General de la República.

*** Perito en Incendios y Explosiones. Coordinación Estatal de Servicios Periciales en el Estado de Oaxaca, de la Fiscalía General de la República.

órgano de la defensa, sea pública o particular, por el otro. Lo mismo aplicaría para la función que realiza el asesor o consultor técnico al orientar sobre la formulación de preguntas a plantear al perito que testifica, o para el testigo experto que acude a explicar los procedimientos idóneos de una pericial; sin embargo, muchas veces los forenses, pueden ver nubladas sus argumentaciones de forma intencionada o inconsciente dependiendo de quién solicita su experticia, concluyendo que su deber es favorecer a alguna de las partes.

Inclusive, pueden verse documentos o informes periciales en los cuales se ofrecen argumentaciones basadas en apreciaciones e interpretaciones subjetivas en aras de menoscabar la opinión forense de un tercero, ello a pesar de que al ser también expertos en la ciencia en la que se solicita su intervención, debieran seguir y emplear la evidencia científica para contra argumentar lo dicho por otro experto, lamentablemente estas prácticas generan efectos adversos, en tanto que aquellos actores procesales que carecen de conocimientos en la materia (precisamente abogados, fiscales, defensores o jueces) podrían tomar como válidos o certeros estos argumentos (pese a que sean cuestionables o dudosos) que no sólo tienen un impacto directo en el hecho que se intenta dilucidar, sino que también genera prejuicios o predisposiciones que pueden generalizarse a toda participación experta.

Por ello, es relevante que la defensa se mantenga alerta de ese tipo de profesionistas, pues su participación podría más bien afectar, en última instancia, los intereses de su defendido, al evidenciarse el equívoco análisis realizado e, inclusive, incurrir en delitos como falsedad en declaraciones ante autoridad judicial.

Ahora que el Instituto Federal de Defensoría Pública cuenta con un área propia de ciencias forenses, puede evitarse que estas iatrogenias se acumulen y continúen generando sesgos en la impartición de justicia. En el ámbito de la defensa particular es frecuente que la participación de forenses independientes pueda actuar en sentido negativo a la ciencia, ya que muchas de las veces el pago de sus honorarios está condicionado a la obtención de conclusiones determinadas, o bien, por la limitación de su experiencia pericial. Esta afirmación, por supuesto, no es extensiva a los científicos independientes, pues de forma personal, conocemos y hemos trabajado con numerosos profesionales comprometidos con la justicia y con la ciencia; sin embargo, también es cierto que aún prevalecen profesionistas guiados principalmente por intereses temporales o personales, relegando la importancia que tiene la imparcialidad en su quehacer pericial.

Por tal motivo, en este documento se pretende evidenciar aspectos metodológicos y técni-co-científicos que debieran cumplir las participaciones forenses en las revisiones que son realizadas a dictámenes periciales, con la finalidad de que la defensa y los juzgadores puedan tenerlas en cuenta al momento de valorar las actuaciones, tanto de los peritos dependientes de las fiscalías o de institutos gubernamentales, como de forenses independientes y, por ende, formarse una convicción basada en la objetividad.

I. Denominación como revisión forense

Las revisiones forenses de dictámenes periciales reciben distintos nombres en la literatura en la materia, tales como contrainformes (porque va en contra del primero), meta-peritaje (ir más allá del peritaje, o realizar un peritaje de un peritaje), auditoria pericial, opinión técnica y otras tantas variantes en distintos países de Latinoamérica e Iberoamérica, como concepto técnico forense o concepto pericial, en Colombia.

Empero, teniendo en cuenta que si se hiciera una analogía comparando las opiniones forenses emitidas con la construcción de artículos científicos (pues el proceso pericial es en sí mismo una actividad científica), podríamos decir que el dictamen inicial sería un *artículo original* (porque es resultado de una investigación original), en tanto que el segundo consistiría en un *artículo de revisión* (toda vez que analizan dictámenes originales ya publicados) el cual tiene por objetivo

refutar o confirmar las conclusiones o la metodología empleada también con bases científicas.

Por ello, en este texto consideramos que el término que más se adecua a este tipo de actividad es el de *revisión forense*, porque revisa o analiza tanto la pericial ya existente como los conocimientos de determinada disciplina en el área forense, para emitir una opinión al respecto.

II. ¿Qué es una revisión forense?

Los contrainformes son conceptuados como el análisis de un informe o dictamen pericial anterior realizado por otro profesional. Con el objetivo de determinar qué puntos son sostenibles de forma científica y cuáles no. Centrados en los aspectos técnicos del documento y evitando realizar valoraciones de indicios o muestras que se han extinguido/destruido, o bien, de personas no examinadas de forma directa, en el caso de materias como la psicológica donde es necesaria la evaluación de la persona.¹

Los contrainformes son una crítica o revisión de un informe pericial con el fin de informar posibles fallos metodológicos y/o conclusiones erróneas, indicando los pasos necesarios para completar objetivamente la evaluación, esto con los más altos niveles de objetividad y respeto por el trabajo del otro forense.² En ese sentido, las aseveraciones realizadas han de estar sustentadas en preceptos científicos, dejando de lado supuestos ideológicos y/o posturas políticas, es decir, no estar permeadas por la postura o el lugar desde donde se emiten, sino únicamente por la ciencia.

El metaperitaje implica hacer un dictamen sobre otro dictamen, evaluando las técnicas empleadas, los métodos utilizados, las conclusiones y evidenciar aciertos o errores metodológicos. Lo que permite explicar las malas prácticas durante la intervención pericial e inconsistencias en el procesamiento de indicios. Por tanto, corroborar que los hallazgos periciales cuentan con las bases teóricas, técnicas y metodológicas que los respalden.³

El metaperitaje tiene como objetivo encontrar concordancia en los procesos, omisiones o errores que haya tenido el perito al realizar su informe pericial. El contraperitaje es la revisión crítica de un informe pericial con el fin de buscar fallos en las metodologías y protocolos usados para recopilación de evidencia, de tal manera que se pueda refutar la conclusión emitida por el perito firmante del informe original.⁴

En ese sentido, puede notarse que los autores aluden a actividades diferentes, aunque el objetivo es el mismo, puesto que, en todos los casos, como científicos, la finalidad no es merelymente rechazar la opinión de otro, sino ilustrar adecuadamente a los juristas y contribuir a la justicia, y como auxiliares de ésta, favorecer el esclarecimiento de los hechos, la protección del inocente y evitar la impunidad.

III. Diferencias entre un dictamen pericial y una revisión forense

Un dictamen pericial es una opinión respecto de hechos, objetos, fenómenos o personas, siempre que son necesarios conocimientos especiales en una materia, ciencia, arte, técnica u oficio,⁵ en la cual los juristas no son expertos. Es por tanto la esencia de las ciencias forenses aportar conocimientos científicos al proceso legal en distintas áreas del Derecho, sea penal, familiar, laboral, civil, administrativa o militar, por citar algunas. Se trata pues, de explicar científicamente las condiciones del objeto de estudio y la relación entre éste y los hechos analizados. Sin em-

¹ Tejero Acevedo, R.: "Ejercicio... cit., p. 49.

² Colegio Oficial de Psicología de Catalunya: *Guía...* cit., p. 16.

³ Martínez Naquid, A.K.: "Aplicaciones... cit., p. 254, 261.

⁴ Estupiñán Londoño, T. y Mora Merchán, K.: *Gestión...* cit., p. 13.

⁵ Código Nacional de Procedimientos Penales, artículo 368.

bargo, en aras de profundizar en las conclusiones emitidas, se ha implementado la revisión de la actividad pericial, en especial por la contraparte, en busca de fallos o sesgos en la intervención forense en general.

Debe considerarse que, indudablemente, al realizar una revisión forense de un dictamen ya realizado, los objetivos de estudio de ambos expertos, son *per se* diversos, el objetivo que tuvo el primero fue la evaluación de un fenómeno o persona, y la finalidad del segundo, es la evaluación de la actuación y conclusiones del primero, y esto representa una variable significativa que determinará el tipo de resultados a obtener.

En ese sentido, no podemos esperar una correlación perfecta (que cubra con exactitud los puntos que integran) entre ambos documentos. Inclusive, aunque fuese elaborado no como una revisión forense, sino como un segundo dictamen emitido por la parte contraria, una pericial difícilmente puede ser replicable al cien por ciento, en especial, en ciencias que involucran la subjetividad humana, por la temporalidad de los síntomas que pueden evolucionar, en materias como la psicología o la modificación de algunos indicios con el paso del tiempo, esto adicional al margen de error (por mínimo que sea) esperable en todas o casi todas las ciencias.

Máxime si tenemos en cuenta el ambiente controlado en que se diseña una revisión forense en comparación con los distintos factores que escapan al control del investigador en una situación en vivo, como los tiempos de entrega, las condiciones y características de las personas y de los objetos de estudio, así como los equipos o recursos con los que se cuente en el momento de la intervención pericial.

IV. Acreditación de las y los forenses

Recordemos que el juzgador identifica a los testigos, en este caso, a los forenses, pregunta su nombre, ocupación, datos de localización y le toma protesta de conducirse con verdad, y advierte de las penas por conducirse con falsedad en declaraciones⁶ ⁷. De modo que el forense, está obligado jurídicamente (y en ciertos casos también de forma ética, profesionalmente hablando) a ser veraz en su testimonio y apegado a su ciencia.

Posterior a ello, la parte oferente hace la acreditación del perito, para demostrar que cuenta con la experticia necesaria, cuestionando respecto de su formación profesional y actualización, grado de estudios, cursos, diplomados, certificaciones o posgrados relacionados con la materia en que dictamina. Lo que se complementa con su experiencia profesional como forense, antigüedad elaborando opiniones forenses del tipo analizado y número de intervenciones realizadas. Todo ello, basados en la premisa de que la formación académica y la trayectoria laboral dotarán de mejores habilidades y mostrarán su expertise forense.

En ese sentido, esta acreditación debiese ser exigible tanto a aquellos forenses que emiten un dictamen pericial como a quienes realizan revisiones forenses de estas primeras opiniones periciales e, inclusive, a quienes participan como testigos expertos o para ilustrar al juzgador sin haber emitido una pericial. Puesto que es necesaria también la experiencia en la elaboración de los primeros documentos periciales, para estar en posibilidades de comprender la mecánica de emisión de un dictamen pericial. Pues si bien, los conocimientos adquiridos en la formación profesional o en la revisión de literatura pueden dotar de conocimientos al forense, la experiencia en el proceso metodológico para la emisión de un dictamen forense no puede compararse o equipararse con el proceso que implica la revisión de un documento ya elaborado.

Así pues, se pretende que los forenses acrediten su expertise desde que es solicitada su colaboración y desde el momento de su aportación pericial y no hasta cuando son llamados a

⁶ *Ibidem*, artículo 371.

⁷ Código Penal Federal, artículos 247, 247 Bis, 248 y 248 Bis.

testificar. Esto para cualquier intervención forense. Pues tener certeza de las cualificaciones de quien aportará conocimientos científicos al proceso debiese ser el primer paso de su participación y permitiría demostrar desde ese momento su idoneidad y no dejarse pendiente hasta el juicio oral, para evitar detrimientos en la hipótesis del caso que se espere demostrar. Por tal motivo, debiera incluirse en los datos de identificación del perito, al inicio de los dictámenes y demás documentos periciales *la formación y experiencia que acrediten su experticia y cédula profesional que autorice el ejercicio⁸* en los casos en que se encuentre normada por su profesión.

V. Revisión de las técnicas forenses empleadas cotidianamente

La experiencia en la elaboración de dictámenes periciales de quien realiza revisiones forenses permitirá contar con mayores elementos para el análisis crítico y exhaustivo del proceso pericial llevado a cabo por los colegas peritos. Al tener conocimiento de las técnicas usadas comúnmente, su viabilidad en determinados contextos, su utilidad en la práctica diaria, y los distintos medios para la obtención de resultados, le dotará de habilidades para estar en posibilidades de seleccionar las técnicas, instrumentos o equipos idóneos, así como la viabilidad de su uso, pues, igual que en la investigación científica, es menesteroso tener en cuenta la viabilidad del estudio, la operativización de las variables, los instrumentos de medición, los recursos humanos, materiales y económicos y la posible necesidad de financiamiento de los insumos, en la investigación pericial, también es un aspecto sustancial. Esto, ya sea por los altos costos que implica la adquisición de insumos, material, equipo o instrumentos, o bien, por el limitado tiempo con el que se cuenta para la emisión de la opinión solicitada o, inclusive, por las condiciones en que se encuentran las personas o fenómenos a estudiar.

Esto cobra relevancia debido a que si son tenidas en cuenta únicamente aseveraciones de la literatura en la materia, lamentablemente, las *buenas prácticas* no siempre son escritas por profesionales que se encuentran en la práctica pericial diaria, sino por investigadores de escritorio, quienes, si bien cuentan con un cúmulo de conocimientos científicos, carecen de los conocimientos prácticos, por lo que no se ha conformado esta competencia (que incluye conocimientos, habilidades y aptitudes) en ellos. De modo que pueden plantearse exigencias que en la realidad no es posible aplicar. Si bien, existen un cúmulo de técnicas propuestas para determinados casos, tampoco puede hacerse uso de todas al mismo tiempo, sino que será preciso usar los conocimientos prácticos para seleccionar la más idónea y eficaz.

No se omite señalar que existen algunas especialidades forenses que emplean en la elaboración de sus peritajes diversos métodos, técnicas, equipos y/o instrumentos que son capaces de analizar un mismo tipo de indicio, o bien, realizar la valoración de una persona, y aunque indudablemente, el propósito sea emplear los más objetivos para minimizar el rango de error en los resultados, no puede interpretarse de facto que al haberse empleado uno y no otro exista un resultado incorrecto, una omisión intencionada, o bien, que se carezca de explicación en el contexto en que fue realizado el estudio o análisis, ya que hay situaciones particulares, que ya han sido mencionadas, que pueden influir en la elección de los medios empleados, lo cual, sin duda alguna, debe considerarse al momento de llevar a cabo la revisión.

También debe conocerse que existen técnicas o instrumentos que permiten obtener resultados de forma presuntiva o preliminar, mismos que pueden ampliarse, confirmarse o descartarse en examinaciones más especializadas o interdisciplinarias, lo que implica que el experto que realiza una revisión lo tenga en cuenta.

⁸ Reyes Flores, A.: "Dictamen... cit., p. 171.

VI. Objetividad de la revisión forense

Ahora bien, ¿cómo podemos darnos cuenta de la idoneidad de una revisión forense? Un elemento esencial de la objetividad, es la imparcialidad, y ésta puede evidenciarse en un documento porque no se observa que sea tendencioso o arbitrario, esto es, puede demostrar errores de la pericia, pero también aciertos. En ese sentido, el segundo forense examinará de manera pormenorizada el informe del colega, verificando aspectos tanto de forma como de fondo, con el fin de identificar debilidades y fortalezas del mismo.⁹ Difícilmente los documentos son completamente equívocos o perfectos, de forma que no resaltar aspectos positivos, podría demostrar la intención del forense de denostar los resultados (y, en algunos casos, al forense como persona) y no tanto, de mostrar la científicidad exigible a la actuación.

Esta objetividad se logra analizando la totalidad de la pericia, desde diversos aspectos; por ejemplo, sustento científico, adecuación metodológica, sus conclusiones y no únicamente aquéllos que convienen al forense que lo revisa. Ha de ser neutro y evitar desvaloraciones del trabajo de un tercero.

Asimismo, debe hacerse énfasis que algunas ciencias cuentan con subespecialidades, o bien, existen expertos que tienen mayor experiencia en determinado tipo de intervención o atención, por lo que lo ideal, en este caso, es hacer un análisis de un peritaje previo empleando el enfoque forense específicamente. Inclusive, dentro del área forense, podrían existir diferencias entre las intervenciones realizadas en las distintas áreas del Derecho, por lo que sería idóneo que fuese un forense experto en esa área quien realice tal revisión.

VII. Elementos básicos de la revisión forense

A diferencia de los modelos de dictamen pericial, que abundan en la bibliografía forense, no se identifican requisitos mínimos exigibles a estos documentos, excepto el objetivo de análisis y revisión. Esto redunda en la falta de control en su emisión y la ausencia de lineamientos norma-operativos para su elaboración. Por ello, se hace necesaria esta regulación y la propuesta de elementos básicos de estas opiniones periciales.

No es considerado un informe pericial, aunque debe contener los apartados o ítems respectivos a la estructura de un informe pericial para que tenga un orden lógico y cronológico,¹⁰ por lo que, como cualquier documento pericial, debiesen contener cuando menos las cualificaciones del forense, su objetivo o planteamiento del problema, una metodología científica y arribar a conclusiones. Ya que se trata de una investigación científica, debe contar con, al menos, un marco teórico, es decir, con conocimientos científicos que sirvan de soporte a las aseveraciones o análisis realizados.

El objetivo es analizar la idoneidad de la teoría científica, la rigurosidad de los procedimientos, la coherencia de sus conclusiones.¹¹ Habrá de estar debidamente soportado y argumentado con evidencia científica, acorde con el desarrollo de la investigación.

Asimismo, es necesario un proceso metodológico riguroso en las revisiones forenses realizadas para poder considerar su validez científica, máxime porque es uno de los aspectos exigibles al dictamen pericial analizado.

Al igual que una opinión pericial inicial, está enfocada en su materia, y encuadrada en la norma legal aplicable, lineamientos y/o protocolos, estas opiniones deben versar sobre la materia en cuestión y los conocimientos científicos de ésta, y evitar centrarse en normativas legales, las cuales puede debatir el experto en Derecho, por lo que no tendría razón de existir

⁹ Espinosa, A. et al.: "¿Qué es la Psicología... cit, p. 34?

¹⁰ Estupiñán Londoño, T. y Mora Merchán, K.: *op. cit.*, p. 13.

¹¹ Espinosa, A. et al.: *op. cit.*, p. 34.

un dictamen que refute actuaciones que puede objetar la defensa directamente con sus conocimientos legales.

Idealmente, se esperaría que las revisiones forenses incluyeran pautas de mejora y recomendaciones acerca de los estándares científicos exigibles a la pericial, y de este modo ahondarán en la mejora del quehacer de los peritos que emiten los dictámenes iniciales.

VIII. Análisis de forma y de contenido en la revisión forense

La revisión forense ha de realizarse respecto de la totalidad del dictamen pericial, evidenciando los aciertos y errores en cada rubro del peritaje. Para ello, será necesario realizar un *Análisis de forma*, que permita verificar y evidenciar la presencia de rubros esenciales de un dictamen pericial, como son: los antecedentes de la solicitud pericial, el planteamiento del problema u objetivo, la obtención del consentimiento informado cuando aplique, los métodos empleados, la metodología detallada, los resultados obtenidos de las distintas técnicas empleadas y su interpretación, el sustento teórico junto con las referencias bibliográficas y las conclusiones y recomendaciones, de ser el caso, inclusive, las cualificaciones del profesional.

Así como el *análisis de contenido*, primero de los aspectos generales, como el lugar, la fecha, hora, duración y condiciones de la intervención, fecha de la emisión del dictamen pericial. Información que ilustrará en cuanto al ajuste entre la duración habitual de las técnicas que pudieron emplearse y el tiempo de intervención, así como el tiempo requerido para su interpretación.

También analizar el contenido de cada uno de los rubros del dictamen: Del *planteamiento del problema u objetivo*, que delimita de forma clara y precisa la investigación, por lo que deberá ser claro, concreto y congruente con la solicitud además de realista y razonable, debiendo estar relacionado con la ciencia forense que participa. De la *Metodología*, que es la guía y estructura del proceso científico (tal cual es la elaboración de un dictamen), y ha de señalar los pasos a seguir, y el uso de equipos, técnicas y herramientas adecuadas e idóneas, con el fin de llegar a una conclusión que responda el objetivo o planteamiento del problema. Del *análisis de documentales*, cuando es aplicable a la materia: pues en el contexto forense es importante revisar la carpeta de investigación y/o las documentales existentes que sean de utilidad, ya que permite conocer los antecedentes del caso; sin embargo, no puede soslayarse que en distintas ocasiones es solicitada la intervención pericial antes de comenzar el registro de actuaciones ministeriales, por lo que este paso puede no ser posible. Del *análisis de resultados* ha de verificarse la correlación entre las distintas técnicas empleadas, la concordancia entre los rubros del dictamen, encaminado a dar respuesta al planteamiento del problema, para estar en posibilidades de aceptar o rechazar hipótesis de trabajo. Del *sustento teórico y el soporte bibliográfico* que ha de aportar fundamentos que permitan mayor solidez al estudio y sus conclusiones. Los documentos o texto consultados, en relación al tipo específico de intervención, y, con información actualizada. Y de las *conclusiones* que dan respuesta congruente al planteamiento del problema, tratando de expresar la posible relación entre los resultados encontrados y los hechos investigados.

IX. Métodos y metodología de la revisión forense

Esta revisión deberá estar guiada por el método o métodos idóneos, como el analítico (para descomponer las partes del dictamen y analizarlas de forma separada); comparativo (para comparar la forma y contenido del dictamen con lo esperado en la bibliografía); deductivo (para obtener hipótesis y conclusiones particulares a ese documento a partir de conocimientos generales); e, inductivo (para poder generalizar los hallazgos en una conclusión respecto del dictamen).

La metodología de la revisión forense habrá de incluir, además del análisis del dictamen objeto de estudio, la búsqueda de aquella bibliografía existente respecto del tema en cuestión, la

cual ha de ser idealmente exhaustiva, actualizada, contextualizada a nuestro país y obligadamente de tipo científico, obtenida de libros publicados por editoriales confiables o de repositorios de revistas indexadas, revisadas por pares y con alto factor de impacto. Esto con la finalidad de evitar sesgos en la información que pueda ser obtenida y, por tanto, en la revisión que sea realizada sobre el dictamen.

X. Revisiones forenses en psicología

Ya que dos de las autoras somos peritas en psicología forense, proponemos algunos aspectos que pueden analizarse en las revisiones forenses de estos dictámenes.

Respecto de la metodología: analizar la elección, aplicación, corrección e interpretación de las pruebas psicológicas, si han sido validadas en población mexicana, si son acordes a la edad y características de la persona que fue evaluada, su tiempo de ejecución, si han sido utilizados los instrumentos pertinentes y necesarios para ese caso, si los resultados cuantitativos o numéricos son coincidentes con la explicación cualitativa y si éstos han sido adecuadamente correlacionados con el resto de técnicas.

Sin embargo, es preciso tener presente: una prueba psicológica por sí misma no es capaz de determinar un diagnóstico, y mucho menos, una conclusión pericial, sino que es en conjunto con la totalidad de las técnicas empleadas que se llega a conclusiones. De este modo, el uso de una prueba reconocida por la comunidad científica no necesariamente implica el arribo a conclusiones precisas, ni a la inversa, es decir, la falta de aplicación de una prueba con esas características no descarta la validez de los resultados obtenidos mediante otras técnicas. Esto debido a diversos factores, por ejemplo, el reducido número de instrumentos psicológicos adaptados a población mexicana o con normas mexicanas, que hace necesario recurrir en algunos casos a pruebas con normas estadounidenses, españolas o latinoamericanas, pues puede ser el material más idóneo con que se cuenta en esta ciencia para medir la variable que necesitamos evaluar; o el elevado costo de algunas pruebas que no es posible adquirir de forma personal por los forenses, sean independientes o pertenezcan a instituciones públicas, en especial tomando en cuenta el número elevado de intervenciones que han de realizarse; también entra en juego el tiempo de aplicación de cada instrumento, que puede ser extenso y su uso puede ser poco viable en contextos de términos constitucionales. Por citar algunas condiciones.

En cuanto a los resultados: al igual que en un dictamen pericial, habrían de hacerse en el caso de revisiones en psicología correlaciones entre los distintos métodos utilizados; por ejemplo, si hay concordancia entre la información subjetiva de la entrevista, los hallazgos de las pruebas aplicadas, las documentales revisadas, la observación clínica, el examen mental y las conclusiones, no para emitir una valoración acerca de la persona (lo cual además no es ético realizarse sin su consentimiento), sino de los resultados obtenidos por el forense. Valorar la presencia de hipótesis cualitativas, por ejemplo, si la persona presenta psicopatología y si ésta es común en víctimas de determinado delito o no, sin dejar de considerar que su ausencia por sí misma no implica que el hecho victimizante haya ocurrido. Lo mismo sucede en los casos de personas a las que se les imputa una conducta delictiva y que se sospeche padezca un trastorno mental, toda vez que su presencia por sí misma no implica la ausencia de contacto con la realidad o responsabilidad penal. Lo idóneo es emplear un enfoque psicosocial para advertir posibles afectaciones en el funcionamiento de las personas y no limitar la obtención de determinado tipo de resultados. Identificar si ha sido establecida la relación entre los hallazgos psicológicos y los hechos analizados, es decir, si es evidenciada la relación de causalidad y descartado las concausas (es decir, otros factores adicionales que pudieron haber contribuido al malestar).

En cuanto a sus conclusiones: habrá de analizarse que tengan directa relación con el objetivo pericial, que sean acordes con el contenido general de los distintos rubros a lo largo del

dictamen, de modo que sean consistentes con las técnicas empleadas y los resultados obtenidos. Que no incluyan juicios de tipo legal que corresponden a los juristas. Que sean concretas y claras. Que formen parte del conjunto de conocimientos de la psicología forense.

XI. Conclusiones

En conclusión, las revisiones forenses son una actividad que, al ser empleadas con mayor frecuencia en el sistema penal acusatorio, requiere regulación tanto legal como de las ciencias forenses para incrementar su calidad científica y su utilidad para la defensa pública. Se trata de una tarea de especial relevancia en el ámbito jurídico para contribuir al esclarecimiento de los hechos y abonar a la justicia, por lo que el auxilio a los juristas ha de ser con las mejores prácticas forenses que les permita llegar a la verdad de los hechos, así como fundamentar sus decisiones respecto a las sentencias que emiten, por lo cual es relevante el estudio y la mejora constante de los análisis o estudios que se realizan a peritajes previos. De este modo, se considera necesario que una revisión forense cuente con las formalidades mínimas exigibles a las periciales y que el profesional que la realiza posea capacidad y conocimientos forenses para realizar un análisis exhaustivo de ésta, mediante un análisis de forma y de fondo de cada una de sus partes de la totalidad del dictamen, evitando evidenciar errores de forma tendenciosa para beneficio de la parte que solicita su intervención. Una revisión forense objetiva habrá de señalar tanto los aportes como las fallas que advierta, incluso podría hacer sugerencias o recomendaciones, basándose también en la ciencia que desempeña y/o en su área de experticia, según sea el caso del área forense sobre la que verse el dictamen o informe que analizó.

Finalmente, consideramos que se ha perdido de vista la función del forense en el sistema penal, observándole como un testigo que debe ser desacreditado por la parte contraria, sea ofrecido por el fiscal o por la defensa, que implican contrainterrogatorios ríspidos y el ofrecimiento de nuevos medios de prueba para desvirtuar su quehacer científico, no tanto en aras de mejores prácticas o de agudizar la científicidad de las actuaciones y del proceso mismo, sino meramente para desvirtuar la teoría del caso de la contraparte. Si bien, esa es la finalidad de la actividad legal de cada parte procesal, prácticas forenses emitidas mediante visiones sesgadas o subjetivas implica dejar de lado la búsqueda de la verdad, atentando también contra la imparcialidad que debe predominar en la procuración e impartición de justicia en un proceso penal.

En consecuencia, debemos pugnar como ciencias forenses por la acreditación de nuestra labor, y la científicidad de nuestra práctica, que nos coloquen como lo que somos: una figura que aporta conocimientos especiales que son ajenos a los juristas, y que está guiado por la ciencia y no por lealtades a quien le ofrece como forense.

En ese sentido, queda mucho por hacer en cuanto a la ética forense y en cuanto a la probidad de los expertos, y es nuestra intención como autor/as aportar en beneficio al desempeño de las ciencias forenses.

XII. Fuentes de consulta

- *Código Nacional de Procedimientos Penales*, 2020.
- *Código Penal Federal*, 2020.
- Colegio Oficial de Psicología de Catalunya: *Guía de buenas prácticas para la evaluación psicológica forense y la práctica pericial*. España, 2014.
- Espinosa, A., Lobo, A. y Guerrero, A.: “¿Qué es la Psicología Forense?”, en Lobo, A., Espinosa, A., Guerrero, A. y Ospina, V. (Coords.). *Psicología forense en el proceso penal*

con tendencia acusatoria. Guía práctica para psicólogos y abogados. Manual Moderno, Colombia, 2016.

- Estupiñan Londoño, T., Mora Merchán, K.: *Gestión de evidencia digital en escenarios convencionales e IOT* (Proyecto de Grado de la Escuela Colombiana de Ingeniería Julio Garavito). Colombia, 2019.
- Martínez Naquid, A.K.: “Aplicaciones prácticas de la ciencia forense en la asesoría jurídica y la defensa penal dentro del Instituto Federal de Defensoría Pública”. *Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública*, Número 28. México, 2019.
- Reyes Flores, A.: “Dictamen pericial en psicología forense. Propuesta de modelo para su elaboración”, en Pérez Campos Mayoral, Reyes Flores, Pérez Campos, Reséndiz López, García López (Coords). *Psicología forense, exploración y propuestas de intervención en México*. Corinter, México, 2018.
- Tejero Acevedo, R.: “Ejercicio profesional del psicólogo forense y pautas para el orientador”, en *Temas selectos en orientación psicológica, Vol. X. Psicología forense y justicia social: estrategias de intervención*. El Manual Moderno, México, 2016.

Exhibiendo adulteración fotográfica vía inconsistencia física de sombras

Bruno Enrique Ramírez Ornelas*
Vicente Torres Zúñiga**

RESUMEN: Describimos una técnica geométrica para detectar inconsistencia en la física entre objetos opacos y sus sombras representadas en una imagen analógica o digital. Esta propuesta aprovecha que los objetos proyectan parte de su estructura tridimensional en las sombras, de modo que existe una relación biunívoca entre ciertas características morfológicas entre los objetos y las sombras, tales como los vértices. Sin importar si la superficie es regular o abrupta, si la sombra es proyectada sobre un plano o en varios, ante la presencia de una única fuente lumínica, las líneas trazadas entre los vértices de los objetos y las correspondientes sombras: convergerán en un punto de fuga único. La presencia de este punto singular es un indicador de la consistencia de la imagen con las leyes de la óptica geométrica. Por el contrario, si una línea de par objeto-sombra no converge donde lo hace el resto del conjunto o produce la presencia de más de un punto de convergencia, entonces representa un indicio de posible manipulación de la imagen. Este análisis se puede efectuar con sofisticados softwares matemáticos; pero aquí presentamos que se puede resolver mediante un método accesible e intuitivo al público en general, que solo requiere un programa de edición vectorial de imágenes, como puede ser *PowerPoint*. Mostramos el estudio de ocho fotografías auténticas y lo contrastamos con ocho adulteraciones; aunque las manipulaciones digitales puedan ser sutiles, la técnica permite distinguir entre una fotografía auténtica de una falsa.

SUMARIO: I. Introducción. II. Conceptos generales y fundamentos principales. III. Metodología. IV. Resultados. V. Discusión de resultados y prospectiva de investigación. VI. Conclusiones. VII. Agradecimientos. VIII. Fuentes de consulta.

I. Introducción

Si bien la manipulación fotográfica apareció al corto tiempo de la invención de la fotografía, y ambas han evolucionado a lo largo de la historia. Hoy en día, son obsoletas las técnicas tradicionales, delicadas y laboriosas para alterar una imagen; pues sucumben ante la enorme cantidad de cámaras digitales, los programas de edición cómoda y los medios de publicación más novedosos. En general, este progreso tecnológico ha sido benéfico para la libertad de expresión, la creatividad artística y una gran cantidad de emprendimientos. Actualmente la gran mayoría de las imágenes que se producen llevan implícito desde su creación misma aquel *toque* digital, con el que se pretende mejorar o enriquecer el aspecto del fotografiado. Convivimos día a día y sin mayor reparo con imágenes que echan mano del artificio y no sólo eso, las hemos adoptado como uno de los recursos más utilizados en los procesos de comunicación.

Sin embargo, estas herramientas también han ocasionado problemas a la sociedad. Las imágenes adulteradas al ocultar su antecedente de manipulación y aparecer como representaciones genuinas de la realidad ocasionan toda clase de contrariedades. Tales como: desinformación en el público, difamación en los individuos, pero también el testimonio falso en las cortes.

* Profesor de asignatura en la Licenciatura en Ciencia Forense, UNAM. perito de la FGJCDMX en Arte Forense.

** Académico de tiempo completo en la Licenciatura en Ciencia Forense, Facultad de Medicina, UNAM.

En el campo de lo forense, la imagen constituye un elemento de convicción determinante; en una cultura donde se estima de gran valor la información extraída de una imagen, puede convertirse esa reproducción en un elemento definitorio para una sentencia. Por ello, el uso de imágenes falsas es simplemente inaceptable, constituye un yerro del que hemos alertado desde hace tiempo, pues el efecto negativo en la apreciación de un caso forense puede ser irreparable. Así, es regular solicitar estudios periciales para detectar algún tipo manipulación antes que una foto se presente como medio de prueba.

Es cierto que existen gran cantidad de métodos forenses para analizar las imágenes. Sin embargo, la mayoría de ellos requieren softwares especializados –es común la necesidad de realizar una inversión económica considerable– que debe ser manejado por personal altamente entrenado y experimentado en las áreas de la fotografía, ingeniería o ciencias de la computación. Con todo, los análisis forenses de la imagen pueden realizarse desde diferentes perspectivas, como puede ser la estructura binaria del archivo, la congruencia matemática de los pixeles o bien su información contextual.

El término *información contextual de la imagen* alude a la información visual contenida en el fotograma y, específicamente, a la congruencia que debe existir entre la realidad y su representación. Es decir, una foto debe ser coherente con las leyes de la física. Al tratar la fotografía como indicio, debe estudiarse sus cualidades de exposición, nitidez y enfoque de objetos, sus tonos y colores (exactitud cromática), o bien, la presencia y proporción relativa de los cuerpos. Como ejemplo concreto, se puede estudiar la congruencia que presentan las sombras respecto a los cuerpos opacos. Es decir, la iluminación.

El grado de sofisticación matemática y herramientas para tal efecto pueden ser poco compresibles al rendir testimonio en una audiencia de juicio oral y representa un gasto oneroso para el perito, ya sea que trabaje para una fiscalía o para la defensa. En contraste, la literatura especializada da cuenta de la conveniencia de emplear la geometría de los objetos y sus proyecciones ópticas; es decir, las sombras.

Con todo, son escasos los reportes que presenten casos prácticos de imagen reales y su contraparte adulterada. Es más inusual encontrar algún tipo de guía para llevar a cabo este tipo de investigaciones forenses opto-geométricas. De hecho, hasta nuestro conocimiento, éste es el primer reporte donde se presentan detalles del análisis de adulteración por coherencia del punto de fuga formado por las líneas tendidas entre objetos y sombras.

En las secciones siguientes mostramos los fundamentos y conceptos básicos de la técnica. Después explicamos la metodología para obtener las fotografías, su posterior manipulación mediante software. Enseguida, describimos el análisis de las imágenes y los resultados obtenidos. Con esta información presentamos una discusión de los alcances de la técnica. Finalizamos la exposición con las conclusiones principales y la prospectiva de esta investigación.

II. Conceptos generales y fundamentos principales

A. Puntos de fuga

La Fig. 1 muestra la fotografía típica de un pasillo largo, la distancia entre las paredes, así como entre techo y piso, es la misma a lo largo de toda la galería. Estas distancias son fijas pues se trata de una escena tridimensional real. Para el arquitecto, si las aristas entre las paredes, techo y piso se extendieran al infinito nunca se intersectarían. No obstante, por efecto de la perspectiva, la fotografía muestra que se estrecha el espacio, el pasillo aparece contraerse a lo lejos. De hecho, las dimensiones de los objetos fotografiados son inversamente proporcionales a la distancia entre el objeto real y el sensor de la cámara,

causando la impresión de una proyección cónica al final del corredor, en donde todas las aristas y sus líneas paralelas convergen en un punto único, al que técnicamente llamamos: punto de fuga.



Figura 1. Fotografía de un corredor que muestra el efecto de perspectiva y de un punto de fuga. Imagen vía *Bookworming Wikipedia*, CC BY 2.5.¹

Matemáticamente, la perspectiva se obtiene por medio de la intercepción de un plano con un conjunto de líneas rectas que unen los puntos del objeto representado. En fotografía se diseñan sistemas ópticos (conjuntos de lentes) de baja distorsión de campo y se utiliza un sensor fotosensible plano donde se plasma la imagen con perspectiva central. Así, una escena 3D se convierte en una representación 2D que es percibida por la vista humana y aceptada como natural pues permite intuir la configuración tridimensional de la escena.

Para obtener un punto de fuga, primero, dentro de la fotografía se deben identificar un conjunto de líneas paralelas; en la intersección de las líneas está el punto de fuga, encontrarse dentro o fuera de la imagen. Una fotografía puede contar con más de un punto de fuga, si son de conjunto diferentes de líneas paralelas. La perspectiva de dos puntos de fuga se produce cuando el plano de la imagen es paralelo a un eje coordenado cartesiano (no necesariamente ortogonal) pero no a los ejes. Al identificar la intercepción de las nuevas líneas paralelas a los ejes principales, se obtiene un punto de fuga diferente. Por tanto, podemos obtener una imagen con múltiples puntos de fuga si la escena cuenta con varios sistemas de líneas paralelas. Por ejemplo, un cubo fotografiado desde el ángulo superior o inferior presentará tres puntos de fuga; si el cubo se coloca sobre un tablero de ajedrez, podemos capturar una imagen con cinco puntos de fuga, como muestra la Fig. 2. Un conjunto singular de líneas paralelas es producido por los rayos de luz que pasan entre los bordes de un objeto y su correspondiente sombra, y son los que aprovechamos en este estudio.

¹ <https://commons.wikimedia.org/w/index.php?curid=70330157>



Figura 2. Fotografía de un cubo Rubik sobre tablero de ajedrez. La perspectiva de esta imagen cuenta con varios puntos de fuga.

B. Física de la sombra

La zona carente de iluminación debido a la obstaculización de la luz, la llamamos: sombra. Ella se ubica después de un objeto opaco localizado frente a una fuente lumínica. La sección eficaz de una sombra es una silueta bidimensional, *i.e.* proyección del objeto opaco. Si la fuente lumínica se encuentra aproximadamente al ángulo cenital respecto al objeto y el plano de sustentación; entonces será grande el ángulo entre la fuente, el objeto y el plano de sustentación, de modo que la sombra será corta. Por ejemplo, el sol al iluminar un árbol al medio día. En contraste, si la fuente se encuentra cerca del plano de sustentación, entonces el ángulo es pequeño y la sombra es alargada. Por ejemplo, el sol iluminando en el ocaso el mismo árbol. Por otro lado, si la fuente lumínica se encuentra cerca del objeto, la sombra proyectada será grande, en caso contrario, si la fuente está alejada del objeto, la sombra es pequeña. Este efecto lo podemos observar al acercar y alejar nuestra mano de una lámpara sorda o de escritorio.

De acuerdo con la teoría de la óptica geométrica, la luz se puede modelar como rayos; matemáticamente son líneas rectas. Sin importar si la fuente lumínica se encuentra cerca o lejos del objeto, los rayos que atraviesan por el borde del objeto definen el margen de la sombra. Ella puede ser interceptada por una o varias superficies opacas, en todo caso algunas características geométricas 3D del objeto son proyectadas en la sombra. Por ejemplo, la punta de un cono corresponde únicamente al extremo de la sombra, pues ambos puntos son unidos por el mismo rayo marginal de luz, como muestra la Fig. 3.

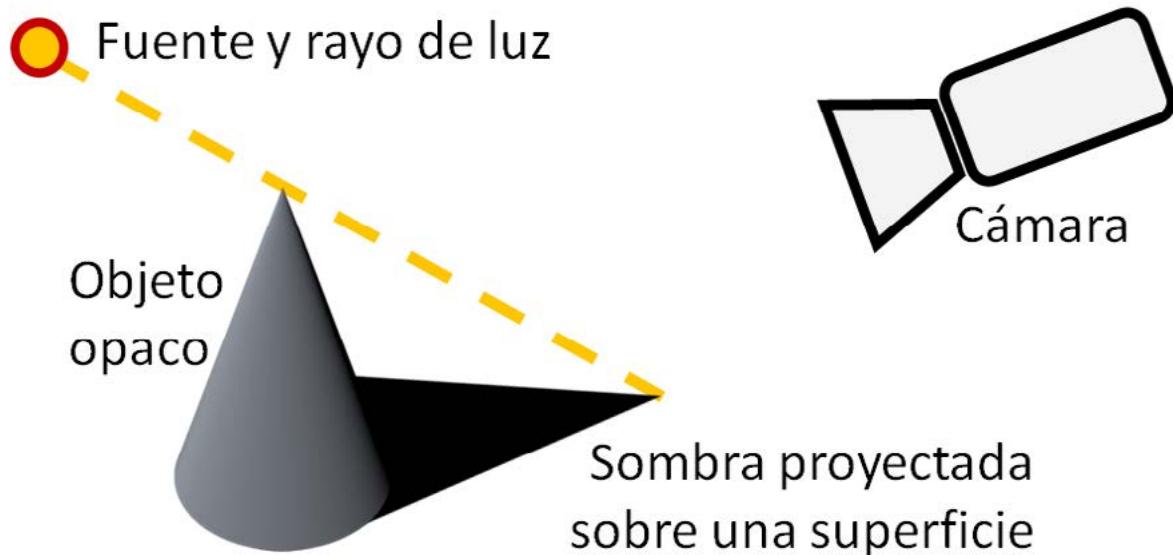


Figura 3. Esquema de la relación entre fuente de luz, rayo, objeto, sombra y cámara para obtener una imagen con perspectiva.

La fotografía de un objeto y su sombra también mostrarán el efecto de la perspectiva. Si la iluminación proviene de una fuente alejada y pequeña, se modela como fuente puntual, por lo que sus rayos viajan paralelos. Es decir, todos los rayos marginales son paralelos para todos los objetos y sus correspondientes sombras. Estimando que el sistema de lentes produce una distorsión de campo mínima, entonces los rayos de luz convergen en un punto de fuga, en particular las rectas que atraviesan el borde los objetos y la sombra. Esas líneas son las que utilizaremos para exhibir si la imagen fue manipulada.

Supongamos la escena donde se encuentran varios conos y un cubo, como la presentada en la Fig. 4. Podemos trazar las líneas de los vértices objeto-sombra obteniendo las líneas L_1 a L_5 . Tales rectas se intersectan claramente en un solo punto, incluso la línea L_2 que es formada por el vértice del cono y una sombra proyectada en un lado del cubo, de modo que no es necesario que todas las sombras estén proyectadas sobre el mismo plano. De hecho, mientras se identifiquen los vértices es sencillo tender las rectas dentro de la imagen 2D, pese a que las superficies sean irregulares. En otras palabras, la restricción geométrica que relaciona el rayo de luz, el objeto y la sombra se mantiene independiente de la ubicación y orientación de las superficies sobre donde se proyecta la sombra. Todos los rayos, independientemente de la geometría de la escena, se intersectarán en el mismo punto. Entonces, donde se proyecta la sombra es irrelevante.

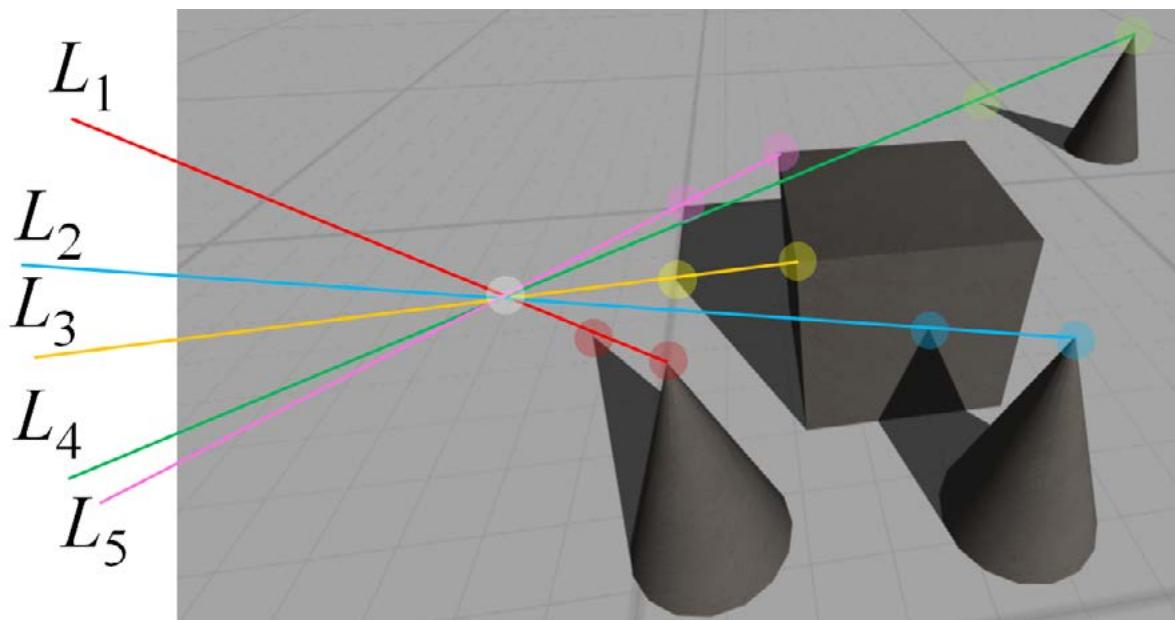


Figura 4. Imagen sintética de cuerpos geométricos iluminados por una fuente puntual, realizada con el programa *Virtual-Crash*.

Cuando la luz incidente se modela como la combinación del efecto de varias fuentes puntuales, entonces algunas fuentes iluminarán una región donde otra fuente proyecta una sombra; produciendo una combinación de sombras superpuestas, sus traslapos parciales serán zonas parcialmente iluminadas que llamábamos: penumbra. Si se identifica la fuente de luz y un conjunto de sombras proyectadas, es posible trazar un punto de fuga para cada fuente. Pero si la fuente es única, el punto de fuga de las sombras será únicamente uno. En todo caso, si la imagen no es congruente con estas leyes físicas, muy probablemente nos encontremos con un tipo de manipulación.

III. Metodología

Con el fin de mostrar la eficacia de la propuesta, realizamos un conjunto de ocho fotografías a las que encontramos su punto de fuga. A estas mismas imágenes les realizamos alteraciones (obteniendo otras ocho imágenes) tales que mostraron incongruencias con la física de la sombra: la presencia de más de un punto de intersección o bien la línea tendida entre objeto y sombra no converge a ninguna otra línea. Por lo que, en total, presentaremos los resultados de 16 imágenes.

Para registrar las fotografías utilizamos una cámara convencional y de sencilla adquisición en el mercado –pues es lo que probablemente utilizaría un testigo en una escena de interés forense real– en particular un *smartphone* (marca *Hawei*, modelo T40). La fuente luminosa consistió de una lámpara de escritorio con leds de luz blanca y con ventana translúcida; este arreglo brinda una iluminación uniforme. La fuente se situó a una distancia de aproximadamente dos metros de una mesa (donde se montaron las escenas), de modo que la iluminación se puede modelar como rayos paralelos. Para las escenas se utilizaron tres objetos: una figurilla de escritorio de un caballo, y las dos piezas de los reyes de un juego de ajedrez. El número de piezas permite mantener las escenas inteligibles, además la geometría de los objetos permite identificar (de modo aceptable) vértices en las sombras. Se registraron ocho fotografías desde diferentes ángulos y variaciones en la posición de las imágenes.

Posteriormente, para cada foto genuina se realizó una única adulteración, para lo que se utilizó el programa Adobe-Photoshop CS6, el cual es muy popular entre los profesionales del diseño gráfico. Para editar las imágenes fotográficas, el criterio para realizar los cambios se restringió a ediciones básicas que podría realizar una persona con una instrucción elemental –de apenas un par de horas– de las herramientas de dicho programa. Para la clonación de elementos o su reposicionamiento se duplicó la capa de fondo y se recortó el elemento de interés con su respectiva sombra utilizando la herramienta *Lazo y Goma*, para cubrir la presencia del elemento inicial se utilizó la herramienta *Clonar* al igual que para eliminar elementos. Para la inserción de objetos fuera de la imagen como la esfera se utilizó una imagen desprovista de fondo (.PNG), se compensaron los tonos de acuerdo con la información contextual y se creó la sombra generando una copia de la misma capa, se subexpuso por completo, se alargó con la opción de *Transformación libre* y se utilizó un filtro de desenfoque gaussiano; por último, se cambió el orden de la capa y se orientó con la opción de *Transformación Libre*. Para la alteración de las sombras se recortaron de la capa de fondo, se cubrió su presencia con la herramienta *Clonar*, se pegaron en una capa nueva donde se giraron o modificaron utilizando las opciones de transformación libre y el filtro *Licuar*.

La Tabla 1 muestra, para cada caso, el código de imágenes, la miniatura de la fotografía original, el resultado de la adulteración y un comentario del cambio realizado. Con el fin de que otros investigadores utilicen esta base de datos para pruebas, desarrollo y reportes, las imágenes están disponibles en la página web del Banco de Imágenes Digitales para Análisis Forense (BIDAF)²:

Los análisis los realizamos con el programa *Powerpoint*, utilizando herramientas de trazo y giro de rectas. Primero, en una diapositiva en blanco se añadió la imagen a estudiar. Segundo, se insertó la forma de línea. Utilizando el ratón y apoyado en el aumento del tamaño de vista, un extremo de la línea se coloca en un vértice de objeto (que está en la imagen), después el otro extremo se arrastró hasta el vértice de la sombra. Para terminar esta etapa, manteniendo seleccionada la línea, dimos clic en la pestaña “formato de forma”, en el cuadro de dialogo dimos clic en “bloquear relación de aspecto”. Así, se ha bloqueado el giro de la línea, por lo que pudimos extenderla. Con el fin de diferenciar la línea de otras más, se seleccionó un color y mediante dos círculos de relleno translúcido se marcaron los vértices objeto-sombra, de este modo es claro a qué línea corresponde a cierto par de puntos de interés.

La siguiente etapa fue repetir las anteriores acciones en los demás vértices objeto-sombra, para luego extender las líneas hasta el punto donde se intersectan, ese es el punto de fuga, el cual se marcó con un círculo translúcido gris, empalmes parciales se marcaron con circunferencias negras de línea gruesa, las que se interpretan como indicios de adulteración en la imagen.

La intersección puede suceder fuera del campo de la imagen y será después de que la línea contacte con el par de vértices objeto-sombra. Si una línea se encuentra con otra, pero antes de que la segunda contactara con el par objeto-sombra: no se le considera una intersección. Así, para el estudio de cada una de las ocho escenas reales y sus ocho alteraciones, se trazaron un máximo de seis líneas, las que consideramos suficientes para esta exposición.

² http://www.cienciaforense.facmed.unam.mx/?page_id=6526

Nombre de imagen	Fotografía original	Imagen alterada	Nota
1			Giro y sombra alargada
2			Añadir objeto con sombra
3			Sustitución de objeto de posición
4			Clonación de objeto
5			Giro y reducción de sombra
6			Giro de objeto con su sombra
7			Cambiar de posición un objeto
8			Añadir objeto con sombra

Tabla 1. Base de datos de fotografías genuinas y su alteración correspondiente.

IV. Resultados

La Tabla 2 presenta los análisis de las 16 imágenes, las ocho fotografías genuinas y sus correspondientes ocho alteraciones. En todas las imágenes genuinas se encontró un único punto de fuga. En contraste, en las imágenes alteradas se encontraron intersecciones parciales (imagen alterada 1, 2, 5, y 8), algunos casos no se muestran, pero también presentarían intersección parcial (imagen alterada 3 y 4). La imagen 6 alterada muestra un punto de conversión, pero es incongruente con la intersección de las piezas de ajedrez que no fueron modificadas. La imagen alterada número 7 es un caso especial, pues la pieza modificada presenta una línea divergente al resto. En todo caso, el punto de fuga sólo se puede determinar cuándo todas las líneas de par vértice objeto-sombra convergen en un solo punto. La Fig. 5 muestra más a detalle el examen de la fotografía original número 1 y su correspondiente alteración. El cambio produce que las líneas trazadas dejen de converger en un solo punto, de modo que se encuentran intersecciones parciales.

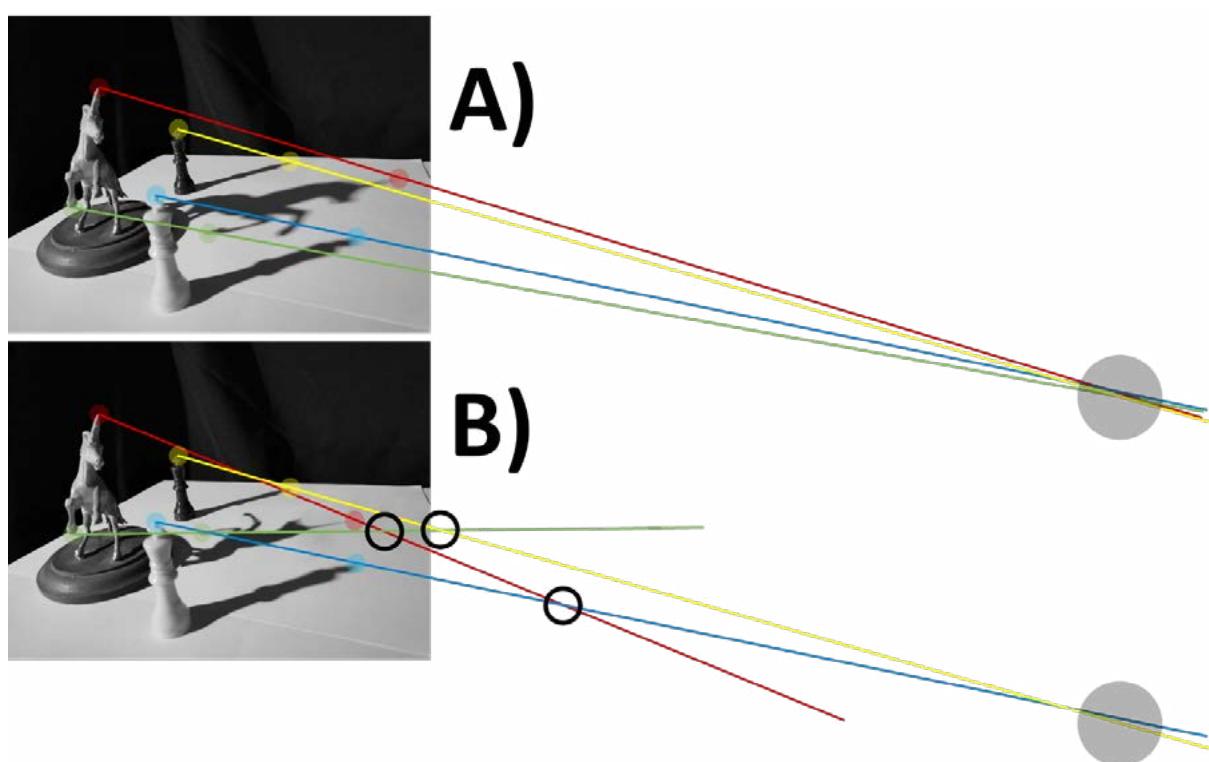


Figura 5. Detalles del análisis de **A)** la fotografía genuina número 5 y **B)** su correspondiente imagen adulterada. La fotografía muestra un único punto de intersección (el punto de fuga), pero la adulterada muestra varios puntos de intersección.

Nombre de imagen	Original	Alterado
1		
2		
3		
4		
5		
6		
7		
8		

Tabla 2. Análisis de fotografías genuinas e imágenes alteradas. Todas las fotografías muestran un único punto de fuga, pero las imágenes alteradas presentan más de un punto de intersección.

V. Discusión de resultados y prospectiva de investigación

Sobre la selección de escenas. Las ocho fotografías registradas son un conjunto de gabinete, adecuado para exponer la conveniencia de la técnica. Sin embargo, se pretende en futuros trabajos mostrar un conjunto más amplio de fotografías que incluyan casos de campo y otros más de gabinete.

Sobre la metodología. El objetivo de este documento es mostrar que se puede utilizar herramientas económicas para realizar un análisis primario de información contextual de la imagen digital, ello con el fin de exhibirle como manipulada. *Powerpoint* es un programa popular de ofimática, se puede utilizar otro software similar de manipulación vectorial como: *Corel-Draw*, *Gimp*, *Photoshop*, o bien una alternativa más sofisticada de programación, como puede ser *Matlab*, *Octave*, *Mathematica*, *ImageJ* u otras opciones. En todo caso, el estudio sigue las mismas fases. En futuros reportes mostraremos la utilización de programas denominados free-software para realizar exámenes complementarios.

Es importante recalcar que sin importar si se trata de líneas reales o virtuales (como en este caso los rayos de luz), las rectas de una escena 3D se conservan como líneas rectas en la imagen 2D. Este hecho de proyección de perspectiva produce un principio geométrico común para analizar puntos de fuga producidos por sombras. Pero el método aquí propuesto es dependiente de la precisión al marcar las líneas. Así, el análisis de punto de fuga, requiere la definición correcta de la línea recta, por ello es esencial marcar puntos distintivos y claros tanto del objeto y su sombra. De modo que se necesita de una iluminación adecuada. En caso de fallar, se puede hacer una conclusión equívoca sobre la legitimidad de una imagen. Por otro lado, si las cámaras son de mala calidad o diseñadas (como algunas cámaras de seguridad de circuito cerrado) para utilizar distorsión de campo ya sea de tipo *barril* o *cojín*, por lo que este principio de rectas se pierde. Pues las líneas rectas serán transformadas en curvas; complicando el estudio de la intersección.

La técnica que presentamos permite detectar incongruencia en los objetos representados, pero no señala si la manipulación se trata de una clonación, sustitución, giro, cambio de tamaño, o traslación de un objeto específico. De hecho, ante la eliminación de un objeto, la técnica no detecta la pérdida del dato. Así, esta propuesta es orientativa para después profundizar en una investigación, pero es suficiente para exhibir una imagen falsa. Es por ello, que el trabajo pericial se complementará con estudios de la distribución de píxeles –tales como componentes principales, análisis de niveles de error (por sus siglas en inglés: ELA) y distribución de ruido, píxeles quemados, entre otros–, metadatos y otras periciales de contexto en la imagen, como puede ser la presencia de reflejos. Por ejemplo, la Fig. 4 muestra una simulación tridimensional de una escena; siguiendo las leyes físicas se logró esta imagen sintética, que es congruente con el examen de sombras. Sin embargo, otros exámenes objetivos revelarían que no se trata de una fotografía genuina. En todo caso, en ciencia forense existe una máxima: *la ausencia de indicio, no es indicio de ausencia*.

VI. Conclusiones

Hoy en día existen muchos mecanismos para adulterar una imagen, pero también contamos con muchas técnicas para exhibir una imagen falsa. En este documento hemos presentado una técnica sencilla, que puede ser realizada utilizando una computadora convencional y con software de fácil adquisición, además se basa en conceptos básicos de geometría y física que son sencillos de comprender y exponer. La interacción de la luz-materia para generar sombras y su representación en una fotografía produce un punto de fuga unívoco, como hemos mostrado. Por el contrario, las imágenes alteradas no cumplen con tal condición física-geométrica. Este tipo de estudios pueden presentarse en un tribunal como parte de complementos de un medio de prueba para demostrar que una imagen fue de adulterada.

VII. Agradecimientos

VTZ desea agradecer al apoyo económico al proyecto UNAM-PAPIME-PE115519 y al M. en C. José Guadalupe Bañuelos Muñeton por sus comentarios al manuscrito. BRO desea agradecer a la Lic. Gabriela Ochoa Rivera por sus comentarios al manuscrito y apoyo creativo en la edición de las imágenes.

VIII. Fuentes de consulta

- Carvalho, T., Farid, H., Kee, E.: “*Exposing photo manipulation from user-guided 3D lighting analysis*” Proceedings of SPIE - The International Society for Optical Engineering 9409, 940902, 2015.
- Darahuge , M. E., Arellano González: *Manual de informática forense II*, Errepar, 1a ed., Argentina, pp: 444- 467, 2014.
- Farid, H., Bravo, M. J.: “*Image Forensic Analyses that Elude the Human Visual System*”, Proc. SPIE 7541, *Media Forensics and Security II*, 754106, 2010.
- Ke, Y., Qin, F., Min, W., Zhang, G.: “*Exposing Image Forgery by Detecting Consistency of Shadow*” Vol 2014, ID 364501, p. 9, 2014.
- Kee, E. Brien, J. O, Farid, H.: “*Exposing Photo Manipulation from Shading and Shadows*. ACM Transactions on Graphics”, 33(5):165:1-165:21, 2014.
- Kee, E. Brien, J. O, Farid, H.: “*Exposing Photo Manipulation with Inconsistent Shadows*” ACM Transactions on Graphics, 32(4):28:1-12, 2013.
- Nightingale, S. J., Wade, K. A., Farid, H., Watson, D. G.: “*Can people detect errors in shadows and reflections?*” Attention, Perception, & Psychophysics, 81(8), 2917–2943, 2019.
- Santamaría, E. C., Pérez Rubio, M. I.: *Análisis de datos y representación de planos*. Elear-ning. pp. 344-514, 2015.
- Wen, T.: “The hidden signs that can reveal a fake photo, BBC-Future, 2020.
- Torres-Zúñiga, V.: “Las preguntas importantes ante la alteración de fotografías”, en *Cien-cia forense en el contexto del nuevo sistema de justicia penal*, Tribunal Superior de Justi-cia de la Ciudad de México, 187-208, México (2016).

El IFDP cuenta con un área de ciencias forenses para apoyar la incorporación de la perspectiva pericial

Antropología social

Balística forense

Ciencias forenses

Criminalística

Dactiloscopía

Documentoscopía

Entomología forense

Etnopsicología

Fotografía forense

Genética forense

Grafoscopía

Hechos de tránsito terrestre

Medicina legal

Odontología forense

Poligrafía

Psicología forense

Química forense

Toxicología forense



Instituto Federal de
Defensoría Pública

Apoya en la construcción de estrategias de defensa,
aportando elementos técnicos y científicos para
alcanzar la igualdad procesal

Los tres momentos de la actividad probatoria en el Derecho

Vera Ángela Flores Valdés*

RESUMEN: Este artículo es una parte del aprendizaje obtenido en el Curso de Especialización en Bases del Razonamiento Probatorio de la Universidad de Girona. Tiene por objeto exponer la información más significativa de cada uno de los tres momentos de la actividad probatoria en el Derecho. Si bien, como atinadamente lo ha resaltado Carmen Vázquez, en el discurso jurídico suele atribuirse mayor importancia al momento de la adopción de la decisión judicial, se trata de enfatizar las particularidades de cada momento, a efecto de poner de relieve su importancia y hacer patente que la falta de un trabajo adecuado en cualquiera de esos momentos se traduce en una disminución de la probabilidad de acierto en la sentencia judicial.

SUMARIO: I. La conformación del conjunto de elementos de juicio sobre cuya base se adoptará la decisión. II. La valoración de los elementos de juicio o pruebas. III. El momento de la adopción de la decisión. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

I. La conformación del conjunto de elementos de juicio sobre cuya base se adoptará la decisión

Es el primer momento de la actividad probatoria en el Derecho. Se refiere a la reunión de los elementos de prueba que permitirán aceptar como verdadero o no el objeto de la prueba, entendido éste como la entidad proposicional vinculada con el supuesto de hecho de una norma general, o, dicho de una manera más sencilla: lo que se prueba en el proceso. Los hechos que pueden ser objeto de prueba judicial, señala González Lagier, son extensos: acciones, omisiones, relaciones causales, estados mentales, entre otros.

La conformación de los elementos de juicio se presenta a través de diversas fases: el hallazgo, el ofrecimiento de la prueba por las partes, la admisibilidad, que será llevada a cabo por un decisor conforme al diseño institucional y la producción o práctica de los medios de prueba.

A diferencia de los demás ámbitos del conocimiento, en el jurídico opera la máxima *quid non est in actis non est in mundo*, por lo que sólo podrán ser consideradas para la decisión jurídica las pruebas que, además de haber sido ofrecidas al proceso, hayan sido admitidas. Esto significa que no podrán servir para la toma de la decisión los elementos de juicio al alcance del decisor que haya obtenido por medios distintos al proceso, sino sólo los ofrecidos y admitidos en el expediente judicial conforme a las reglas jurídicas aplicables, lo que implica que hayan sido ofrecidos en tiempo y forma legal.

1. La relevancia como criterio epistemológico

Jordi Ferrer señala que adquiere una relevancia destacada el estudio de los *filtros* para la admisión de pruebas en el proceso. El criterio fundamental para decidir sobre la admisibilidad de una prueba se refiere a la relevancia, que, si bien en otros ámbitos del conocimiento es el único filtro, en el jurídico opera como un principio general de inclusión, al que se deben añadir otros impuestos por las reglas jurídicas, a los que me referiré en párrafos subsecuentes.

* Supervisora en materia de Defensa Penal del IFDP.

La relevancia, de acuerdo con Michele Taruffo, es un estándar lógico con base en el cual los únicos medios de prueba que deben ser admitidos y tomados en consideración por el juzgador son aquéllos que mantienen una conexión lógica con los hechos en litigio, de modo que pueda sustentarse en ellos una conclusión acerca de la verdad de tales hechos.¹ Carmen Vázquez señala que en términos epistemológicos existen dos tipos de relevancia -también llamada pertinencia-: material y probatoria.

La relevancia material se refiere a los hechos mismos que hay que probar, los cuales serán determinados por el derecho sustantivo: v.g. la descripción típica del robo nos instruye cómo un hecho va a probar el apoderamiento de la cosa, entre otros. Para esto es importante que el Derecho Sustantivo sea claro, pues de lo contrario los problemas probatorios se incrementarán, lo que llevaría a que ciertas normas del Derecho Sustantivo se tornen materialmente inaplicables aun teniendo una valiosa razón de ser.

La relevancia probatoria se refiere al juicio que debe emitir el juzgador cuando decide que cierta prueba es relevante o irrelevante. Este juicio tiene tres características: es un juicio individual, porque el Juez decide sobre cada uno de los diversos elementos de prueba; es de todo o nada, ya que el resultado de calificar una prueba como relevante o irrelevante sólo puede ser su admisión o exclusión, con independencia de cuál sea el nivel de la relevancia que se le atribuya;² y es dinámico, porque depende de las circunstancias concretas de cada caso existentes al momento de determinar la admisibilidad.³ Esta relevancia se funda en un elemento relacional entre la prueba con el hecho a probar; relación que, de acuerdo con Carmen Vázquez, no se da desde un punto de vista lógico como se suele decir, sino empírico; se relaciona la información con los hechos jurídicamente relevantes.

¿Cuán relevante debe ser el medio de prueba para que sea admisible? Una prueba es relevante para la decisión si, y sólo si, permite fundar (por sí sola o conjuntamente con otras), una conclusión sobre la verdad del enunciado fáctico a probar; sin embargo, cuando el aumento es tan mínimo que en el examen costo–beneficio resulta inútil, se debe considerar su exclusión.

2. Criterios contraepistémicos en la admisibilidad de la prueba

Como ya se había anticipado, existen otros criterios de exclusión por aplicación de filtros adicionales impuestos por las reglas jurídicas, a los que Marina Gascón Abellán se refiere como criterios contra epistémicos, ya que se justifican en la protección por parte del derecho de valores distintos a la averiguación de la verdad. Estas disposiciones se interpretan como reglas de exclusión, ya que su función principal es determinar cuándo un medio de prueba no debe ser admitido a pesar de ser relevante.

La razón de ser de cada regla se basa en factores muy diversos: algunas veces tiene que ver con la posición particular de las personas involucradas; por ejemplo, en ciertos países las partes no pueden fungir como testigos, pues rige la idea de que sólo quienes no son parte pueden ser considerados como testigos.

Otras veces la regla de exclusión tiene como propósito evitar posibles errores en la valoración de los medios de prueba específicos, como es el caso de la exclusión del testimonio de oídas o de referencia, con lo cual se pretende evitar el peligro de que los jurados cometan errores al valorar la fiabilidad de la declaración hecha por una persona que no ha tenido contacto directo con el autor de las declaraciones referenciadas y sin haber oído al autor de éstas.

Los privilegios suelen ser fundamento de reglas de exclusión; de este modo un testigo no

¹ Taruffo, M: *La prueba*, cit., p. 38.

² Una prueba puede ser más relevante que otra (en la medida de su incidencia probatoria); sin embargo, calificada la relevancia, se admiten en los mismos términos.

³ Véase Vázquez Rojas, C.: *Los retos de...* cit., p. 360.

es interrogado si apela a razones personales como una relación de parentesco con alguna de las partes, cuando se dio alguna información bajo el secreto de confesión o con motivo de una relación profesional, como lo sería el abogado respecto al cliente.

También los plazos procesales fungen como criterio de exclusión cuando se excluye la información relevante, por el hecho de que se presente mediante pruebas aportadas fuera de los plazos expresamente previstos en la respectiva legislación.

En México, un argumento frecuente para solicitar la exclusión es por tratarse de pruebas obtenidas mediante violación a derechos fundamentales, el cual constituye un criterio regulado constitucional, legal y jurisprudencialmente.⁴

II. La valoración de los elementos de juicio o pruebas

En este segundo momento se evalúa si los indicios o elementos de prueba obtenidos por producción de los medios de prueba ofrecidos y admitidos en el procedimiento acreditan o no la proposición que se quiere probar, i.e., el objeto de prueba. Se procede a la valoración de los elementos de juicio disponibles en el proceso.

Valorar la prueba es determinar el grado de probabilidad que tienen las hipótesis fácticas de acuerdo con la información que arroja la prueba disponible; es definir o evaluar el grado de apoyo que una afirmación fáctica tiene de acuerdo con las pruebas practicadas en el juicio.

La valoración de la prueba tiene por objeto establecer la conexión final de los medios de prueba presentados y la verdad o falsedad de los enunciados sobre los hechos en litigio. Pretende determinar si el conjunto de los elementos de juicio presentados al decisor (Juez), apoyan alguna conclusión sobre el estatus epistémico final de esos enunciados, y en caso de hacerlo, en qué grado.

El método de valoración de la prueba es un instrumento para asignar valor a determinados elementos de prueba en relación con el objeto de la prueba. Tradicionalmente el Derecho Procesal ha denominado a estos métodos como *sistemas de valoración de la prueba*. Son tres: íntima convicción, sistema de prueba legal o tasada y de sana crítica racional; se distinguen por la forma en que atribuyen valor a los elementos de juicio y, sobre todo, al conjunto de los elementos con los que se cuenta para determinar, en última instancia, si está probado o no el objeto de la prueba. Es importante señalar que los tres sistemas de valoración son *legales*, en sentido débil, en tanto se encuentran contemplados en un ordenamiento jurídico procesal determinado.

1. El sistema de prueba legal (en sentido fuerte)

Se terminó de formar en el siglo XIII y se extendió en los siglos siguientes, especialmente por medio de la ciencia jurídica europea de los siglos XVI y XVII. En este sistema es el legislador quien determina, a través de reglas rígidas, el peso que tiene cada tipo de elemento de juicio, así como también cuándo un conjunto de elementos de prueba es suficiente para tener por probado al enunciado fáctico. En consecuencia, el Juez tenía nula discreción para valorar la prueba, pues sólo debía sumar los valores de las pruebas positivas y negativas acerca de cada hecho, en una especie de cálculo algebraico que desprendía los valores de las pruebas de lo prescrito en las disposiciones legales.

Uno de los mayores defectos de este sistema, es su excesiva rigidez que lo lleva al campo de lo arbitrario, ya que ante la imposibilidad de poner atención a otra información con relevancia

⁴ El artículo 20, apartado A, fracción IX, de la Constitución Política Mexicana, señala que cualquier prueba obtenida con violación a derechos fundamentales será nula. Por su parte, el artículo 264 del Código Nacional de Procedimientos Penales dispone que se considera prueba ilícita, cualquier dato o prueba obtenidos con violación a los derechos fundamentales, lo que será motivo de exclusión o nulidad. Y en el rubro de la jurisprudencia, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, entre otras, emitió la de rubro *Prueba ilícita. El derecho a un debido proceso comprende el derecho a no ser juzgado a partir de pruebas obtenidas al margen de las exigencias constitucionales y legales*.

epistémica distinta a la que el legislador estableció de antemano como relevante, se soslaya información útil para la averiguación de la verdad. Aunque este sistema de valoración se encuentra prácticamente en desuso, aún existen ciertas reglas de prueba legal, en forma de presunciones legales.⁵

Por lo general, se trata de normas contraepistémicas desde que fuerzan a determinar la existencia de un hecho, incluso, en contra de lo que la libre apreciación puede hacer para determinar tal existencia.⁶

Existen dos posibilidades de sistemas de prueba legal (en sentido fuerte):

- a) El taxativo, en el que el legislador señala exactamente qué medios probatorios acreditan determinados enunciados fácticos, resultando el Juez ajeno a cualquier injerencia en el razonamiento probatorio. El ejemplo más ilustrativo remonta a la época en la que se decía que la confesión era la *reina de las pruebas*, por lo que su sola existencia resultaba suficiente para tener por verdadero el hecho atribuido.
- b) El estandarizado, en el que el legislador no dice qué medios de prueba acreditan qué enunciados fácticos; pues deja al Juez la tarea de hacer un razonamiento probatorio conforme a la epistemología en general; sin embargo, lo acota mediante el establecimiento de diversos estándares de suficiencia acordes al tipo de decisión que se trate, los que se formulan en términos meramente epístémicos; por lo que en realidad se trataría de un sistema combinado con elementos del legal y el de la sana crítica racional.

2. El sistema de íntima convicción

En este sistema, la suficiencia probatoria y la determinación del valor de un elemento de prueba respecto de un objeto de prueba responde al impacto psicológico que dicho elemento provoca en la persona de quien debe decidir, es decir, en cuánto convencimiento genere al decisor. El Juez tiene libertad, sin restricciones impuestas por reglas legales, para decidir cuándo un hecho ha sido suficientemente probado. De este modo lo que determina el peso de los elementos de juicio para tener por probado un enunciado fáctico son los estados subjetivos de convicción del decisor.

La valoración de la prueba es tarea exclusiva de los Jueces, porque es ante ellos donde se desarrolla la actividad probatoria, y no existe obligación para éstos de expresar las razones que los llevan a formar su íntima convicción, porque el estándar de prueba acorde con este sistema podría determinar que, si el decisor se siente convencido o bastante seguro de que determinado suceso tuvo lugar, entonces éste tuvo lugar.

En palabras de Daniel González Lagier *La concepción epistemológica subyacente a esta doctrina viene a decir que el método más fiable para conocer los hechos consistiría en procurar que el sujeto cognosciente llegue a estar convencido de los mismos, sea como sea el razonamiento por el que llegue a ese convencimiento.*⁷

⁵ Un ejemplo en México es el artículo 195, tercer párrafo, del Código Penal Federal, que establece que cuando se posea alguno de los narcóticos señalados en la tabla del 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 (suministrar, transportar, comerciar, entre otras), el cual, contempla una punibilidad mayor a la establecida para la posesión simple del mismo narcótico. Si bien en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación con registro 2008745, de marzo de 2015, se sostuvo que dicha presunción debe entenderse como simple, por lo que sólo constituye un indicio para acreditar el hecho desconocido, es decir, que la posesión tiene alguna de las finalidades señaladas, por mucho tiempo la presunción generada a partir de la cantidad del narcótico fue el único argumento para justificar sentencias en una modalidad agravada del delito contra la salud, es decir, como posesión finalista, y, de hecho, en la actualidad sigue siendo un argumento reiterado y de gran peso para justificar la aplicación de dicha modalidad, aun cuando formalmente se le dé tratamiento de indicio.

⁶ Véase Hunter Ampuero, I.: "Reglas de... cit., p. 253.

⁷ González Lagier, D.: "Hechos y.. cit., p.13.

Diego Dei Vecchi señala que:

...uno de los problemas que suele enfatizarse en relación a este sistema de valoración es que la ausencia del estado subjetivo relevante implica ausencia de prueba, y, precisamente, una de las circunstancias de las que los teóricos quieren dar cuenta es de aquélla en que el decisor debe tener por probado al enunciado fáctico a pesar de no estar convencido, de no creer en la verdad del enunciado, o incluso estando convencido de, o creyendo en, su falsedad. Por lo demás, este sistema suele concebirse (y presentarse en la práctica) como deslindado de la necesidad de dar razones epistémicas en favor del enunciado fáctico de que se trate, sin importar con qué y con cuántos elementos de juicio se cuente.⁸

Este sistema, al igual que el de la prueba legal, se considera fuertemente arbitrario, porque al depender de subjetividades genera inseguridad jurídica.

3. Sistema de la sana crítica racional

A este sistema, también conocido como de la libre convicción, la dogmática procesalista lo describe como aquél en que se exige que la prueba sea valorada de acuerdo con las reglas de la lógica y de la experiencia común. Aquí no hay reglas jurídicas que determinen la valoración de la prueba ni estados mentales que determinen la suficiencia probatoria. En éste, el juzgador tiene que determinar el valor de cada medio de prueba específico mediante una valoración libre y discrecional, caso por caso.

Sin embargo, esta determinación del valor de cada medio de prueba se debe realizar apegándose a las reglas de la epistemología en general, lo que significa que debe otorgarse de acuerdo con el impacto epistémico que el elemento de prueba tiene respecto del objeto de la prueba, lo que lleva, a su vez, al desarrollo de la epistemología en general, y de los argumentos epistemológicamente válidos y pertinentes en lo particular.

En el marco del proceso judicial hay dos tipos de argumentos presentes: unos son las inferencias probatorias en sentido estricto, cien por ciento epistémicas, y las otras son las llamadas presunciones legales, las cuales suelen presentarse como argumentos probatorios, puesto que se emplean para aceptar o rechazar como verdaderas determinadas proposiciones fácticas, empero, no son genuinamente probatorias.

3.1 Inferencias probatorias en sentido estricto y presunciones *iuris*

González Lagier muestra a la inferencia probatoria de acuerdo con la propuesta de Toulmin acerca del esquema de los argumentos.⁹ De acuerdo con Toulmin pretensión, razones, garantía y respaldo son elementos que deben estar presentes en toda argumentación o razonamiento, sea o no jurídico.

Así, se afirma que toda argumentación parte de una pretensión, que es lo que se quiere fundamentar, pero cuando esta pretensión es puesta en duda, debe ser apoyada por medio de razones; sin embargo, hay ocasiones en que se debe explicar por qué las razones (indicios) apoyan la pretensión (el objeto de prueba), lo que se hace, precisamente, por medio de un enunciado que exprese una regularidad que permite correlacionar el tipo de hechos que constituye la razón, con el objeto de prueba o pretensión. Este elemento es lo que se ha llamado garantía, que en el razonamiento judicial estaría representada por lo que se conoce como máximas de experiencia o presunciones. En este sentido, la garantía es una regla general por virtud de la cual, la razón que se tiene está en favor de la pretensión; por lo tanto, una garantía

⁸ Véase Dei Vecchi, D.: "Acerca de... cit., p. 246.

⁹ Atienza M.: *Las razones...* cit., p. 119.

también debe ser justificada para que sea tomada en cuenta y generar un argumento sólido, donde de ciertas razones pueda seguirse una determinada pretensión.

A estas inferencias probatorias genuinas, respaldadas en última instancia en un razonamiento inductivo, también se les conoce como presunciones *hominis*.

Por otra parte, estaremos ante una presunción *iuris* cuando el paso de las consideraciones invocadas como razones a la pretensión, resulta de tal modo impuesto por una norma jurídica.¹⁰

Así, la diferencia entre una presunción *hominis* y una presunción *iuris* se encuentra en el tipo de respaldo que sustenta las consideraciones que fungen como garantías en uno u otro tipo de argumento. En los argumentos que se identifican como presunciones *hominis*, una de las premisas, que es la garantía, está representada por un enunciado con respaldo inductivo. Por su parte, en una presunción *iuris*, el paso de las razones a la pretensión resulta impuesto por una norma jurídica; se trata de un argumento que tiene por premisa menor (razón) a un hecho base, por premisa mayor (garantía) a una norma presuntiva y por pretensión, al enunciado presumido.

En una presunción *hominis* las razones que se alegan en favor de una pretensión son indicios (elementos de prueba), que adquieren relevancia por virtud de una máxima de experiencia o una regla general (garantía) respaldada en la observación del mundo. La presunción *hominis*, al estar inductivamente fundada, es provisoria y falible; derrotable en la medida que siempre es posible una observación que falsee el enunciado general en que se apoyan.

En el razonamiento judicial las normas presuntivas *iuris* imponen al decisor (judicatura) una obligación de aceptar un enunciado como verdadero y emplearlo como premisa de otros argumentos; lo que significa que sustituyen la función de la inferencia probatoria determinando, de antemano, que ciertas proposiciones fácticas se deben tener por verdaderas.

III. El momento de la adopción de la decisión

El tercer momento de la actividad probatoria corresponde a la toma de la decisión. Consiste en determinar si los elementos de juicio integrados en el primer momento operan como elementos suficientes para aceptar como verdadero el objeto de prueba, i.e., para aceptar como ocurridos los hechos que se estaban investigando de acuerdo con las inferencias que se han llevado a cabo en el segundo momento de la actividad probatoria. Sin embargo, siempre se debe tener muy claro que el grado de confirmación que se alcance, nunca será igual a la certeza absoluta.

Para decidir si hay pruebas suficientes para aceptar como verdadero el objeto de prueba, es necesaria la intermediación de un estándar de prueba, que determine cuándo hay pruebas suficientes para aceptar en distintos contextos procesales una u otra conclusión.

No obstante, la cuestión de los estándares de prueba es un tema complicado, porque, aunque hay muchos métodos distintos para formular estándares, a la fecha no se han logrado soluciones concluyentes ni en la jurisprudencia ni en la legislación; porque la justificación epistémica siempre es inconcluyente, lo que mantiene presente siempre el riesgo de cometer errores.

Jordi Ferrer propone tres requisitos metodológicos que deben cumplir las reglas que establecen estándares de prueba:

El primero obliga a apelar a criterios relativos a la capacidad justificativa del acervo probatorio respecto de las conclusiones probatorias que se establezcan. Esto implica descartar el uso de criterios subjetivos del Juez en la formulación del estándar de prueba, por lo que desde el punto de vista justificativo de la decisión judicial el convencimiento del Juez no es relevante. La decisión debe permitir un control intersubjetivo.

El segundo implica que los criterios que rijan el estándar de prueba deben establecer, de la forma más precisa posible, un umbral con base en el cual una determinada hipótesis fáctica

¹⁰ Véase Dei Vecchi, D.: "El carácter... cit., p. 4.

pueda considerarse suficientemente corroborada para los fines de la decisión que debe tomarse. Este umbral se determinará para cada estado del procedimiento, pues las exigencias probatorias son distintas en cada uno de ellos.

El tercero impide que el umbral de suficiencia probatoria se fije mediante números o fórmulas matemáticas; pues debido a que la estructura del razonamiento probatorio está dada por la probabilidad lógica o inductiva, este umbral debe establecerse a través de criterios cualitativos.

Los estándares de prueba de alguna manera ayudan a lidar con los errores, en tanto reglas que indican cuándo se ha hecho lo suficiente para asumir la responsabilidad de la determinación en uno u otro sentido. El nivel de suficiencia depende, en alto grado, de la evaluación de los riesgos de error, de qué tan grave resultaría equivocarse en la decisión.

IV. Conclusiones

PRIMERA. En la conformación de los elementos de juicio, primer momento de la actividad probatoria en el derecho, es importante considerar que la inclusión de los elementos de prueba se debe hacer cumpliendo las reglas de derecho establecidas, pues de otra manera, aun siendo significativos para probar los hechos del proceso, no podrán incidir en la toma de la decisión. Aunque esto parece obvio, en la práctica es algo que a veces se pasa por alto.

Para decidir cuáles son los elementos de juicio convenientes al objeto de la prueba es indispensable hacer un planteamiento previo respecto a si, a partir de cada uno de ellos, es o no posible sostener una conclusión acerca de la verdad del enunciado fáctico a probar; en caso negativo, debe descartarse su inclusión. También debe realizarse un examen respecto al costo-beneficio, que permita determinar que, de considerar su inclusión, este último –beneficio- es mayor.

SEGUNDA. Valorar los elementos de juicio, segundo momento de la actividad probatoria en el derecho, significa hacer un análisis individual para determinar si las pruebas practicadas apoyan o no la afirmación fáctica sostenida y, en su caso, el grado de apoyo que proveen. Se realiza conforme a los métodos denominados sistemas de valoración de la prueba: a) de íntima convicción, b) de prueba legal o tasada, y c) de nada crítica racional.

TERCERA. El tercer momento, de adopción de la decisión, está dirigido a determinar si se aceptan o no como ocurridos los hechos sostenidos de acuerdo con las inferencias generadas en el segundo momento de la actividad probatoria. Para ello es necesario contar con un estándar de prueba que, si bien es un tema complicado, valdría considerar al menos los tres requisitos metodológicos que deben cumplir las reglas que establecen estándares de prueba, propuestos por Jordi Ferrer.

Es importante tener presente que un estándar de prueba intrínsecamente subjetivo es un caldo de cultivo para la toma de decisiones arbitrarias y que el estándar de prueba que se elija va a depender de los valores que estén en juego; por lo que, en el proceso penal, se hace indispensable una mayor exigencia probatoria, al estar de por medio el derecho humano a la libertad.

V. Bibliografía

- Aguilera, Edgar: *Una propuesta de aplicación de la epistemología jurídica en la investigación del delito*. Universidad de Girona.
- _____: “¿Garantismo extremo o mesurado? La legitimidad de la función jurisdiccional penal: Construyendo el debate Ferrajoli-Laudan”. *Isonomía* No. 40, 2014.
- Atienza, Manuel: *Las razones del Derecho*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

- Dei Vecchi, Diego: "Acerca de la fuerza de los enunciados probatorios: el salto constitutivo". *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 37, 2014.
- _____: *El carácter presuntivo de las presunciones absolutas, Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law/Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava*, 2019.
- Ferrer, Jordi: *Prueba y verdad en el Derecho*. Marcial Pons, 2^a ed., Madrid, 2005.
- _____: *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons, Madrid, 2007.
- _____: "Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales", en *Isonomía* núm. 34, 2011.
- _____: "Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso", en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*. Universidad de Girona, 2017.
- González, Daniel: "Hechos y argumentos. Racionalidad Epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal (II)", en *Jueces para la Democracia*, núm. 47, 2003.
- Hunter, Iván: "Reglas de prueba legal y libre valoración de la prueba: ¿Cómo conviven en el proyecto de Código Procesal Civil?" Revista *Ius et Praxis*, Año 23, No. 1, 2017.
- Laudan, L.: "Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar", en *Doxa*, 2005.
- _____: *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica*. Marcial Pons, Madrid, 2003.
- Taruffo, Michele: *La prueba*. Marcial Pons, Madrid, 2008.
- Vázquez, Carmen: "La admisibilidad de las pruebas periciales y la racionalidad de las decisiones judiciales", en *Doxa*, 38, 2015.
- _____: *De la prueba científica a la prueba pericial*. Marcial Pons, Madrid, 2015.
- _____: "Los retos de las pruebas periciales a partir del nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales. Apuntes desde la epistemología jurídica. Problema", en *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, Núm. 11, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2017.

La valoración del testimonio con base en los criterios judiciales federales

Jesús García Márquez*

RESUMEN: Lo que aquí se presenta es un estudio y análisis técnico-jurídico sobre la valoración del testimonio que se efectúa en materia penal, a partir de las tesis y jurisprudencias emitidas por las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tribunales Colegiados de Circuito, lo que nos permitirá conocer algunos parámetros que nos sirvan para tener una base de conocimientos básicos respecto a los aspectos que nos pueden ser útiles cuando se valora un testimonio, en el sentido de conocer qué tanto grado de valor probatorio se pudiese otorgar a un testimonio o, en su caso, demeritar al mismo, con base, precisamente, en las premisas y particularidades que se han establecido en los criterios judiciales referentes a la valoración del testimonio en el litigio penal mexicano, comenzando por hablar de una manera muy general sobre el sistema de valoración mexicano, hasta tocar de manera específica la valoración del testimonio en el proceso penal de nuestro país. De igual manera, se proponen recomendaciones a manera de conclusión sobre lo que el abogado penalista -defensor, ministerio público o asesor jurídico- puede tomar o no en consideración al realizar una entrevista, ejecutar un interrogatorio o un contrainterrogatorio a los testigos y así logre tener una visión más completa sobre la consistencia y evaluación de los testimonios, sirviéndose de tales herramientas para detectar y saber impugnar un testimonio que dé cuenta de falsedad y así pueda desempeñar ante los juzgadores, un litigio efectivo que, de alguna manera, vaya contribuyendo a la mejora del sistema de justicia penal mexicano.

SUMARIO: Introducción. I. Herramientas objetivas para valorar el testimonio. II. Análisis de los criterios emitidos por los tribunales mexicanos, en relación con la valoración del testimonio. III. ¿El número de testigos, importa? IV. La valoración conjunta de los testimonios que apoyan una misma hipótesis de los hechos. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

Introducción

Harlar de prueba testimonial es hablar de la prueba más antigua que existe en un proceso penal, ya que en la antigüedad no existían otros medios que pudieran ser utilizados para la búsqueda de la verdad, como lo son hoy en día las pruebas documentales, las periciales, las videogramaciones, entre otras; pues lo más común o lo único que existía en los inicios de los juicios criminales eran los dichos de las personas que habían logrado presenciar los hechos, para posteriormente, dentro del proceso, señalar a otras respecto a lo que creían haber visto que éstas habían realizado en torno a conductas que eran consideradas delictivas, es decir, las determinaciones de inocencia o culpabilidad sólo estaban basadas en los testimonios de las personas sobre lo que creían haber percibido que hicieron las personas acusadas.

Pero lo interesante en este tema es que siempre ha existido la necesidad de saber cuándo los testigos están diciendo la verdad o cuándo están mintiendo, tanto por parte de los jueces para emitir una determinación justa, como por parte de los defensores para destruir las pruebas de cargo, así como también por parte del Ministerio Público, quienes desde la denuncia o querella, hasta la conclusión de la investigación, tendrían que realizar una evaluación sobre la veracidad de todos

* Agente del Ministerio Público, adscrito a la Fiscalía General del Estado de Aguascalientes.

los testimonios que se vayan gestando dentro de la carpeta de investigación, conocer en qué parte de las declaraciones están los indicadores que permiten advertir que el testimonio es falso de veracidad o falsedad, sobre todo, cuando existen entrevistas de testigos que en ciertos enunciados discrepan de lo referido en un principio por el denunciante. ¿Cómo saber en qué basarse para determinar tales circunstancias? ¿qué variables del testigo y su testimonio tomar en consideración para determinar un cierto grado de veracidad en su declaración? En este artículo se plantea un estudio sobre los criterios de evaluación que ha emitido el Poder Judicial de la Federación respecto a la valoración del testimonio, los cuales son de gran ayuda para dar solución a tales interrogantes.

I. Herramientas objetivas para valorar el testimonio

Sin lugar a dudas, el valorar racionalmente un testimonio no es una tarea sencilla; sin embargo, el juzgador debe de auxiliarse de herramientas objetivas que le permitan disminuir el error judicial y obtener, con ello, sentencias más justas. Desde el punto de vista de un servidor las herramientas objetivas de las que se puede hacer uso para valorar de manera razonada un testimonio es, la psicología del testimonio, la cual es definida como:

La disciplina que representa la aplicación de la investigación psicológica al ámbito del testimonio y, respecto a la investigación psicológica más general, examina en particular los procesos perceptivos, atencionales de memoria que forman parte de la codificación de un suceso también encargado de emoción; los procesos perceptivos y de memoria que intervienen en la aplicación del culpable, y de la idoneidad de los procedimientos adoptados para este fin; la mentira intencional; las capacidades de la persona que miente y la identificación de la mentira; los procesos de toma de decisiones implicados a la hora de establecer la credibilidad de un testimonio y la culpabilidad de un individuo; el efecto de los interrogatorios (entrevistas de investigación) sobre el recuerdo y la declaración; la sugestionabilidad y otras características individuales y su papel en el recuerdo y en el testimonio; el examen de la veracidad del testimonio; las cuestiones relativas a la valoración de la capacidad para testificar y de la credibilidad de la declaración del testigo.¹

La corroboración del dicho a partir de diversos medios de prueba que lo apoyen y los tamices que conforman a la sana crítica,² que son los siguientes:

1. Reglas de la lógica: *son parte de la cultura general de la humanidad y que se presume está al alcance de una formación profesional, implica un conocimiento mínimo ordinario.*³

2. Máximas de la experiencia: *un conocimiento que ataña tanto al individuo como al grupo social, que acumula conocimientos ordinarios del quehacer cotidiano en las actividades genéricas del ser humano mediante la observación de los fenómenos sociales, culturales, políticos y de la naturaleza, lo que debe corresponder a un sentido común que es inherente a cualquier otro humano.*⁴

3. Conocimiento científico: *implica el saber sistematizado, producto de un proceso de comprobación, y que por regla general es aportado en juicio por expertos en un sector específico del conocimiento.*⁵

¹ Mazzoni, G.: *Psicología del...* cit., p. 18.

² Sana crítica: *es el arte de juzgar atendiendo a la bondad y verdad de los hechos, sin vicios ni error, mediante la lógica, la experiencia, la equidad y las ciencias y artes afines y auxiliares y la moral, para alcanzar y establecer, con expresión argumentativa, la certeza sobre la prueba que se produce en el proceso.* Barrios González, B.: *Teoría de...* cit., p.34.

³ Tesis I.4º.A. 40 K (10a.), con número de registro 2018214 y de rubro: *SISTEMA DE LIBRE VALORACIÓN DE LA PRUEBA. DEBE ATENDER A LAS REGLAS DE LA LÓGICA Y A LAS MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA.*

⁴ Idem.

⁵ Tesis IV.1o.P.5 (10a.) con número de registro 2002373 y de rubro: *PRUEBAS EN EL JUICIO ORAL. CONCEPTO DE SANA CRÍTICA Y MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA PARA EFECTOS DE SU VALORACIÓN (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 592 BIS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN).*

Una vez que se han señalado las herramientas que van a servir para analizar de manera objetiva un testimonio, vamos a conceptualizar qué es un testigo y qué es el testimonio, ya que en nuestro código procesal penal no se plasman éstas definiciones, considerando apropiadas las siguientes:

a) Testigo: toda persona física que haya percibido a través de los sentidos cualquier hecho objeto de investigación, o bien, si los conoció porque se los narraron terceras personas y haya proporcionado información de cualquier forma (oral o escrita) a una autoridad judicial o investigadora.⁶

b) Testimonio:...*Es un relato de memoria que un testigo realiza sobre unos hechos previamente presenciados...*⁷

II. Análisis de los criterios emitidos por los tribunales mexicanos en relación con la valoración del testimonio

En este análisis de criterios judiciales federales, consideré las tesis y jurisprudencias más relevantes y útiles que coinciden y recogen parámetros que la disciplina de la psicología del testimonio ha estimado adecuados para tomar en consideración al valorar de manera objetiva y razonada el testimonio, encontrando adecuada en un primer momento la Tesis Aislada Penal, XXVII.1o. (VIII Región) 9p. (10a.), con número de registro 2001730 y de rubro *PRUEBA TESTIMONIAL EN MATERIA PENAL. REGLAS PARA SU VALORACIÓN (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIAPAS ABROGADA)...*, en la que los Tribunales Colegiados de Circuito emitieron criterio orientador respecto de los puntos que se pudieran tomar en consideración para dar o no credibilidad a un testimonio, entre los que destacan la forma en que un testigo puede apreciar un hecho (percepción), los motivos y circunstancias que el ateste pueda tener para mentir en su declaración (intereses personales, aleccionamiento) y lo referente a la capacidad de recordar, desglosando y explicando punto por punto el contenido de dicha opinión judicial de una manera digerible para su entendimiento, además de citar y mencionar algunos otros criterios federales que se adminiculan con los puntos desarrollados dentro de la tesis, siendo de la siguiente forma:

Al estudiar cada testimonio en particular debe considerarse si:

A). *Que los hechos sobre los que el declarante está vertiendo su testimonio hayan sido susceptibles de ser percibidos a través de los sentidos.*

En relación con este primer punto, se debe analizar, antes que nada, la posible presencia de testigos, partiendo de los tipos de lugares en donde acontecieron los hechos, es decir, si fue en un lugar exclusivo, completamente cerrado, reservado al público en general, un lugar solitario (desierto, monte, mar abierto u otro.), en donde sólo hubiera sido posible la presencia del imputado junto con la víctima o únicamente el primero, dependiendo del tipo de delito y/o las circunstancias de realización del delito, es decir, si se realizó de manera oculta; asimismo, poner atención en la estructura o conformación del lugar, en donde difícilmente pudiera haber al interior del mismo terceras personas presenciado lo que ahí ocurría, ya que no en todos los asuntos delictivos existe la presencia de testigos.

Una vez reconocida la posibilidad de que existan testigos, se debe tomar en cuenta si el lugar en donde se encontraba el testigo era un lugar cerrado (con muros, dentro de un inmueble), abierto (calle, una explanada, un campo deportivo, la azotea) o bien mixto (con muros pero con ventanas grandes y diversos accesos y/o límites que permitieran la visibilidad, la escucha de sonidos y/o la percepción de algún tipo de olor a través de ellos, como alambrado, cristales,

⁶ Miranda Estrampes, Manuel: "Prueba testifical y garantía de contradicción en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos". *Hechos y razonamiento...* cit., p.320.

⁷ Manzanero, A.: *Psicología del...* cit., p. 13.

barandales, etc.), considerando, desde luego, la factibilidad de visión, escucha u olor por parte del testigo, a efecto, precisamente, de determinar qué tanto pudo haber percibido de los hechos el declarante.

Otro punto importante a considerar es la ubicación y posición corporal que ocupaba el testigo con referencia al lugar en que ocurrió el hecho, refiriéndonos por ubicación a si éste se encontraba cerca, qué tan cerca; y, por posición, si se encontraba de frente, de espaldas o a un lado, pues el que una persona se encuentre cerca de donde ocurrió un hecho, no es garantía de que se haya podido percibir de lo acontecido, y en mucho dependerá de su percepción, su cercanía y posición.

Tomar como referencia los tres supuestos que se mencionaron anteriormente (la posible existencia de testigos, la posibilidad de percepción del hecho y la calidad de percepción que se pudo tener del hecho), establece, de manera adecuada, si el testigo ciertamente pudo haber percibido a través de sus sentidos los hechos jurídicamente relevantes.

B). Que el testigo haya tenido aptitud cognoscitiva necesaria para percibir, comprender y comunicar la vivencia del hecho, tomando en cuenta su madurez, capacidad e instrucción.

En este segundo punto es considerable analizar los siguientes aspectos:

El primero que tiene que ver con lo que la doctrina denomina factores personales del testigo, como la calidad funcional de sus sentidos, es decir, la salud respecto a su vista, a sus oídos, a su olfato, a su tacto, cuestionarse ¿qué tanta agudeza visual tiene el testigo? ¿qué tan bien escucha? ¿su olfato es bueno? además de distinguir si el testigo al momento en que *conoció* el hecho, se encontraba en un estado psíquico adecuado y no inconveniente que pudiera haber afectado de manera total o parcial su capacidad normal de percepción del suceso, como lo pudiera ser que se encontrara en estado de ebriedad, bajo los efectos de alguna droga, con algún trastorno mental, transitorio o permanente, así como también algún estado emocional que de igual forma afectara su percepción, o en un estado de conmoción o pánico, los anteriores indicadores nos pudieran dar cuenta, de una manera objetiva, si el testigo en un primer momento gozaba de buena salud en sus sentidos y tenía su capacidad cognoscitiva libre de cualquier influencia que mermara su aptitud de poder percibir y procesar adecuadamente el hecho delictivo.

El segundo versa sobre la atención que pudo haber puesto el testigo en el hecho, determinando si tenía puesta su atención en el lugar de manera directa o indirecta y si el tiempo que tuvo para percibir el hecho fue el suficiente, ya que ninguna persona trabaja como *testigo profesional* poniendo atención a lo que está ocurriendo a su alrededor para ver si ocurre un delito, pues por lo general, el conocimiento de los hechos para un testigo se produce por casualidad, repentinamente, lo que podría ocasionar que el testigo tuviera una percepción defectuosa o incompleta por no estar preparado para observar todo lo que fuere a ocurrir durante el hecho jurídicamente relevante, ya que la persona bien pudo haber estado escuchando música, hablando por teléfono, conversando con alguien más o realizando alguna otra actividad que requiriera de su atención al momento en que ocurrieron los hechos.

El tercer aspecto que de igual manera tendría que ver con los factores personales del testigo en cuanto a su madurez, preparación académica y/o experiencia respecto al tipo de información que esté vertiendo, sería analizar que el tipo de palabras que utilice en su testimonio sean acordes precisamente a su instrucción escolar, experiencia y edad, de tal manera que sea compatible lo que está diciendo con lo que observó, debiendo examinar cualquier tipo de mala interpretación respecto a lo que sucedió con lo que posiblemente el testigo manifieste, ya que la mayor o menor experiencia y práctica escolar puede influir directamente en la manera de interpretar y, por ende, en la forma de expresar lo percibido; pudiendo detectar rápidamente cualquier tipo de aleccionamiento o influencia en el testigo cuando, por ejemplo, éste refiera conceptos o palabras técnicas que no sean congruentes con su formación y experiencia.

Lo anterior se pudiera sintetizar en esta pregunta: ¿pudo el testigo percibir, comprender y expresar correctamente la vivencia del hecho que manifiesta?

C). *Su declaración se encuentra libre de vicios de la voluntad (error o violencia física o moral).*

Considero que aquí tendría que valorarse primero: si el testigo depone de manera libre y voluntaria o si el mismo lo está haciendo porque ha recibido algún(os) daño(s) físico(s), o ha sido amenazado y existe el temor fundado de que si no declara en cierto sentido estará en riesgo su vida e integridad física o la de alguno de sus familiares, trayendo como consecuencia lógica que su testimonio sea en favor de la parte amenazante, o bien, que el motivo de su deposición haya sido incitada por un engaño o soborno; por otro lado, también deberá analizarse si el testigo se encuentra en un error debido a un conocimiento equivocado o a una falsa apreciación de la realidad o a una apreciación incompleta del hecho, en el que el deponente piense que una circunstancia del acontecimiento que es verdadera piense que es falsa, o viceversa, por estar mal interpretándola y, por ende, su testimonio se encuentre viciado, este tipo de circunstancias por lo regular es muy común en los testimonios de los niños.

D). *Alguna circunstancia personal o característica de su deposición que revele la posible existencia de un designio anticipado a favor o en contra de cualquiera de las partes.*

Cualquier situación que nos indique que el testigo ha sido aleccionado, como que su testimonio es demasiado perfecto, que las palabras que utilice sean muy técnicas o complejas como para que él las pueda conocer o comprender, o que el declarante tenga algún interés personal en el sentido del fallo, ya sea porque tiene algún vínculo afectivo con el acusado o resentimiento y estas cuestiones se vean reflejadas en la subjetividad con la que rinde su testimonio y con esto no quiero decir que por el simple hecho de ser familiar, amigo o enemigo del acusado automáticamente se tenga que demeritar en cierta parte el testimonio bajo la premisa de que el manifestante lo hará beneficiando o perjudicando al acusado, sino que en mucho dependerá el grado de afectación o beneficio real y comprobable que el testigo pueda obtener del resultado de la sentencia vinculado con la coherencia y congruencia de su relato.

Lo anterior atañe directamente al aspecto subjetivo de la veracidad del testimonio que como ya se expresó tiene que ver con la persona en cuanto a sus intereses en el resultado del asunto, lo cual pudiera ser considerado únicamente como un indicio de posible mentira intencional en su relato, mas no como una regla estricta para que automáticamente ante un testimonio de un testigo que evidentemente tiene interés en el sentido del fallo, se dé por sentado que la declaración es carente de veracidad, ya que no se debe de pasar por alto que no en todos los delitos hay testigos, incluso si llegaran a existir algunos, puede ser que sólo sean familiares y/o amigos de la víctima o del acusado, y no solo por esa circunstancia necesariamente su deposición tenga que ser demeritada.

E). *El testigo conoció los hechos directamente o por referencia de otros.*

En este punto tendría que valorarse si el testigo sabe de los hechos porque él los apreció directamente o porque alguien más se los contó, o bien, si él escuchó a una tercera persona hablar de ellos, que si fuera el supuesto de haberlos conocido por parte de una tercera persona se estaría en lo que se conoce como un testigo de referencia o de oídas, lo que significa que los hechos no le constan y, por ende, no se tendría la certeza de que los hechos realmente sucedieron como a ellos les contaron que ocurrieron, ni tampoco estarían en posibilidades de realizar aclaraciones o explicar algunos detalles de lo manifestado, ya que ellos desconocen cualquier tipo de circunstancia suscitada durante el hecho; sin embargo tales condiciones no implican que estos testimonios automáticamente carezcan de valor convictivo, ya que éstos pueden servir como un indicio genérico que se robustezca o corrobore con algunas otras pruebas, incluidas las testificiales de testigos presenciales y esto pueda abonar de cierta manera a que tengan un grado de convicción menor al de un testimonio de una persona que si apreció los hechos de

manera directa. A mayor abundamiento, existe el criterio emitido por Tribunales Colegiados de Circuito mediante la Jurisprudencia II.2o.P. J/11 (10a.), con número de registro 2016035 y de rubro ...*DECLARANTE POR REFERENCIA DE TERCEROS. LA CONFUSIÓN TERMINOLÓGICA POR EL USO DE LA INCORRECTA EXPRESIÓN TESTIGO DE OÍDAS, NO GENERA AGRAVIO AL QUEJOSO...*

F). *Su deposición es clara, precisa y sin dudas ni reticencias, en torno a hechos y circunstancias esenciales cuyo conocimiento y recuerdo se esperarían razonablemente de él.*

En este segmento el estudio del testimonio se centra de manera muy concreta en evaluar su coherencia, la cual consiste en verificar la ausencia de discrepancias y contradicciones en cualquiera de sus partes, de modo que todo aquello que haya mencionado el testigo no contraste entre sí, conteniendo además una ilación y secuencia lógica de la que se pueda advertir claramente el por qué y él cómo es que el testigo logró conocer el hecho, desde luego siempre analizando *las reglas de la lógica en relación con las condiciones en que se produjo la percepción por parte del testigo*,⁸ y como éste lo interpretó y expresó de acuerdo con su madurez y conocimiento, (tal y como se abordó en el punto número 2 del presente artículo) ya que por ejemplo, no sería lógico que una persona con pocos estudios y dedicada al campo, al rendir su testimonio utilice palabras o conceptos técnicos (ya sean jurídicos o científicos) de los cuales es muy probable que no los conozca o ni siquiera los entienda y, que una vez verificado que dicha deposición fue acorde con la edad, madurez y conocimientos del deponente, fue coherente de acuerdo con la manera de cómo se percibió el hecho y que tal información, además, se haya encontrado libre de contradicciones, dará pauta para suponer razonadamente, de manera probable más no absoluta, que la declaración es clara y precisa, sin que se pierda de vista que una declaración sin ningún tipo de error o muy exacta pudiera dar pauta a revelar algún posible aleccionamiento.

Por cuanto hace a que dicho testimonio se encuentre sin dudas y reticencias voy a hablar sobre las circunstancias periféricas al suceso, pues todo hecho ocurre en un lugar determinado, a una hora determinada, y en circunstancias particulares, en dónde se dan situaciones medulares, (las que tienen que ver directamente con el acontecimiento principal) y situaciones periféricas o de contexto (que son accesorias, las que acontecen en torno al suceso principal). Por ejemplo, si era de noche o de día, si había algún tipo de señalamiento, si se escuchaba algún tipo de ruido como el claxon de algún auto; también lo referente al clima, si hacía calor o estaba lloviendo, es decir, cualquier tipo de detalle accesorio al suceso jurídicamente relevante, tales situaciones forman parte del hecho y además acontecen al mismo tiempo, que de acuerdo a la lógica, se esperaría que cualquier persona que haya apreciado un hecho delictuoso, inevitablemente tuvo que haber percibido, si no todas, sí algunas de estas circunstancias periféricas que se expresarían al emitir su testimonio, como un cierto marco de contexto en relación al hecho principal, lo que la doctrina comúnmente denomina *contextualizar*, ya que este tipo de circunstancias periféricas como marco del hecho primordial, ayudan a corroborar la integridad del testimonio en cuanto a posibles dudas respecto a circunstancias que se ocultan o no se dicen, lo que pudiera dejar lagunas dentro del relato, y que al existir contexto en un testimonio pudiera presumirse que la persona realmente sí percibió los hechos.

Referente a que lo manifestado por el testigo sea lo razonablemente esperado de acuerdo con su conocimiento y recuerdo, primero vamos a tener que involucrarnos con los temas de memoria, recuerdo y evocación, definiendo a la primera como un sistema mental en donde se guarda, organiza, modifica y recupera información;⁹ al recuerdo, como la capacidad de repro-

⁸ Tesis Aislada, Decima Época, registro 2004760, de rubro *PRUEBA TESTIMONIAL. EL PRINCIPIO DE INMEDIATEZ ES APLICABLE SIN IMPORTAR LA CATEGORÍA EN LA CUAL SE PRETENDA CLASIFICAR AL TESTIGO*.

⁹ Coon, D.: *Psicología* cit., p. 329.

ducir, con un mínimo de señales externas la información memorizada;¹⁰ y, la evocación, como la capacidad de traer al consciente lo que permanece guardado en la memoria,¹¹ entendiendo entonces que la memoria tiene que ver con el almacenamiento de información, el recuerdo con la recuperación de la misma y la evocación con el ejercicio que hacemos de sacar de la memoria los recuerdos y hacerlos conscientes para finalmente exteriorizarlos, en este caso, mediante el testimonio. ¿Por qué es importante conocer sobre la memoria, el recuerdo y la evocación? por que cualquier persona que ha percibido a través de sus sentidos un hecho delictivo, inevitablemente procesa y guarda en su memoria la información que percibió, información que permanecerá ahí hasta que con el paso del tiempo se vaya desvaneciendo o modificando, por la simple y sencilla razón de que el conocimiento que cada persona tiene, influye en la manera en cómo se percibe e interpreta cualquier tipo de información, y es que realmente un testimonio es un ejercicio de memoria por parte de los testigos, pues lo que van a decir es sobre lo que recuerdan del hecho que presenciaron y cómo lo presenciaron, ya que por ejemplo, si un testigo puede referir que vio una pelea que sucedía afuera de su negocio, pero si en ningún momento salió del negocio, tal información no sería acorde a la manera en cómo conoció el hecho, pues lo que sí sería comprensible, es que escuchara manifestaciones respecto a una pelea o, incluso, haber visto algunas partes de la misma, mas no que presenció tal pelea; y son justo estas dos situaciones a las que se hace referencia en este apartado que se tienen que analizar cuando una persona emita su declaración y así se pueda estimar que su dicho sea lo razonablemente esperado de acuerdo con su conocimiento y recuerdo, sobre todo, si lo hace tiempo después de haberlo presenciado.

Una vez desarrollados los puntos anteriores que se encuentran contenidos dentro de la Tesis Aislada Penal XXVII.1o. (VIII Región) 9p. (10a.), criterio orientador ya señalado al inicio de este segundo tema, considero relevante agregar y extender a estos seis puntos, un séptimo y un octavo siendo los siguientes:

G). *La inmediatez con la que se rindió el testimonio.*

Este parámetro prácticamente hace referencia al tiempo que ha transcurrido entre el momento en que el testigo tiene conocimiento del hecho criminoso (ya sea por referencia de otros o por haberlo apreciado directamente a través de los sentidos), hasta el momento en que vierte formalmente su testimonio ante una autoridad (ministerial o judicial), situación que se interpretó por parte de los Tribunales Colegiados de Circuito en la tesis de Jurisprudencia I.6o.J/6, (9a.) con número de registro 180282 y de rubro: **PRUEBA TESTIMONIAL. PRINCIPIOS QUE RIGEN LA INMEDIATEZ PROCESAL PARA SU VALORACIÓN**, en el sentido de que conforme pasa el tiempo, la información que se almacena en la memoria se va desvaneciendo, pues como ya se mencionó en el punto anterior, la declaración de un testigo es un ejercicio de recuperación de información sobre los hechos que, con base en su capacidad de retención de memoria, va a recordar y a evocar sobre lo que en determinado momento percibió y, atendiendo a la lógica, entre menos tiempo pasa desde el momento en que el testigo apreció los hechos hasta el que rinde su declaración, más información y más detalles proporcionará respecto al mismo, trayendo como consecuencia que su dicho sea más confiable en la primera entrevista que en las demás declaraciones que pudiera emitir con posterioridad, máxime si en las posteriores entrevistas ya se agregaron datos novedosos que no se dijeron en una primera entrevista en donde se supone que por la proximidad, la inmediatez y la espontaneidad con la que se rindió el testimonio en la primera ocasión, los recuerdos sobre los hechos presenciados se tienen más frescos, indicando la lógica que dichos detalles debieron de haber sido mencionados en la primera intervención y

¹⁰ Ídem.

¹¹ Tesis de jurisprudencia, I.6o. P. J/6, con número de registro 180282, de rubro **PRUEBA TESTIMONIAL. PRINCIPIOS QUE RIGEN LA INMEDIATEZ PROCESAL PARA SU VALORACIÓN**.

más aún si los mismos resultan relevantes para el caso, situación que se encuentra abordada por Tribunales Colegiados de Circuito en la tesis aislada penal I.9o.P.242 P (10a.), con número de registro 2019884. Y de rubro:

PRINCIPIO DE INMEDIATEZ EN MATERIA PENAL. SI BIEN EL VALOR PROBATORIO DE LA PRIMERA DECLARACIÓN DE LOS TESTIGOS NO ES ABSOLUTO, ÉSTA MERCE MAYOR VALOR CUANDO LAS POSTERIORES CONTIENEN DATOS RELEVANTES QUE NO SE REFLEJARON EN LAS PRIMERAS; otra situación que tendría que analizarse que, si bien no es mencionada en los criterios federales, sí considero relevante hacer alusión, es que si las entrevistas posteriores a la primera fueron tomadas por la misma parte procesal (defensa o fiscalía) o por la parte contraria, ya que una variación o incorporación de información sustancial en la versión del mismo testigo no es lógica y mucho menos si con tal modificación se beneficia a la parte que tomó con posterioridad la entrevista.

H). Que su testimonio se encuentre apoyado o robustecido por otros medios de prueba; es decir que dicho testimonio no sea aislado.

Este último punto es de los más importantes y de los que generan una mayor convicción, ya que no hay nada más creíble que una prueba se concatene y se robustezca con otras (periciales, documentales, materiales, digitales), sobre todo si son de carácter científico, pues cualquier tipo de declaración finalmente es una versión que el testigo percibió, pero no es una versión *pura* o *natural*, sino que ésta ya pasó por un proceso de codificación e interpretación de la información percibida, la cual fue almacenada en la memoria y a la hora de traerla al consciente para manifestarla ya no es una versión *original*, sino que ya es una versión modificada por los conocimientos y prejuicios propios de cada persona. Una de las pocas maneras de poder comprobar de una forma muy segura su grado de veracidad, es través de un medio de prueba distinto e imparcial que pueda reforzar y confirmar los enunciados que está emitiendo el testigo, por ejemplo: si la persona que está rindiendo su testimonio refiere que golpearon al imputado y existe un certificado médico que da cuenta de que se le encontraron diversas lesiones, justamente esta prueba distinta a la testimonial da confirmación y respaldo a lo que dice el testigo respecto a que vio cuando golpearon al imputado, abonando en gran parte a la confiabilidad en su dicho; sin embargo y para evitar confusiones, es dable hacer la aclaración respecto a que si un testimonio no se encuentra corroborado con ningún medio de prueba, por cualesquiera que sean los motivos, esto no quiere decir que el testimonio en sí mismo sea inverosímil, ya que para determinar esa situación necesariamente se tiene que hacer un examen concreto al testimonio en donde se analice su congruencia y su precisión, que una vez analizado lo anterior se pueda medir y establecer de manera objetiva qué tan creíble resultó ser lo que el testigo declaró, y no supeditar su verosimilitud únicamente basándose en si se corrobora o no con otros medios de prueba, ya que como se mencionó en un principio, la corroboración únicamente sirve para *respaldar*, para aportar credibilidad no sólo a una prueba testimonial, sino a cualquier tipo de prueba, pero no se debe tomar como un parámetro que reste a su credibilidad.

III. El número de testigos, ¿importa?

Desde luego que no, por la simple y sencilla razón de que no en todos los hechos delictivos se va a contar con la existencia de testigos, pues en la gran mayoría de los delitos el imputado no quiere ser visto o descubierto, ante lo cual procurará llevar a cabo la conducta criminosa sin ser visto, sin dejar evidencia, es decir, en circunstancias ocultas y encubiertas, trayendo como consecuencia que únicamente exista como testigo la víctima, obviamente cuando sean delitos cometidos directamente hacia la misma, y en caso de que éstos se realicen en ausencia de la víctima, como lo pudieran ser algunos delitos patrimoniales (robos a comercios o inmuebles) y que quien pudiera haber observado únicamente lo fuera algún vecino o alguna persona que

iba pasando por el lugar, es evidente que sólo se contaría con la versión de una persona, y tales circunstancias, incluso, ya han sido analizadas y previstas en el siguiente criterio emitido por los Tribunales Colegiados de Circuito en la tesis aislada XXVII.3o.28 P (10a.), con número de registro 2013259 y de rubro: *DELITOS SEXUALES (VIOLACIÓN). AL CONSUMARSE GENERALMENTE AUSENCIA, LA DECLARACIÓN DE LA OFENDIDA O VÍCTIMA DE ESTE ILÍCITO CONSTITUYE UNA PRUEBA FUNDAMENTAL, SIEMPRE QUE SEA VEROSÍMIL, SE CORROBORE CON OTRO INDICIO Y NO EXISTAN OTROS QUE LE RESTEN CREDIBILIDAD, ATENTO A LOS PARÁMETROS DE LA LÓGICA, LA CIENCIA Y LA EXPERIENCIA*, que si bien es cierto dicho criterio judicial está dirigido a los delitos sexuales, debemos tomar en cuenta que dichos delitos no son los únicos que se cometen en el anonimato, pues atendiendo a la lógica ningún delincuente quiere ser visto. Es por ello que considero importante hacer mención a dicho criterio y tomarlo en consideración en el análisis de cualquier delito; por otro lado, el hecho de que en sí mismo el número de testigos no sea un factor a considerar para evaluar la veracidad de la versión a probar por alguna de las partes, lo que sí debe ser importante es el material probatorio con el que dicho testimonio se adminicule y soporte, como ya se mencionó anteriormente en el tema de la corroboración del testimonio, tal como alguna prueba pericial o documental, es decir, que para temas de valoración probatoria, basarse sólo en el número de testigos por sí mismos, no es un argumento objetivo demeritar una hipótesis a probar, tal como se estableció en la jurisprudencia II.2o.P. J/9 (10a.), con número de registro 2016036 y de rubro *TESTIGOS ÚNICO Y SINGULAR EN EL PROCEDIMIENTO PENAL. LA DIFERENCIA ESENCIAL ENTRE SUS TESTIMONIOS ESTRIBA, ADEMÁS DEL ASPECTO CUANTITATIVO DEL DECLARANTE, EN QUE EL PRIMERO PUEDE VERSE CORROBORADO CON OTROS MEDIOS DE PRUEBA, MIENTRAS QUE EL DEL SEGUNDO SE ENCUENTRA AISLADO*, por lo que en caso de que el tribunal decida no tener por probada una hipótesis de las partes por considerar que sólo hay un testigo, deberá expresar qué parámetros objetivos de la psicología del testimonió tomó, para considerar que la declaración de ese único testigo no resulta creíble.

IV. La valoración conjunta de los testimonios que apoyan una misma hipótesis de los hechos

1. De la existencia de imprecisiones o contradicciones en las versiones de los testigos que apoyan una misma versión de los hechos

En este tema hay que ser muy objetivos y tener en cuenta, primeramente, que el testimonio no es directamente sobre lo que el testigo percibió a través de sus sentidos, sino que es más bien de lo que el testigo recuerda que percibió a través de sus sentidos, ya que como se mencionó anteriormente, la memoria juega un papel fundamental en la valoración del testimonio y, es por ello justamente, que todas las personas vamos a percibir, interpretar y almacenar, e incluso, modificar la información percibida en la memoria de manera muy particular y diferente, lo que indudablemente llevaría a establecer que en las versiones de los testigos que realmente presenciaron los hechos existan ciertas imprecisiones o variaciones, puesto que, además de que no todas las personas procesan la información de la misma manera, también dependería de la capacidad de retención y recuerdo de cada testigo, lo cual daría pauta a entender como viable la existencia de diferencias en los testimonios análogos; sin embargo, habría que preguntarse qué tipo de diferencias o variaciones serían las razonablemente aceptadas según la ciencia de la psicología del testimonio en cuanto a su credibilidad¹² y precisión,¹³ lo cual ya se abordó y definió en la tesis I.7o. P.82 P (10a.) con número de registro 2014791 y de rubro *PROCESO DE MEMO-*

¹² CREDIBILIDAD. Entendida como la correspondencia entre lo sucedido y lo relatado por el testigo.

¹³ PRECISIÓN. La exactitud entre lo ocurrido y lo que el testigo recuerda.

RIA. HERRAMIENTAS PARA ANALIZARLO AL VALORAR EL TESTIMONIO DE UNA PERSONA RENDIDO EN UN JUICIO PENAL; es decir, se debe identificar si las contradicciones que existen llegan a modificar el hecho principal o sólo el contexto que lo rodea, como las circunstancias periféricas, pues es entendible que cualquier ser humano que presencie un hecho relevante va a enfocar su atención en los detalles esenciales que conforman el hecho, desatendiendo en un mayor grado los demás detalles que no son tan relevantes, pero que de igual manera rodean al hecho, como es el caso del ya tan mencionado y estudiado fenómeno del *efecto del foco en el arma* o en inglés *weapon effect* (Manzanero 2017; Mazzoni 2019; Diges 2017), el cual si bien es cierto ocurre con mayor frecuencia en las víctimas, no menos cierto es que también sucede con los testigos que presencian el hecho jurídicamente relevante, consistente en que su atención, de manera involuntaria, automáticamente se va a concentrar en las armas (pistolas, cuchillos, fierros, palos) que se utilicen en el evento delictivo, trayendo como consecuencia natural que los demás detalles que rodean la escena queden fuera del enfoque y, además, se aprecien de una manera poco eficaz que incluso no lleguen siquiera a registrarse lo suficientemente en la memoria como para ser recordados con posterioridad.

V. Conclusiones

PRIMERA. Respecto a la valoración del testimonio, no existe como tal un medidor de grados de veracidad, ni tampoco un listado de requisitos mínimos que debieran irse marcando como si fuera una especie de *check list* o receta, respecto a los puntos que debiera contener una declaración para que sean aplicados de manera estricta a todos los testimonios y con esto se estime según el número de los posibles requisitos, la veracidad de las declaraciones en los testigos; sin embargo, sí se pueden tomar en consideración las diversas variables y parámetros que ya fueron abordados en el presente artículo, los cuales armonizan con la psicología del testimonio, para apoyarse y orientarse a la hora de valorar el testimonio, ello atendiendo desde luego a la naturaleza y circunstancias propias de cómo se suscitó el hecho, así como de los factores personales con los que cuenta cada testigo para apreciar, comprender e interpretar la información del hecho criminoso correctamente.

SEGUNDA. La prueba testimonial es la menos confiable, ello atendiendo a que, en lo general, las personas somos seres emocionales llenos de intereses y, sobre todo, de prejuicios. Cuando se está en presencia de un hecho con apariencia de delito, toda la información captada es sometida a juicios internos de valor de acuerdo con los intereses, conocimientos y emociones de los testigos, incluso, la sugerión por parte de las opiniones de terceras personas que se hacen al testigo cuando, en determinado momento, éstos llegan a contar sobre los hechos, lo que trae como consecuencia que la versión que es vertida por los testigos siempre será una versión modificada, no sólo de cómo en realidad sucedió el hecho, sino además de cómo se percibió.

TERCERA. De todos los puntos expuestos anteriormente la corroboración del testimonio con otros medios de prueba diversos siempre será la manera más clara y evidente para verificar que las versiones sobre los hechos emitidas por parte de los testigos se encuentren, en gran medida, respaldadas y, por ende, merecedoras de confiabilidad que es *demostrable*, precisamente a través de los medios de prueba diversos, sin que se confunda al elemento de la corroboración con un parámetro que analiza en lo individual el fondo del testimonio, pues la corroboración sólo es un medio de *comprobación* de lo dicho por el testigo; de igual manera, para verificar la credibilidad del testimonio de manera individual habrá que analizar su coherencia interna, esto es, examinar que el propio relato sea congruente y no se contradiga entre sí.

CUARTA. El hecho de que existan contradicciones o discrepancias en los testimonios es algo normal, siempre y cuando éstas recaigan sobre el contexto o circunstancias periféricas del mismo, pues debemos tener en cuenta que el testimonio es una declaración respecto a lo que el

testigo recuerda que percibió, y no por el hecho de que existan algunas contradicciones significa que el testimonio es falso, ya que como se abordó en el presente artículo se deben analizar una serie de parámetros aplicables a cada testigo y al caso en particular del hecho para poder establecer de manera objetiva y justificada porqué un testimonio no resulta verosímil.

VI. Bibliografía

- Barrios González, Boris: *Teoría de la sana crítica, interpretación, valoración y argumentación de la prueba*. Editorial Ubijus, Ciudad de México, México, 2017.
- Carofiglio, Gianrico: *El arte de la duda*., Madrid España, Editorial Marcial Pons, Italia, 2010.
- Coon, Dennis: *Psicología*. Décima Edición, Editorial Cengage Learning, Ciudad de México, México, 2009.
- Diges, Margarita: *Testigos, sospechosos y recuerdos falsos. Estudios de Psicología Forense*. Editorial Trotta, Madrid, España, 2016.
- Gónzalez Lagier, et. al.: *Hechos y razonamiento probatorio*. Editorial CEJI, Ciudad de México, México, 2018.
- Jurisprudencia II.2o.P. J/9 (10a.), con número de registro 2016036 y de rubro **TESTIGOS ÚNICO Y SINGULAR EN EL PROCEDIMIENTO PENAL. LA DIFERENCIA ESENCIAL ENTRE SUS TESTIMONIOS ESTRIBA, ADEMÁS DEL ASPECTO CUANTITATIVO DEL DECLARANTE, EN QUE EL PRIMERO PUEDE VERSE CORROBORADO CON OTROS MEDIOS DE PRUEBA, MIENTRAS QUE EL DEL SEGUNDO SE ENCUENTRA AISLADO.**
- L. Manzanero, Antonio: *Psicología del testimonio, una aplicación de los estudios sobre la memoria*. Editorial Pirámide, Madrid, España, 2017.
- Mazzoni, Giuliana: *¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*. Editorial Trotta, Madrid, España, 2010.
- _____: *Psicología del testimonio*. Editorial Trotta, Roma, Italia, 2019.
- Nieva Fenoll, Jordi: *La valoración de la prueba en el proceso penal*. Editorial MaGister, Ciudad de México, México, 2017.
- Pérez-Mata, Nieves y Diges, Margarita: *La prueba testimonial*. México, Editorial Centro de Estudios Carbonell, Ciudad de México, 2017.
- Rúa, Gonzalo: *Contraexamen de testigos*. Editorial Didot, Argentina, 2014.
- Tesis aislada XXVII.1o. (VIII Región) 9p. (10a.), con número de registro 2001730 y de rubro **PRUEBA TESTIMONIAL EN MATERIA PENAL. REGLAS PARA SU VALORACIÓN (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIAPAS ABROGADA)**.
- Jurisprudencia II.2o.P. J/11 (10a.), con número de registro 2016035 y de rubro **DECLARANTE POR REFERENCIA DE TERCEROS. LA CONFUSIÓN TERMINOLÓGICA POR EL USO DE LA INCORRECTA EXPRESIÓN TESTIGO DE OIDAS, NO GENERA AGRAVIO AL QUEJOSO**.
- Jurisprudencia I.6o.J/6, (9a.) con número de registro 180282 y de rubro: **PRUEBA TESTIMONIAL. PRINCIPIOS QUE RIGEN LA INMEDIATEZ PROCESAL PARA SU VALORACIÓN**.

- Tesis aislada penal I.9o.P.242 P (10a.), con número de registro 2019884 y de rubro *PRINCIPIO DE INMEDIATEZ EN MATERIA PENAL. SI BIEN EL VALOR PROBATORIO DE LA PRIMERA DECLARACIÓN DE LOS TESTIGOS NO ES ABSOLUTO, ÉSTA MERCE MAJOR VALOR CUANDO LAS POSTERIORES CONTIENEN DATOS RELEVANTES QUE NO SE REFIFIERON EN LAS PRIMERAS.*
- Tesis aislada XXVII.3o.28 P (10a.), con número de registro 2013259 y de rubro *DELITOS SEXUALES (VIOLACIÓN). AL CONSUMARSE GENERALMENTE EN AUSENCIA, LA DECLARACIÓN DE LA OFENDIDA O VÍCTIMA DE ESTE ILÍCITO CONSTITUYE UNA PRUEBA FUNDAMENTAL, SIEMPRE QUE SEA VEROSÍMIL, SE CORROBORE CON OTRO INDICIO Y NO EXISTAN OTROS QUE LE RESTEN CREDIBILIDAD, ATENTO A LOS PARÁMETROS DE LA LÓGICA, LA CIENCIA Y LA EXPERIENCIA.*
- Tesis I.7o. P.82 P (10a.) con número de registro 2014791 y de rubro *PROCESO DE MEMORIA. HERRAMIENTAS PARA ANALIZARLO AL VALORAR EL TESTIMONIO DE UNA PERSONA RENDIDO EN UN JUICIO PENAL.*
- Tesis I.4º. A. 40 K (10a.), con número de registro 2018214 y de rubro *SISTEMA DE LIBRE VALORACIÓN DE LA PRUEBA. DEBE ATENDER A LAS REGLAS DE LA LÓGICA Y A LAS MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA.*
- Tesis IV.1o.P.5 (10a.) con número de registro 2002373 y de rubro: *PRUEBAS EN EL JUICIO ORAL. CONCEPTO DE SANA CRÍTICA Y MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA PARA EFECTOS DE SU VALORACIÓN (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 592 BIS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN).*



Instituto Federal de
Defensoría Pública

ASESORÍA JURÍDICA

La Defensoría federal es
competente en materia:

- Administrativa
- Fiscal
- Civil
- Representación especial
- Derivados de causa penal



¿Necesitas nuestros servicios gratuitos?
Llama a **DEFENSATEL 800 22 42 426**



Instituto Federal de
Defensoría Pública

ASESORÍA JURÍDICA

En la Defensoría federal te
proporcionamos
servicios gratuitos de

Orientación

Asesoría

Representación legal

Con un equipo de abogadas y abogados
especializados en atención a personas en
situación de vulnerabilidad.

Llama a **DEFENSATEL 800 22 42 426**

www.ifdp.cjf.gob.mx





Instituto Federal de **Defensoría Pública**

Director General

Maestro Netzai Sandoval Ballesteros

Junta Directiva

Doctora Mónica González Contró

Doctora Catalina Pérez Correa

Maestra Estefanía Vela Barba

Doctor José Luis Caballero Ochoa

Maestro Carlos Gustavo Ponce Núñez

Doctor Diego Valadés

Titulares de Unidades Administrativas

Licenciada Diana Talavera Flores

Unidad de Administración y Apoyo Operativo

Licenciado Carlos Gustavo Cruz Miranda

Unidad de Coordinación de Defensa Penal y

Asesoría Jurídica

Licenciado Rafael Robles Roa

Unidad de Litigio Estratégico en Derechos Humanos

Licenciado Diego Roberto Tovar Sánchez

Unidad de Supervisión, Evaluación y Servicio Civil

de Carrera



defensoria.ifdp



@defensoriaifdp



Defensoría Pública



El diseño y la formación de este volumen estuvieron a cargo de la Dirección General de Comunicación Social y Vicerrectoría del Consejo de la Judicatura Federal.

www.ifdp.cjf.gob.mx