



UNIVERSIDAD DEL MAR

CAMPUS HUATULCO

**EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO Y LOS JUICIOS ORALES EN
MÉXICO A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS
DERECHOS HUMANOS**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE
MAESTRO EN DERECHO INTERNACIONAL PENAL

PRESENTA:

LIC. OSCAR JESSE ROJAS ORTIZ

DIRECTOR DE TESIS:

DR. ULISES SANDAL RAMOS KOPRIVITZA

Resumen

México ha iniciado grandes transformaciones en materia de justicia y derechos humanos, a partir de las reformas constitucionales de 2008 y 2011. En este sentido, el Nuevo Sistema de Justicia Penal en México intenta transitar de un sistema de tintes inquisitorio o mixto hacia uno de corte acusatorio, donde el eje motor es el juicio oral. Así, se intentan corregir problemas estructurales que muchas veces incurrieran en violaciones a los derechos fundamentales y en consecuencia a los derechos de debido proceso. Por lo tanto, este trabajo tiene como principal objetivo analizar y conocer el Sistema Penal Acusatorio en México a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, así, podremos saber si tales modificaciones representan cambios estructurales o únicamente aislados. También, nuestra investigación se apoya en el método de la dogmática jurídica, la cual es necesaria para conocer las bases teóricas y jurídicas de las escuelas penales en el mundo que estudian el delito, la penal y el delincuente, siendo que México, basado en tales lineamientos, ha construido su propia escuela jurídico-penal. De igual forma, para el desarrollo de este trabajo aplicamos la Teoría Garantista de Luigi Ferrajoli como una herramienta para el análisis y estudio de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que se traducen en derechos, obligaciones y prohibiciones, pues en términos garantistas, más allá de transitar hacia un sistema penal acusatorio, México debe ser capaz de construir un mayor Estado de Derecho social y un menor Estado de Derecho liberal. En consecuencia, el Sistema Penal Acusatorio en México, analizado desde las directrices antes señaladas, mostró avances concretos como: respeto a los principios del estándar internacional, tales como: oralidad, publicidad, concentración, inmediación contradicción y continuidad; menores premuras en la administración e impartición de justicia; el poder judicial se convierte más proactivo en la protección y vigilancia de los derechos humanos; el Ministerio Público o Fiscal basa su investigación criminal en lineamientos de la presunción de inocencia; existen medios alternativos de conflictos, tal como la mediación, etcétera. No obstante, todavía persisten problemas que se han escondido bajo las medidas cautelares, como son: prisión preventiva, arraigo, orden de cateo, etcétera, o el abuso del derecho del imputado a cooperar con la investigación para conseguir atenuación de la pena, llamado también *plea bargaining*. Por lo tanto, nuestra investigación propone ajustarse al derecho internacional de los derechos humanos, bajo lineamientos de la teoría garantista y el método de la dogmática jurídica, donde la transición hacia un sistema penal acusatorio conlleve al cabal cumplimiento de los compromisos internacionales de México en la materia.

Palabras claves: derechos humanos, dogmática jurídica, juicio oral, teoría garantista.

AGRADECIMIENTOS

A Dios por darme la oportunidad de alcanzar un logro más en mi formación profesional y obtener esta satisfacción que hoy comparto con mis familiares, profesores y amigos.

A mi madre, María del Socorro Ortiz Montesinos, porque su fortaleza de padre y madre, su amor, apoyo, buenos consejos y entrega me motivó a seguir adelante; a mi abuela Alicia Bautista Montesinos por ser un ángel guardián con sus sabios consejos y gran amor; y a mis hermanos, Epher Japhet, Esaú de Jesús y Eldaá Mayrely, de quienes he recibido comprensión, cariño, inspiración y grandes momentos compartidos.

A la Universidad del Mar, Campus Huatulco, que me abrió las puertas y me brindó una formación profesional de alta calidad, de la cual, me siento orgulloso y comprometido de ponerla en alto donde quiera que me encuentre.

A mi Director de Tesis, el Dr. Ulises Sandal Ramos Koprivitz, por brindarme una amistad incondicional, ser un gran guía desde mi investigación de Licenciatura y Maestría, impulsarme en alcanzar este logro profesional y ser un ejemplo a seguir en el ámbito de los derechos humanos.

Al Mtro. Alfredo Salazar López quien me ha brindado su invaluable amistad, solidaridad y consejos en mi carrera profesional; y a todos mis profesores de quienes llevo una parte de ellos en el conocimiento adquirido desde los muros de la universidad.

Al Mtro. Alejandro González Acevedo por su amistad, apoyo en el deporte y que su confianza en mí ha sido inquebrantable.

A mis amigo(a)s quienes me han brindado momentos inolvidables, buenos consejos y motivación para culminar este logro importante.

A todos aquellos que de alguna forma aportaron a esta investigación.

A todos Ustedes, mil gracias.

*La Justicia no significa castigar a culpables, sino empoderar
a las víctimas con el rostro de la verdad*

*Dedicado en memoria de Juan Rufino Santiago Pedro, tío, amigo y gran
protector de los derechos humanos de aquellos más desprotegidos.
Q.E.P.D.*

Índice

Introducción	6
Capítulo I. Los sistemas penales en el mundo	11
1.1. Sistema jurídico-penal romano	16
1.1.1. Escuela penal Italiana.....	16
1.1.2. Escuela penal alemana.....	24
1.1.3.- Escuela penal francesa.....	43
1.1.4. La Escuela penal española.....	49
1.1.5 Escuelas penales en México.....	59
1.2. Sistema penal anglosajón.....	67
1.2.1. Sistema penal inglés.....	67
1.2.2. Sistema penal estadounidense.....	84
1.3. El Derecho Internacional Penal.....	94
Capítulo II Los Instrumentos Internacionales de derechos humanos en México	113
2.1.- Lineamientos generales de la Teoría Garantista sobre los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en México.....	113
2.1.1.- Aspectos Generales de los Tratados Internacionales de derechos humanos en México.....	113
2.1.2. La Teoría Garantista ferrajoliana y los tratados internacionales de derechos humanos en México.....	122
2.2.- Tratados Internacionales de Derechos Humanos en México.....	141
2.2.1. Instrumentos Internacionales de la Organización de las Naciones Unidas (ONU)	142
2.2.2.- Instrumentos Internacionales de la Organización de los Estados Americanos (OEA). 174	
Capítulo III. El Sistema Penal Acusatorio en México a Nivel Constitucional.	192
3.1. Aspectos generales de la Reforma Penal en México.....	192
3.1.1. Principios rectores del Sistema Penal Acusatorio.....	195
3.1.2. Etapas del Sistema Penal Acusatorio y los Derechos Humanos.....	206
3.2. Los Derechos Humanos en el Sistema Penal Acusatorio bajo el esquema de la teoría garantista.....	228
Conclusiones	258
Bibliografía	

Introducción.

La transición hacia un sistema penal acusatorio en México responde a las necesidades estructurales de justicia y derechos humanos. En esta labor, el Derecho Internacional se convierte en una herramienta eficiente y eficaz donde México tiene la obligación de ajustarse para proveer mayor protección a todas las personas que intervienen en un procedimiento y proceso penal.

Es importante mencionar que, el enfoque de esta investigación no está orientado desde la abogacía pues, en tal sentido, la presente propuesta se tornaría miope y dejaría del lado una producción avanzada de lineamientos jurídicos, por el contrario, este trabajo tiene como objetivo analizar el nuevo sistema de justicia penal en México a la luz del derecho internacional de los derechos humanos.

El desarrollo de esta investigación se basa en el método de la dogmática jurídico-penal, el cual se puede entender como la ciencia que estudia el derecho penal y su manifestación es a través de las distintas escuelas penales que construyen teorías o corrientes jurídicas de cómo entender el delito, la pena y el delincuente. De esta manera, México retoma de tales escuelas elementos necesarios que permiten crear una escuela penal propia, donde el encargado de la investigación de delitos puede crear su propia teoría del caso que considera el Nuevo Sistema de Justicia Penal.

Así, este Nuevo Sistema de Justicia Penal en México ha iniciado su marcha a partir de la reforma constitucional de 2008, la cual establece las directrices para establecer un proceso de ajustes normativos, de infraestructura, capacitación, difusión y concienciación tanto a los servidores públicos como son: Ministerio Público, jueces, magistrados, peritos, entre otros, como a la sociedad, con el fin de transitar de un sistema penal mixto hacia uno de corte acusatorio. Para ello, este trabajo está dividido en tres capítulos.

El primer capítulo aborda el estudio de cómo la instauración de un sistema penal en México obedece a un gran bagaje histórico proveniente desde las escuelas penales en el mundo. Para ello, México desde su vida como Estado independiente se ha esforzado por ajustarse a escuelas penales como: la española con su influencia de codificación; la escuela francesa con su corriente de defensa social, la cual se logra visualizar cierta influencia por las características del sistema penitenciario mexicano; la escuela alemana, donde uno de sus máximos exponentes fuera Welzel y su teoría finalista; la escuela clásica que rigió el país 1870 hasta 1929; la renovación de la escuela clásica y neoclásica, con exponentes de Liszt, Beling, Mezger, por mencionar algunos ejemplos.

Todo ello, contribuye al tratamiento del delito, la pena y el delincuente. En consecuencia, México ha retomado de las escuelas penales aspectos particulares para construir un modelo propio, dando respuestas a grandes problemas en la impartición de justicia y un urgente apego al derecho internacional de los derechos humanos.

Asimismo, este capítulo incluye al Derecho Internacional Penal, plataforma donde se establecen tanto leyes sustantivas como adjetivas que están encaminadas a perseguir y castigar los crímenes más atroces contra la humanidad y velar por el respeto irrefutable de los derechos humanos. Por ello, el repaso de los tribunales *ad hoc* y permanentes es fundamental, pues desde tal escenario, se establecen principios, métodos y jurisprudencias que pueden ayudar a México a transitar correctamente hacia un sistema penal acusatorio. De tal forma, abordamos desde el Tribunal Militar de Núremberg hasta la Corte Penal Internacional, pues la acción penal y sentencias están enfocadas a la responsabilidad individual y no a la responsabilidad penal del Estado como actúan la Corte Internacional de Justicia o la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por mencionar algunos ejemplos. No obstante, el desarrollo de este trabajo recomienda de igual forma, considerar la producción de jurisprudencias e interpretaciones de éstas instancias que abonen a una mayor protección de los derechos humanos.

El segundo capítulo analiza el Sistema Penal Acusatorio en México a la luz del derecho internacional de derechos humanos, la cual debe ser entendida bajo lineamientos de la teoría garantista ferrajoliana, siendo una herramienta útil que permite tanto al juzgador como al Ministerio Público o Fiscal vislumbrar y entender los tratados internacionales de derechos humanos, donde las garantías primarias y secundarias, son expresadas en derechos, prohibiciones y obligaciones. Esto permitirá agilizar la aplicación de instrumentos de la ONU y OEA, organizaciones de las que México es parte.

Debemos considerar que la aplicación de los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos ha sido un reto para México y muchos países en el mundo. Existen pues, posiciones jurídicas y políticas que adoptan los países con una tendencia de proteccionismo a su ordenamiento interno. En este sentido, han surgido las teorías: monista, dualista, estructuralista, etcétera, donde en algunas disposiciones el derecho interno prima sobre el derecho internacional. En este sentido, nos parece acertada la aplicación de la teoría garantista ferrajoliana, donde México pueda superar la producción de prohibiciones, siendo que esto depende cada vez más al derecho penal, y orientarse al cumplimiento de obligaciones concretas que muchas veces involucran costos políticos, sociales y económicos.

Uno de los mayores avances en el ámbito internacional es el reconocimiento de los Tratados Internacionales como una de las fuentes fundamentales del Derecho Internacional (así SEARA Vázquez), lo cual nos arroja principios de aplicación: *pacta sunt servanda*, *res inter alios acta*, *ex consensu adventi vinculum*. Sin embargo, existen dudas conforme a su efectivo respeto y aplicación en el ámbito interno de cada uno de los países signatarios.

En este sentido, si bien se establecen cambios constitucionales provenientes de la reforma de 2008, también se abre un abanico desde la reforma de 2011 en materia de derechos humanos, donde los Tratados Internacionales en la materia se establecen a un rango constitucional en una superada jerarquía de

las normas. Así, se instauran obligaciones concretas, bajo la égida de Control de Convencionalidad que conlleva un Control de Constitucionalidad y viceversa.

La obligación de todo servidor público se teje desde el principio *ex officio*, instituyendo el ejercicio del funcionario público de invalidar o inaplicar las normas, en el caso de los jueces; o de ejercer el principio *pro personae* en el caso del Ministerio Público, para aplicar la norma que más favorezca al individuo o aquella que limite el poder público ante un posible detrimento de los derechos humanos. La finalidad de la aplicación de la teoría garantista de Luigi Ferrajoli es que México logre consolidar un menor Estado de Derecho liberal y un mayor Estado de Derecho social.

Y el Tercer Capítulo, desarrolla los dos sistemas penales, uno de tintes inquisitorios, donde preponderantemente el Ministerio Público tenía la acción penal en sus manos y no existía un apego al debido proceso penal; y el otro de corte acusatorio o adversarial, el cual modifica la función del Ministerio Público y convierte al poder judicial más dinámico en la protección de los derechos humanos, consolidando el juicio oral como el eje motor de la impartición de justicia.

Asimismo, el análisis de este capítulo muestra avances concretos como: la investigación y acusación formal de los delitos corresponde al Ministerio Público o Fiscal ante audiencia de juicio; el establecimiento de principios rectores del nuevo proceso penal, donde preponderantemente se ejecuta por la oralidad y publicidad; la ejecución de medidas cautelares; la creación de jueces de control encargados del respeto de los derechos de debido proceso y derechos humanos; la presunción de inocencia como piedra angular de los demás principios; los derechos de las víctimas u ofendidos, imputado, testigos y demás quienes intervienen en el proceso penal, etcétera.

No obstante, si bien es cierto que el sistema penal acusatorio representa un avance en el Sistema de Justicia Penal Mexicano, también es cierto que es necesario corregir algunos problemas que siguen persistiendo y los cuales se

analizan en este trabajo, que a nuestro punto de vista y desde un enfoque de técnica jurídica se mencionan: el recurso judicial de prisión preventiva; arraigo dentro del catálogo de medidas cautelares, las cuales están bajo el criterio y mando jurisdiccional, siendo que esto puede dar como resultado una reducción al respeto de los derechos fundamentales; el disfrazado *plea bargaining*, el cual se traduce como el derecho del imputado a beneficiarse por colaborar con la investigación correspondiente al Fiscal, son algunas de las contrariedades que se estudian en el desarrollo de este capítulo.

De igual manera, el último apartado de este capítulo fue necesario aplicar la teoría garantista, con el fin de determinar si a un rango constitucional y dogmático, la reforma constitucional de 2008, representa un cambio estructural y trascendente o sólo vislumbra cambios aislados. El resultado muestra ambas posturas.

Así, el presente trabajo representa un conjunto de elementos jurídicos y una herramienta de análisis para comprender cómo México está transitando hacia un sistema penal acusatorio y que tal esfuerzo está condicionado por la correcta aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en las diferentes etapas del procedimiento y proceso penal en la nueva dinámica de justicia proveniente del andamiaje del *ius cogens*.

Capítulo I. Los sistemas penales en el mundo

En el ámbito del Derecho Internacional de carácter público, podemos encontrar que existen preponderantemente dos sistemas penales, el inquisitorio y el acusatorio, ambos han tenido gran influencia en diferentes países y regiones en el mundo. Sin embargo, la construcción de una dogmática jurídico-penal, la cual se le considera como la ciencia que estudia al derecho penal, se manifiesta por las distintas escuelas jurídico-penales que analizan al delito, delincuente y la pena.

Para abordar nuestro tema, es importante definir lo que entendemos por derecho penal. Según Díaz Aranda:

“El derecho penal es un sistema de normas emitidas por el Estado a través de la ley para dar a conocer a los miembros de la sociedad las conductas consideradas como delictivas, por lesionar bienes fundamentales para la sociedad, con el fin de que eviten su comisión, indicando al Juez los presupuestos y sanción, sea pena de prisión o medida de seguridad, a imponer a quienes las realicen”¹

Destacamos esta definición, puesto que al considerar al derecho penal como un sistema de normas, refiere la interconexión entre reglas, principios y postulados de la ciencia jurídico-penal. En cambio, la mayor parte de la doctrina describe al derecho penal como un conjunto de normas jurídicas, pero éstas se pueden interpretar que son de manera autónomas en una agrupación. El estudio de las escuelas jurídico-penales nos demuestra que no es así, puesto que se consolida el Derecho Penal apoyado por otras disciplinas como la criminología, criminalística, la victimodogmática, la penología y la balística como ciencias penales. Éstas últimas se apoyan del conocimiento de otras ciencias como la antropología, la psicología, la sociología, la psiquiatría o la medicina². Sin embargo, no se deberá de perder de vista el objeto de estudio de la dogmática jurídico-penal, el derecho penal positivo.

¹ DIAZ Aranda, Enrique. *Derecho Penal. Parte general*. Editorial Porrúa, México, 2008. Pág. 7.

² *Ibíd.* Pág. 31.

La ciencia jurídico-penal que analiza el delito, el delincuente y la pena, lo realiza en función del derecho positivo. Sin embargo, han existido caminos para analizar la ley penal como es la aplicación exegética. Ésta última lleva un estudio lógico-gramatical que limita al derecho penal, puesto que la conducta del individuo deberá ajustarse a las posibilidades que describe el legislador en la norma. En consecuencia, es una labor agotadora que lleva, en la mayoría de casos, a la impunidad; una respuesta parcial que nos comenta Díaz Aranda es la teoría subjetiva, utilizando una interpretación jurídica, basándose en el contenido de la voluntad del legislador histórico que redactó y promulgó dicha disposición normativa, empero, no siempre resulta efectivo conseguir el rescoldo histórico del legislador.

En consecuencia, la teoría objetiva, permite que la dogmática jurídica cubra la función de interpretación del derecho positivo, así nos recuerda Díaz Aranda que permite la *“posibilidad de adecuar el texto de la ley al momento histórico-cultural y necesidades de la sociedad, pero manteniéndose dicha interpretación siempre dentro de los límites, del sentido literal posible del precepto”*³ en otras palabras, la interpretación más cercana a la realidad.

Para esto, la perspectiva de las escuelas penales, según nos dice Calderón Cerezo, *“tratan de las funciones del Derecho Penal, la legitimidad del Estado para actuar por medio del Derecho Penal, y, en consecuencia, representan diversas concepciones acerca del fin de la pena”*⁴. Por consiguiente, son éstos elementos que determinan el sistema penal, ya sea basado en la tradición jurídica romano-canónica-germana o inclinada a un sistema anglosajón.

Entendemos, que el derecho penal recae en un derecho penal subjetivo, el cual otorga esta facultad al Estado de prohibir la conducta ilícita, considerada como delito y ejercer el *ius puniendi*. Es una consecuencia jurídica (Teoría de la Pena); un segundo elemento es el delito, el cual lo distingue, Medina Peñaloza

³ Ibíd. Pág. 33.

⁴ CALDERON Cerezo, A y CHOCLÁN J.A. *Derecho Penal*. Editorial Bosch, Barcelona, 1999. Pág. 8.

como: toda acción legalmente punible (la acción entendida como la comisión de un hecho o la omisión del mismo), que se encuentra en la parte especial de los ordenamientos penales sustantivos (tipicidad), en consecuencia es típicamente y culpable por ofender al orden ético-jurídico (Teoría del delito); el tercer elemento se refiere a las fuentes de normas jurídico-penal, sus componentes, los ámbitos de validez, las formas de interpretación y el concurso de normas⁵ (Teoría de la Ley Penal).

Por consecuencia, es relevante abordar la Teoría del delito y la Teoría de la pena para estructurar conforme un sistema los lineamientos que permitan estudiar un hecho que constituye o no un delito y su consecuencia jurídica como garantía al interés general.

Asimismo, complementaremos nuestro estudio con una radiografía del sistema penal en los tribunales internacionales y tribunales ad hoc, toda vez que, la relevancia en la persecución y el juicio de los responsables de los crímenes más atroces en la historia de la humanidad, abona a identificar el proceso penal bajo la égida del principio de Justicia Universal. Esto sin duda, nos permitirá ubicar a la dogmática jurídica como el método de referencia que México deberá considerar para instrumentar correctamente el nuevo sistema penal, respetando el derecho internacional de los derechos humanos.

En este sentido, un elemento en los sistemas penales es la acción penal. Es necesario definirla para dar mayor claridad al desarrollo de nuestra investigación.

Por acción penal nos referimos a *“la invocación al juez a fin de que declare que la acusación está fundada, y aplique en consecuencia la pena”*⁶, dicha acción debe distinguirse de la pretensión punitiva, pues esta última lleva al Estado a

⁵ Véase. MEDINA Peñalosa, Sergio J. “El Derecho Penal y la construcción del delito”. *En Teoría del Delito Causalismo, finalismo, funcionalismo e imputación objetiva*. Ángel Editor. México 2001. P.p. 23-47.

⁶ CASTRO, Juventino V. *El Ministerio Público en México*. Editorial Porrúa. México 2006. Pp. 47 y 48.

ejercer su derecho de castigo al reo, previo juicio donde se comprueba la responsabilidad penal.

En otras palabras, la acción penal le corresponde a la autoridad administrativa que integra las diligencias de la averiguación previa, en la cual se funda y motiva las causas de acusación formal sobre un hecho constitutivo como delito.

Es importante mencionar que la acción penal se inicia por dos vías, por denuncia o querrela. La primera se identifica cuando a la instancia administrativa le basta la *notitia criminis* de un hecho constitutivo como delito grave según clasificado por las leyes adjetivas; la segunda, es la expresión de la voluntad dirigida a la autoridad administrativa, en la cual se enuncia la noticia criminal de un hecho que pueda ser constitutivo como delito, en consecuencia, la querrela se realiza a título personal del ofendido.

Cabe mencionar que en el ámbito de los tribunales internacionales y tribunales ad-hoc, lleva otro procedimiento. Antes de la intervención de la parte investigadora de los delitos, como parte del principio de complementariedad, *“implica una relación de subsidiariedad entre la justicia estatal y la CPI (...) es una permanente invitación a los jueces nacionales a ejercer jurisdicción sobre crímenes internacionales perpetrados en su territorio”*⁷. En consecuencia, cuando el Estado no puede o no quiere ejercer dicha jurisdicción⁸, es cuando un tribunal internacional puede intervenir en la materia.

En este caso, citamos la jurisdicción de la Corte Penal Internacional (CPI) que más adelante abordaremos. Por consiguiente, los delitos a que nos referimos son de gran magnitud que al ofender a la humanidad, se puede denunciar ante el

⁷ COLLANTES, Jorge Luis. *La Corte Penal Internacional. El impacto del Estatuto de Roma en la jurisdicción sobre crímenes internacionales*. En “Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología”. RECPC 04-07 (2002) P.p. 1-23. <http://criminet.ugr.es/recpc>.

⁸ Basta con recordar que los fines del Estado se ubican en dos sentidos: fines generales, en los cuales se protege al bien común y a la persona humana; y fines particulares, son múltiples y varían con las condiciones del país, se muestra el trabajo de toda la estructura política-jurídica del Estado a través de la labor de sus órganos. Véase. MOTO Salazar, Efraín. *Elementos del Derecho*. Editorial Porrúa, México 2010. Pág. 58.

Fiscal de la CPI por cualquier país que forme parte del Estatuto de Roma de 1998 o a petición del Consejo de Seguridad.

Como corolario a la intervención de los tribunales internacionales y tribunales *ad-hoc*, es menester definir al Derecho Internacional Penal como el “*Conjunto de normas sustantivas, procesales y ejecutivas, relativas al castigo penal de los individuos responsables de las más grandes violaciones de derecho internacional: genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y agresión*”⁹. En este sentido, el razonamiento de Manuel Ollé Sesé nos dice que todo crimen para que pertenezca al Derecho Penal Internacional, la norma debe formar parte del Derecho Internacional, entonces ante la conducta ilícita intervendrá un tribunal internacional, o en su caso un tribunal nacional¹⁰ cuando su normatividad interna tenga competencia.

En consecuencia, hablar del derecho internacional es ubicar a un conjunto de normas que regulan las relaciones entre sujetos internacionales¹¹, siendo estos últimos los Estados y las organizaciones internacionales. Cabe resaltar que los individuos no son sujetos de derecho internacional, pero se confirma la tendencia de reconocerles derechos. En esta línea, la labor de las organizaciones internacionales ha sido relevante en la conformación de instrumentos de diversa índole, entre de ellos, de derechos humanos. Por lo tanto, se construye un estándar internacional mínimo de protección de prerrogativas que todas las personas deben poseer y el Estado como principal garante.

⁹ RAMOS Koprivitz, Ulises S. “La Justicia Internacional Penal”. En *Revista Ciencia y Mar*. Año 2010, XIV (40):11-25.

¹⁰ OLLÉ Sesé, Manuel. *Justicia Universal para Crímenes Internacionales*. Editorial La Ley, España 2008. Pág. 141.

¹¹ SEARA Vázquez, Modesto. *Derecho Internacional Público*. Editorial Porrúa, México 2012. Pág. 33.

1.1. Sistema jurídico-penal romano

Las grandes aportaciones al derecho penal de origen romano fueron las escuelas italiana, alemana, francesa, y española. De acuerdo a Calderón Cerezo:

“La diferencia fundamental entre las escuelas que se sitúan en los extremos de la discusión (la clásica y la positiva) reside en el distinto método empleado para analizar el fenómeno del delito y de la pena: deductivo, de lógica abstracta, teniendo en cuenta el ‘delito’ como entidad jurídica para la Escuela Clásica; inductivo y de observación de los hechos, teniendo por objeto el ‘delincuente’ como persona que se revela socialmente peligrosa por el delito cometido, para la Escuela positiva”¹²

De esta manera, inician los razonamientos de la escuela italiana en cuatro vertientes: clásica, positiva, escuela del positivismo crítico y tendencia técnico-jurídica, que enseguida abordaremos.

1.1.1. Escuela penal Italiana.

Escuela italiana jurídico-penal Clásica. Ésta se desarrolla entre fines del siglo XVIII y mitad del siglo XIX. Fue por Enrico Ferri, quien con un sentido peyorativo, nombró esta tendencia para adjetivarla como lo viejo y lo caduco¹³. Uno de los principales representantes de esta escuela es César Bonessana, marqués de Beccaria, quien en 1764 publicó su obra *De los delitos y de las penas* manifiesta la necesidad de considerar al derecho positivo como objeto de estudio. Esta aportación le valió para considerarlo como el iniciador de la dogmática jurídico-penal en la era moderna.

Las aportaciones de Beccaria exponían a la ley como una manifestación popular, *“puso énfasis en la división de poderes, conforme a la cual sólo el juez tiene la facultad de aplicar las leyes penales”¹⁴*. Además, la pena tendría que ser proporcional con el delito cometido. De estos dos puntos, podemos sugerir que Beccaria se inclinaba por la imparcialidad en la administración de justicia y aunque

¹² CALDERON Cerezo, A y CHOCLÁN J.A. Óp. Cit. Pág. 9.

¹³ JIMÉNEZ De Asúa. *La ley y el delito*. Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1980. Pág. 46.

¹⁴ DIAZ Aranda, Enrique. Óp. Cit. Derecho Penal...Pág. 96.

la proporcionalidad al delito cometido puede llevar a medidas drásticas para el individuo, César Bonessana se pronunció contra la Tortura.

Asimismo, Beccaria, se pronunció a favor de la presunción de inocencia. En su obra antes referida, en el capítulo XVI menciona que “...no se debe atormentar a un inocente, porque tal es, según las leyes, un hombre cuyo delitos no están probados”¹⁵. De igual forma, Beccaria eleva la presunción de inocencia a principio básico en el proceso penal y rechaza la idea del encarcelamiento preventivo. Al respecto, debía existir una separación entre aquellos que purgan penas concretas y los que acusados. Vemos bajo esta lógica, que la presunción de inocencia no mantiene exclusividad en la familia jurídica de corte anglosajona, también se construye en los lineamientos de la familia jurídica romana.

Ahora bien, la “escuela clásica” se desarrolla por las obras de Francesco Carrara, Pelegrino Rossi y Giovanni Carmignani. Para ellos, el derecho positivo es el objeto de estudio y “su análisis tenía como fin encauzarlo hacia un derecho ideal racional (...) además buscaban encontrar el derecho natural que lo sustentaba”¹⁶. En consecuencia, vemos el fundamento con los postulados tomistas conforme a la ley eterna manifestada en la razón humana, o en palabras de Rossi por un *iusnaturalismo* racionalista, en el cual existe un orden moral, siendo éste el imperativo de relación entre el ser moral y su responsabilidad. Por lo tanto, el individuo se maneja por un libre albedrío en su comportamiento, entonces, tiene conciencia que al optar por la comisión de un delito deberá soportar la pena impuesta como retribución social.

Para la conformación del delito es necesario, desde una perspectiva de Carrara:

“...que el sujeto sea moralmente imputable; que el acto tuviera un valor moral, que se hubiese producido un daño social y que existiera una ley positiva

¹⁵ MARTÍNEZ Cisneros, Germán. “La presunción de inocencia. De la Declaración Universal de los Derechos Humanos al Sistema Mexicano de Justicia Penal”. En *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*. Número 26, año 2008. México, D.F. P.p. 227-265.

¹⁶ DÍAZ Aranda, Enrique. *Óp. Cit. Derecho penal...* Pág. 96.

que lo prohibiera".¹⁷Entonces, la pena es vista como un mal y un medio de tutela jurídica en la protección de la voluntad general.

El delito en esta etapa, no es un ente de hecho, "sino el concepto jurídico del que, según Carrara, se derivan todas las consecuencias de un sistema de Derecho Penal"¹⁸. Con esto se reafirma el eje de estudio, el derecho positivo. Sin embargo, la validación del derecho penal construido por una idea básica del derecho natural, pierde de vista el principio de legalidad, pasando éste a segundo plano.

Siguiendo a Carrara, considera que el delito es un ente jurídico, ostentado por la voluntad inteligente y libre y un hecho exterior lesivo del Derecho y peligroso para el mismo.¹⁹En este sentido, para el margen de protección del derecho, la pena no deberá exceder el grado de culpabilidad, de lo contrario se traduciría en violación del mismo ordenamiento.

Como un agregado importante, según nos menciona Martínez Cisneros, Carrara se manifiesta a favor de la presunción de inocencia. Así, lo manifiesta:

*"El postulado de que parte la ciencia en esta segunda serie de estudios es la presunción de inocencia, y así la negación de la culpa (...) Aquí dice ella: Protejo a este hombre porque es inocente, así lo proclamo hasta que no hayáis probado su culpabilidad (...) con los modos y las formas que yo prescribo, y que debéis respetar porque ella proceden también de dogmas de absoluta razón"*²⁰

La presunción de inocencia debe llevar consigo el reconocimiento de la culpabilidad, puesto que lo que no es comprobado por la técnica jurídica, no es culpable.

¹⁷ HERNÁNDEZ Islas, Juan Andrés. "Derecho penal y filosofía". En *Revista Anales de Jurisprudencia*, marzo-abril 2000, Número 240. Pp. 159- 204.

¹⁸ JIMÉNEZ De Asúa. Óp. Cit. Pág. 46.

¹⁹ CASTELLANOS, Fernando. *Lineamientos elementales de Derecho penal*. Editorial Porrúa, México 1977. Pág. 55

²⁰ Citado por: MARTÍNEZ Cisneros, Germán. "La presunción de inocencia. De la Declaración Universal de los Derechos Humanos al Sistema Mexicano de Justicia Penal". En *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*. Número 26, año 2008. México, D.F. P.p. 227-265.

El método de estudio de la escuela clásica fue el deductivo o lógico-abstracto. Según nos comenta Castellanos, dicha escuela al no conformarse en el campo de lineamientos de estudio de las ciencias naturales, su método se alinea a la teleología, puesto que la conducta de los individuos tiene propósitos ordenados o finalistas; en cambio la ciencias naturales buscan su explicación en el estudio particular del un fenómeno para obtener preposiciones generales. En otras palabras “*lo enunciado por las leyes naturales tiene que ser; lo prescrito por las normas debe ser*”²¹.

Castellanos, resume las características constantes de la Escuela clásica: Igualdad. El hombre por naturaleza nace en plena igualdad, puesto que considerar un ambiente de igualdad entre desiguales, significaría la negación de dicha igualdad; libre albedrío. Entre los caminos a seguir por el hombre, se encuentran el bien y el mal, entonces, se tiene la capacidad para seleccionar cualquiera de los dos; entidad delito, al considerar al delito como un ente jurídico, se establece que éste no surge de factores endógenos, sino de la externalidad de la conducta al lesionar el marco normativo; imputabilidad moral, la libertad de elección entre el bien y el mal, lleva implícito que el hombre es moralmente libre; su método lleva una perspectiva teleológica.

Escuela jurídico-penal positiva. Las aportaciones de esta escuela italiana se basan inicialmente en los estudios de César Lombroso, quien fuera médico, intentó aplicar el método experimental al estudio de la demencia. Sostuvo que “las causas del delito habían que buscarlas en determinadas características corporales y hereditarias de la persona (*delinquente nato*), creando como rama de la ciencia penal la antropología criminal.”²²

De esta forma, Lombroso contrapone las ideas de la escuela clásica. Para él, el delito no se manifiesta por el libre albedrío, y la responsabilidad de su comisión es de índole social, no moral. La sociedad, entonces, debería de

²¹ Ibíd.

²² CALDERON Cerezo, A y CHOCLÁN J.A. Óp. Cit. Pág. 10.

protegerse de los individuos por su carácter de peligrosidad, en consecuencia, la pena no se establece por el delito cometido, sino por dicho carácter. Para ello, validan el método inductivo experimental para su comprobación. Como corolario, podemos decir que el positivismo le es atribuido a Augusto Comte, quien nombro así a tal corriente, la cual estaría cimentada por negar a las disciplinas filosóficas su carácter de ciencia, puesto que sólo podrían tener tal categoría a partir de un estudio metafísico, o sea, bajo los principios de la investigación experimental.

Muy cerca de Lombroso, en 1878, Enrico Ferri compartió algunos postulados de la antropología criminal, sin embargo, sus aportaciones se encaminaron en los fenómenos síquicos-sicológicos y datos estadísticos²³, creando así la sociología criminal. Para Ferri, las causas del comportamiento criminal tienen diversos tipos, por ello, la explicación científica abona en un criterio genético y psicológico, los cuales pueden indicar la tendencia al delito y su resistencia a la readaptación social. De esta forma, Ferri propone categorías antropológicas: “1.- Delincuente nato o instintivo o por tendencia congénita. 2. Delincuente loco. 3. Delincuente habitual. 4. Delincuente ocasional. 5. Delincuente pasional.”²⁴

Es importante resaltar que los enfoques de Lombroso y Ferri llevan a un distanciamiento del positivismo jurídico *“para transformarse en un positivismo de carácter sociológico, sicológico y antropológico, cuyo fin era constituirse como una ciencia de carácter causal-explicativa”*.²⁵ Debemos considerar que, la dogmática jurídico-penal debe tener estrecha relación con otras disciplinas como lo son la criminología, antropología y política criminal, la cuales abonan a esclarecer la norma jurídico-penal, sin embargo, como hemos mencionado no se debe perder de vista el objeto de estudio, el derecho penal positivo.

Otro autor destacado para la corriente positivista fue Rafael Garófalo, quien era juez y barón. Se distinguió por su ‘nueva’ fórmula que llamó “temibilitá”, lo que

²³ Díaz Aranda. Derecho penal...Óp. Cit. Pág. 38.

²⁴ CALDERON Cerezo, A y CHOCLÁN J.A. Óp. Cit.

²⁵ Ibíd. Pág. 98.

se conoce como peligrosidad. Al respecto, ya no se podrá imponer una pena al individuo en condición de su culpabilidad, sino a su peligrosidad, “y, por ello, la reacción defensiva es la medida de seguridad, una verdadera ‘cura de almas’ que saque al delincuente de su estado moral débil y miserable”²⁶. En el desarrollo de la caracterización del delincuente, Garófalo discrepa en algunos puntos con la escuela positiva, puesto que no se sirve demasiado de los factores sociales que rodea al individuo, sino en la herencia endógena psíquica.

Considera al delincuente como anormal psíquico, causado por una anomalía moral congénita²⁷. En la tipología, considera que existen cuatro tipos de delincuentes natos: el asesino, el delincuente violento, el ladrón, y el delincuente lascivo. Ante este tipo, la pena debe tener por objeto defender a la sociedad de los inadaptados y socialmente peligrosos.²⁸

En cuanto al delito, Garófalo distingue dos tipos: el delito natural. El cual lo entendió como “la violación de los sentimientos altruista de piedad y probidad, en la medida media que es indispensable para la adaptación del individuo o la colectividad”²⁹; y en cambio el delito artificial o legal. Éste se refiere a la conducta humana que no lesiona dichos sentimientos, sino solamente un marco normativo.

Jiménez de Asúa realiza una caracterización de esta escuela en los siguientes puntos: a) Método experimental. A partir de este enfoque, el objeto de estudio es el delincuente, entonces habrá que atenderlo para llegar a conclusiones generales; b) la responsabilidad social. La objetividad se establece a partir de la convivencia social, por lo tanto, la responsabilidad es ante ésta y se debe combatir la peligrosidad del individuo; el delito, es un fenómeno natural y social producido

²⁶ Ibíd. Pág. 11.

²⁷ MACHICADO, Jorge. *El Derecho penal a través de las escuelas penales y sus representantes*. Disponible en pdf [<http://ermoquisbert.tripod.com/pdfs/ep.pdf>] Fecha de consulta [02/03/13]

²⁸ Ibíd. JIMÉNEZ De Asúa. Pág. 52.

²⁹ CATELLANOS, Fernando. Óp. Cit. Pág. 64.

por el hombre; la pena no es considerado como un castigo, sino un medio de defensa social.³⁰

En cuanto a la presunción de inocencia, Garófalo y Ferri se manifiestan contrarios. Para el primero, en la tramitación del juicio debía mantenerse la presunción de culpabilidad, además, la prisión preventiva debería ejecutarse para los delitos más graves; para el segundo, la figura de presunción de inocencia se considera contraria en un proceso penal, siendo en ciertos supuestos que dicho autor intenta reforzar su argumento como: los delitos cometidos en flagrancia, la confesión del procesado (y comprobada), por la comisión de un delito habitual, y por influencia de criminalidad atávica³¹. Por lo tanto, ven al acusado como un individuo de extremo peligro para la sociedad quien debe ser reprimido.

Terza Scuola. También llamada Tercera escuela o tendencia ecléctica entre las escuelas jurídico-penales. Fue la lucha entre escuelas, clásica y positiva que dio por resultado esta escuela.

Sus principales exponentes son Alimena y Carnevale. En sus postulados consideran que no existe el albedrío y el delito es objeto de estudio desde el punto de vista individual y social, también se inclinan por estudiar al delincuente de manera científica. *“Rechazan la naturaleza morbosa del delito y el criterio de la responsabilidad legal y acepta de la Escuela Clásica el principio de responsabilidad moral”*³². Castellanos entiende a Bernardino Alimena en cuanto a la imputabilidad, puesta esta condición se basa en la voluntad humana, puesto que tiene su base en la ‘dirigibilidad’ del individuo, lo que significa que la aptitud adoptada por el individuo en sentir la amenaza, es un distintivo de imputabilidad.

³⁰ *Ibíd.*

³¹ MARTÍNEZ Cisneros, Germán. *Óp. Cit.*

³² *Ibíd.* Pág. 69.

Los principales postulados de la Tercera escuela intentaban encontrar los principios del derecho natural, que fundamentara la norma aplicable, atendiendo de una forma ajustada a la realidad al delito y el delincuente³³.

Las principales características de esta corriente, según Jiménez de Asúa, son: Afirmación de la personalidad del Derecho penal contra el criterio de la dependencia que propugnaba Ferri; exclusión del tipo penal; y reforma social como deber del Estado. Sin embargo, esta Escuela ha sido criticada por la mezcla de contradicciones en combinación de las dos escuelas anteriores. Así lo expresa Calderón y Choclán cuando dicen que los exponente de la tercera escuela olvidan diferenciar la Escuela clásica y positiva, no por sus conclusiones, sino por su método de investigación científica. Entienden al delito como un fenómeno natural y social.

Como vemos, las escuelas del positivismo y la Terza Scuola, se alejaban cada vez más del análisis del derecho penal positivo para resolver problemas del delito, delincuente y la pena. Según Díaz Aranda, ya no se tenía claro cómo aplicar las leyes en Italia a principios del siglo XX, por lo tanto, se reconoce la necesidad de mirar hacia la dogmática jurídico-penal, lo que permitió la creación de una tendencia técnico-jurídica.

Tendencia técnico-jurídica. Esta escuela tiene su auge con Arturo Rocco, quien mantenía la idea de que el Derecho penal debía estudiar al delito y delincuente desde un punto de vista jurídico, siendo las otras disciplinas como la Antropología y la Sociología deberían atender otras aristas del delito. Para esto, el rol de la Ciencia penal se enfocaba en: el estudio exegético, el dogmático y sistemático, y el crítico del derecho vigente³⁴.

En el rubro exegético, se intenta descubrir el sentido gramatical de las proposiciones penales; en el rubro dogmático y sistemático, se reúnen los

³³ DIAZ Aranda, Enrique. Derecho penal...Óp. Cit. Pág. 99.

³⁴ CARVANELI, Raúl. "La ciencia penal italiana y su influencia en Chile". En revista Política Criminal, N° 6, 2008, A4-6, P.p. 1-19. [http://www.politicacriminal.cl/n_06/a_4_6.pdf]

resultados de la primera fase para ajustarlos a un método inductivo, el cual servirá para obtener conclusiones generales para posteriormente crear dogmas y elaborar un marco sistémico para deducir elementos que sirvan a la aplicación de la ley; y la etapa crítica se determina si el derecho es como debiera ser³⁵. Con esto último se realizan juicios de valor sobre el derecho, que según Díaz Aranda, esta tendencia técnico-jurídica es propia del método positivista formal.

Debemos considerar que los autores italianos quienes se mantuvieron a la vanguardia hasta mediados del siglo XIX, fueron cediendo su hegemonía científica debido a que cada vez se distanciaban del objeto de estudio, el derecho penal positivo, al estudiar el delito, el delincuente y la pena.

1.1.2. Escuela penal alemana.

La característica del derecho penal alemán del siglo XVIII tenía como bandera los postulados de la escuela del derecho natural al igual que Italia. Esta tendencia prevalecería en la mayoría de las regiones del imperio germano, según nos comenta Díaz Aranda, bajo el Código prusiano de 1794.

Más allá del Código Penal bávaro de 1813, Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach tuvo su aportación en la doctrina *iusnaturalista* alemana de esta época. Para él, el derecho positivo emanaba de la “recta razón” *iusnaturalista*³⁶, por lo que entendemos que el papel del derecho natural y la filosofía jugaban un papel auxiliar, puesto que era el derecho positivo la prioridad. Fundamentando este argumento, se le atribuye a Feuerbach la fórmula latina “*nullum crimen nulla poena sine lege*”, la cual considera que el derecho debe girar en torno a tres principios: la imposición de una pena presupone una ley anterior (*nulla poena sine lege*; b) la imposición de una pena es consecuencia de una conducta prohibida (*nulla poena sine crimine*), y c) la conducta está legalmente prohibida porque existe una ley que ante su quebranto acarrea una pena (*nullum crimen sine poena legali*)³⁷

³⁵ DIAZ Aranda, Enrique. Derecho penal...Óp. Cit. Pág. 101.

³⁶ Ibíd. Pág. 102.

³⁷ Ibíd. Pág. 57.

Posteriormente, existieron autores como Hegel que recuperaron el derecho natural contextualizado el derecho positivo. Al respecto, se llegó a sostener que ambos derechos eran equivalentes, esto en palabras de Hegel: “lo que es racional es real y lo que es real es racional”, según cita Díaz Aranda. Asimismo, Hegel estableció los alcances de la acción, pues lo consideraba como la externalización de la voluntad moral, siendo que si hay acción existe también imputación³⁸. En este sentido, todas las acciones pueden ser imputables.

Contrario a la Escuela penal italiana del siglo XIX, el cual se deja llevar por el impulso de otras disciplinas dejando de lado al derecho positivo como objeto de estudio, Alemania mantiene firme el derecho positivo y lo desarrolla en dos corrientes positivistas: la normativista y la naturalista.

El positivismo normativista tiene su auge con Binding, quien en su postulado negaba “la licitud de introducir juicios de valor o referencias a la realidad metajurídica en la tarea dogmática”³⁹. Traduciendo esta cita, Binding sugería el alejamiento de valoraciones filosóficas o sociológicas interpretaran el derecho penal. Por lo tanto, las normas penales son de origen jurídico y por ello, el delincuente debe ser sancionado por su hecho, objetivo, y no por sus características personales, subjetivo. El resultado es la imposición de la pena por la infracción a la ley penal, siendo una compensación al status jurídico.

Es importante mencionar que los razonamientos de Binding pueden ser similares a la escuela exegetica. Sin embargo, Díaz Aranda sugiere que dicha escuela es superada por Binding cuando no sólo se atiende a la ley, sino al espíritu que la inspira. Este espíritu se encuentra en la lógica interna de la ley, de tal forma, que no se recurre a la búsqueda de la voluntad histórica del legislador, sino a una formulación lógico-formal bajo el método inductivo.

³⁸ BORJAS Calderón, Karl Andrei. “Evolución dogmática de las teorías del concepto jurídico penal de acción” En *Revista Jurídica de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas*. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Ecuador, Mayo 2009. Disponible en pdf [http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2009/25/25_evolucion_dogmatica.pdf] Fecha de consulta [22/04/13]

³⁹ *Ibíd.* Pág. 103.

Por otra parte, la corriente naturalista alemana se desarrolla a finales del siglo XIX por Franz von Liszt, quien se apoya de las ciencias naturales para dar respuesta a la dogmática jurídica. Así, Liszt “*pretende incorporar las leyes causales de las ciencias naturales en el ámbito del derecho penal y, además, a causa de que su contenido es prejurídico*”⁴⁰. Sin embargo, su enfoque de estudio, a comparación de la escuela italiana positiva, no pretendió abordar la dogmática jurídico penal desde una sola ciencia, sino con la incorporación de varias disciplinas. Para esto, propuso un enfoque empírico que analizara las causas del delito y los efectos de la pena (el recurso de la estadística y antropología criminal)⁴¹

Cabe mencionar que Liszt fue un precursor del estudio de la acción delictiva bajo el sistema clásico o causalista de la Teoría del delito. Las grandes aportaciones de las escuelas jurídico-penales en Alemania, desembocarían en un debate entre cuatro enfoques: sistema clásico, sistema neoclásico, sistema finalista y sistema funcionalista.

El sistema clásico o causalista. Los primeros tintes de este sistema partieron con tres autores de entre 1840 y 1867, Luden, Berner e Von Ihering, quienes los dos últimos distinguían al delito por dos elementos: la conducta de individuo y la antijuridicidad. Por su parte, Luden anteriormente ya había considerado estos puntos y agregó la cualidad dolosa o culposa de la acción⁴².

Por su parte, Franz von Liszt, en 1881, estableció un método de análisis para el derecho penal. Se apoya en la perspectiva de Augusto Comte, según comenta Márquez Piñero en donde Liszt dice:

“el reconocimiento del principio de que la antijuridicidad es uno de los caracteres esenciales del delito, así como el conocimiento más exacto de aquellas circunstancias

⁴⁰ MARQUEZ Piñero, Rafael. *Teoría de la antijuridicidad*. Editorial UNAM, México 2003. Pág. 62.

⁴¹ Díaz Aranda, Enrique. *Derecho penal...Óp. Cit.* Pág. 105.

⁴² *Ibíd.* 114.

*que quitan al acto el carácter de injusto, son el resultado lento y aun no acabado desenvolvimiento*⁴³

Entonces, Liszt al considerar la antijuridicidad, establece que preexiste una norma que prohíbe la conducta, siendo esta última siempre un acto humano. También, Liszt realizó un método de análisis del delito, en palabras de Díaz Aranda, nos comenta que éste se dividió en tres etapas: reunión del material, exclusivamente debía buscarse en el derecho positivo; análisis y síntesis de las proposiciones jurídicas; y la construcción del sistema⁴⁴. El resultado arrojó al estudio de Liszt, que el delito es siempre una acción humana, que lesiona o pone en peligro un bien jurídico, y que es un acto culpable, por la responsabilidad dolosa o culposa. En esta última imprime el aspecto psicológico, la cual es la relación entre el autor y el resultado.

Franz von Liszt distingue los factores objetivo y subjetivo de su método sistemático, con la cual analiza el concepto jurídico penal de la acción. El primero lo ubica por su acción, tipo y antijuridicidad; el segundo, a la culpabilidad.⁴⁵ Cabe mencionar que Liszt se apoyó de la influencia naturalista con leyes causales de índole mecanicistas, y en su concepto de acción, entendido como la modificación del mundo exterior a través de la voluntad, la omisión no encuadra bajo lineamientos físico-mecánica. Éste es una de las principales críticas del sistema clásico⁴⁶.

Resumiendo las aportaciones de Franz von Lizst a la Teoría del Delito, Malo Camacho los enumera en cuatro momentos:

“-Conducta (voluntad exteriorizada, en el sentido de puesta en marcha de la causalidad)

⁴³ MÁRQUEZ Píñero, Rafael. Teoría de la Antijuridicidad... Óp. Cit. Pág. 20.

⁴⁴ DIAZ Aranda, Enrique. Derecho penal...Óp. Cit. Pág. 114.

⁴⁵ BORJAS Calderón, Karl Andrei. Óp. Cit.

⁴⁶ *Ibíd.* Pág. 162. Otra de las críticas hacia la Escuela Clásica fue la tentativa, según nos comenta Borjas Calderón, que ésta no lleva un contenido dentro de la voluntad como manifestación, entonces no se podría conocer si este impulso tiene una finalidad a un resultado deseado.

-Antijuridicidad (Causación de un resultado dañoso en sentido social)

-Culpabilidad (relación psicológica entre la conducta el resultado, en el sentido de que producir el resultado delictivo o bien causar el resultado sin haber querido)

-Punibilidad (en sentido de coercibilidad penal, que permite distinguir el injusto penal del correspondiente a cualesquiera otra rama jurídica)⁴⁷

Por lo tanto, Lizst analiza al delito desde un sistema de estudio, en el cual, entiende Malo Camacho, que es la punibilidad el elemento diferenciador del derecho penal en el derecho general, puesto que tanto conductas antijurídicas y culpables se presentan en distintas ramas del derecho, sin embargo, la punibilidad incumbe al derecho penal.

Posteriormente, en 1906, Ernst Beling agregó otro elemento llamado *tatbestand* que traducido significa “supuesto de hecho” o en otras palabras, tipo penal⁴⁸. Éste último se caracteriza por ser libre y objetivo, puesto que tiene como función la descripción de la conducta de una norma jurídica y auxiliada por la verificación científica, integrando al campo de estudio disciplinas como la balística, necropsia, criminalística, por mencionar algunas.

Beling entendía que la acción era un movimiento corporal externo, siendo provocada por la voluntad humana. Por lo tanto, la comprobación de la misma, sólo “basta con la certeza del autor que actuó voluntariamente o de que permaneció inactivo”.⁴⁹ Entonces, el acto se atribuye por su comisión u omisión de manera voluntaria. Sin embargo, éste último queda exento de las aristas axiológicas y de la intencionalidad. En este sentido, Ambos Kai nos comenta que se puede:

⁴⁷ MALO Camacho, Gustavo. *Derecho Penal Mexicano. Teoría general de la ley penal. Teoría general del delito. Teoría de la culpabilidad y el sujeto responsable. Teoría de la pena*. Editorial Porrúa. México, 2003. Pág. 249.

⁴⁸ DIAZ Aranda, Enrique. *Cuerpo del delito, probable responsabilidad y reforma constitucional de 2008*. Editorial Universidad Autónoma de México, Primera edición. México 2009. Pág. 8.

⁴⁹ AMBOS Kai. “100 años de la Teoría del delito de Beling. ¿Renacimiento del concepto causal de delito en el ámbito internacional?” En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Disponible en pdf [<http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-05.pdf>] Fecha de consulta [20/04/13]

“desarrollar sin problemas una construcción bipartita objetiva-subjetiva de la teoría del delito, en donde la acción, tipo y antijuridicidad conforman el injusto y la parte objetiva del delito, y la culpabilidad psicológica representa el aspecto subjetivo”⁵⁰

Asimismo, Beling puso de manifiesto que el tipo penal servía para la protección del ciudadano, puesto que el elemento objetivo y válido estaría ligado a la descripción de la conducta humana en la norma. Los actos que no encuadraran en el tipo penal, se consideraban *atípicos*, siendo también actos atípicos aquellos que no reúnen los elementos del *tatbestand*⁵¹. En cuanto a la omisión, representa un problema para Beling, y así para Liszt, puesto que no consiste en una actuación corporal (físico-mecánica), por lo tanto, el concepto de acción como tal queda partido en dos concepciones irreconciliables en esta escuela.

Entonces, Beling recoge las aportaciones de algunos precursores de la Escuela clásica y su tipicidad como elemento de certeza jurídica, estos elementos se muestran de la siguiente manera, según Malo Camacho:

“a) Conducta (en el sentido de voluntad exteriorizada que pone en marcha la causalidad) (elemento objetivo)

b) Tipicidad (adecuación de la conducta de tipo previsto en la ley penal. Elemento también lo contiene el deber ser de la norma, a través de la prohibición o mandato, que recoge el sentido de la conducta social deseada)

c) Antijuridicidad. Contradicción de la conducta y, en su caso del resultado, con todo el orden jurídico en general. (Elemento objetivo valorativo)

d) Culpabilidad (relación psicológica del querer de la conducta y la producción del resultado, sea a título de dolo o de culpa) (elemento subjetivo)”⁵²

En este sentido, vemos que la tipicidad aporta al derecho penal certeza jurídica, puesto que al considerarlo una garantía, los bienes jurídicos tutelados quedan resguardados bajo el derecho positivo. Asimismo, agregamos la

⁵⁰ *Ibíd.*

⁵¹ *Ibíd.* Pág. 9.

⁵² MALO Camacho, Gustavo. Óp. Cit. Pág. 250.

punibilidad de Lizst al razonamiento de Beling para conformar la concepción del delito de una manera sistémica. También, la culpabilidad al ser un elemento subjetivo, no puede reconciliar su normatividad, lo que Welzel y la Escuela finalista propondrán.

Entre algunas críticas al sistema clásico, nos comenta Díaz Aranda, las enumera en tres rubros:

1) Conducta. Existían excesos en el derecho penal cuando se conducía a resultados típicos de una conducta desmedidamente. Se analizaban los actos y los procesos causales anteriores y posteriores a la acción. Asimismo, los delitos de omisión quedaban vacíos puesto que refiere a la ausencia del nexo causal entre el individuo y su resultado;

2) El tipo. Las conductas descritas y establecidas en la ley requieren de juicios causales-objetivos, por ejemplo el homicidio, según cita el autor referido. Sin embargo, existen otros tipos penales que requieren de un análisis tanto objetivo como subjetivo. Por ejemplo, el hostigamiento sexual, la distinción entre abuso de autoridad y tortura (no sólo refiriéndose a las simples lesiones o tratos crueles, sino a la intencionalidad del individuo de extraer información con fines criminales). De igual forma, la tentativa no se aborda desde esta escuela, debido a que no se sostiene la causalidad ni la tipicidad de la conducta, puesto que no existe el resultado material, por ejemplo homicidio, pero puso en peligro el bien jurídico de la vida;

3) La culpabilidad. Distinguían entre culpabilidad dolosa y culposa. La primera era considerada como perfecta, puesto que el nexo psicológico entre el individuo y su hecho eran coherentes, sin embargo, en la segunda, se consideraba defectuosa, puesto que el sujeto no quería el resultado provocado. Ésta última, nos comenta Díaz Aranda, sólo es sostenible en la culpabilidad culposa “con representación”, pero es insostenible en la culpa inconsciente o sin

representación, en la cual se caracteriza por la ausencia de un posible resultado típico⁵³

Sistema neoclásico o causalista-valorativo. Esta escuela surge en los años treinta del siglo XX, siendo que sus lineamientos se orientarían a estructurar el delito donde *“el injusto y la culpabilidad debían ser valorados desde el punto de vista del daño, de la lesividad social y la reprochabilidad, juicios de valor predicables, entonces, tanto de la tipicidad como de la antijuridicidad”*.⁵⁴ Así, Sandoval Molina nos refiere la construcción de elementos subjetivos y normativos del injusto, los cuales serán objetos de estudio de Max Ernest Mayer y desarrollados por Edmund Mezger.

De esta manera, Mezger pone de manifiesto la inviabilidad de dividir el análisis del delito desde la parte objetiva-material y parte subjetiva, siendo en la primera la conducta, tipicidad y antijuridicidad y la segunda a la culpabilidad. En este sentido, la propuesta de Mezger se enfocaba que no sólo debía buscar *“describir las características externas u objetivas de la conducta típica y antijurídica, sino que además trató de explicar su significado valorativo”*.⁵⁵ Entonces, la ley como una construcción objetiva-material, no representaba el único derecho, sino que debía generar una dogmática jurídico-penal a partir de la característica “espiritual” del derecho en aras de la justicia.

Malo Camacho resume las aportaciones de la escuela causalista valorativa en los siguientes puntos:

Conducta. Voluntad exteriorizada en el sentido de puesta en marcha de la causalidad. En el sentido de la valoración, para determinar si la conducta provocaba un resultado material, se llevó a cabo la diferencia entre necesidad y juicio de probabilidad, según refiere Díaz Aranda.⁵⁶ Entonces, el hecho material del

⁵³ DÍAZ Aranda, Enrique. Derecho penal...Óp. Cit. Pág. 120 y 121.

⁵⁴ SANDOVAL Molina, César A. “El delito: mera tipicidad y antijuridicidad”. En *Revista Criterio Jurídico*. Santiago de Cali. Vol. 10, Nº 1. 2010-1. P.p. 115-152.

⁵⁵ DÍAZ Aranda, Enrique. Derecho penal...Óp. Cit. Pág. 122.

⁵⁶ *Ibíd.* Pág. 123.

resultado tendrá su fundamento en el incremento de la probabilidad de la consumación del mismo. Siguiendo con Días Aranda, ejemplifica este razonamiento con el disparar un arma, en tal acto la probabilidad lógica traería la consecuencia de la privación de la vida de un individuo (conocimiento valorativo) y cuando sucede el hecho (conocimiento óntico) existe relación del acto de disparar corresponde a matar.

Tipicidad. Se reconoce la adecuación al tipo, incorporando el mandato o prohibición. Asimismo, se mantiene en cuenta el deber ser de la norma, en la cual tiene elementos objetivos, normativos y subjetivos. Entonces, la tipicidad podrá contener los elementos antes referidos si así pudiera reforzar el tipo delictivo. Por ejemplo, el robo y el acoso sexual no basta sólo con el aspecto físico-material de la acción, apoderamiento en el primer caso y la comprobación del comportamiento lascivo de una persona en el segundo caso. En estos casos, el tipo se comprueba no sólo por la conducta descrita, material-objetivo, sino por los aspectos subjetivos, la intencionalidad. Por lo tanto, estamos en presencia del dolo y la culpa.

Así, Fischer, Hegler, Mayer y Mezger como grandes representantes de esta escuela, *“pusieron de manifiesto que ciertos tipos penales requieren de elementos anímicos o subjetivos específicos para su confirmación”*⁵⁷.

Antijuricidad. Aspectos que se precisa como contradicción de la conducta y/o resultados típicos, con el orden jurídico en general, permite afirmar la antijuricidad de la conducta descrita en la ley. En consecuencia, hablar de orden jurídico, en palabras de Mezger, es referir a todo un sistema jurídico, por consiguiente se rechaza la inexistencia de una antijuricidad general y una antijuricidad especial en el derecho penal⁵⁸. En este sentido, la antijuricidad no sólo se manifiesta en el derecho penal, sino que contraviene en otras esferas del derecho.

⁵⁷ Ibíd. Pág. 124.

⁵⁸ Ibíd.

Culpabilidad. Entendida como el reproche normativo, manteniendo las figuras normativas del dolo y la culpa.⁵⁹ Asimismo, éstas últimas no serían el único fundamento de culpabilidad, también la exclusión de culpabilidad por razones especiales es otro elemento para esta escuela. Por ende, hablamos de elementos psicológicos y normativos.

El Finalismo. A partir del estudio de elementos subjetivos en la integración de la dogmática jurídico-penal, da pie a la construcción de considerar el análisis del injusto no sólo desde un enfoque causal del delito, sino que ésta acción va dirigida por una finalidad en particular. Es por ello que Welzel parte de una estructura “*lógico-real de la acción y sostuvo que todos los procesos causantes de resultados de lesión o puesta en peligro de bienes fundamentales*”⁶⁰ está dirigida dicha acción por el intelecto humano hacia una consecución de un resultado en particular.

La acción humana en el derecho penal, como comenta Borjas Calderón, constituye una estructura lógica objetiva que lleva a un fin en particular. Por ello, toda persona “*es capaz de prever los efectos posibles de sus actividades, esto debido a la conciencia causal, a los efectos posibles de su actividad, a que se propone lograr diversos fines, y es capaz de dirigirla según el plan hacia un objetivo preciso*”⁶¹. Vemos bajo este razonamiento, que el finalismo se apoya del factor objetivo del causalismo, sin embargo, centra su análisis en el fin que persigue la motivación de la acción ilícita.

Llama la atención cuando Borjas Calderón comenta que la actividad final es dirigida conscientemente en función del fin, en cambio en la conducta causal basa su análisis en el resultado la constelación causal cada momento. La finalidad es, por ello vidente, la causalidad ciega⁶². En consecuencia, la médula espinal de la

⁵⁹ MALO Camacho, Gustavo. Óp. Cit. Pág. 251 y 252.

⁶⁰ DIAZ Aranda, Enrique. Derecho penal...Óp. Cit. Pág. 128.

⁶¹ BORJAS Calderón, Karl Andrei. Óp. Cit.

⁶² *Ibíd.*

acción penal es la voluntad, puesto que los medios causales transitan por la vía de un plan para la materialización del propósito (finalidad).

En este caso, como cita Cerezo Mir en la traducción de la obra de Welzel, el asesinato u homicidio, lleva consigo la planeación: compra del arma, el acechar, apuntar, jalar del gatillo, en fin..., la voluntad está dirigida a un fin prefijado; en cambio, la muerte de una persona por un rayo, no lleva un propósito prefijado y además tiene un resultado ciego de los medios causales.⁶³

Para reforzar lo anterior, Borjas Calderón puntualiza dos tipos de acción en la escuela finalista. Primero, la fase interna, la cual consiste en la anticipación de un propósito como fin, luego el autor selecciona los medios para ejecutarlo (considerados como factores causales y unidos a otros factores que llevan al propósito); el segundo, la fase externa. Consiste en poner en movimiento los medios seleccionados “*cuyo resultado es el fin junto con los efectos concomitantes que han sido incluidos en el complejo total a realizar*”⁶⁴.

Así, vemos que la escuela finalista no se desprende totalmente de los lineamientos del causalismo, sino que se sirve de ellos, puesto que no rechaza la existencia de factores causales, sino los analiza como factores concomitantes al finalismo. A todo esto, Welzel le llamó acción final, el cual se perfila a una estructura óptica fundamental.

Para abordar en la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, Welzel hace un recorrido en el *modus operandi* del derecho penal en una sociedad. Menciona que para dar certeza a la población, el Estado debe omitir normas de carácter general, puesto que esto no genera el objetivo de los límites normativos para la convivencia en sociedad. Para esto, el Estado deberá describir objetivamente la conducta que prohíbe, por ejemplo, matar, hurtar, cometer adulterio, por mencionar algunos.

⁶³ Véase. WELZEL, Hans. *El Nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Trad. José Cerezo Mir. Editorial IB de F Montevideo-Buenos Aires. Montevideo, Uruguay, 2004. Pág. 42.

⁶⁴ BORJAS Calderón, Karl Andrei. Óp. Cit.

En este sentido, Welzel hace notar la necesidad de la “tipicidad” de la conducta punible. Por tanto, el tipo es la materia de prohibición de las disposiciones penales, descripción objetiva y material, de la conducta prohibida.⁶⁵ Es importante diferenciar entre tipo y norma para tener mayor claridad. En palabras de Welzel, la primera se refiere a una figura conceptual, que describe formas posibles de la conducta humana; en cambio, la norma prohíbe la realización de estas formas de conducta. De una forma lógica, podemos decir que el tipo es la descripción de las conductas prohibidas, su realización es un indicio de la antijuridicidad.

Una vez entendido el tipo y la norma, vemos que si se realiza la conducta descrita por el tipo de una norma prohibitiva, entonces, la conducta entra en contradicción con la exigencia de la norma, en otras palabras, la acción es antijurídica. Así lo interpreta Welzel y además añade, que no siempre toda realización del tipo de una norma prohibitiva es antijurídica, puesto que existen otros factores llamados *preceptos permisivos*.

Por ejemplo, matar en defensa de la propia vida en circunstancia de extrema coacción, puede ser una atenuante o excluyente de responsabilidad. Entonces, “*antijuridicidad es, pues, la contradicción de la realización de un tipo con el ordenamiento jurídico en su conjunto*”⁶⁶. La fórmula que valida la antijuridicidad, que Welzel propone, es con la realización del tipo de una norma prohibitiva, la acción es antijurídica si la norma no contempla ningún precepto permisivo.

En cuanto a la culpabilidad, ésta se manifiesta como un reproche personal de no haber omitido la acción antijurídica a pesar de haber podido omitirla⁶⁷. De acuerdo con Welzel, la culpabilidad una doble relación, a saber, por un lado, la acción que el autor ejecutó que no es la que exige el derecho, aunque el autor podría haberla realizado conforme a la norma. En consecuencia toda acción que depende de la voluntad del hombre puede reprochársele como culpable.

⁶⁵ WELZEL, Hans. Óp. Cit. Pág. 71.

⁶⁶ *Ibíd.* Pág. 74.

⁶⁷ *Ibíd.* Pág. 125.

Vemos que la culpabilidad no retoma aspectos como el dolo y culpa de forma subjetiva, sino se adentra de una manera normativa, traducida como reprochabilidad. En palabras de Díaz Aranda, *“la culpabilidad perdió su componente subjetivo más importante con la reubicación del dolo y la culpa en el tipo, quedando exclusivamente conformado por su contenido puramente normativo”*⁶⁸. Entonces, entendemos que la culpabilidad puede ser mayor o menor, dependiendo del nivel de exigibilidad de la norma.

La relevancia de la corriente finalista de Welzel se manifestó en otros autores como: Armin Kaufmann, Maurach, Niese, Schaffstein, Stratenwerth y von Weber en Alemania; y en España, Cerezo Mir, Córdova y Beraistain.⁶⁹ Sin embargo, el finalismo de Welzel también tuvo grandes críticas entre autores como: Engisch, Bockelmann, Mezger, Stratenwerth y Mainhofer, según nos comenta Borjas Calderón.

Las críticas más importantes hacia el finalismo se enfocaban en tres aspectos. El primero se refiere a la dificultad de comprender el dolo y la culpa en el razonamiento de Welzel, debido a que el dolo directo y el dolo eventual no lleva consigo un fin determinado, según argumenta Engisch; la segunda, los supuestos de la omisión e imprudencia no eran cubiertos por el finalismo de Welzel debido a que en la omisión no lleva un fin en particular y en la imprudencia la finalidad no es la causación del resultado en particular; la última, Stratenwerth critica a Welzel en su reacción automatizada.⁷⁰

Esta última se refiere a que existen ciertas acciones que son aprendidas de manera consciente (cualquier comportamiento en la vida cotidiana como conducir un automóvil), sin embargo, la acción se puede manifestar de forma

⁶⁸ DIAZ Aranda, Enrique. El Derecho penal...Óp. Cit. Pág. 131.

⁶⁹ BORJAS Calderón, Karl Andrei. Óp. Cit.

⁷⁰ Ibíd.

semiinconsciente o inconsciente, siendo cada vez más lejano la finalidad de los actos.⁷¹

En este sentido, podemos sugerir que Welzel no tiene claridad para reforzar al tipo, puesto que la reacción de comportamientos aprendidos de manera consciente que se pueden manifestar de manera semiinconsciente o inconsciente, lleva un conocimiento previo de las consecuencias de realizar dichas acciones.

Teoría social de la acción. Esta corriente surge con Eberhard Schmidt en 1932, quien trató de superar algunas críticas tanto del causalismo naturalista como del finalismo, teniendo como objetivo primordial, la construcción de un concepto unitario de acción.

En esta corriente, Borjas Calderón hace un recorrido interesante en la concepción de la acción para Schmidt, quien lo expresa como:

“un comportamiento proveniente de la voluntad en relación al mundo social exterior, luego, se trata de un concepto valorativo, en el que el sentido social de la acción debe determinarse de un modo objetivo, de acuerdo con las concepciones, las experiencias y las costumbres de la propia vida social”⁷²

Podemos entender a primera instancia que dicho concepto parte de una valoración social y no jurídica. Sin embargo, cuando refiere a la determinación de la acción de un modo objetivo, lleva implícito la regulación jurídica de las conductas. Schmidt desplaza el pensamiento naturalista de la acción, puesto que ya hemos mencionado que para ésta la validez de la acción recae en el movimiento fisiológico, y valida la interconexión social del mismo.

Otros autores ligados a la teoría social de la acción son Engisch y Mainhofer. El primero entiende la acción como *“la producción voluntaria de consecuencias calculables socialmente relevantes”*, abarcando de esta forma las

⁷¹ WELZEL, Hans. Óp. Cit. Pág. 153.

⁷² BORJAS Calderón, Karl Andrei. Óp. Cit.

acciones dolosas finales como a la imprudencia⁷³; el segundo menciona que la acción es *“toda conducta humana objetivamente dominada o dominable y dirigida a un resultado social previsto”*⁷⁴. Por lo tanto, adaptan el finalismo desde una perspectiva social, de tal forma, lo que es relevante para el derecho es el finalidad de un daño social o puesta en peligro un bien jurídico socialmente protegido.

Asimismo, Hans-Heinrich Jescheck se orienta por el concepto social de la acción, incluyendo la omisión. Para él, la plataforma de la acción es el comportamiento socialmente relevante, *“toda respuesta del hombre a una exigencia situacional reconocida, o por lo menos reconocible, mediante la realización de una posibilidad de reacción de que aquel dispone por razón de su libertad”*⁷⁵. Vemos con esta aseveración que Jescheck abarca tres esferas de la acción: la actividad final de la conducta; la imprudencia, entendida como la causación de las consecuencias intencionadas; y la omisión (la posibilidad de dirección que no se ejecuta).

Cabe mencionar que Jescheck refiere la finalidad y la posibilidad de finalidad. Citando a Borjas Calderón, la primera se refiere a la finalidad de los hechos dolosos, y la segunda, la posibilidad de finalidad como una imprudencia, puesto que éste último se pudo haber evitado por la conducción final del proceso, así como la omisión si el no haber esperado se hubiere evitado⁷⁶.

De acuerdo con Márquez Piñero, establece tres puntos en los que señala las modificaciones estructurales del delito para Jescheck. El primero, la antijuridicidad se separa del dolo. Éste último como hemos comentado, se ejecuta por la voluntad y al ser un indicio de culpabilidad, lleva consigo un conocimiento previo de la antijuridicidad; el segundo, la separación del dolo y la antijuridicidad

⁷³ MERA Palomino, Carlos Rodrigo. *La acción en el sistema penal*. Disponible en pdf [<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/13322-13323-1-PB.pdf>] Fecha de consulta [09/05/13]

⁷⁴ *Ibíd.*

⁷⁵ GULLOCK Vargas, Rafael. *Fundamentos teóricos básicos del delito de omisión y su aplicación en el derecho penal costarricense*. Disponible en pdf [http://sitios.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/publicaciones/libros/omision_impropia.pdf] Fecha de consulta [09/05/13]

⁷⁶ BORJAS Calderón, Karl Andrei. *Óp. Cit.*

en cuanto al error de hecho y error de derecho. Para el finalismo existe el error de tipo y el error de prohibición, en donde el primero excluye al dolo y por lo tanto, la punibilidad, mientras que el segundo, desaparece la conciencia de la antijuridicidad⁷⁷

Entonces, el delito no se limita, con el error de hecho y error de derecho, también la afectación del injusto es significativamente social, mezclándose la voluntad para cometer una conducta prohibitiva y el resultado del hecho. En consecuencia, el finalismo lleva también, un enfoque social para Jescheck.

En esta secuencia, Günther Jakobs entiende al finalismo de “la acción como la capacidad que tiene el ser humano para anticipar mentalmente la consecuencia de los movimientos corporales, elegir los procesos causales para la obtención de un resultado o finalidad y adecuar los procesos para conseguir cada uno de los procesos”, según comenta Márquez Piñero.

Entonces, Jakobs considera que la intencionalidad se “*manifiesta cuando no se ponen condiciones de un proceso social, puesto que para la obtención de un fin, no se emplean factores causales*”⁷⁸, como sucede en los delitos de omisión. Llama la atención que para Jakobs lo imputable no sólo encuadra en la intencionalidad o dolo, sino en la imprudencia entendida como la adopción de la dirección final.

En la construcción de la acción final, Günther Jakobs establece dos etapas. La primera, la anticipación del fin y la elección de los medios necesarios para su materialización; y la segunda, la acción se convierte en un proceso causal, aunque supradeterminado.⁷⁹ Para reforzar la idea de Jakobs, Márquez Piñero ejemplifica adoptando ciertos momentos en un robo: el plan del autor es la apropiación y para ello, tiene el plan de ejercer la violencia (fin intermedio),

⁷⁷ MARQUÉZ Piñero, Rafael. “La dogmática jurídico-penal alemana después del finalismo. *En Liber ad honorem Sergio García Ramírez*. Tomo II. Editorial Universidad Autónoma de México. Serie E: Varios, Núm. 95. México, 1998. P.p. 1251-1276.

⁷⁸ *Ibíd.* Pág. 1270.

⁷⁹ *Ibíd.* Pág.

apretando el cuello de la víctima (medio del hecho) pero rechaza la idea debido al elevado peligro de muerte por ese medio (consecuencia secundaria), y planea golpear a la víctima con un saco de arena (nuevo medio): conclusión de la primera fase⁸⁰. La conclusión de este plan es la siguiente:

El autor, al ver que no tiene el resultado esperado con el plan inicial (el fin intermedio fracasa), por lo tanto, el autor se motiva para concretar el plan peligroso (apretar del cuello a la víctima: fin intermedio), sin embargo, la víctima fallece por asfixia (materialización de la consecuencia secundaria). Consecuentemente, no sólo se trata de una acción final del robo, sino de la acción final del homicidio.⁸¹ De esta manera, podemos inferir que el cálculo que realizó el autor sobre los distintos planes (incluso los intermedios) no se manifiestan factores causales, puesto que el autor previamente conocía el resultado de utilizar el plan peligroso que le ayudaría a concretar el plan principal, el robo.

Bajo este razonamiento, Jakobs comenta que:

“La finalidad, como dirección consciente e intencional de las consecuencias de ejecución de la acción, no se extienden a las consecuencias secundarias, realizadas dolosamente, ni mucho menos a las consecuencias realizadas imprudentemente. Pero tampoco, la ampliación del concepto de finalidad a la dirección consciente de la ejecución de una acción proporciona denominador común apropiado alguno, pues los automatismos no necesariamente se despliegan conscientemente. A fin de cuentas, la finalidad es una metáfora que se refiere abreviándolas [j], a las condiciones del comportamiento evitable, y nada más.”⁸²

De esta cita, podemos sugerir que Jakobs deja ver que lo esencial del finalismo es la evitabilidad del comportamiento como acción final. El dolo presupone las consecuencias de su ejecución, la imprudencia llega a su ejecución sin factores causales, pero sí con el mismo conocimiento de las consecuencias, aunque el automatismo (el cual ya comentamos en líneas anteriores) no se lleva

⁸⁰ Ibíd. Pág. 1271.

⁸¹ Ibíd.

⁸² Ibíd. Pp. 1271 y 1272.

en la inmediatez por actos conscientes. Por ello, las ejecuciones finales deben contener dicha externalización para el despliegue del tipo penal y la secuencia lógica de la antijuridicidad.

Los postulados que realizó Günter Jakobs conforme al derecho penal, se desarrolla bajo un sistema funcional normativista. En palabras de Díaz Aranda, nos comenta que Jakobs se fundamenta en directrices de la teoría de los sistemas sociales de Luhmann. En el sistema de Jakobs, más allá que la sociedad pacta entre sus miembros para ceder poder al Estado en favor del pueblo, se crea un sistema de comunicación de reglas que garantizan su desarrollo armónico (normativo)⁸³. Entonces, cuando este estado se quebranta, siendo que alguien no cumple con su rol, lleva a una contradicción en el desarrollo social, de esta manera, el derecho penal confirma la identidad de la sociedad.

El delito, para Jakobs, es considerado como *“una afirmación que contradice la norma, y la pena es la respuesta que confirma la norma”*⁸⁴. Al respecto, la pena es una reacción ante el quebrantamiento de una norma, sin embargo, ya no se realiza bajo la concepción tradicional por lesión a un bien jurídico tutelado, sino que a través de la pena se restituye la identidad social, según entiende Díaz Aranda.

Una de las principales críticas que se le adjudica al sistema funcional de Jakobs es su fundamentación netamente normativista, dando validez a ésta última por su emisión por el órgano Legislativo en representación del Estado. Sin embargo, Díaz Aranda invita a reflexionar que éste ejercicio de no llevarse en un equilibrio, acarrea excesos, tal como sucedió en Alemania durante la administración de Adolfo Hitler al radicalizarse las normas en un progreso social (protegido normativamente) a favor de la raza aria.

Cabe mencionar que el funcionalismo en Jakobs es considerado como extremo, en palabras de Aldoney Ramírez, *“mediante una normativización extrema*

⁸³ DIAZ Aranda, Enrique. Derecho penal...Óp. Cit. Pág. 138.

⁸⁴ Ibíd.

*se aleja de los datos empíricos y no ofrece la necesaria orientación básica hacia la protección de los derechos humanos*⁸⁵.

Otro autor que camina bajo un esquema del funcionalismo es Claus Roxin. Éste autor se fundamenta en los principios neohegelianos y neokantianos, los cuales se interrumpieron por el periodo de entre guerras. Según Roxin, el sistema que propone debe partir de una visión sistemática de la política criminal y de la moderna teoría de los fines de la pena, dando apertura a la construcción del Estado bajo principios sociales y democráticos del derecho.⁸⁶ La propuesta de Roxin tiene como objetivo suministrar soluciones que no estén sustentadas exclusivamente en desarrollos lógicos y normativos, sino tendrá que analizar la realidad social para apoyarse de los conocimientos de la política criminal.

Las aportaciones de Roxin para la teoría del delito son: la teoría de la imputación objetiva y la responsabilidad (para Díaz Aranda, la primera le llama, teoría de la imputación normativa del resultado de la conducta y la segunda, se compone por la culpabilidad sin imposición de pena). Para Roxin, la acción es definida por:

*“la identidad del aspecto voluntario: un hombre habrá actuado si determinado efectos procedentes o no del mismo se le pueden atribuir a él como persona, o sea como centro espiritual de acción, por lo que se puede hablar de un “hacer” o “dejar de hacer” y con ello de “una manifestación de la personalidad”*⁸⁷

Vemos que la acción, por tanto, le es atribuida a la persona por una motivación voluntaria de hacer o dejar de hacer una conducta expresada en la norma como prohibitiva.

⁸⁵ ALDONEY Ramírez Rodrigo. “La implementación del Estatuto de Roma en el derecho interno y otras cuestiones fundamentales de derecho penal internacional” En *Temas actuales del derecho penal internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania y España*. Editorial Konrad-Adenauer-Stiftung E.V. Pág. 216.

⁸⁶ *Ibíd.* Pág. 140.

⁸⁷ Citado por DIAZ Aranda, Enrique. En *Derecho penal. Parte general*. Editorial Porrúa, México 2003. Pág. 141.

En lo referente al tipo penal, la perspectiva funcionalista de Roxin no se enfoca en la descripción de la conducta prohibida como un proceso causal natural, sino crea una comunicación preventiva al enviar el mensaje al individuo para evitar cometer conductas trazadas con fines político-criminales⁸⁸. Esto nos dirige hacia el comportamiento y la culpabilidad, puesto que ésta última debe complementarse con el concepto normativo de responsabilidad.⁸⁹

Al respecto, Roxin encamina la culpabilidad hacia la asequibilidad normativa, esto es, que el individuo teniendo la capacidad para comportarse conforme a la norma no opta por ello, por lo tanto se fundamenta su culpabilidad. En esta lógica, Sandoval Molina comenta que ésta última no es únicamente el fundamento de la pena sino su límite y en consecuencia, la sanción no deberá exceder el grado de culpabilidad, pudiendo ser inferior algunas veces.

Las penas, en la tendencia de Roxin, se establecen sin apartarse de criterios políticos-criminales donde se ajusten las necesidades y modalidades de éstas tomando de referencia la responsabilidad.⁹⁰

1.1.3.- Escuela penal francesa.

En el recuento de las escuelas penales que realiza Kai Ambos, nos permite conocer la influencia que han tenido las corrientes jurídico-penales en Europa. Al respecto, los países con tradición románica en Europa continental con excepción de Alemania, Austria, Portugal y España mantienen una tendencia (post) finalista, en cambio, la influencia de la teoría causalista del delito lo recogen en primer lugar Italia con sus distintivos de *fatto* (elemento material) y *colpevolezza* (elemento

⁸⁸ *Ibíd.*

⁸⁹ SANDOVAL Molina, César A. *Óp. Cit.*

⁹⁰ Claus Roxin considera cuatro tesis en cuanto a las penas. La primera, que las penas no son un medio adecuado para luchar contra la criminalidad; la segunda, las penas privativas de libertad son además un medio particularmente problemático en la lucha contra la criminalidad; tercera, la prevención es más efectiva que la pena; y cuarta, el sistema de reacción penal se debe ampliar y, sobre todo, complementarlo con sanciones penales similares de carácter social constructivo. Cabe mencionar que Roxin no es partidario de la abolición de la pena privativa de libertad, pues menciona que es inevitable y que deberá conservarse para los delitos capitales y reincidentes. Véase, ROXIN Claus. "Problemas actuales de la política criminal". En DIAZ Aranda, Enrique, et al. *Problemas Fundamentales de la política criminal y derecho*. Editorial Universidad Autónoma de México, Serie Estudios Jurídicos, núm. 1. México, 2012. Pp. 87-105.

moral), los cuales fueron postulados de Carrara. Por su parte, Francia en su Derecho penal, establece la diferencia entre el *élément matériel* y *élément moral* o *psychologique*.⁹¹ Prácticamente el corriente finalista es desconocido en Francia.

La influencia de las escuelas penales en Francia se manifestó a partir del Código Penal de 1810, el cual se caracteriza por su severidad, donde el juez usualmente sobrepasaba la norma en su ejecución. La rigurosidad se puede ver en sus penas, por ejemplo: pena de muerte (en 36 casos), penas perpetuas, y diversas súplicas son restablecidas (marca de fierro ardiente, picota o amputación de puño para los parricidas), por mencionar algunos⁹².

En otras palabras, la tendencia en esta época de Francia se alinea con la concepción clásica más abstracta del criminal, el cual, como hemos visto en líneas anteriores, el individuo es un hombre libre que voluntariamente eligió realizar un mal y por lo tanto, es apto para sufrir el justo castigo que le reserva la sociedad.

Cabe mencionar que la Revolución Francesa también tuvo sus victorias frente al absolutismo y dicha tendencia clásica. Al respecto, existió una separación entre moral y derecho penal, legalidad de delitos y de las penas, división tripartita de infracciones, por mencionar algunos. Efectivamente, los pensadores del movimiento de la ilustración como Montesquieu, Voltaire, Beccaria y Verri por mencionar algunos, buscaban evidenciar los abusos de la inquisición prevaleciente en el obscurantismo. Con la Revolución Francesa y mientras ésta duró, surge el sistema acusatorio basado en: la acción popular, el jurado, el juicio contradictorio, la publicidad y oralidad del juicio y la libre convicción del Juez.⁹³

⁹¹ AMBOS, Kai. Óp. Cit.

⁹² W. Jeandier. *Les théories pénales du code pénal de 1810 à nos jours*. Disponible en línea [http://ledroitcriminel.free.fr/la_sciences_criminelle/penalistes/introduction/jeandier_theories_penales.htm] Fecha de consulta [05/05/13]

⁹³ Horacio L. Díaz. *El sistema procesal penal francés*. Disponible en línea [http://www.catedrahendler.org/doctrina_in.php?id=98] Fecha de consulta [03/01/13]

Posterior a la Revolución y con los códigos de 1795 y el código napoleónico de 1808, se abre paso a un proceso mixto⁹⁴.

Un resultado que sugiere W. Jeandidier, es que existe una especie de equilibrio con el nuevo código de 1810 y la vieja normatividad. Además, gracias a esta mancuerna, el Código referido tuvo su influencia en Europa en la primera mitad del siglo XIX.

De esta manera, W. Jeandidier hace un estudio de dos escuelas en el ámbito penal que marcaron su influencia en Francia. La primera, llamada escuela de la justicia absoluta. Ésta tuvo representantes como Kant (1724-1804) y Joseph de Maistre (1753-1821). Así, antes de la Revolución Francesa, Emmanuel Kant elaboró su pensamiento en una obra intitulada "Elementos metafísicos de la doctrina y Derecho (1796). Estas ideas no se extenderían sino gracias a Maistre quien retoma las ideas de Kant y realiza una obra titulada *Les soirées de Saint-Pétersbourg*.⁹⁵ El punto medular de esta escuela dice: el derecho de castigar descansa sobre la exigencia de la justicia, "*cuando una infracción es perpetrada, la justicia es burlada y la pena que sanciona al autor de dicha infracción debe asegurar la expiación del crimen*"⁹⁶.

No obstante, entre Kant y Maistre existieron algunas diferencias. Para éste último, "*el derecho a castigar no deriva del derecho natural del individuo, ni del interés colectivo de la sociedad, emana del cielo, mediante una delegación de la divinidad*"⁹⁷. Entendemos que para Maistre, la infracción se traduce en pecado y el castigo es una penitencia; para Kant, "*la justicia se conforma con el orden moral que conviene hacer respetar y es el poder al que le importa hacer respetar el orden moral*". En esta cita, Kant propone un punto de vista social, puesto que la moral⁹⁸ es construida por la sociedad quien legitima el poder. En todo caso, nos

⁹⁴ Ibíd.

⁹⁵ W. Jeandidier. Óp. Cit.

⁹⁶ Ibíd.

⁹⁷ HERNÁNDEZ Islas, Juan Andrés. Óp. Cit.

⁹⁸ Existen otros autores como Víctor M Cousin, quien nos dice que existe una ley moral, la cual al ser observada significa ser virtuoso y cumplirla es reflejo de la sociedad. Quien viola la ley debe cumplir su

comenta W. Jeandidier, que la represión debe ser asegurada independientemente si es útil o no a la sociedad.

La segunda escuela relevante para Francia fue la neoclásica, para algunos considerada como ecléctica (puesto que se establece entre la influencia de Beccaria y los partidarios de la justicia absoluta). Entre sus principales representantes destacan: Louis-Philippe Guizot (1787-1874) autor de un Tratado de la pena de muerte en materia política (1822), Rossi (1787-1848) autor de un Tratado de derecho penal (1829) y Ortolan (1802-1873) quien escribió numerosas obras de derecho⁹⁹.

La tendencia neoclásica se muestra como una combinación de la utilidad social y la justicia moral. Con su frase *“castigar ni más de lo que no es justo, ni más de lo que no es útil”*.¹⁰⁰ Por lo tanto, los neoclásicos una pena justa debe llevar consigo la necesidad de individualización, siendo que éste razonamiento se distingue de la escuela clásica. Si bien es cierto que esta escuela trae consigo cierta flexibilidad en cuanto a reducción de penas, incremento de circunstancia atenuantes, entre otros, la trascendental para la justicia fue que la criminalidad incrementó ante el número de reincidentes que no hizo prosperar esta tendencia.¹⁰¹

Si bien es cierto que, bajo esta escuela, el hombre se concibe como libre en cuanto a la comisión de un delito, éste hecho ilícito deja entrever que los individuos infractores, aun tratándose del mismo delito, no son iguales. Esto por diversas circunstancias, como pueden ser: su pasado, las circunstancias de

castigo sufriendo alguna pena. M Cousin se basó en Gorgias. Véase. HERNÁNDEZ Islas, Juan Andrés. “Derecho penal y filosofía”. En *Revista Anales de Jurisprudencia*, marzo-abril 2000, Número 240. Pp. 159-204.

⁹⁹ W. Jeandidier. Óp. Cit.

¹⁰⁰ *Ibíd.*

¹⁰¹ Véase. *Introducción*. Disponible en pdf [<http://excerpts.numilog.com/books/9782297018333.pdf>] fecha de consulta [05/05/13]

comisión del ilícito, su personalidad,¹⁰² su sexo u otros elementos que caracterizan a cada uno de ellos.

Así, más allá de la individualización de la pena, ésta no debe ser demasiado severa para ser justa. La pena debe ser retribuir y enmendar el daño o justo y útil. Para ello, Rossi hace un desarrollo, a modo de ejemplo, de tres tipos de delito. El asesinato, la usura y el duelo. El primero, el asesinato debe ser incriminado puesto que su represión es útil a la sociedad; la usura, su represión puede considerarse como útil pero no justa, puesto que este comportamiento no es lo suficientemente inmoral para reprimirlo; y el duelo, aunque parezca justo sancionarlo, es inútil realizarlo pues no se considera socialmente muy peligroso.¹⁰³

La influencia del neoclasicismo después del Código penal de 1810, el cual consideraba al delincuente como un ser puramente abstracto y en él recaían penas con gran severidad, lleva un cambio significativo. De igual forma, el movimiento legislativo posterior, como lo son: la Carta de 1814 (en la cual se suprime la Confiscación general), la Ley de abril de 1832 (suprime las penas corporales como las marcas, la picota y la mutilación de puño, correcciones de diversos crímenes), instituyen la doble escala de penas políticas y de derecho común. Asimismo, se generaliza la aplicación de circunstancias atenuantes a todas las categorías de infracciones. En cuanto a la abolición de la pena de muerte en materia política, esta llegará con la Constitución de 1848 Según nos comenta W. Jeandidier.

Las legislaciones mencionadas en el párrafo anterior tuvieron su base en materia penal influenciadas por la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Se establecen lineamientos de garantías de debido proceso, en las cuales destacamos: la prohibición a la detención arbitraria, las penas deberán estar previamente establecidas a la comisión de un delito, presunción de inocencia, según los Artículos 7, 8 y 9 del ordenamiento referido. Asimismo, se

¹⁰² W. Jeandidier. Óp. Cit.

¹⁰³ *Ibíd.*

establecieron juzgados de acusación y jurados de decisión¹⁰⁴, lo que equivale a un proceso penal de corte acusatorio y público. Entonces, con estos lineamientos se construye una defensa y promoción de los derechos humanos, su expansión en Europa y el mundo.

A partir de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, hubieron cambios en algunos países de Europa, por ejemplo, la situación de Inglaterra respecto a la pena de muerte era alarmante, 315 delitos se castigaban con la pena de muerte¹⁰⁵, esto se modificó paulatinamente en el siglo XIX con cambios en las instituciones de procuración y justicia inglesas; en lo correspondiente a Francia, la experiencia de la Revolución erradicó la pena de muerte por la pena de prisión, aunque ésta última, no se tradujo en mejores condiciones de los prisiones, puesto que persistían los malos tratos, azotes, descuartizados, por mencionar algunos.

La evolución del sistema penal francés a raíz de la influencia de las escuelas mencionadas, da origen a la escuela de la defensa social. Entre los principales autores destaca Marc Ancel quien en palabras de Hernández Islas comenta que:

“la defensa social es una concepción general del derecho penal, que protege a la sociedad contra los criminales, mediante una protección por un conjunto de medidas extra penales que eliminan o se agregan al delincuente mediante métodos curativos o educativos; mediante la política criminal se establecerá tanto la prevención preventiva, como individual”¹⁰⁶

Por lo tanto, vemos tres características de la defensa social. Primero, retoma las ideas neoclásicas donde la pena debe llevar los distintivos de utilidad y justicia moral. Por ello, existen método curativos o educativos, por lo tanto, cambia

¹⁰⁴FERNÁNDEZ Muñoz, Dolores E. “Las repercusiones de la Revolución Francesa en el Área del Derecho Penal”. En *libro Bicentenario de la Revolución Francesa*. Editorial UNAM. México 1991. Pág. 48.

¹⁰⁵DÍAZ L. Horacio. *El sistema procesal penal francés*. Disponible en línea [http://www.catedrahendler.org/doctrina_in.php?id=98] Fecha de consulta [03/01/13]

¹⁰⁶HERNÁNDEZ Islas, Juan Andrés. Óp. Cit.

el objetivo de justicia con menores penas; circunstancias atenuantes. En este sentido, Francia le apuesta a la prevención y no a extralimitar las penalidades; y por último, la pena para la sociedad se considera, entonces, retributiva, que en todo caso, educar al delincuente permite su reintegración social.

Nos dice Marc Ancel que La Nueva Defensa Social y el neoclasicismo moderno coinciden para fundarse sobre la personalidad del delincuente y para inspirarse en la clasificación penitenciaria.¹⁰⁷ Es importante señalar que ésta última tiene su base en un esquema neoclásico con la doble función de la pena, la cual ya mencionamos que debe ser justa y retributiva. Bajo estos términos, también se fundó la Escuela penitenciaria que desembocaría en una ciencia nueva, la ciencia penitenciaria.¹⁰⁸

En consecuencia, con esta tendencia de la Nueva Defensa Social, Francia abre camino para la adopción gradual y en distintas facetas de la Escuela Clásica proveniente de Italia, y con ello, cierra filas a la escuela finalista como acertadamente menciona Ambos Kai.

1.1.4. La Escuela penal española.

La construcción de la ciencia penal o dogmática jurídica penal en España no tiene un perfil propio sino hasta finales del siglo XV, puesto que el auge de la recepción de los lineamientos de las escuelas penales se abriría paso del siglo XIII al siglo XVI. Durante esta época, la principal influencia que recibió España fue de corte italiana, sin embargo, para los siglos XV y XVI, la escuela de Salamanca tendría su auge en la construcción de un derecho penal con aportaciones hispanas. Entre los más destacados encontramos a: Diego Covarrubias, Alfonso Castro, Vitoria, Soto, Molina, Suárez y Fox Marcillo (éstos negadores de la venganza privada y

¹⁰⁷ MUÑAGORRI Laguia, Ignacio. *Sanción penal y política criminal. Confrontación con la nueva defensa social*. Editorial REUS, S.A., Madrid, 1977. Pág. 64.

¹⁰⁸ La Ciencia Penitenciaria fue originada por Charles Lucas, quien fungió como inspector general de prisiones y fundador de la Sociedad general de prisiones, autor de una Reforma de prisiones (1836-1838) y el magistrado Bonneville de Marsangy (1802-1894) Véase. W. Jeandidier. *Les théories pénales du code pénal de 1810 à nos jours*. Disponible en línea [http://ledroitcriminel.free.fr/la_sciences_criminelle/penalistes/introduction/jeandidier_theories_penales.htm] Fecha de consulta [05/05/13]

partidarios que el derecho de castigar correspondía exclusivamente al rey y su administración).¹⁰⁹

El Derecho penal moderno en España se plantea a partir del siglo XVIII y principios del siglo XIX, épocas que vieron notable influencia del iluminismo de Francia y la valiosa obra de César Bonesana Marqués de Beccaria, *Tratado de los delitos y de las penas*, ambos factores son un punto de partida para modificar el antiguo régimen caracterizado por una tradición inquisitoria y cruel en las penalidades. Al respecto, fueron la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, la promulgación de los códigos franceses de 1791 y 1810 (código napoleónico) que permite llegar a dicho objetivo.¹¹⁰

Los resultados en las legislaciones españolas serían notables, por ejemplo, se suprime la pena de muerte y se establecen límites al derecho punitivo del Estado bajo el principio de proporcionalidad de la pena con relación a la gravedad del hecho.¹¹¹ De igual forma, las grandes aportaciones de Manuel de Lardizábal y Uribe¹¹² que destaca por una de sus obras, *Discurso sobre las penas, contraído a las Leyes criminales de España para facilitar su reforma* (1782), se une a la corriente de la superación de la arbitrariedad y crueldad de las penas. Entonces, la legislación española trasciende bajo el resguardo de seguridad en la individualización de la pena y reducción del arbitrio judicial, objetivos manifestados en los códigos de 1822 y 1848.

La influencia de las escuelas penales en España tiene matices de los pensadores italianos y alemanes, autores como Beccaria y Feuerbach. Es así que España abre camino para la influencia clasicista por medio de Lardizábal en su

¹⁰⁹ PÉREZ Marcos, Regina Ma. *Notas sobre la génesis de la Ciencia Penal en España*. Disponible en pdf [<http://www.uned.es/dpto-derecho-politico/fororegina.pdf>] Fecha de consulta [11/05/13]

¹¹⁰ CALDERON Cerezo, A y CHOCLÁN J.A. Óp. Cit. Pág. 24.

¹¹¹ *Ibíd.*

¹¹² Manuel de Lardizábal y Uribe nació en 1739 en la Nueva España, para algunos en Puebla y para otros Tlaxcala, quien realizó sus estudios en el Colegio de San Ildefonso y concluyó sus estudios en España. Dentro de sus méritos que realizó podemos destacar el encargo de Carlos III para realizar un extracto de las leyes penales de la Novísima Recopilación. Véase Díaz Aranda, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Porrúa, México, 2008. Pág. 106.

obra *Discurso sobre las penas* en 1782, quien se inspiró en Beccaria. De tal forma, la influencia marca la pauta para concretar la reforma al Código de 1822. Sin embargo, tal reforma no lleva mucha influencia de Lardizábal, sino más bien, se maneja con una versión utilitarista de Bentham. Al respecto, Mir Puig considera que en España, a partir de esta época, lleva un común denominador de la influencia italiana y alemana, una concepción del método clásico.

De esta manera, los postulados de la escuela clásica italiana y en una menor medida en Alemania se manifiestan en la ciencia penal española. El hilo conductor entre estos enfoques no es el derecho positivo, según comenta Mir Puig, sino el derecho atribuido a la recta razón. En consecuencia, el método abstracto-racionalista no discrepa en lo esencial del propio de la escuela clásica italiana o de los inicios de la ciencia penal alemana, sin embargo, se añade un factor diferenciador, la doctrina española conserva un lazo más estrecho con el derecho positivo.¹¹³

En este sentido, los postulados esenciales del método clásico racionalista se manifiestan en la obra de Lardizábal, pues éste autor tiene cierta influencia del reformismo ilustrado. Para Lardizábal y Uribe, entiende al Derecho penal como mero producto de la voluntad divina manifestada en el poder del soberano o monarca para aplicarla en la sociedad. La pena debía estar prevista en la ley y el juez tenía la facultad de recurrir al espíritu de la norma para una interpretación más exacta. De esta manera, la pena debía ser pronta, irremisible, necesaria y útil.¹¹⁴ Vemos que Lardizábal construye sus aportaciones bajo la luz del *iusnaturalismo*, además, proclama que la ley es la fuente del derecho penal, de los delitos y las penas. Éstas últimas deben confirmar al delito, pues en palabras de Lardizábal, “*si las penas no se derivan de la naturaleza de los delitos, sino tuvieren*

¹¹³ MIR Puig, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. Editorial IBdef. Montevideo, Uruguay, 2003. Pág. 241.

¹¹⁴ CALDERON Cerezo, A y CHOCLÁN J.A. Óp. Cit. Pág. 24.

cierta analogía con ellos, se trastornarán todas las ideas y verdaderas nociones de justicia"¹¹⁵.

Ahora bien, la evolución de los códigos penales de España se vio influido por las escuelas jurídico-penales, dando vida en orden de importancia al Código penal de 1822. Éste ordenamiento fue producto de concepciones de Bentham, Beccaria y Filangieri, teniendo escasa influencia Lardizábal¹¹⁶ y se estableció de la siguiente manera: principio de legalidad de los delitos y las penas, principio de excepcionalidad de las culpas, orientación de las penas hacia la prevención general, rebaja de las penas a los delincuentes retractados y enmienden sus actos, rehabilitación de los mismos una vez consumada su condena¹¹⁷. Entre algunas altas y bajas de este ordenamiento, Calderón Cerezo nos comentan que existía la autoría mediata, circunstancias de agravantes y atenuantes, indemnización a las personas que encararon un procedimiento criminal y fueron declarados inocentes.

Posteriormente, el Código penal de 1848, tiene diferencias y algunas similitudes al anterior ordenamiento. La creación del código en comento deroga el código de 1822 y restablece el Derecho Penal del Antiguo Régimen de Fernando VII. El Código es teñido por las ideas del principio de legalidad, restricción excesiva por el arbitrio judicial, represión contra los delitos políticos y religiosos. Asimismo, dicho código maneja una tendencia penal ecléctica italiana, habla de la

¹¹⁵ LARDIZÁBAL y Uribe, Manuel. *Discurso sobre las penas contrahido a las leyes criminales de España para facilitar su reforma*. Estudio preliminar de RIVACOBBA Y Rivacoba, Manuel. Editorial Ararketo. Vitoria-Gasteiz, España, 2001. Asimismo, según Santiago Mir Puig comenta la relevancia que tiene Lardizábal quien se inspiró en Beccaria para realizar su obra. Mir Puig señala que la obra de Lardizábal en comparación con la de Beccaria, el primero se muestra más realista aunque tiene una amplia inspiración del segundo. "*Beccaria fue un pequeño filósofo de la época de las luces, sin conocimiento directo de la justicia criminal práctica (...) Lardizábal, historiador y magistrado, redacta su 'Discurso' después de extraer las leyes criminales vigentes a consecuencia de una misión oficial*". Por lo tanto, la influencia jurídica de Lardizábal es de mayor impacto. Véase. MIR Puig, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. Editorial IDef. Montevideo, Uruguay, 2003. Pág. 241.

¹¹⁶ CALDERON Cerezo, A y CHOCLÁN J.A. Óp. Cit. Pág. 24.

¹¹⁷ *Ibíd.* Págs. 24 y 25.

retribución como fin de la pena (concediendo lugar al mismo tiempo a la intimidación), ausencia de la corrección del delincuente.¹¹⁸

A nuestro entender, la reforma que lleva a cabo este código en 1850 genera un retroceso en la protección de las prerrogativas mínimas, que durante el gobierno de Narváez, se establece por la Ley de 30 de junio de 1850. Se acentúa el carácter autoritario del Código, traducido como *“castigo de modo general la proposición y conspiración para delinquir, se introduce el atentado y el desacato, se aumenta la pena para los desórdenes público, etc.”*¹¹⁹

Producto de la revolución liberal de 1868, se promulga la Constitución de 1869, abriendo pauta para otra reforma al Código penal y aprobada el 30 de agosto de 1870, también conocido como el Código de verano.¹²⁰ La aportación de éste código fue:

*“Un nuevo título de delitos contra la Constitución, la protección de los derechos individuales (...), la supresión de la protección especial a la religión católica, el restablecimiento del principio de legalidad de las penas, la impunidad general de la proposición y la conspiración que se castigan”*¹²¹

Como vemos, regresar el principio de legalidad de las penas, lleva consigo modificaciones en el Poder Judicial. Así, la Constitución de 1869 representa un gran avance, puesto que su tendencia es progresista y se utiliza el término de Poder Judicial, debido a la necesidad de configurar una magistratura como verdadero poder del Estado, sobre el ánimo de recuperación de dicho fundamento político, sobre sus límites y su conexión con las garantías del Juez.¹²²; de igual forma, en 1870, se crea la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial. Ésta ley es un punto de inflexión para la organización jurisdiccional en España, puesto que por más de cien años, este ordenamiento establece al Fiscal un

¹¹⁸ Ibíd.

¹¹⁹ Ibíd.

¹²⁰ Ibíd. Pág. 26.

¹²¹ Ibíd.

¹²² Ibíd.

tratamiento institucional y sistemático de la época contemporánea¹²³. Se crea entonces, una dependencia del Ministerio Fiscal con el Ejecutivo.

A pesar que la reforma de 1870, producto del movimiento liberal en España, coinciden con directrices de la tendencia Krausista, la cual fundamenta la escuela correccionalista. Ésta última no tuvo mucha influencia en esta reforma. Según cita Bodero C. a Jiménez de Asúa que éste último consideraba que:

“en España fueron krausistas casi todos los intelectuales; que llegó un momento en que la doctrina rebasó las aulas universitarias y se convirtió en un modo de ser y en conducta política (...). Los Krausistas eran liberales y reformistas; profesaban un catolicismo en que la fe superaba la razón; atacaba al clasicismo y romanticismo y a la literatura del gusto burgués. (...) Por ello, donde más hondamente caló el krausismo fue en las esferas de la educación, del Derecho y de la Filosofía del Derecho”¹²⁴

Por una parte, el correccionalismo representa una escuela penal típicamente española. Si bien es cierto que influyen autores alemanes como Krause, Ahrens y Roeder, lo que interpretamos como una tendencia distinta a postulados de la escuela clásica, sin embargo, parte de una base en común, lo apriorístico y la elaboración de un derecho penal natural¹²⁵.

Por otro lado, la aportación del correccionalismo español es un giro hacia el método del positivismo naturalista.¹²⁶ Para esto, la escuela correccionalista logra conciliar algunos postulados de la escuela clásica italiana con la escuela causalista alemana. Así, en el primer rasgo contempla un método apriorístico, considerando *la necesidad de enmendar la voluntad del delincuente como forma para eliminar la causa última del delito*¹²⁷; en el segundo rasgo, el correccionalismo se detiene a observar los factores reales del delito impulsado de

¹²³ Ibíd.

¹²⁴ BODERO C, Edmundo René.” Pedro Dorado Montero, el desmitificador de Salamanca”. En *Revista Jurídica Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas. Homenaje Póstumo al Dr. Edmundo Durán Díaz*. En línea

[http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=420&Itemid=101]

¹²⁵ MIR Puig, Santiago. Óp. Cit. Pág. 244.

¹²⁶ Ibíd.

¹²⁷ Ibíd. 245.

un positivismo criminológico. Para Mir Puig, el correccionalismo español llega a tener discrepancia con el positivismo alemán, pues el método empleado por el clasicismo y el causalismo son distintos, siendo que éste último recibe influencia naturalista de leyes causales de índole mecanicista, en otras palabras, se apoya de un método inductivo y el correccionalismo implica un método deductivo filosófico.

Debemos tener en cuenta los postulados de la escuela correccionalista. Ésta escuela se desarrolla entre la Escuela Clásica y Escuela Positiva, siendo que dicha tendencia vela por la defensa del interno a través de su corrección, tutela y protección para evitar su delincuencia. Según Rodríguez nos menciona los postulados del correccionalismo:

El delito se ejecuta por una contradicción del individuo con su mente, y por su personalidad psíquica; la pena es un medio de corrección de la voluntad pervertida; también, la pena puede ser indeterminada y variable. En el primero, el delincuente puede ser recluso hasta su resocialización y en el segundo, depende de la personalidad del autor; los procedimientos para una corrección del delincuente son: educación, distanciamiento de factores negativos que contribuyan a delinquir, y formación del individuo.¹²⁸

El correccionalismo se apoya del método lógico-abstracto, sin embargo, existirán autores que ven la necesidad de fusionarlo con el positivismo avanzado. Tal es el caso de Dorado Montero en España, quien *“quiere traspasar el contenido de la doctrina correccionalista desde el nivel metafísico al terreno experimental (...) un correccionalismo basado en el método positivo”*¹²⁹.

La reforma de 1928, se establece una nueva reforma al Código penal, caracterizada en primera instancia por contribuir a la política autoritaria del momento, puesto que se establece la punición de conspiración, la provocación y la

¹²⁸ RODRIGUEZ, Moisés C. *Breve introducción a las teorías criminológicas*. Editorial Reus. España, 2009. Pág. 40.

¹²⁹ MIR Puig, Santiago. Óp. Cit. Pág. 247.

proposición de delinquir. Sin embargo, también instrumenta las medidas de seguridad y la peligrosidad desemboca a la individualización de la pena, estableciendo penas indeterminadas para delincuentes con poca expectativa de corrección. Esta adopción jurídica es fruto de las ideas de la defensa social provenientes de la escuela sociológica alemana de Liszt y la tercera escuela italiana que influyó en Saldaña y Cuello Calón.¹³⁰

La reforma de 1932 y la ley de vagos y maleantes. En esta reforma contribuyeron grandes penalistas como: Luis Jiménez de Asúa, José Antón Oneca y José Arturo Rodríguez Muñoz. El código se caracteriza por su humanización al abolir la pena de muerte, reducir el catálogo de agravantes, ampliando el arbitrio judicial e introduciendo instituciones con la idea de la prevención especial (libertad condicional y condena condicional), coexistiendo con la retribución.

En 1933 se aprueba la Ley de Vagos y Maleantes, la cual no contempla las medidas de seguridad del código de 1928, establece medidas de seguridad para los estados peligrosos como predelictuales y postdelictuales, sin una distinción entre peligrosidad social y peligrosidad criminal.

El Código de 1944. Éste código tiene influencia del código de 1848. Sin embargo, suele catalogarse como un código autoritario debido a una similitud de los Códigos de 1850 y 1928. Se retorna a castigar la conspiración, la provocación y la proposición para delinquir; en cuanto a la Teoría de la pena, ésta se muestra severa al restablecer la pena de muerte. Sin embargo, el Código en comento mantiene la prevención especial, ampliación de condena condicional, rendición de cuentas por trabajo, posibilidad de sustituirla pena de los menores de dieciocho años y mayores de dieciséis por una medida de seguridad¹³¹.

De esta forma, vemos la influencia de las escuelas penales en España, sin embargo, la doctrina de la acción final de Welzel tendría influencia en los años sesenta y setenta del siglo XX, tanto en España como en países iberoamericanos.

¹³⁰ CALDERON Cerezo, A y CHOCLÁN J.A. Óp. Cit. Pág. 26.

¹³¹ *Ibíd.* Págs. 27 y 28.

El principal introductor del finalismo en España es Cerezo de Mir, quien se apoya de los postulados de Stratenwerth y de Armin Kaufmann respecto a la acción final. Para él, las estructuras lógicas-objetivas pertenecen al ser, donde los datos percibidos por los sentidos son válidos para la regulación jurídica, tomando en cuenta al ser humano como persona. Así, *“las acciones finalistas aparecen entonces como conductas específicamente humanas y pueden ser objeto de valoración jurídica”*¹³² (según la influencia de Stratenwerth)

En cuanto a la omisión, Cerezo de Mir se inclina por la aportación de Amir Kaufmann, quien la entiende como la no realización de una acción que el individuo puede realizar en una situación concreta. Esto también vincula al ser humano como persona. Entonces, sigue Cerezo de Mir, es imperativo que el Derecho partiendo de ésta última concepción no tendría total seguridad, sin embargo, desde el punto de vista del deber ser, *“el respeto a la dignidad humana y el reconocimiento del ser humano como persona es un principio material de justicia de validez a priori”*¹³³. Por lo tanto, el Estado deberá reconocer al hombre como persona para proyectarla como responsable y hacer cumplir a los ciudadanos.

Cerezo de Mir nos comenta que se realiza una distinción entre el delito doloso e imprudente, los cuales se consideran en España y países iberoamericanos. El delito doloso no se estudia por una estructura finalista de la acción humana sino también de argumentos sistemáticos, de la concepción de la antijuridicidad como infracción de una norma de determinación y de la función de la motivación de los tipos penales, según cita Cerezo de Mir.

¹³² CEREZO Mir, José. *La influencia de Welzel y del finalismo, en general, en la Ciencia del Derecho Penal española y en la de los países iberoamericanos*. Disponible en pdf [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20130308_04.pdf] Fecha de consulta [03/06/13]

¹³³ *Ibíd.*

El dolo en códigos de España y países iberoamericanos definen al dolo como conciencia y voluntad de la realización del tipo, pero sin conciencia de la antijuridicidad, o sea del *dolus malus*¹³⁴

En cuanto a los delitos imprudentes, son considerados como la infracción de un deber objetivo de cuidado; también el deber de cuidado puede ser concebido como un deber subjetivo, tomando en cuenta no sólo los conocimientos sino las capacidades individuales¹³⁵. Al respecto desde el enfoque de un deber objetivo de cuidado, nos comenta Cerezo de Mir, ha existido criterios opuestos por penalistas españoles e iberoamericanos en el momento de determinar los criterios que describen el cuidado objetivamente debido y demás elementos del tipo en delitos imprudentes.

El cuidado objetivamente debido, en opinión del autor español, el resultado es consecuencia de su inobservancia, lo cual vincula la antijuridicidad. Por otra parte, la acción que no encuadra al cuidado objetivamente debido y ha causado el resultado, no sería típica, cuando en el supuesto que el individuo hubiese cumplido el cuidado debido.

Existen autores con perspectiva más extrema en cuanto a delitos imprudentes se refiere. Así, nos comenta Cerezo de Mir, Struensee dice que la acción finalista se establece en todo delito imprudente pues su relevancia no trasciende con los medios elegidos y su realización, sino en relación con el fin perseguido. Por ejemplo, cierto es que la finalidad no pretendía desembocar a la producción típica, sin embargo, existen factores de riesgo considerados relevantes para el tipo penal (como no respetar el rojo del semáforo etc.)

Un punto importante, considerando al delito en la concepción personal, permite distinguir el desvalor del resultado y desvalor de la acción. Para el delito doloso, el desvalor de la acción consiste no sólo en los factores considerados del dolo, sino en la forma o grado de realización y, sumando la aportación de Cerezo

¹³⁴ Ibíd.

¹³⁵ Ibíd.

de Mir, en la peligrosidad de la acción; para delitos imprudentes, el desvalor de la acción se manifiesta por la infracción del deber cuidado y el desvalor de resultado, tanto para delitos dolosos y culposos, es la lesión o peligro de un bien jurídico protegido.¹³⁶

1.1.5 Escuelas penales en México.

Con la invasión española a nuestro país, comienzan a regir diversas legislaciones entre las cuales citamos: La Legislación de Castilla, la cual tuvo vigencia pese a la existencia y Recopilación de las Leyes de las Indias; se aplicaba el Fuero Real, las Ordenanzas de Castilla, de Bilbao, Los Autos Acordados, la Nueva y Novísima Recopilaciones, por mencionar algunas. Es importante señalar que el sistema jurídico en materia penal de la colonización, se distinguía como intimidatorio, con marcadas diferencias entre negros, mulatos y castas.¹³⁷ En cuanto a los indios, el trato era más benévolo en la legislación, la cual señalaba el trabajos personales a cambio de penas como azotes y pecuniarias.

En consecuencia, la evolución en materia penal en la construcción de una dogmática jurídica en México, tuvo como referencia el periodo de codificación de España, del cual tuvimos cierta influencia. Esta etapa se desarrolló en el México independiente, como cita Nava Garcés a González de la Vega, era natural que el nuevo Estado conservara en vigor la legislación heredada de la Colonia, sin embargo, esto retardó la evolución jurídica en México debido a la decadencia jurídica en España, manteniendo la vigencia hasta más allá de dos tercios del siglo XIX.¹³⁸

¹³⁶ *Ibíd.*

¹³⁷ CASTELLANOS, Fernando. *Óp. Cit.* Pág. 46.

¹³⁸ NAVA Garcés, Alberto E. *200 años de justicia penal en México. Primera parte 1810-1910.* Disponible en pdf [<http://www.derecho.unam.mx/investigacion/publicaciones/librosfac/pdf/pub03/10DrNava.pdf>] Fecha de consulta [07/06/13]

La codificación papable en nuestro país inicia con el Código Penal de Veracruz el 8 de abril de 1835¹³⁹, primer código local en vigor, aunque no muy lejos había quedado el Estado de México. La construcción de un Código Penal de aplicación federal se inició en 1869 por trabajos de una Comisión, sin embargo, dicho ejercicio legislativo fue interrumpido por la intervención francesa durante el Imperio de Maximiliano.

Posteriormente, Castellanos comenta que se creó una comisión por los penalistas: Antonio Martínez de Castro, José María Lafragua, Manuel Ortiz de Montellano y Manuel M. de Zamacona, quienes en su modelo se inspiraron en el Código español de 1870. Incluso, una vez aprobado el Proyecto Legislativo (con aplicación inmediata para el Distrito Federal y Baja California en materia común y en materia federal los demás Estados de la Federación) comenzó a regir en 1872. Dicho ordenamiento también se le conoce como Código de 71, el cual muestra una tendencia de la Escuela Clásica y mantiene su vigencia hasta el año de 1929.¹⁴⁰ Por lo tanto, México es un país independiente pero con lazos históricos jurídicos de España para esta época.

Durante la administración del General Porfirio Díaz, se creó una comisión redactora para dar cumplimiento a un nuevo ordenamiento penal de alcance federal. Para esto, Miguel S. Macedo presidió la comisión para dicho objetivo. Los trabajos de la comisión tuvieron su fin en 1912¹⁴¹ sin que concretara su objetivo debido a la inestabilidad político y social para la Revolución de 1910.

El Código de 1929, considerado como el segundo código en nuestra historia jurídica, sustituye el Código de 1871. Al respecto, este ordenamiento se considera de tendencia positivista que había surgido en Italia a finales del siglo XIX.¹⁴² No obstante, el Código en comento tuvo que ser suprimido por el Código Penal de

¹³⁹ CASTELLANOS, Fernando. Óp. Cit.

¹⁴⁰ *Ibíd.*

¹⁴¹ *Ibíd.*

¹⁴² DE GONZÁLEZ Mariscal, Olga I. "El desarrollo del Derecho Penal Mexicano en el siglo XX". En libro *La ciencia del derecho durante el siglo XX*. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1998. Pág. 763.

1931 el cual, en palabras de Islas, los legisladores decidieron no seguir escuela alguna ni teoría penal determinada. Este ordenamiento, el cual nos rige hasta la actualidad, fue promulgado el 13 de agosto de 1931 bajo la administración de Ortíz Rubio. Dentro de la Comisión Redactora del Código estuvieron Alfonso Teja Zabre, Luis Garrido, Ernesto Garza, José Angel Cisneros, José López Lira y Carlos Ángeles.¹⁴³

En esta secuencia, fueron múltiples los intentos por modificar sustancialmente el código de 1931. Así existieron proyectos en 1949, 1958 y 1963 para sustituir el Código de 1931.¹⁴⁴ La ideología que caracterizó el acervo sustancial jurídico fue autoritaria y anacrónica. Después de los anteproyectos de 1983 y 1990, México se acercaba a una evolución jurídica, el finalismo de Welzel.

La influencia de las doctrinas europeas en la dogmática jurídica mexicana tuvo manifestación durante la década de los sesenta. Así, las corrientes de Liszt, Beling, Mezger y otros personajes de corriente clásica y neoclásica¹⁴⁵ tuvieron influencia en el país. Asimismo, la caracterización del delito como acción típica, antijurídica y culpable fue desarrollada por la doctrina alemana, la cual se recibió en la dogmática penal mexicana.

La concepción del finalismo en México podemos remontarlo desde la década de los cincuenta, donde Moreno Hernández destaca la aportación de Jiménez Huerta, quien ya se aproximaba a las directrices del finalismo. Este autor, sostenía que el concepto de la acción no sólo sucedía en el mundo exterior sino en la manifestación de la voluntad que se dirige a un fin. Al respecto, distinguía tres elementos en su esquema: la voluntad (elemento interno), la manifestación de

¹⁴³ CASTELLANOS Fernando. Óp. Cit. Pág. 48.

¹⁴⁴ DE GONZÁLEZ Mariscal, Olga I. Óp. Cit.

¹⁴⁵ MORENO Hernández, Moises. La influencia del finalismo en la dogmática mexicana. Disponible en pdf [http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/280709/dp-influencia_dogmatica_mexicana.pdf] Fecha de consulta [03/06/13]

la voluntad (elemento externo) y la dirección de la voluntad (elemento finalista o teleológico).¹⁴⁶

Una de las críticas de la tendencia de Jiménez Huerta, según menciona Moreno Hernández, es que al considerar la acción como objeto de regulación de la norma penal, sigue los postulados de Mezguer y de Bettiol. "De ahí que no haya aceptado la consecuencia del finalismo de ubicar el dolo y a la culpa en el tipo penal sino que los mantiene en la culpabilidad"¹⁴⁷ Por el contrario, Malo Camacho sigue las directrices finalistas donde ubica el dolo y la culpa en el tipo penal.

Durante la década de los sesenta, el finalismo en México se desarrolla por el modelo lógico-matemático del derecho penal, siendo Olga Islas De González Mariscal y Elpidio Ramírez los principales exponentes. El razonamiento que realizan bajo la moderna dogmática penal alemana, el finalismo. Siguió este modelo lógico formal autores como: De la Barrera, Barrera López, Monterroso Salvatierra, Márquez Piñero, por mencionar algunos.¹⁴⁸

Asimismo, la expansión de la teoría de la acción finalista bajo la óptica de la teoría lógico formal fue por Raúl Zaffaroni, quien se dedicó a la investigación y publicó su artículo "*La moderna doctrina penal acerca del error*" (1967); La Universidad de Veracruzana fue otro punto de influencia del finalismo al iniciar su obra "*Teoría del delito*" (siendo publicada en Argentina en 1973), la influencia de esta obra abarcó países latinoamericanos.¹⁴⁹

Vemos que el finalismo adoptado en México se desarrolló por el modelo lógico matemático, manteniéndose como constante en la actualidad, según nos comenta Moreno Hernández. Así, dentro de la teoría general del delito se estructuran los conceptos del tipo y la punibilidad, éstos son los componentes de la teoría del tipo y teoría de la culpabilidad. Aunado a estos dos componentes, también se integra la antijuridicidad, pero como un elemento autónomo, lo que

¹⁴⁶ *Ibíd.*

¹⁴⁷ *Ibíd.*

¹⁴⁸ *Ibíd.*

¹⁴⁹ *Ibíd.*

entendemos como una estructura tripartita de valoración que proporciona mayor certeza jurídica.

El razonamiento que Moreno Hernández realiza respecto a la antijuridicidad, nos dice que ésta también se puede ver inserta en la tipicidad cuando la estructura del tipo penal refiere al deber jurídico penal y a la violación del deber jurídico penal como elemento valorativo.¹⁵⁰

Una de las críticas que realizan los partidarios del modelo lógico es que los "tradicionalista" penalistas excluyen la antijuridicidad y con ello la tipicidad de la conducta. En este sentido, la corriente lógica referida se inclina a la teoría de los elementos del tipo penal.¹⁵¹ Cabe destacar que dichos partidarios adoptan la teoría de la acción finalista, pese a que para ellos, la acción penal es un concepto secundario y el del tipo es el principal elemento.

La recepción del finalismo en México llegó palpablemente con la reforma de 1994, en la cual se modifica sustancialmente el ordenamiento penal. Al respecto, Daza Gómez nos comenta que se ajustaron ciertos cambios con dicha reforma y se asienta el finalismo en el Código Penal, específicamente, el artículo 7, párrafo segundo, respecto al término dolosamente usado en diversos preceptos; artículo 60 donde se clasifican los delitos dolosos y culposos; y de igual forma el artículo 122 del CPPFC (sic) donde se establece el tipo, incluyendo el dolo.

Es importante señalar que la reformas a la Constitución y al Código Penal de 1994, llevó a ciertos roces entre el Ministerio Público y los jueces, siendo que éstos últimos se negaban a girar ordenes de aprehensión solicitadas por los primeros, los cuales a criterios de los jueces no integraban eficazmente la argumentación de pruebas que integraban el tipo penal.¹⁵² Al respecto, debemos citar unos párrafos que transcribe Díaz Aranda en la exposición de motivos del 8 de marzo de 1999:

¹⁵⁰ *Ibíd.*

¹⁵¹ *Ibíd.*

¹⁵² DIAZ Aranda, Enrique. *Problemas fundamentales de política criminal y derecho*. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2012. Pág. 10.

"(...)Siguiendo la doctrina finalista, la reforma de 1993 modificó el contenido de los artículos 16 y 19 de la Constitución, e impuso al Ministerio Público nuevos requisitos para obtener la autoridad judicial el libramiento de órdenes de aprehensión y expedición de autos de formal prisión, contra los probables responsables de delitos.

De esta manera, la reforma de 1993 propició que la legislación secundaria desarrollara los requisitos que debe demostrar el Ministerio Público para que la autoridad judicial pueda considerar integrados los elementos del tipo penal. Se establecieron formalidades y tecnicismos excesivos que obligan al Ministerio Público a integrar un expediente similar al requerido para dictar sentencia, con lo cual se convirtió la averiguación previa en un deficiente juicio previo a cargo del Ministerio Público

Con el tiempo se han hecho evidentes las dificultades de aplicación práctica de las normas que regulan la orden de aprehensión y el auto de formal prisión, no sólo por las limitaciones de carácter técnico o profesional atribuidas a las autoridades encargadas de la procuración de justicia, sino también por razones de índole temporal, como en los casos de flagrancia y urgencia, en que el Ministerio Público tiene que integrar la averiguación previa y consignar a los probables responsables ante la autoridad judicial en un plazo tan breve, que resulta imposible probar plenamente todos los elementos del tipo penal

El texto constitucional no debe seguir ninguna corriente doctrinal. En 1993 se adoptó una doctrina en materia penal que ha tenido éxito en otras naciones pero que no ha contribuido a mejorar la procuración de justicia en nuestro país"¹⁵³

Esta cita que realiza Díaz Aranda, nos hace notar que la reforma de 1994 estancó el sistema de justicia en México, como lo expresa en líneas anteriores, por lo tanto, la propuesta debe llevarse sin influencia de las escuelas penales, según lo entiende el legislador de 1999.

En palabras de González Mariscal, la reforma de 1994 al Código Penal modificó tanto el Libro primero como el Libro segundo. En el primer caso,

¹⁵³ *Ibíd.* Pág. 11 y 12.

Sustancialmente se regula la comisión por omisión, según el artículo 7, se cubre el vacío normativo pues intenta regular el deber de la persona de actuar; se modifican los delitos intencionales, no intencionales o imprudenciales por delitos dolosos y culposos, desfasando la preterintención (art. 8); se da una definición de conducta dolosa y culposa (art. 9); se intenta mejorar técnicamente la tentativa (art. 12); se establecen circunstancias excluyentes de responsabilidad penal; se incorporan tres nuevas causas; la atipicidad, el consentimiento y la no exigibilidad de la conducta adecuada a la norma, por mencionar algunos ajustes.

El libro segundo lleva algunas modificaciones: se establece la pena autónoma del trabajo en favor de la comunidad; figura el delito de evasión de presos (art. 153); en el quebrantamiento de sanción (art. 158); en la violación de correspondencia; la desobediencia o resistencia de particulares; por mencionar algunos.¹⁵⁴

Para 1999, se inicia otra reforma al Código Penal Federal (también se destaca la reforma del Código Penal para el Distrito Federal del mismo año) Al respecto, nos comenta González Salas que la reforma giró en torno a cuatro temas principales: 1) la aparición de nuevos bienes jurídicos; 2) la sanción de nuevos comportamientos a través de los nuevos tipos penales; 3) un aumento generalizado de las penas en prisión; 4) la aparición de otras figuras penales.

En el primero, se consideran bienes jurídicos la protección a todo lo relativo a la información con el avance tecnológico (Para esto se crean los delitos informáticos, se amplían la protección de vías de comunicación, se protegen fuentes de energía como son la eléctrica, entre otros aspectos); el segundo, aparecen nuevos comportamientos típicos, relacionados con la protección a la economía pública y las riquezas, se sancionan al intermediario, asesor o a quien dé consejos para no presentar denuncias con motivo de un secuestro, creación del tipo de lavado de dinero, tipo penal de la revelación o divulgación de información de comunicaciones privadas, delitos contra los derechos de autor, nuevos delitos

¹⁵⁴ DE GONZÁLEZ Mariscal, Olga I. Óp. Cit. Pág. 803.

ecológicos, nuevo delito contra la violencia intrafamiliar, entre otros; el tercero, el aumento de penas, según nos dice González Salas, es un error del legislador en combate a la impunidad y la falta de seguridad jurídica; y cuarto, las modificaciones de figuras procesales como la reparación del daño (figura desde 1997), el decomiso, violación entre cónyuges, por mencionar algunos.

A nuestro punto de vista, creación de los lineamientos penales desde la construcción de los Códigos, así como sus respectivas reformas hasta antes de 1999, muestran inclinaciones sobre las escuelas penales de influencia positivista italiana, ecléctica y el finalismo alemán. Posteriormente, las disposiciones penales parecen no inclinarse sobre alguna corriente en particular, entendida como un ordenamiento más autónomo. Sin embargo, las reformas más recientes en materia de justicia y derechos humanos, en 2008 y 2011 respectivamente, se vinculan hacia una transición para adoptar el sistema penal de corte acusatorio.

En consecuencia, podemos sugerir que México marcha en la adopción de una nueva corriente, inspirada en el Derecho Penal anglosajón o sistema del *common law*. Al respecto, Ambos Kai nos dice que éste último se adhiere a una teoría causalista del delito, pues resulta de:

*"un concepto bipartito de delito, objetivo y subjetivo, constituido por el actus reus y la mens rea (...), en donde, por cierto, se discute si la mens rea abarca el dolo y la imprudencia (...), o si también engloba otros elementos normativos de la culpabilidad"*¹⁵⁵.

La nueva orientación jurídica-penal permite mirar hacia la corriente penal acusatoria proveniente de la familia anglosajona. Al respecto, la incidencia, los avances, retrocesos y los derechos humanos que conlleva este cambio en materia de justicia, lo desarrollaremos en el capítulo tercero de esta investigación.

¹⁵⁵ AMBOS Kai. Óp. Cit.

1.2. Sistema penal anglosajón

1.2.1. Sistema penal inglés

El Derecho Inglés tiene su origen en el periodo anglosajón, estableciéndose posterior a la dominación romana, la cual había durado cuatro siglos y había asentado el cristianismo, donde diversas tribus de origen germánico tales como: Sajones, Jutes, Anglos, Daneses, entre otros, se expandieron sobre el territorio. En este periodo, la obra apostólica de San Agustín de Cantorbury en 596, se convierte al cristianismo.¹⁵⁶

Asimismo, las leyes bárbaras de esta época no se redactan en latín sino en anglosajón y sólo regulan algunos aspectos de las relaciones sociales. Entre algunas leyes podemos mencionar, las leyes de Aethelbert, rey de Kent (alrededor de los años 600), Las leyes del rey danés Canute (1017-1035), por citar unos ejemplos. Lo característico de este periodo es que el derecho tenía su jurisdicción en el ámbito estrictamente local, no existía un derecho común para Inglaterra antes de la conquista de normanda.

Dentro del sistema jurídico anglosajón, podemos mencionar que existieron tres etapas a partir de la conquista de normanda. El primero es a partir de la creación de la *common law*, como legado de la dinastía de los Tudores (1485), la cual sustituye las costumbres locales y se crea un derecho común en el reino; el segundo, es lo referente al sistema de la *equity*, que se desarrolla paralelamente al *common law*, complementándose y ocasionalmente rivalizando; y el tercero es el sistema el periodo moderno donde el *common law* se desarrolla y debe ajustarse en confrontación con el derecho comunitario y europeo¹⁵⁷.

La competencia del *common law*

El *common law*. Es el derecho común que se pretendía instaurar en toda Inglaterra y que en sus inicios queda a cargo de las cortes reales. Surge desde la conquista

¹⁵⁶ CORDERO Sánchez, Jorge. Trans., *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. Editorial. UNAM. México, 2009. Pág. 210.

¹⁵⁷ *Ibíd.*

de Guillermo el Conquistador, duque de Normandía quien vence en batalla al rey Harold II en la batalla de Hastings (suceso que inicia en 1066). De esta manera el derecho inglés florece de la búsqueda y comparación de los elementos comunes de los reinos sajones y así Guillermo ordena el establecimiento de la *comune ley*, el derecho común que fue tarea de las cortes de Westminster y deberían aplicar en el territorio¹⁵⁸.

Debemos tener en cuenta que antes del establecimiento del *common law*, los tribunales locales llamados Hundred o County Courts tenían competencia y que paulatinamente fueron sustituidas por jurisdicciones señoriales por otras cortes como: Courts Barón, Court Leet, Manorial Court que aplicaban reglamentos consuetudinarios locales. La intervención real, competencia del Rey, ejercía facultades de “justicia suprema”, sólo en casos de que la paz del reino estuviera amenazada o que las circunstancias impidieran la plena y efectiva justicia por medios ordinarios. Entonces, la jurisdicción real o Curia regis era un tribunal de los grandes personajes y no de jurisdicción ordinaria

Cabe resaltar que en el siglo XIII, en el seno de la Curia regis algunas instituciones obtuvieron su autonomía en el seno de las cortes de Westminster, sin embargo, su labor directa era atender los asuntos de los señores feudales, que en cierta manera estaban en desacuerdo puesto que representaba una intervención real en asuntos feudales.

La jurisdicción de estas cortes de Westminster estaba clasificada en tres categorías de controversias: 1) en cuestión de finanzas, 2) la relacionada con la propiedad hacendaria y 3) la posesión de inmuebles, controversias criminales graves relacionadas con la paz del reino¹⁵⁹. Así, surgen los tres tribunales reales: Court of Exchequer (La Corte de la Realeza), Court of King’s Bench (La Corte del

¹⁵⁸ Nuria González Martín. *Common Law: Especial referencia a los Restatement of the law en los Estados Unidos*. En Estudios jurídicos en Homenaje a Martha Morineau, T. Sistemas jurídicos contemporáneos. Derecho comparado. Temas diversos. Editorial UNAM, México 2006. Pág. 380.

¹⁵⁹ Sánchez Cordero, Jorge (2009). Óp. Cit. Pág. 214.

Trono del Rey) y Court of Common Pleas (La Corte de Litigios Comunes)¹⁶⁰. Sin embargo, esta división de competencias pierde relevancia y las cortes reales terminan conociendo de todas las controversias.

De esta manera, los Tribunales locales fueron perdiendo su importancia conforme al tiempo, y entonces trascienden los tribunales reales, los cuales debía buscar lo “común” en los tribunales locales para hacer un derecho unificado. La expansión de las cortes reales se debe, a nuestro entender, a dos factores:

1) El primero que la competencia del Canciller y los jueces reales tenían el interés de abarcar el mayor número de asuntos posibles, en razón de los beneficios que derramaba la administración de justicia;

2) El segundo a que la población inglesa consideraba que las Cortes reales tienen los medios efectivos, puesto que garantizaba la comparecencia de testigos y la ejecución de resoluciones¹⁶¹. Entonces, en la Edad Media, las cortes reales eran las únicas que podían administrar justicia de manera efectiva.

Sin embargo, las cortes reales se convierten hasta el siglo XIX en jurisdicciones de derecho común. El procedimiento para recurrir a estas cortes es hasta 1875, como jurisdicción de excepción, puesto que solicitar la intervención de dichas cortes se podía obtener por beneplácito. Esta solicitud se enviaba al Canciller de la Corona quien deliberaba el Writ (breve), mediante un pago de derechos a la Cancillería, también se podía recurrir a los jueces por querrela o billa. La dificultad de otorgar un Writ por parte de Cancillería en el siglo XIII era por el hecho que la autoridad real no era lo suficientemente poderosa para ejercer mayor presión.

Una de las técnicas que permitió a las cortes reales expandir su jurisdicción fue a través de la técnica del *super casum*, el cual consistía en que el demandante

¹⁶⁰ González Marín, Nuria (2006). Óp. Cit.

¹⁶¹ Sánchez Cordero, Jorge (2009). Óp. Cit. Pág. 215.

recurría a la instancia, exponía los detalles de los hechos y solicitaba a los jueces su intervención por medio del beneplácito para conocer de las controversias.

Asimismo, una técnica que abona a la anterior eran los Remedies precede rights, que se resume en que a cada writ, corresponde un procedimiento específico, en otras palabras, es el procedimiento que determina la terminología que debe emplearse para referirse a la parte actora y demandada.¹⁶² En consecuencia, para este periodo, el *common law* determinó lentamente los derechos y obligaciones de las partes en un procedimiento.

Es importante señalar que el *common law* se puede percibir de cuatro maneras, según nos refiere Sánchez Cordero:

A) el interés de los juristas ingleses de concentrarse en el procedimiento. Aquí, los Remedies precede rights lleva al derecho inglés a un procedimiento de muchos formalismos, determinados en diferentes writs. El procedimiento que prevaleció fue en la formulación de interrogantes que se resolverían por un jurado. Bajo esta línea nos comenta Sir Henry Maine (1822-1888) que el *common law* no es un sistema que tenga como fin proteger los derechos, sino más bien en mayor medida la resolución de litigios conforme a la justicia.¹⁶³

Hay que tener en cuenta que la aportación de los Remedies precede rights es que los tribunales judiciales, en palabras de Luis Osciel Castaño, tienen la función creadora en dos sentidos: *“por una parte, se trata de dar reconocimiento y tutela efectiva a los derechos; por otra, se trata también, cuando sea necesario, de individualizar los remedios jurisdiccionales precisos para asegurar esa tutela”*¹⁶⁴. Aquí se desprende la importancia que no sólo el Juez reafirma las normas constitucionales que el legislador crea de acuerdo a una visión netamente positivista, puesto que la aportación del Juez será velar por el efectivo respeto de

¹⁶² *Ibíd.*

¹⁶³ *Ibíd.*

¹⁶⁴ Luis Osciel Castaño. *El Juez constitucional y el llamado nuevo derecho*. Disponible en pdf [http://criteriojuridico.puj.edu.co/archivos/08_185_lociel_juez_constitucional.pdf] Fecha de consulta [08/08/12]

la esencia de la norma buscando las garantías.¹⁶⁵ Para ello no se basa en la exégesis como tal sino en la hermenéutica jurídica, siendo un punto clave en el desarrollo de la dogmática jurídica.

B) La creación de categorías y que abonó a nuevos conceptos en el derecho inglés. En este aspecto, tiene importancia el derecho de los contratos, puesto que en el siglo XIII, los contratos eran de competencia variada: eclesiásticas, municipales o comerciales.

Es importante mencionar que las cortes de Westminster no tenían jurisdicción sobre este ramo. En este sentido, existieron controversias no por el incumplimiento de las obligaciones, sino por la inexistencia de títulos de poseer una propiedad o cosa que pertenecía a otro. De esta manera se recurría al writ of detinue; también, el writ of debt que abarcaba el supuesto en que en un documento formal se adquiere el carácter de deudor, sin que al efecto se tenga cuidado que hubo verdadero consentimiento de la parte. Una acción que contribuye a los tratados, según los litigantes ingleses argumentaban las Cortes, fue el writ de trespass, el cual se refiere a sancionar una acción de naturaleza delictiva en cuanto a las propiedades.

C) Refutar la distinción entre el derecho público y derecho privado. Es importante considerar que la mayoría de los casos que atendían las Cortes reales eran de procedimiento público, a través de la técnica del writ por la cual se iniciaba la acción ante las Cortes de Westminster. En estricto sentido, el writ, se presenta técnicamente como una orden que dirige el rey a sus agentes para que éstos ordenaran al defensor conforme al derecho¹⁶⁶, atendiendo así la petición del

¹⁶⁵ La función jurisdiccional en el common law, no consiste en sólo declarar derechos una vez que éstos existen, sino crear derechos previamente inexistentes y surgen con la decisión del juez que los reconoce. Véase Michele Taruffo. *Leyendo a Ferrajoli: consideración sobre la jurisdicción*. En "Cuadernos de Filosofía del Derecho". Número 31, Año 2008. P.p. 383-392.

¹⁶⁶ TORRES Zárate, Fermín y MARTÍNEZ, Francisco G. "Common Law: una reflexión comparativa entre el sistema inglés y el sistema estadounidense". En *Alegatos*, México 2008, N° 68-69 Enero-Agosto. Pp. 101-132.

demandante. En consecuencia, los writs dependen del Estado para regular la relación con los particulares, de aquí su carácter público.¹⁶⁷

D) La creación de una barrera en la recepción en Inglaterra de categorías y nociones del derecho romano¹⁶⁸. En este caso, los lineamientos del derecho en los países europeos se vio influenciada por el derecho romano, el cual consideraba que las jurisdicciones no deberían tener su competencia a una categoría de asunto, ni que ante las cortes se debería llevar un procedimiento particular para cada caso, todo lo contrario, las jurisdicciones no estarían limitadas modernizaron su modelo apoyados por el procedimiento escrito del derecho canónico.¹⁶⁹ Por su parte, el derecho inglés, como hemos mencionado, estaba clasificada la intervención de las Cortes reales para ciertas categorías, era en estricto sentido, competencia del derecho privado. Además, para cada procedimiento existía un writ. En consecuencia, el derecho romano e inglés son dos criterios con poco margen de reconciliación.

La competencia de la equity

La segunda gran etapa del derecho inglés, se refiere a la Equity, la cual nace en el siglo XIV cuando los particulares no pudieron obtener justicia de los Tribunales Reales. Durante el proceso los ciudadanos tenían que llevar sus quejas directamente al Rey, éste delegaba la responsabilidad a los Cancilleres, en el entendido que eran la conciencia del rey, para determinar la solución más justa, la equitativa¹⁷⁰. En este último, se toma en consideración las circunstancias especiales del caso y la intencionalidad, por lo que la Equity pasa a ser parte de la

¹⁶⁷ Sin embargo, existen diferentes teorías para diferenciar al Derecho Público y Derecho Privado. Por ejemplo: la Teoría Romana con Ulpiano, donde el Derecho Público es el que atañe a la conservación de la cosa romana, mientras que el Derecho Privado es lo que concierne a la utilidad de los particulares. Esto es mejor conocido como la Teoría del interés en juego; en cambio, para Hans Kelsen, no hace una estricta distinción, puesto que “desde el momento en que una norma de derecho protege un interés individual, esa protección constituye un interés colectivo” Véase, García Máynez, Eduardo. *Introducción al estudio del Derecho*. Editorial Porrúa, México 2003. Págs. 131 y 133.

¹⁶⁸ Sánchez Cordero, Jorge (2009). Óp. Cit

¹⁶⁹ Ibíd. Pág. 220.

¹⁷⁰ González Marín, Nuria (2006) Óp. Cit.

estructura del derecho inglés como otra vía del derecho o soluciones jurídicas. En sentido estricto, la Equity es una rama complementaria a los Tribunales del *Common Law*.

Es menester mencionar que a partir del siglo XV, las funciones del canciller lo transformaron en un juez autónomo. En el procedimiento, era el Canciller que decidía en nombre del Rey y avalado por el Consejo. Su intervención cada vez era más frecuente debido a las deficiencias del *common law*, puesto que sus resoluciones iban encaminadas a la equidad.

El Canciller desde 1529, no será más un confesor del rey y eclesiástico, sino que se mantendría más como un jurista.¹⁷¹ Asimismo, el procedimiento que ejecutaba el Canciller como prerrogativa del rey, se alineaba a los principios del derecho romano, puesto que, el Canciller examinaba las peticiones como un verdadero juez, fundamentándose en un procedimiento específico y apoyado por el recurso del derecho canónico, sin duda estas directrices diferían del *common law*.

Cuando se otorgaba la prerrogativa del rey a través del Canciller para abordar un caso de inconformidad, que las cortes de Westminster habían resuelto, no se necesitaba la comparecencia de los jueces reales, puesto que el rey tomaba la iniciativa y le otorgaba facultad al Canciller. Entonces, el procedimiento escrito, secreto e inquisitorio de la Cancillería, en el que no participaba un jurado, pudo haber parecido, a los soberanos, preferible a los procedimientos orales y públicos del *common law*.¹⁷² Es así que en el siglo XVI, el derecho inglés observó a una distancia corta el avance del derecho romano en su territorio debido a la relevancia del Canciller y la Equity.

Posterior a las controversias entre los defensores de la *common law* y la Equity, el rey Jacobo I en 1616 se pronunció a favor de éstas últimas y para 1641

¹⁷¹ Sánchez Cordero, Jorge (2009). Óp. Cit Pág. 222.

¹⁷² *Ibíd.*

se formaliza un acuerdo para preservar el *status quo* de la Equity, en la cual, la Cancillería debería actuar con cautela y no expandir su competencia a expensas de la *common law*. También el monarca, se limitaría de no continuar otorgando la prerrogativa de justicia que dio origen a las facultades del Canciller. Éste último sería regulado por la Cámara de los Lords para 1621. A través de la validación de la Equity, se reconoce formalmente un sistema dualista en el derecho inglés.

En 1873, se le atribuye la primacía a las reglas de la Equity y después, en 1874, la Judicature Act establece que tanto la *Common Law* y la Equity serían administrados por los mismos tribunales, pero siempre buscando la equidad en los conflictos. Este es un periodo de unificación del aparato judicial de Inglaterra y todos los tribunales se nombran *Courts of Law*.¹⁷³

En lo concerniente a las fuentes del derecho inglés, existen elementalmente cinco rubros: la jurisprudencia, la ley, la costumbre, la razón y la doctrina.

Dentro de la jurisprudencia¹⁷⁴, vemos que existen diferentes tipos de jurisdicciones, la “justicia alta”, la cual se administra por las cortes superiores, y por la “justicia baja”, la cual se administra por jurisdicciones inferiores, llamados también “cuasi-jurisdiccionales”. Cabe mencionar que la mayor parte de los conflictos jurídicos en el sistema inglés se resuelven por éstos últimos tribunales.

Basta con recordar que las cortes superiores, mejor conocidas como las Cortes de Westminster, administraba la *common law*, y la Corte de la Cancillería administraba la Equity. Asimismo, existían otras cortes reales para competencias específicas, tales como: la Corte de Almirantazgo, en lo que respecta al derecho marítimo; la Corte de Divorcio, en materia de derecho canónico; la Court of Probate, para declarar la validez de los testamentos. Sin embargo, con la creación de Las Judicature Acts de 1873/1875, se suprimen estas cortes para conformar

¹⁷³ TORRES Zárate, Fermín y MARTÍNEZ, Francisco G. Óp. Cit.

¹⁷⁴ La palabra Jurisprudencia se puede entender de dos modos, la primera, a una ciencia del derecho o teoría del orden jurídico positivo; la segunda, como un conjunto de principios y doctrinas contenidas en las decisiones de los tribunales. Véase. Eduardo García Máynez. *Introducción al estudio del derecho*. Editorial Porrúa. México 2003. Pág. 68.

una nueva organización bajo la competencia de la Corte Suprema Única, la Supreme Court of Judicature¹⁷⁵, sometida a la Cámara de los Loes. La Corte Suprema Única está compuesta por tres instancias:

High Court of Justice (Alta Corte de Justicia) Esta se divide en tres categorías: Chancery Division, Queen's Bench y Family Division. Las competencias de estas categorías son: la primera, para conocer la competencia de los truts, las hipotecas, del derecho corporativo de sociedades y de la propiedad intelectual; la segunda tiene competencia en materia de derecho administrativo; la tercera, conoce de controversias de menores de edad, de divorcio y adopción.

La Crown Court (Corte de la Corona) Es un tribunal que fue creado por la Court Act, en 1971 y tiene competencia para imponer infracciones por delitos graves. Aquí la justicia se administra según la naturaleza de la infracción, ya sea por vía de un juez de la High Court of Justice, por un juez de circuito, por un suplente (como puede ser el barrister o solicitador)

Court of Appeal. Es una corte compuesta de 35 Lords of Justices of Appeal, quienes son dirigidos por el Master of the Rolls. Las controversias se resuelven por tres jueces de forma colegiada. En los casos criminales, las controversias se resuelven por un Lord of Justice y dos jueces de la High Court¹⁷⁶.

A partir de 1873, el sistema judicial británico toma forma con la Judicature Acts, donde suprimieron la distinción entre los tribunales del *common law* y los tribunales de la *equity*, puesto que desde entonces, todos los tribunales tuvieron la facultad de aplicar la *common law* y la *equity*¹⁷⁷.

La siguiente fuente es la Ley. Al respecto, Torres Zárata y García Martínez, nos comentan que la ley en el derecho inglés es entendida como “*un conjunto de normas legislativas y jurisprudenciales que garantizan las libertades*

¹⁷⁵ SÁNCHEZ Cordero, Jorge. Óp. Cit. Pág. 256.

¹⁷⁶ *Ibíd.* Pág. 257.

¹⁷⁷ SIRVENT Gutiérrez, Consuelo. *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*. Editorial Porrúa, México 2011. Pág. 70.

*fundamentales y ponen límite al arbitrio de la autoridad*¹⁷⁸. La ley que emana del parlamento se le llama Act of Parliament. Por otro lado, si bien es cierto que en la forma de construcción de las leyes, son consideradas como una fuente secundaria, actualmente, la relevancia radica en la validez y creación de instituciones a partir de leyes concretas.

La creación del law commission act es “una nueva administración encargada de estudiar, modificar a fondo la interpretación del derecho inglés”¹⁷⁹, lo que sugerimos que la transformación será paulatina para darle mayor rango a la ley en el derecho inglés, sin embargo, se están sentando las bases para hacerlo.

La costumbre es la tercera fuente y abarca tres ámbitos, la costumbre general, la costumbre mercantil y la costumbre local. La primera, se refiere a la costumbre inmortalizada por los antiguos reinos anglosajones. Por lo tanto, la costumbre general se validaba a través de la legitimidad y por lo tanto, con consecuencias jurídicas; la segunda, ésta última construida en la Edad Media, mucho antes de la existencia la oleada de codificación del derecho mercantil que inicia a partir del siglo XVII; la tercera, establece cuando una persona recurría a los tribunales locales en busca de reconocimiento de un derecho que continuaba ejerciendo conforme al tiempo. Si el tribunal acepta el reconocimiento, se convierte automáticamente en una ley local, cumpliendo con ciertos requisitos:

*“a) Existir desde el tiempo inmemorial. Un estatuto de Westminster de 1275 determinó la calidad inmemorial de la costumbre a aquella que se practicaba desde 1189; b) Circunscribirse en una región determinada y su contenido ha de ser preciso; c) Tener un ejercicio continuado, razonable, público y sin vicios; d) No debe contrariar ninguna norma jurídica vigente, jurisprudencial o legislada”*¹⁸⁰

A nuestro entender, la costumbre permite la memoria social, creando una cultura de legalidad a través del tiempo. Asimismo, la costumbre puede ser un recurso jurídico, siempre y cuando no atente contra las normas establecidas de mayor jerarquía.

¹⁷⁸ TORRES Zárate, Fermín y MARTÍNEZ, Francisco G. Óp. Cit.

¹⁷⁹ *Ibíd.*

¹⁸⁰ *Ibíd.*

La razón, otra fuente del sistema inglés, tiene una gran trascendencia, puesto que desde la instauración del common law, *“disimulada bajo la ficción de la costumbre general ‘inmemorial’ del reino. En la medida que en la reglas de derecho no se formulan para dar certeza a las relaciones sociales, la razón permanece la fuente de derecho inagotable”*¹⁸¹. En consecuencia, es el ejercicio de la razón que los jueces realizan para formular el derecho consuetudinario y vigente.

La Doctrina es la quinta fuente. Es conocida como ‘libros de autoridad’, entendidos como textos antiguos, los cuales gozan de gran prestigio obtenido en el mundo de la práctica profesional, muchas veces escritas por los jueces¹⁸². Entendemos que es por estas obras de los grandes pensadores y práctica judicial que el sistema anglosajón tiene presencia en varias regiones del mundo.

La acción penal en el Derecho Inglés

En el sistema penal anglosajón¹⁸³ no existe la figura del Ministerio Público paralelamente a las cortes de justicia. Sin embargo, la figura de Attorney General, el cual es un funcionario que representa los intereses de la corona y del consejero del gobierno, surge en 1277 y sus funciones radican en el conocimiento de los negocios relativos a la prerrogativa real, siendo un consultor legal para el gobierno. Asimismo, se le confiere el ejercicio de la acción penal para delitos tributarios y los que afectan la seguridad del Estado.¹⁸⁴

Como auxiliar del Attorney General surge la figura del Solicitor General quien depende directamente del gobierno como un miembro del gabinete. Entre algunas de sus funciones del Solicitor eran asumir la investigación, preparación de

¹⁸¹ Jorge Sánchez Cordero. Óp. Cit. Pág. 277.

¹⁸² TORRES Zárate, Fermín y MARTÍNEZ, Francisco G. Pág. 86. Óp. Cit.

¹⁸³ Cabe destacar que la distribución geográfica del Derecho anglosajón son los provenientes de Inglaterra, Gales, Irlanda y gran parte de las antiguas colonias del Reino Unido, incluyendo a Australia, Nueva Zelanda, Canadá (exceptuando a Quebec) y Estados Unidos (con la excepción de Luisiana); en Asia, Hong Kong, India, Malasia y Singapur; en África, Sudáfrica mantiene este sistema. Véase Torres Zárate. Óp. Cit. Pág. 73.

¹⁸⁴ Héctor Fix-Zamudio. La función constitucional del Ministerio Público.

testigos de cargo, además asesorar los términos de la acusación.¹⁸⁵ Entonces, vemos que las funciones de administración de justicia en ciertos delitos competen a los funcionarios del poder ejecutivo.

El trabajo del Attorney General y el Solicitor General es trascendental, puesto que al ser reconocidos como funcionarios de la corona para Inglaterra y Gales, pueden representar a la Corona en cuestiones internas y en procedimientos ante tribunales como la Corte Internacional de la Haya y la Corte Europea de Derechos Humanos de Estrasburgo¹⁸⁶. En consecuencia, vemos la especialización de dichos funcionarios, quienes fueron seleccionados entre los más altos barristas y electos miembros de la Cámara de los Comunes, su cargo se renueva con el gobierno.

Podemos destacar que en Inglaterra, la acción penal puede ser ejercida por cualquier ciudadano en nombre de la corona por cualquier delito, con excepción por el de vías de hecho e injurias simples, puesto que éstos últimos se persiguen por querrela del ofendido.¹⁸⁷ Anteriormente, la acción corría a cargo de la víctima del acto ilícito, sin embargo, para 1829 se conforma un cuerpo policial de investigación de actos ilícitos que su modus operandi se encaminaban a un sistema de acusación privada, puesto que se trataba de una acusación ejecutada por la fuerza pública como ciudadano¹⁸⁸.

Posteriormente, en 1879 se crea la oficina del Director of Public Prosecution (DPP), la cual establece la función de inicio de acusación de delitos de mayor gravedad y la coordinación política de las fuerzas de policía. Posteriormente, en 1985 se crea el Crown Prosecution Service (CPS) que está a cargo del Director of Public Prosecution, en donde la función del primero es la

¹⁸⁵ Oscar Julián Guerrero. El difícil encuentro entre el Proceso Penal. Disponible en pdf [<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2006.2/pr/pr20.pdf>] Fecha de consulta [11/05/13]

¹⁸⁶ Juventino V. Castro. Óp. Cit. Pág. 300.

¹⁸⁷ *Ibíd.* Pág. 302.

¹⁸⁸ GUILLERMO Magno, Ludwin. *El Ministerio Público de Guatemala: un estudio histórico, comparativo, descriptivo y propositivo*. Guatemala: el autor, 2008. Pág. 118.

acumulación de las consignaciones que han sido iniciadas por los agentes de la policía.¹⁸⁹ La acusación formal se hace en nombre de la corona; la policía, y también si así lo requiere, el Attorney General¹⁹⁰, el Director of Public Prosecution o la Crown Prosecution Service. Ésta última realiza la verificación para la admisibilidad de la acción penal, y corresponde al juez la existencia de elementos para proceder¹⁹¹.

Al Director of Public Prosecution, quien está subordinado al Attorney General, le corresponde dirigir todos los procedimientos penales, salvo los accionados por la Policía. En orden jerárquico, atribuciones del Attorney General son “adoptar, alegando motivos de interés general o de seguridad nacional, un nolle prosequi, que pone fin a la acción penal o conceder una impunity from prosecution, por simples razones de oportunidad”¹⁹²

En cambio, la función del DPP dirige la acción penal ante los Tribunales, redacta y publica el código de los Fiscales ante la Corona y elabora el informe anual de la actividad de la Fiscalía.¹⁹³ Cabe mencionar que por ley, el DPP debe tener la autorización del Attorney General para iniciar las diligencias en la investigación y persecución a ciertas personas o ciertos delitos.

En el rango jerárquico, el DPP controla personalmente y dirige el trabajo de la Crown Prosecution Service (CPS), imponiendo su autoridad ante los Chiefs Crown Prosecutors que se distribuyen en toda Inglaterra y están al frente de cada una de las Fiscalías de distrito. Entre algunas de las facultades de CPS son: determinar aquellas consignaciones que deben proseguir y aquellas que deben ser enviadas a la reserva (ésta última por pruebas insuficientes o por falta de

¹⁸⁹ Capítulo 3 Fuente del Derecho Inglés.

¹⁹⁰ El Attorney General, en este caso forma parte de la casa de los comunes y debe ser un barrister (abogado postulante), en el cual este último cargo no se adquiere necesariamente por el perfil de licenciado en Derecho, sino el postulante puede haber realizado otros estudios, pero deberá aprobar el examen profesional llamado Common Professional Examination. Véase, SIRVENT Gutiérrez, Consuelo. *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*. Editorial Porrúa. México 2011. Pág. 86.

¹⁹¹ ARMENTA Deu, Teresa. “Juicio de acusación, imparcialidad del acusador y derecho de defensa”. *Revista Ius et Praxis*. Año 13, nº 2. Pág. 86

¹⁹² GUILLERMO Magno, Ludwin. Óp. Cit. Pág. 122.

¹⁹³ *Ibid.*

interés público para continuar la consignación)¹⁹⁴. Como vemos, la responsabilidad de las diligencias ante el procedimiento penal, corresponde a varias instituciones, la cuales están controladas por el Estado, tratando de evitar excesos en las detenciones.

Ahora bien, es importante resaltar los instrumentos de protección de derechos fundamentales en este trayecto histórico inglés, periodo marcado como la construcción del constitucionalismo y que nos refiere a la ley como otra de sus fuentes dentro del derecho inglés.

Es importante mencionar que en el derecho inglés, la ley no es exactamente el referente inmediato para los juristas, sin embargo, los jueces no dudarán en aplicarla. La forma de expresión de la ley, radica en la interpretación de la misma y su validez se establece con una sentencia que haya aplicado la ley¹⁹⁵, es así como los juristas y los ciudadanos conocen la intención exacta de la norma, apoyado por el precedente. Esta es la teoría clásica de la ley conforme a la tradición inglesa.

Destacamos que el carácter de la Constitución en el derecho inglés se refiere a un conjunto de reglas de origen legislativo o más extensamente jurisprudencial, que garantiza las libertades fundamentales de los ciudadanos¹⁹⁶ y cuya función se encamina a coartar los excesos de los funcionarios públicos. En este sentido, podemos mencionar los textos constitucionales del Reino Unido con valor histórico que integran la Constitución inglesa: Carta Magna Liberatum (1215), Petition of Rights (1628), Habeas Corpus Amendment Act (1679), Bill of Rights (1689), Act of Settlement (1701), Parliament Act (1911), Statute of Westminster (1931) y Parliament Act (1949)¹⁹⁷.

¹⁹⁴ SÁNCHEZ Cordero, Jorge (2009). Óp. Cit Pág. 264.

¹⁹⁵ *Ibid.* Pág. 271.

¹⁹⁶ *Ibid.*

¹⁹⁷ RODRIGUEZ N, Teresa M y SERRANO M, Rafael. "La influencia del Bushido en la Constitución Japonesa de 1889 y en el edicto imperial de la educación de 1890". *En Nuevas Perspectivas de Investigación sobre Asia Pacífico*. Editorial Universidad de Granada. Valencia, 2008 Pág. 242.

La Carta Magna Liberatum de 1215, es el texto jurídico más relevante en la Edad Media. Se trata de un contrato donde se estipula el compromiso del Rey Juan Sin Tierra para respetar los privilegios de los hombres libres, nobles y prelados, “obligándose a recabar su consentimiento para imponer tributos, a respetar sus propiedades y cumplir fielmente un conjunto de garantías procesales”¹⁹⁸.

Se establece en su artículo 39 el principio de la privación ilegal de la libertad, donde ningún hombre será detenido ni encarcelado, ni ninguna acción será intentada en su contra, sino mediante juicio leal de sus pares y conforme a las leyes de su país.¹⁹⁹ En este documento se vislumbran el principio de seguridad jurídica, entendida esta última como una garantía de promoción de la justicia y la igualdad en libertad, respondiendo a la certeza jurídica y el respeto de los derechos humanos en un proceso penal.

Esta Carta Magna, más que limitar los excesos del Rey, sirvió como principal referente del *Petition of Rights* del 7 de junio de 1628, éste último, “significó la más vigorosa protesta contra los numerosos ataques contra los derechos y libertades del pueblo inglés”.²⁰⁰ Así vemos que en el considerando número 5 denuncia la privación ilegal de la libertad y los excesos que se comente en nombre de la corona contra un detenido, respaldado muchas veces por leyes vigentes. A la letra nos dice:

*“Considerando, empero, que a pesar de estas leyes y de otras normas y reglas válidas de vuestro Reino encaminadas al mismo fin, varios súbditos vuestros han sido recientemente encarcelados sin que haya indicado la causa de ello; que, cuando fueron llevados a vuestros jueces, conforme a los decretos de vuestra Majestad sobre el habeas corpus para que el Tribunal resolviese lo procedente (...)”*²⁰¹

¹⁹⁸ VARELA SUANZES, Joaquín: "La soberanía en la doctrina británica: (de Bracton a Dicey)", en Ramón Punset (coord.): Soberanía y Constitución. [Oviedo]: Instituto de Estudios Parlamentarios Europeos de la Junta General del Principado de Asturias., 1998; Pp. 87-165

¹⁹⁹ RODRIGUEZ Y Rodriguez, Jesús. "La positivación de los derechos humanos". En *La detención preventiva y los derechos humanos en el derecho comparado*. Editorial UNAM, México 1981. Pág. 50.

²⁰⁰ *Ibíd.* Pág. 52.

²⁰¹ Biblioteca Jurídica, UNAM. *Petition of Rights(7 de junio de 1628)* Disponible en pdf [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2698/18.pdf>] Fecha de consulta [01/11/12]

Vemos, que la detención ilegal de la libertad era una práctica común en Inglaterra, establecidas como derecho objetivo, y los excesos del reino tendrían que limitarse de alguna manera, siendo para esta época un gran avance en las garantías mínimas en la detención.

Otro instrumento es el *Habeas Corpus*, aprobado en 1679²⁰² después de la restauración de la dinastía Estuardo²⁰³. Éste consiste en la facultad que los jueces tenían para exigir la comparecencia ante sus tribunales de alguna persona que estuviese detenida con la finalidad determinar si la declaración era justa. Es importante señalar que nadie que no estuviera acusado o convicto de un delito podría estar detenido, respetando la libertad individual e impidiendo los abusos de autoridades o funcionarios del rey.

A través de la historia, el Habeas Corpus, fue utilizado durante el reinado de Eduardo III (1327-77) y Enrique VI (1422-61), bajo las siguientes modalidades: Habeas Corpus ad respondendum, Habeas Corpus ad satisfaciendum, Habeas Corpus ad prosequendum, Habeas Corpus ad testificandum, Habeas Corpus ad deliberandum, Habeas Corpus ad faciendum et recipiendum, Habeas Corpus ad Subjiciendum²⁰⁴.

En palabras sencillas, estos tipos de Habeas Corpus garantizaban la comparecencia de manera lícita ante las cortes por diferentes motivos, por ejemplo: comparecencia del detenido ante un juez por motivo de un proceso civil o penal; la comparecencia cuando un prisionero que se ha enjuiciado, haciéndole saber su sentencia ante un tribunal de superior jerarquía; mandato de comparecencia de un prisionero para que testifique, por mencionar algunos.

²⁰² Cabe resaltar que el Habeas Corpus tiene una fecha imprecisa en su creación, sin embargo, su ejercicio se establece en el siglo XVIII. Véase. GARCÍA Belaúnde, Domingo. *El Hábeas Corpus en América Latina (algunos problemas y su tendencia reciente)* En Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Número 20 Julio-diciembre, Vol. 20. Año 1994. P.p. 41-62.

²⁰³ *Ibíd.* Pág. 69.

²⁰⁴ GARCÍA Belaúnde, Domingo. *El Habeas Corpus en Perú*. Editorial Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Perú 1979. Pág. 10.

Conforme a la Ley de Habeas Corpus de 1679 se expresaba de la siguiente manera:

“Cuando una persona sea portadora de un Habeas Corpus dirigido a un Sheriff, carcelero o cualquier otro funcionario en favor de un individuo puesto bajo su custodia y dicho Habeas Corpus sea presentado a los Susodichos funcionarios o se les deje en la cárcel, quedan obligados a declarar la causa de la detención a los tres días de la detención”²⁰⁵

Entonces, la detención no podrá ser ilegal o arbitraria, tendrá que estar fundada y motivada. En caso de incumplir la respuesta del Writ de Habeas Corpus, el funcionario podría ser sancionado de cien a doscientas libras, según sea el incumplimiento, uno por la negativa a la función de notificar la detención o por negarse a presentar al preso o dejarlo en libertad a petición del Writ. Además, el servidor público quedará inhabilitado de sus funciones.

En palabras del Dr. Domingo García Belaunde, ésta institución no tuvo una evolución notoria, sin embargo, su diferencia para esta fecha fue el establecimiento de sanciones y penas severas para los funcionarios o jueces.

En cuanto a la promulgación de la Carta de Derechos, *Bill of Rights*, del 13 de febrero de 1689, muestra un avance, limitando al poder real y extendiendo las facultades del parlamento. La carta establece en resumen lo siguiente:

“a. que no se pueden suspender las leyes, la aplicación de las mismas, en virtud de la autoridad real y si el consentimiento del Parlamento; b. Toda cobranza de impuestos en beneficio de la corona o para su uso, bajo el pretexto de la prerrogativa legal sin consentimiento del Parlamento es ilegal; c. El reclutamiento o mantenimiento de un ejército dentro de las fronteras del Reino en tiempo de paz, sin la autorización del Parlamento son contrarios a la ley; d. El Parlamento debía reunirse con frecuencia; e. Las elecciones de los miembros del Parlamento deben ser libres; f. Las libertades de expresión, discusión y actuación en el Parlamento no pueden ser juzgadas ni investigadas por otro tribunal que el Parlamento”²⁰⁶

Este documento revela la consolidación de las funciones del parlamento, puesto que los impuestos deberían ser votados para ser aprobados. Asimismo, con esta Carta de Derechos se consagran dos principios, el Estado de Derecho o

²⁰⁵ *Ibíd.* Pág. 12.

²⁰⁶ SIRVENT Gutiérrez, Consuelo. *Óp. Cit.* Pág. 69.

el rule of law y la soberanía del Parlamento, esto es, del Rey junto a la Cámara de los Lores y a la de los Comunes²⁰⁷. Este Bill es una de las consecuencias inmediatas del triunfo de la Revolución de 1688, cuando el Parlamento se alinea con Guillermo Enrique de Orange-Nassau y Estuardo para repeler la línea hereditaria al gobierno de Jacobo II. A partir de la revolución de 1688 se ponen las bases del constitucionalismo británico.

Siguiendo el periodo del constitucionalismo británico, el *Act of Settlement* del 12 de junio de 1701, tenía como principal propósito “asegurar la sucesión de la Corona dentro de la línea protestante...y eliminar todas las dudas y disputas que por este motivo pudieran surgir”²⁰⁸; también obligaba a los reyes seguir un código de conducta bajo juramento, donde se respetara la religión de Inglaterra, se respetara el rule of law que protegía los derechos del pueblo; la inmovilidad de los jueces, siendo que sólo bajo aprobación del Parlamento se podía realizar. En palabras generales, se limitaban los poderes del Monarca inglés.

Los derechos humanos en el constitucionalismo inglés tuvieron mayor relevancia con el *Human Rights Act* (Ley de Derechos Humanos) de 1998, el cual entró en vigor el 2 de octubre de 2000. Entendemos a este ordenamiento legal como un corolario a la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950, dentro de la cual se consagran los derechos civiles y políticos²⁰⁹, labor que Inglaterra formó parte de manera relevante. El punto clave del Human Rights Act es establecer la compatibilidad con la Convención en la medida de lo posible.

1.2.2. Sistema penal estadounidense.

El derecho penal estadounidense tiene su raíz en el *Common law* de Inglaterra. Al respecto, el establecimiento inglés en Norteamérica tiene su origen con la fundación de las trece colonias y posteriormente se establece las directrices

²⁰⁷ VARELA Suanzes, Joaquín. *El Constitucionalismo Británico entre dos revoluciones: 1688-1789*. En “Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional”, Número 2, Oviedo, 2000. Pp. 8-60

²⁰⁸ Ibíd.

²⁰⁹ Department for constitutional affairs, justice, rights and democracy. A

jurídicas al resolverse el caso Calvino, que en palabras de Torres Zárate y García Martínez nos indican: "*El Common Law de Inglaterra, en principio, es aplicable; los súbditos de la Corona británica lo llevan consigo cuando se establecen en territorios no sometidos a naciones civilizadas*".²¹⁰ Entonces, más allá de la adaptación del sistema en Estados Unidos, podemos inferir que el objetivo inglés no fue la invasión, sino la colonización.

El periodo de la colonización inglesa en Estados Unidos comenzó en el siglo XVII, periodo que aparece el primer asentamiento que fundó la ciudad de Jamestown, en Virginia, en 1607²¹¹ y así, posteriormente aparecieron las trece colonias. Al respecto, existía una diversidad jurídica que a diferencia de la colonización de España en Latinoamérica, los Estados en Norteamérica mantenían cierto margen de autonomía. Por ejemplo, algunas colonias fueron provincias de la corona, con un gobernador que dirigía su administración; otras, fueron administradas por compañías de tipo comercial; y otras fueron colonias fundadas en patentes reales, estableciendo mayor autonomía.

Este margen de autonomía se reflejó en la instauración de asambleas legislativas en las colonias y con sus tribunales fueron construyendo un derecho colonial local. Esta dinámica representa una de las principales diferencias entre el derecho inglés y el derecho que se construía en las trece colonias, lo que después se ubicaría en un derecho federal y uno local, inexistente en Inglaterra.

Durante la colonia y debido a la diversidad jurídica que existía por la autonomía de las colonias, durante todo el siglo XVII fue un derecho arcaico, inspirado muchas veces en la biblia y otras con una gran discrecionalidad de los jueces. Para evitar las arbitrariedades de ésta dinámica, se intentó codificar al derecho es por ello, que surgen códigos como el de Massachusetts, en 1643, el de Pennsylvania en 1682, según comenta Morinaeu.

²¹⁰ Ob. Cit. TORRES Zárate, Fermín y MARTÍNEZ, Francisco G.

²¹¹ MORINEAU, Marta. *Una introducción al Common Law*. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2001. Pág. 72.

Así mismo, la influencia de diversos países en Estados Unidos marcaría también una penetración de sistemas jurídicos. Podemos destacar que el Estado de Luisiana que dejó una herencia francesa de familia Romano-canónica; otros como Suecia y Holanda, que tuvieron un periodo corto de dominación en el río Delaware en el primero y Hudson por el segundo; o incluso algunas tradiciones jurídicas de los derechos indígenas²¹² (en palabras de Lawrence M Friedman), en fin, lo que no provenía directamente de Estados Unidos, según cita Marineau a Friedman, es inglés, o llegó vía Inglaterra o se construyó por bases de ésta.

Los pasos fueron paulatinos, a principios de siglo XVIII el sistema del Common law no proporcionaba las vías necesarias para la resolución de conflictos entre los colonos. Éstos optaban por el nombramiento de las normas en un ambiente feudal y poco prometedor a las libertades individuales. Así, Torres Zárata nos comenta que para 1700 cada colonia estadounidense ya tenía una asamblea elegida y un propio gobierno, exceptuando a Carolina del Sur.

Estos acontecimientos fueron cimientos para reclamar la independencia de Estados Unidos frente a Inglaterra en 1775, siendo un año más tarde la aprobación por el Congreso Continental, la declaración de independencia. Para esto, la tendencia inicial en la conformación de un sistema jurídico autónomo invitaba a la codificación, en cierta manera por influencia francesa, ésta pierde fuerza por los obstáculos evidentes: prescindir de los conceptos jurídicos si llegase a modificaciones de los términos jurídicos y el idioma.²¹³

La independencia de Estados Unidos conformaría una estructura jurídica que se basa en un derecho federal y otro de los Estados. Cabe mencionar que en *"Estados Unidos las leyes y los reglamentos son sólo correctivos del derecho jurisprudencial cuya composición primordial son los precedentes y la razón"*²¹⁴

²¹² *Ibíd.* Pág. 71.

²¹³ TORRES Zárata, Fermín y MARTÍNEZ, Francisco G. *Óp. Cit.*

²¹⁴ *Ibíd.*

La estructura de competencia de la dualidad jurídica es compleja, puesto que cada Estado mantiene su propio tribunal (State Courts) que difiere de los tribunales federales (federal Courts). Al respecto, Torres Zárte nos comenta que en el artículo tercero de la Constitución Federal de Estados Unidos refiere a la jurisdicción de los tribunales federales a determinados casos (por mencionar: las controversias de derecho escrito como de equidad, que se deriven como consecuencia de la Constitución, las Leyes de los Estados Unidos, los Tratados, controversias que vinculen a los embajadores, otros ministros públicos y cónsules, etc...) En consecuencia, la competencia de tribunales federales y estatales representa un conflicto de leyes para Washington, puesto que depende de competencia material, geográfica y jerárquica.²¹⁵

Si bien es cierto que Estados Unidos pertenece al *Common Law* por su conservación de sus conceptos, teorías de las fuentes del derecho inglés y formas de razonar. Sin embargo, también existieron ciertos candados para trasladar el sistema del *common law* en su totalidad a Estados Unidos. Así, por ejemplo, ciertas leyes votadas por el Parlamento de Westminster, no surtirían efecto más allá del territorio de Inglaterra, al menos que el Parlamento lo hubiese decretado de forma especial.²¹⁶

Las características propias del sistema estadounidense advierte que se prevén conflicto de leyes, como ya hemos comentado, siendo un Estado federativo compuesto por 51 constituciones, 50 por los Estados constituyentes del país y una Constitución Federal, en las cuales todas establecen sus sistemas penales. "resulta que existen cuando menos 53 sistemas distintos: los 51 sistemas constitucionales, más el sistema procesal penal del distrito federal (District of Columbia) y el sistema penal militar"²¹⁷

²¹⁵ *Ibíd.*

²¹⁶ CORDERO Sánchez, Jorge. *Óp. Cit.* Pág. 288.

²¹⁷ CASSEL Douglas." El sistema procesal penal de Estados Unidos". En *XII Congreso Mundial de Derecho Procesal. Vol. IV: Sistema de enjuiciamiento penal y sus órganos de acusación*. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2005. Pp. 349-375.

Hay que señalar que la Constitución de Estados Unidos se creó el 5 de mayo 1787 y sus primeras diez enmiendas de 1791 constituyen la Carta de Derechos. Nos menciona Cassel Douglas que este instrumento impone al gobierno federal el deber de garantizar una serie de derechos del inculcado en procesos penales ante tribunales federales. Al respecto, este Cassel menciona el orden procesal, considerando tales derechos, estipulados en la Constitución federal:

Pesquisas y detenciones arbitrarias. Se tiene el derecho a no ser aprehendido arbitrariamente, a no ser que esté fundamentada la detención y bajo prueba adecuada, según la 4ª enmienda; debido proceso legal. Ninguna persona puede ser privado de su vida, libertad o propiedad si el debido proceso legal, 5ª enmienda; el habeas corpus. El derecho de petición del habeas corpus²¹⁸, se refiere a la liberación de una detención ilegal, salvo en los casos de invasión o rebelión (art. 1, 9ª sección, cl. 2); fianzas pendiente juicio. El derecho a que no sean exigidas fianzas excesivas, 8ª enmienda; acusación. Ésta deberá reafirmarse mediante un jurado de ciudadanos, 5ª enmienda; notificación de acusación. Derecho a ser avisado sobre las causas de acusación, 6ª enmienda; jurado imparcial, artículo 3, 2ª sección, cl. 3; 6ª enmienda; lugar de juicio. Se refiere a la jurisdicción territorial donde se haya perpetrado el ilícito, ante jurado del distrito, artículo 3, 2ª sección, cl. 3 y 6ª enmienda; juicio rápido, juicio público, a guardar silencio y carearse con testigos, 6ª enmienda; obligar a testigos a comparecer y a la asistencia de un abogado defensor, 6ª enmienda; penas excesivas, ni penas crueles y desusadas, 8ª enmienda; Ne bis in ídem, derecho a no ser procesado dos veces por el mismo delito, 5ª enmienda.²¹⁹

²¹⁸ El Habeas corpus en Estados Unidos, a diferencia de Inglaterra, nace de la Constitución y se refiere a un "Auto de derecho", el cual tiene por objetivo la liberación de todo aquel que sea detenido sin causa justificada, tanto en el ámbito civil como criminal. En el derecho estadounidense, el Habeas corpus requiere la existencia del detenido y bajo cierta fuerza física, la presión moral no es suficiente. Véase. KISIMOTO, Claudio R. *Habeas Corpus*. Disponible en pdf [<http://www.profesorjimenez.com.ar/libro2/E-3.pdf>] Fecha de consulta 05/07/13]

²¹⁹ CASSEL, Douglas. Óp. Cit. Págs. 349 y 350.

Entonces, a nivel Constitucional se protegen los derechos humanos en un debido proceso legal. Al respecto, los Estados de la Federación deberán adecuar sus legislaciones con las disposiciones de su Carta Magna. Así, nos comenta Jacobs que las leyes de 38 estados fueron invalidadas al contener la pena capital en 1972, por mencionar un ejemplo. En consecuencia, sigue Jacobs, ni el Congreso ni los Estados pueden aprobar leyes que violen la Constitución.²²⁰

Estas disposiciones constitucionales se alinean a las etapas del procedimiento y proceso penal acusatorio de Estados Unidos. Las principales etapas del modelo anglo-americano son:

1) Arrest. Comienza con la noticia del delito, investigación científica o profesional y arresto del sospechoso, con autorización del Juez. Éste arresto deberá estar fundamentado en la investigación y evidencias que el Fiscal realice. Nos comenta Juárez Cacho que el sospechoso ostenta la garantía de guardar silencio, si así lo prefiere, para evitar la autoincriminación sin abogado o defensor.

2) Booking and Bail. Se trata de la custodia de pruebas, siendo procedente identificar e estudiar al crimen y al probable responsable. Para esto, se revisa el récord del presunto responsable, siendo que se puede determinar la libertad condicional dependiendo a su comportamiento en la sociedad.

3) Arraignment. Es una audiencia en la cual se anuncia la fecha y hora donde se llevará la audiencia preliminar a juicio (preliminary hearing), así como las mociones o acuerdos entre las partes y el juez

4) Plea Bargain. Son acuerdos que realizan las partes para un beneficio mutuo. En este sentido, el Fiscal en representación del Estado negocia con el acusado, aceptando bajar su solicitud de penalidad, si éste colabora como aliado con la justicia. El fin persistente es la disminución de más costas al Estado.

²²⁰ JACOBS, James B. "Evolución del Derecho Penal de Estados Unidos" En *Periódico electrónico del Departamento de los Estados Unidos, temas de la Democracia. La Justicia Penal en Estados Unidos*. Volumen 6, Número 1, julio de 2001. Pp. 6-17.

5) Preliminary Hearing. Es la audiencia de preparación de juicio. En esta audiencia, el Juez comprueba nuevamente si existen suficientes pruebas para forzar al acusado en encarar un juicio oral. También se preparan las evidencias que se desahogarán en el juicio y la defensa anuncia sus pruebas y testigos. El objetivo de esta etapa es no llevar a una persona innecesariamente a un juicio. El imputado pasará formalmente a ser acusado, donde el acto de lectura de acusación se celebra en el Tribunal de Primera Instancia diez días antes del juicio.

6) Trial. Es el juicio, el cual se inicia por la parte del Fiscal, presentando su teoría fáctica y jurídica del crimen. Entones, el Fiscal en este momento tiene un fundamento de acusación, su trabajo será de mucha técnica jurídica y apoyada de peritajes que muestre y compruebe el vínculo delictivo entre el acusado y el delito. En el juicio se desenvuelve por la acusación y defensa, así como preguntas y respuestas con testigos.

El primer turno lo tiene el Fiscal donde expondrá su teoría sobre cómo habrá de probar su caso; también, presenta a sus testigos, los cuales son interrogados y conainterrogados por el abogado del acusado.

El segundo turno lo tiene la defensa. Se tiene la oportunidad de presentar su propia teoría, testigos y pruebas.

7) Sentencing. La sentencia debe estar fundamentada en las pruebas contundentes, examinadas y aprobadas previamente por el Juez. Al dictar sentencia, el Juez explicará las evidencias y razonamientos de su decisión.

También, el fiscal puede solicitar una vista de agravantes y el abogado defensor de atenuantes. Posteriormente, el tribunal ordenará una vista donde de acuerdo a estas solicitudes resuelve en aumentar o reducir la pena.

Es importante mencionar que el tribunal realiza un informe de pre-sentencia, la cual tiene por objeto determinar si la persona califica para libertad condicional, lo cual de ser favorable se le permitirá cumplir la pena en la comunidad.

8) Appeal. Es el recurso que tiene el convicto de solicitar un nuevo juicio o radicar una moción para revocar la sentencia o una reconsideración, en todo caso, apelar la decisión de la sentencia. En Estados Unidos, las apelaciones son excepcionales.²²¹

Vemos que los recursos en el procedimiento penal, permite al acusado tener una defensa adecuada, además, éste procedimiento empuja al Fiscal, quien es responsable de la acusación formal, a una investigación científica del hecho delictivo para abonar a una certeza jurídica en el momento del juicio. La apelación de una sentencia, siendo un recurso excepcional, se activa por el Habeas corpus sólo para clarificar errores jurídicos y no de cuestiones sobre admisibilidad y desahogo de pruebas.

Debemos considerar que *“la mayoría de las actividades de justicia penal se llevan a cabo con los auspicios de los gobiernos estatales y locales”*²²². Entonces, la subdivisión de competencia es por los condados, las ciudades y los pueblos. El enjuiciamiento es una función principal que el compete a los condados y éstos tiene una cárcel para quienes esperan una sentencia y aquellos a quienes se les impone penas menores.

En cuanto a la ley penal sustantiva, nos comenta Jacobs que la mayoría de los Estados, pero no así el gobierno federal, tienen un código de derecho penal sustantivo, en el cual se expresan los principios generales de responsabilidad penal, leyes que definen delitos penales específicos, entre otras disposiciones.

La configuración de un derecho penal sustantivo federal, no tiene mucha cabida en Estados Unidos, principalmente porque la delimitación en qué delitos son de índole federal y cuáles son estatales no hay mucha claridad. Al respecto, de existir un ilícito que violente tanto las leyes federales como estatales, deshabilitaría el principio de que nadie podrá ser juzgado dos veces por el mismo

²²¹ JUÁREZ Cacho, Ángel. *Las audiencias en el proceso penal acusatorio y juicio oral*. Editorial Raúl Juárez Carro. México, 2008. Pp. 22, 23, 24 y 25.

²²² JACOBS, James B. Óp. Cit.

delito, pues la “soberanía dual” se interpondría, pues dicho principio queda sin efectos en procesos separados por soberanías separadas.²²³

Existe un Código Penal Modelo (MCP), creado desde 1950 y 1960 por el Instituto Norteamericano de Derecho. Consiste en un documento que ha tenido relevancia en el derecho penal sustantivo estadounidense y uno de los principios motores es que no puede haber responsabilidad si haber culpabilidad.²²⁴ Ésta última el Código de referencia la establece como la “*mens rea*”, donde se establece la intención, conocimiento, imprudencia temeraria o negligencia²²⁵.

En palabras de Ambos Kai, nos dice sobre el mens rea:

“La doctrina americana también reconoce la distinción entre el mens rea en un sentido estricto (descriptivo) o, como lo denomina Kadisch, en su sentido especial, y que engloba únicamente los elementos subjetivos psicológicos (toda clase de ánimos, incluidos los específicos o las intenciones trascendentes), y en un sentido amplio (normativo), llamado mens rea en el sentido de la responsabilidad legal), que incluye los elementos subjetivos-normativos referidos a la reprochabilidad moral.”²²⁶

Consideramos que a partir de los elementos subjetivos psicológicos, el derecho angloamericano puede estructurar delitos como los de tentativa, conspiración, proposición, sin embargo, no tiene claridad en sus alcances, puesto que el hecho ilícito, materialmente, no fue consumado. Empero, se podría encuadrar el delito si la tentativa incluyera la intención de realizar la conducta, la cual dañaría directamente la norma. Por lo tanto, la culpabilidad no ejercería dominio en elementos psicológicos del tipo. Vemos, que este razonamiento se entiende por los lineamientos de la escuela neoclásica, las cual ya comentamos en líneas anteriores, con una base bipartita entre la objetiva y subjetiva (exteriorización y psicológica).

²²³ *Ibíd.*

²²⁴ *Ibíd.*

²²⁵ *Ibíd.*

²²⁶ AMBOS, Kai. “Dogmática jurídico-penal y concepto universal de hecho punible”. En *Polít. Crim.*, N° 5, 2008, A6-5, Pp. 1-26. Disponible en pdf [http://www.politicacriminal.cl/n_06/a_6_5.pdf] Fecha de consulta [05/07/13]

En cuanto a las fuentes más importantes del derecho americano son la ley y la jurisprudencia, las cuales guardan relación con el derecho inglés. La jurisprudencia alude al conjunto de decisiones judiciales, sin embargo, el precedente judicial o *stare decisis* no tiene la misma fuerza que en Inglaterra. La razón la podemos encontrar en que cada uno de los Estados de la Federación tiene su organización judicial, como ya mencionamos, existen tribunales federales y locales. Según Morineau *"las cortes superiores de los estados pueden establecer precedentes, esta circunstancia provocaría diferencias irreductibles entre los derechos de los estados, si la regla de stare decisis no se aplicara de manera más flexible"*²²⁷

Existe una relativa debilidad del precedente en Estados Unidos en comparación de Inglaterra. Las razones, según las explica Morineau, son:

a) cuando este recurso se estaba desarrollando en Inglaterra, fue trasplantando a Estados Unidos sin alcanzar una autoridad suficiente; b) la situación económica y social generó ciertos ajustes para que pudiera operar; c) en una primera instancia, el establecimiento del precedente en Inglaterra requirió de un sistema jurídico altamente técnico, lo que en Estados Unidos no logró ajustar en las primeras fases de la colonización, aunque después sus sistema jurídico se convertiría en profesional y complejo; d) la dinámica comparativista de juristas estadounidenses ha llevado a extensos estudios comparados de derecho de los diferentes estados; e) la flexibilidad de la obligatoriedad del precedente judicial se manifiesta en gran cantidad de los precedentes publicados sirve de referencia a los jueces de un enfoque estadístico-cuantitativo que cualitativo; y las características de una sociedad pragmática revela la actuación de la Suprema Corte y diversos cambios que se detectan en temas constitucionales y políticos.²²⁸

Por ejemplo, el dinamismo a que nos referimos se puede ver en los libros de citas, *citation books*, que son obras actualizadas que realizan el seguimiento y

²²⁷ MORINEAU, Marta. Óp. Cit Pág. 87.

²²⁸ *Ibíd.* Págs. 88 y 89.

continuidad de las sentencias, una de las publicaciones más relevantes que nos menciona Morineau es Shepard's Citations.

1.3. El Derecho Internacional Penal.

El Derecho Internacional Penal se establece por leyes sustantivas y adjetivas que permiten proteger, perseguir y castigar los crímenes más atroces contra la humanidad. Al respecto, los tribunales internacionales han jugado un rol importante en la conformación de un derecho internacional penal, donde éstas instancias retoman de las escuelas penales directrices para expandir y establecer su jurisdicción, cuando los bienes jurídicos de carácter ecuménico son violentados o están en riesgo.

Es importante mencionar que las instancias internacionales en materia penal no son exclusivas en la investigación y persecución de los delitos por responsabilidad individual, también gran parte de los esfuerzos internacionales se basan al exigir al Estado el pleno respeto de las garantías mínimas de los derechos humanos de sus gobernados y el cumplimiento cabal de los tratados internacionales en dicha materia. Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Europea de Derechos Humanos, la Corte Internacional de Justicia, por mencionar algunos. Para objeto de nuestro estudio, nos centraremos en instancias internacionales que exijan la responsabilidad penal individual.

Ramos Koprivitz nos menciona la clasificación de las instancias judiciales internacionales. En una primera categoría encontramos la intervención jurisdiccional y cuasi jurisdiccional, las cuales se analizan el contenido normativo y que construyen un sistema judicial internacional, según figuran en el “The PICT Resarch Matrix”, siendo 18 órganos judiciales internacionales²²⁹; y una segunda categoría en la que intervienen la justicia internacional con enfoque de responsabilidad individual, sean de carácter permanente como la Corte Penal Internacional o de carácter *ad hoc*.

²²⁹ RAMOS Koprivitz, Ulises Sandal. Óp. Cit. Pág. 13.

Debemos tener en cuenta que los tribunales internacionales no siempre se ajustan a los principios generales del derecho de los Estados. Así, podemos decir que existen tribunales *ad hoc*, que han sido cuestionados debido a las bases jurídicas en las que se fundamentan. De esta forma, vemos uno de los principales obstáculos en la compatibilidad de un derecho interno con el derecho internacional. Ambos Kai menciona que el derecho penal internacional:

*"se trata de una combinación de principios de derecho penal y de derecho internacional. La idea central de la responsabilidad individual y de la reprochabilidad de una determinada conducta (macrocriminal) proviene del derecho penal, mientras que las clásicas figuras penales (de Núremberg), en su calidad de normas internacionales, se deben clasificar formalmente como derecho internacional, sometiendo de este modo la conducta en cuestión a una punibilidad autónoma de derecho internacional"*²³⁰

Entendemos que se refieren a los principios que forman parte del derecho consuetudinario de carácter internacional. Cabe mencionar que al no ser un derecho escrito, su ubicación resulta un tanto complejo. En este punto los convenios como fuentes de derecho internacional auxilian a su localización; así también, desde el estatuto y disposiciones del Tribunal Militar de Núremberg abonan a la costumbre internacional en la protección de derechos humanos y justicia universal.

Llama la atención la responsabilidad individual, puesto que los sujetos tradicionales del derecho internacional eran únicamente los Estados y las Organizaciones Internacionales. Sin embargo, a partir del Tribunal de Núremberg hasta la Haya, se inicia la reprochabilidad de la conducta que afecte o ponga en riesgo los bienes jurídicos internacionales.

La existencia de los Tribunales internacionales a partir de la mitad del siglo XX ha permitido conocer la construcción de un derecho internacional penal. Sin embargo, la base jurídico-penal de las instancias judiciales internacionales nos

²³⁰MALARINO, Ezequiel. Trans., *La parte general de un Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática*. Editorial Fundación Konrad-Adenauer, Uruguay, 2004. Págs. 34 y 35.

dejan entrever la dificultad de crear una teoría del delito de validez universal, en otras, palabras, perseguir y castigar los hechos que lesionan a la humanidad y sus bienes jurídicos tutelados se fundamentan bajo la corriente neoclásica del delito y no necesariamente bajo un enfoque finalista proveniente de Alemania.

Esto último, no se debe al poco empuje que pueda proporcionar la corriente ontológica, la cual en palabras de Ambos Kai, resultan correctos sus lineamientos en un enfoque tripartito del delito, una parte de la tipicidad, antijuridicidad objetiva y subjetiva y la culpabilidad en un sentido normativo. Estas directrices permitieron evolucionar la base del delito de una corriente neoclásica, la cual se basaba en inclinación bipartita del delito, lo injusto y la culpabilidad. El delito desde la óptica anterior es remplazado *"por una estructura tripartita que distinga entre elementos objetivos y subjetivos del delito (tipicidad), antijuridicidad y culpabilidad"*

En este sentido, en la analogía entre la escuela finalista y neoclásica, se refuerza la normativización de la culpabilidad. Así Ambos Kai nos dice:

*"La culpabilidad deja de ser entendida (únicamente) como la intención (psicológica) de causar cierto resultado (esa intención para ahora, en el dolo, a formar parte de la tipicidad), y para a concebirse como la reprochabilidad (moral) de la conducta del autor, en el sentido de un concepto normativo de culpabilidad"*²³¹

Vemos que en esta evolución, la voluntad y conciencia de un hecho constituyen elementos del delito desde un punto finalista. Así, inclusive con la analogía anterior se cubren supuestos que no prevé dicha corriente, por ejemplo, la imprudencia, la cual se entiende como una conducta que es reprochada por apartarse del juicio moral o normativo.

Un problema de aplicación de la corriente finalista en el ámbito internacional, según Ambos Kai, es que cuenta con pocos seguidores de esta doctrina alemana y además el método ontologicista *"ignora el contexto político,*

²³¹ AMBOS, Kai. Dogmática jurídico-penal... Óp. Cit.

*social, económico y cultural para la creación de normas penales*²³²; otro factor, siguiendo al profesor alemán, la metodología ontológica ignora la importancia del lenguaje en la construcción de nuestra realidad y, por lo demás, de nuestras leyes. Este segundo factor, nos da a entender que nuestra base jurídica no refleja la realidad sino son expresiones de cómo el legislador ve las cosas, *"la estructura final de la acción no es realmente una consecuencia ontológica sino una construcción basada en un consenso entre penalistas"*²³³; un tercer factor es que si la acción final parte de la voluntad, en la idea primordial de Welzel, actualmente existen *"investigaciones psicológicas que demuestran que en la conciencia existen grados"*²³⁴

En consecuencia la estructura final de la acción no cubre de modo necesario la subjetivación de la tipicidad ni resguarda fielmente la estructura tripartita del delito. A pesar de estos factores críticos, para Ambos Kai, las consecuencias sistemáticas de la corriente finalista continúan siendo correctas.

La base jurídica de los tribunales internacionales se establece en una combinación de la escuela penal neoclásica y finalista, sin embargo, con una tendencia predominante hacia un derecho anglosajón, la cual se ajusta a la primera escuela. Podemos mencionar tres principales razones para sustentar nuestra afirmación:

1.- Las fuentes del derecho. Una de las diferencias entre escuelas penales, en este caso de la finalista y neoclásica, se basa en las fuentes del derecho. Así, vemos que en el derecho anglosajón, generalmente de corte neoclásico, predomina cinco rubros: la jurisprudencia, la ley, la costumbre, la razón y la doctrina; en cambio en México y los países de tradición romano-canónico-germánico, las fuentes son: la ley, la jurisprudencia, la Costumbre y la doctrina.

²³² Ibíd.

²³³ Ibíd.

²³⁴ Ibíd.

Así nos dice García Máynez que “en los países de derecho escrito, la legislación es la más rica e importante de las fuentes formales”²³⁵. Entonces, si trasladamos esta afirmación para adecuarla a los tribunales internacionales, vemos que en el Derecho Internacional no prevé un órgano legislativo, donde la ley impere. En consecuencia, la costumbre internacional es la más aceptada en el ámbito supranacional. Es por ello, que las sentencias de las instancias judiciales internacionales sirven de precedente cuando resuelven un caso, creando jurisprudencia válida. Es así, que el derecho anglosajón puede permear en este tipo de instancias. Porque la jurisprudencia internacional se convierte, automáticamente, en parte del derecho consuetudinario de carácter universal.

Tratándose de delitos que afectan a la comunidad internacional, nos dice Ollé Sesé que:

“que todo crimen, para que pertenezca al DPI, requiere que la norma forme parte del DI, que el supuesto de hecho describa los elementos del ilícito penal imputable individualmente y que sea punible directamente mediante la pena prevista en el DI o, en el caso que se aplique o intervenga un tribunal nacional, indirectamente por remisión a las normas penales domésticas. Es indiferente que las legislaciones internas implementen los correspondientes tipos penales de DI en su Derecho penal interno, siempre que éstos sean preexistentes a la comisión delictiva”²³⁶

Analizando lo anterior, el delito que pertenece al Derecho Penal Internacional, la norma tiene que formar parte del Derecho Internacional. En consecuencia, la costumbre y jurisprudencia internacional crean una especie de ley válida. Por ende, es a partir de los Juicios de Núremberg, formalmente, que comienza a surgir un acervo importante de jurisprudencia que sirve de fundamento para crímenes de guerra y contra la humanidad, abonando a las fuentes fundamentales del derecho internacional de carácter público.

²³⁵ GARCÍA Máynez, Eduardo. Óp. Cit. Pág. 52.

²³⁶ OLLÉ Sesé, Manuel. Óp. Cit. Pág. 141.

En lo referente a la intervención de un tribunal nacional, éste puede participar cuando sus normas penales establezcan el vínculo con tipo de delito de carácter internacional. Por ejemplo, el Caso Drazen Erdemovic en el Tribunal Internacional para la Ex Yugoslavia, donde en su sentencia de diez años en prisión, remitió a la legislación interna de la federación balcánica.

2.- Los ajustes de una teoría del delito. Actualmente, el reto de la comunidad internacional es la creación de una teoría del delito universal, aceptada por todos los países. Por ello, las escuelas penales que hemos visto, son diversos análisis del delito y que permite la creación de leyes sustantivas y adjetivas en los países para que el Estado ejerza su *iuspunendi*.

Las instancias jurisdiccionales internacionales trabajan con un método casuístico, creando así la teoría del caso de influencia anglosajona o angloamericana. En este sentido, se puede ver que para cada supuesto llevan un proceso particular y en un derecho escrito mantiene la dificultad de que la ley no puede tipificar todos los supuestos. No obstante, este hecho ha sido cuestionado porque algunos juicios internacionales han llevado un empuje más político que jurídico.

3.- Los principios generales del derecho. La historia contemporánea nos ha revelado que no siempre se respetan los principios provenientes de la legislación interna de los Estados. Por ejemplo, uno de los principios más vulnerables ha sido el *nullum crimen nulla poena sine lege*, establecido inicialmente por Feuerbach de la escuela penal alemana, siendo que los tribunales ad hoc se han establecido con posterioridad al hecho delictivo. Así, uno de los principios que ha permitido combatir la impunidad bajo la bandera de la Justicia Universal es el *aut dedere aut iudicare*, lo cual exige a un Estado, juzgar a un individuo que socavó un bien jurídico universal o que bien lo entregue para su enjuiciamiento.

Los antecedentes inmediatos de la construcción de un derecho internacional penal lo encontramos en varios pasajes. Primero, al finalizar la

Primera Guerra Mundial, los países aliados centraron sus esfuerzos para enjuiciar a turcos por crímenes de guerra y por el genocidio armenio;

Segundo, el intento por enjuiciar al Kaiser Guillermo II de Hohenzollern de Alemania, por un delito supremo contra la moral internacional y la violación de los tratados, según lo estipulaba el artículo 227 del Tratado de Versalles. Éste proceso no se culminó por la negativa de Holanda para extraditar a Guillermo II;

Cabe mencionar que, en este intento de juicios, se propuso procesar a militares alemanes "*por haber cometido actos en violaciones a las leyes y usos de la guerra*", también a estos juicios se les conoce como de "Constantinopla y de Leipzig"²³⁷, no obstante, tales procesos penales no cumplieron con su objetivo, lo que significó que las potencias vencedoras no consiguieron procesar a responsables de crímenes de gran magnitud.

La justicia internacional contemporánea, comienza a partir de la segunda mitad del siglo XX. Al respecto, podemos clasificar los tribunales que intervinieron en tres modalidades: Los Tribunales Militares de carácter multinacional; los Tribunales Penales Internacional de constitución ecléctica; y los Tribunales permanentes.

En la primera clasificación, los Tribunales Militares de Núremberg y Tokio, se instauraron para enjuiciar a los líderes vencidos de la Segunda Guerra Mundial.

El Tribunal Militar de Núremberg se creó por el Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945 y fue facultado para juzgar criminales de guerra cuyos crímenes carecen de localización precisa.²³⁸ También el artículo 6 de su estatuto estableció su competencia para conocer de crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad;

²³⁷GUEVARA B, José A. *La jurisdicción de la Corte Penal Internacional*. Disponible en pdf [<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/31/pr/pr4.pdf>] Fecha de consulta [15/06/13]

²³⁸ *Ibíd.* Pág. 752.

El Tribunal para el Lejano Oriente o Tribunal de Tokio, se creó por conducto de una Carta de Entendimiento realizada el 19 de enero de 1946, por las potencias aliadas, para procesar a criminales japoneses. Los países que estaban en este entendimiento eran: China, Francia, Reino Unido, la Unión Soviética y Estados Unidos. Posteriormente se unieron: Australia, Canadá Nueva Zelanda y Países Bajos.

Las sentencias para el Tribunal de Núremberg, fueron las siguientes:

*“De los acusados, 12 fueron condenados a morir ahorcados, tres fueron condenados a cadena perpetua, cuatro fueron condenados a prisión de entre diez y veinte años, y tres fueron absueltos. Los condenados a muerte, fueron ejecutados el 16 de octubre de 1946, suicidándose uno de ellos en la cárcel poco después de la hora prevista para su ejecución. De las 7 organizaciones acusadas, 4 fueron declaradas organizaciones criminales.”*²³⁹

Y las sentencias para el Tribunal del Lejano Oriente fueron en su totalidad:

*“se dictó sentencias contra 25 acusados, el 4 de noviembre de 1946. Seis ex comandantes en jefe del ejército, así como el ministro de Relaciones Exteriores fueron condenados a muerte. Otros 16 fueron condenados a prisión vitalicia y entre dos y veinte años de reclusión”*²⁴⁰

De una forma cuestionada, se comienza a cimentar la justicia internacional, puesto que estos tribunales reflejan el ejercicio de los vencederos sobre los vencidos; se critica la exterminación impune por las bombas nucleares en Hiroshima y Nagasaki en Japón; el nulo proceso penal para los fascistas que muchos de ellos compartieron la idea de la Alemania nazi; los principios del derecho se vieron mermados o nulificados, siendo un mero trámite incluirlos en un juicio, por mencionar algunos ejemplos.

²³⁹ FRASCHINA Andrea Verónica. *Análisis Comparativo de la competencia de los distintos Tribunales Penales Internacionales e Internacionalizados*. Ediciones de la Fundación Càtedra Iberoamericana. Palma de Mallorca, 2008. Pág. 18. Disponible en línea [<http://fci.uib.es/Servicios/libros/veracruz/Fraschina/>] Fecha de consulta [03/02/13]

²⁴⁰ *Ibíd.*

Una de las más duras críticas, fue la efectividad en los juicios de Tokio, pues no reflejó necesariamente la legitimidad moral por las potencias aliadas en el fundamento de la Justicia. Es importante mencionar que la utilización de las bombas atómicas en Hiroshima y Nagasaki, 6 y 9 de agosto de 1946, mató entre 70,000 y 100,000 japoneses.²⁴¹ Por tal motivo, los juicios de Tokio reflejó un hecho de política internacional sobre el fundamento de Jurisdicción Universal, puesto que las víctimas que cobró *Fatman* y *Little boy*, afectó directamente a la población civil en su exterminación y daños colaterales por la radiación.

La segunda clasificación son las instancias de creación ecléctica. Aquí encontramos dos Tribunales *ad hoc* que fueron creados por Resoluciones del Consejo de Seguridad (CS) de la ONU, nos referimos al Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda; y a cuatro instancias judiciales internacionalizadas, Salas Especiales de Timor Oriental, Tribunal Especial para Sierra Leona, Cámaras Extraordinarias en las Cortes de Camboya y el Alto Tribunal Penal Iraquí.

El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia se creó por conducto de la Resolución del CS de la ONU para responder ante las atrocidades del conflicto en la región balcánica. La llegada al poder de Slobodan Milosevic en 1986, desencadenó proclamaciones nacionalistas de crear la “Gran Serbia”, por lo que motivó a la separación de los Estados, siendo Croacia y Eslovenia los primeros en proclamar su independencia el 25 de junio de 1991²⁴². El revanchismo étnico y religioso traería como principal foco, el ataque a Bosnia Herzegovina, lugar donde comenzaron crímenes de violaciones sexuales, tortura, exterminación, esclavitud, por mencionar algunos.

²⁴¹ DONAL Kagan. *Porqué Estados Unidos arrojó la bomba atómica*. Disponible en pdf [<http://www.panzertuppen.org/suscripcion/bomba.pdf>] fecha de consulta [04/02/13]

²⁴² ODIO Benito, Elizabeth. “El Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia –Justicia para la paz”. En *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Vol. 24, Julio-Diciembre 1996. Pp. 133-155.

Por Resolución 808 (1993) del CS de la ONU, se aprueba la creación de un Tribunal ad hoc²⁴³. Las características del Tribunal, según nos comenta Odio Benito son: Órgano Judicial Internacional. Se crea por resolución de una instancia Internacional durante la guerra y no por un tratado o declaración como había sucedido en Núremberg y Tokio; Colegiado. La conformación de los 11 jueces son provenientes de diferentes partes del mundo; *Ad hoc*. Es un Tribunal de carácter temporal y no permanente; Especializado. Su competencia es para juzgar por graves violaciones al Derecho Internacional Humanitario; Juzga a personas física. La responsabilidad individual es importante puesto que se identifican a personas que cometieron delitos internacionales o mandaron a cometerlos. Esta es una aportación de Núremberg con excepción de vincular a grupos criminales²⁴⁴.

La única pena que prevé el Tribunal es la privación de la libertad, siendo que la imposición de esta pena está reforzada por la gravedad del delito y las circunstancias, según el artículo 24 del Estatuto

El Tribunal Penal Internacional para Ruanda, de la misma forma que el tribunal anterior, fue creado durante el conflicto que tomó relevancia internacional. El antecedente inmediato del conflicto de Ruanda lo encontramos en 1990 con enfrentamientos esporádicos entre las fuerzas armadas del gobierno de Ruanda, dirigido por los hutus y el Frente Patriótico Ruandés (FPR), dirigido por los tutsis²⁴⁵.

Los detonantes del conflicto no se debieron exactamente por el choque entre etnias, puesto que no sólo los tutsis confrontaban al gobierno ruandés, sino algunos hutus moderados. Asimismo, el conflicto se alimentó por los desacuerdos entre quienes favorecía la dictadura y los que pronunciaban una democracia²⁴⁶. Al respecto, los gobiernos de Francia, Bélgica y Zaire, ayudaron a proteger al

²⁴³ *Ibid.*

²⁴⁴ *Ibid.*

²⁴⁵ PORTILLA Gómez Juan Manuel y HERNÁNDEZ Y Rojas Andrea Paula. "La Evolución de la Efectividad de los Tribunales Penales ad hoc". En "Soberanía y juridificación de las relaciones internacionales". Editorial UNAM, FES Acatlán. México 2010. Pág. 230.

²⁴⁶ *Ruanda una aproximación al conflicto y su evolución en el tiempo*. Óp. Cit.

gobierno hutu de Habyarimana en Kigali, para esto, dichos gobiernos enviaron aviones y soldados desde Uganda.²⁴⁷ Una vez respaldado Habyarimana, llevo a cabo la represión. Aunque se llevaron rondas de negociación para la paz, el conflicto vuelve a estallar en 1993.

El conflicto toma matices más serios para 1994, poco tiempo después del estallido del avión en el cual se trasladaban los presidentes de Ruanda y Burundi, Juvénal Habyarimana y Cyprien Ntaryamira. Éstos últimos regresaban de las negociaciones de paz en Tanzania.²⁴⁸ El resultado de los asesinatos de la primavera de este año sumaría más de 500,000²⁴⁹, una limpieza étnica de los hutus y sus aliados contra los tutsis.

El resultado después de 1994 fue escalofriante:

“se estima que murieron 2 millones de personas, decenas acusada de participar en ellos y detenidos arbitrariamente, cientos fueron encarcelados sin previo juicio y otros tantos condenados a muerte. Los detenidos sobrepasaron 92,000 personas a finales de 1996; en 1997 se detuvieron a otras 130,000 personas con las mismas causas, cientos de detenidos murieron en custodia debido a torturas y malos tratos infligidos en las cárceles”²⁵⁰

Por lo tanto, el Consejo de Seguridad declara en 1994 que los actos en Ruanda atentan contra la paz y seguridad internacional y además se establece el Tribunal Penal Internacional para Ruanda el 8 de diciembre del mismo año²⁵¹, la efectividad de la justicia y protección a los derechos humanos no fueron garantizados. Así se puede constatar que en abril de 1998, pese a los llamados de

²⁴⁷ *Ibíd.*

²⁴⁸ PORTILLA Gómez Juan Manuel y HERNÁNDEZ Y Rojas Andrea Paula. *Óp. Cit.*

²⁴⁹ *Ibíd.*

²⁵⁰ PORTILLA Gómez Juan Manuel y HERNÁNDEZ Y Rojas Andrea Paula. *Óp. Cit.* Pág. 231.

²⁵¹ El 8 de diciembre de 1994, se establece el Tribunal Penal Internacional para Ruanda por la Resolución 955 del Consejo de Seguridad. Véase PORTILLA Gómez Juan Manuel y HERNÁNDEZ Y Rojas Andrea Paula. *La Evolución de la Efectividad de los Tribunales Penales ad hoc.* En: Soberanía y juridificación de las relaciones internacionales. Editorial UNAM, FES Acatlán. México 2010. Pág. 232.

la comunidad internacional contra la pena de muerte, el gobierno ejecutó públicamente a 22 personas por involucramiento en el genocidio.²⁵²

Sin lugar a dudas, los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda no lograron concretarse en instancias modelo para replicar sus actuaciones en perseguir y castigar crímenes de talla internacional. De esta manera, siguen la producción de instancias jurisdiccionales, pero con las características de ser internacionalizadas o híbridas.

Hablar de una instancia jurisdiccional de carácter híbrida nos referimos a una creación particular, donde la *“imputación de crímenes remite a dos sistemas de derecho, la designación del personal con doble origen, su ubicación en el lugar donde ocurrieron los hechos y el despliegue de sus actividades con apoyo del gobierno local”*²⁵³. Así, encontramos las siguientes instancias:

Tribunal Especial para Sierra Leona.

El conflicto en Sierra Leona se llevó de 1991 a 2002, periodo donde se alimentó de conflictos provocados por las Fuerzas Oficiales y el Frente Revolucionario unido (FRU). Éste último grupo tuvo gran apoyo del presidente de Liberia, Charles Taylor, quien tenía pretensiones de derrocar al gobierno por conducto de Foday Kankoh, quien dirigió los esfuerzos del FRU, y así controlar la zona productora de diamantes. La respuesta de la comunidad internacional, a través de la ONU, coadyuvaron a las elecciones presidenciales en febrero de 1996²⁵⁴, donde Tejan Kabbah fue elegido..

La inconformidad y ataques del FRU ante las elecciones, provocó la reacción de las Fuerzas de Defensa Civil (FDC) y su alianza con las Fuerzas Militares de Sierra Leona (FMSL) que combatieron en conjunto al FRU. Ante esto,

²⁵² Amnistía Internacional. Óp. Cit

²⁵³ CASTILLO Meneses, Yadira. “La eficacia y legitimidad de la Corte Especial para Sierra Leona desde el Derecho Internacional” En *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*. Núm. 20, enero-junio, 2012, Pp. 75-101. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia.

²⁵⁴ Ibíd.

los intentos por un acuerdo de paz fracasarían con la intervención de las Fuerzas Armadas Revolucionarias (FAR) quienes intentaron derrocar al gobierno, uniéndose con el FRU. La tensión era de gran magnitud que el presidente Kabbah tuvo que escapar a Guinea²⁵⁵, sin embargo, el Consejo de Seguridad ante estos hechos decidió enviar una Misión de la ONU en Sierra Leona (UNAMSIL). No obstante, no tuvo los resultados esperados y por consiguiente el FRU y las FAR continuaron su oleada de violencia.

Los saldos antes y después de la intervención de una de las operaciones de mayor éxito de la ONU fueron: *“inmediatamente después del brutal conflicto civil que produjo como saldo unos 75.000 muertos y muchos más mutilados. Las Naciones Unidas desarmaron unos 72.500 combatientes, de los cuales 20.000 eran niños-soldados”*²⁵⁶

Una vez detenido Sankoh, líder del FRU, por el gobierno del Reino Unido, se logró un cese al fuego en noviembre del 2000.²⁵⁷ De esta manera, el gobierno de Sierra Leona, propuso a la ONU la creación de una Corte para juzgar a criminales del conflicto.

El acuerdo del gobierno de Sierra Leona con el Secretario General de la ONU, quedó consolidado en agosto de 2002²⁵⁸ para establecer una Corte Especial. Posteriormente, el país promulgó una legislación doméstica para dar funcionamiento a dicha instancia. Entonces, su sede sería en la capital, Freetown.

Las características de la Corte Especial para Sierra Leona son las siguientes: fue creado por un tratado base entre un gobierno y la ONU; su estructura judicial está compuesta por tres jueces, uno de ellos designado por el Gobierno de Sierra Leona y otro por la ONU, en otras palabras es un Tribunal mixto; es de carácter “especial” por las circunstancias del conflicto, siendo que el Gobierno se declara incapaz de juzgar a responsables de violaciones al Derecho

²⁵⁵ Ibíd.

²⁵⁶ FRASCHINA Andrea Verónica. Óp. Cit.

²⁵⁷ Ibíd.

²⁵⁸ CitFRASCHINA Andrea Verónica. Óp. Cit.

Internacional Humanitario; también, esta Corte únicamente se financia con las aportaciones voluntarias de los miembros de la ONU.²⁵⁹

Cámaras Especiales de Camboya.

El conflicto de Camboya se evidenció por el genocidio ejercido por Pol Pot y su partido de los Khmers Rouges o Jemeres Rojos, motivada por la guerrilla maoísta y la declaración de una era conocida como "Camboya Año Cero".²⁶⁰ El modus operandi de esta tendencia llevaba a una reestructuración política, económica y social del país, por ejemplo, se proponía una evacuación de zonas urbanas al campo, desaparición de la moneda, el mercado, la escuela, la literatura, el arte, entre muchas otras modificaciones.²⁶¹

El régimen de los Khmers Rouges data el periodo entre 1975 y 1979. Durante este tiempo, se estima un aproximado de tres millones de personas murieron.²⁶² Al final del periodo de este régimen, provocó una guerra civil que culminó en 1998, año en que se desmanteló las estructuras genocidas. En este sentido, en 1997, el gobierno pidió apoyo a la ONU para la creación de una Corte que enjuiciara a criminales del régimen de los Jemeres Rojos. De esta manera, en 2001, la Asamblea Nacional de Camboya aprobó la "Ley sobre el Establecimiento de las Salas Especiales en los tribunales de Camboya para el procesamiento de los crímenes cometidos en el periodo de la Kampuchea Democrática" (citar análisis comparativos) En esta disposición legal, establecía la asistencia internacional para su implementación.

Por su parte, la Asamblea General de la ONU a través de la Resolución 57/228 (2002) del 18 de diciembre de 2002 da el visto bueno de la ley que permite

²⁵⁹ Óp. Cit. CASTILLO Meneses, Yadira.

²⁶⁰ Cátedra Iberoamericana. *Las Salas Especiales de Camboya*. Disponible en línea [<http://fci.uib.es/Servicios/libros/veracruz/Fraschina/2.-Las-Salas-Especiales-de-Camboya..cid211448>] Fecha de consulta [05/08/13]

²⁶¹ Ibíd.

²⁶² Colegio de Abogados Penal Internacional. *Tribunal de Camboya*. Disponible en línea [http://bpi-icb.com/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=85&Itemid=159&lang=es] Fecha de consulta [03/08/13]

la creación de una Corte. El acuerdo entre el gobierno de Camboya y la ONU se materializó, después de algunas rondas de negociación, el 6 de mayo de 2003.²⁶³

Las características de este Tribunal son: se crea por un acuerdo entre el Gobierno de Camboya y la ONU, este instrumento tiene carácter de Tratado, regido por los principios que prevé la Convención de Viena de 1969 respecto al *pacta sunt servanda*; son Especiales porque se crearon por la legislación nacional, en consecuencia son Tribunales nacionales con vínculos internacionales; la composición de sus cinco órganos (Sala de Primera Instancia, Sala de la Corte Suprema, los fiscales, los jueces de instrucción, la Sala de Cuestiones Preliminares y la Oficina de Administración) son integración mixta; las Cortes podrán conocer de crímenes castigados con arreglo al Derecho Internacional, entre genocidio, crímenes de lesa humanidad e infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario.²⁶⁴

Alto Tribunal Penal Iraquí. La constitución de esta instancia judicial especial es cuestionada debido a la participación de Estados Unidos en su conformación, posterior a su invasión en la región desde 2003.

Este tribunal fue establecido el 10 de diciembre de 2003 por la autoridad iraquí, con anuencia de la autoridad provisional de la coalición de guerra.²⁶⁵ La competencia de esta instancia jurisdiccional es perseguir y castigar a cualquier nacional iraquí o residente de Irak por crímenes que haya cometido en el periodo entre el 17 de julio de 1968 y 1 de mayo de 2003; su extensión jurisdiccional se extiende a actos cometidos en suelo iraquí y otros Estados, incluso puede abarcar

²⁶³ FRASCHINA Andrea Verónica. Óp. Cit.

²⁶⁴ Ibíd.

²⁶⁵ GARDUÑO YÁÑEZ, Francisco. *Tribunal Penal Internacional para Irak*. Una visión crítica. Disponible en pdf [<http://franciscogardunoyanez.com/escritos/tribunalpenal.pdf>] Fecha de consulta [06/08/13]

los crímenes que se relacionen con las guerras de Irak contra la República Islámica de Irán y el Estado de Kuwait.²⁶⁶

A nuestro punto de vista, el revanchismo político y el posicionamiento de Estados Unidos en la Región, culminaría con el enjuiciamiento de uno de sus enemigos, Saddam Husein. El Alto Tribunal Penal Iraquí fue creado durante la invasión estadounidense en el país, su financiación provenía de Washington, sus jueces fueron seleccionados por el Gobierno Provisional elegido por Estados Unidos, y jueces y fiscales recibían asesoría del gobierno de Bush.²⁶⁷ Así, Saddam Husein con poco margen de maniobra a un debido proceso legal, fue condenado a la horca el cinco de noviembre de 2010 y después de encarar 11 meses de juicio.²⁶⁸

Si bien es cierto, el régimen de ex mandatario Saddam Husein ejerció tortura, homicidios, esclavitud, invasiones, entre otros actos, la conformación de un Tribunal creado y financiado por un gobierno extranjero rompe los principios de justicia y derechos humanos, sobre todo, a un debido proceso legal. Malcolm Smart, en su calidad de director del Programa de Amnistía Internacional para Oriente Medio y el Norte de África, manifiesta que:

“El régimen de Sadam Husein es sinónimo de ejecuciones, tortura y otras violaciones de derechos humanos, y quienes cometieron esos crímenes deben comparecer ante la justicia (...)

No obstante, es fundamental que la pena de muerte, la negación máxima de los derechos humanos, nunca se utilice, por grave que sea el delito”²⁶⁹

²⁶⁶ A. NEWTON, Michael. “El Alto Tribunal Penal Iraquí: controversias y contribuciones”. En *International Review of the Red Cross*. Número 862, junio 2006. Disponible en pdf [http://www.icrc.org/spa/assets/files/other/ricr_862_newton.pdf] Fecha de consulta [10/08/13]

²⁶⁷ *Ibíd.*

²⁶⁸ GARDUÑO YÁÑEZ, Francisco. *Óp. Cit.*

²⁶⁹ AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Pena de muerte para ex altos cargos de Sadam Husein*. Disponible en línea [<http://www.es.amnesty.org/noticias/noticias/articulo/pena-de-muerte-para-ex-altos-cargos-de-sadam-husein/>] Fecha de consulta [08/08/13]

Así, vemos que la pena de muerte es común en Irak y otros países, incluyendo Estados Unidos. Compartimos la opinión que las penas no deben ser iguales al delito, pues se retrocedería a antiguas prácticas como la Ley del Tali3n o la venganza privada.

La tercera clasificaci3n que enunciamos son los tribunales de car3cter permanente.

La Corte Penal Internacional representa un punto de inflexi3n en la protecci3n a los bienes jur3dicos tutelados de la comunidad internacional. La creaci3n de este tribunal internacional pone cimientos con los trabajos de la Comisi3n de Derecho Internacional de Naciones Unidas, el cual redact3 en 1951 el Proyecto del Estatuto del Tribunal Penal Internacional y primer Proyecto de C3digo para delitos internacionales²⁷⁰. Las negociaciones para la aprobaci3n de estos avances se estancaron debido a que la Asamblea General no definía el delito de agresión.

El esfuerzo palpable se materializaría el 17 de diciembre de 1996, a trav3s de la Resoluci3n 51/207 de la Asamblea General para celebrar una Conferencia Diplomática con la finalidad de crear un Tribunal Penal Internacional. Los días de conferencia fueron 15 de junio al 17 de julio de 1998.²⁷¹ En consecuencia, el Estatuto de la Corte Penal Internacional se aprueba en esta última fecha por votos de ciento veinte países participantes y solamente tres en contra (China, Estados Unidos e Israel). Sin lugar a dudas, la creaci3n de un Tribunal Internacional fue de relevancia ecuménica y con la participaci3n no sólo de representantes gubernamentales de Naciones Unidas sino de organizaciones no gubernamentales y de otras entidades.

Las características de la Corte Penal Internacional, como un avance para el Derecho Internacional Penal, son las siguientes:

²⁷⁰ FRASCHINA Andrea Ver3nica. 3p. Cit. P3g. 91.

²⁷¹ *Ibíd.*

Primero, es un Tribunal Internacional de carácter permanente y no ad hoc. La competencia de este Tribunal atiende los delitos que contempla el Estatuto sin la prescripción de los mismos.

Segundo, la aprobación y creación de la Corte Penal Internacional fue por consenso general a través de la firma y ratificación del Estatuto de Roma con carácter de tratado. Los principios que rigen este instrumento son: *pacta sunt servanda*, *res inter alios acta*, *ex consensu adventivínculum*, dando vida a las fuentes fundamentales de Derecho Internacional. Cabe mencionar que los Estatutos de Núremberg y Tokio fueron creados por consenso de las potencias vencedoras de la Segunda Guerra Mundial, llegando a dar vida a tribunales multinacionales pero no así de carácter internacional; en cambio, los Tribunales para la ex Yugoslavia y Ruanda son Cortes de carácter internacional por la composición de los jueces, pero supeditados a las Resoluciones del Consejo de Seguridad.

Tercero, la Corte Penal Internacional refuerza su labor no sólo por los crímenes que tiene competencia, también por el acervo de instrumentos internacionales en materia de Derecho Internacional Humanitario y de Derechos Humanos. En esta forma, permite al Tribunal emitir resoluciones respetando las garantías tanto de las víctimas como de los presuntos responsables. En este sentido, la Jurisdicción Universal respeta el principio de *nullum crimen nulla poena sine lege*. A nuestro punto de vista, la competencia de este Tribunal Internacional no data desde la aprobación y ratificación del Estatuto de Roma, sino desde la existencia de los instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos y Derecho Humanitario, así como de las jurisprudencias de otros tribunales internacionales, puesto que son normas que sirven de base para las funciones de la Corte Penal Internacional.

Cuarto, a comparación de los Tribunales para la ex Yugoslavia y Ruanda que tenían su competencia en el lugar donde se perpetraron los crímenes, la Corte Penal Internacional lleva la bandera de Justicia Universal, persiguiendo en

cualquier rincón del orbe a presuntos responsables de crímenes para los que tiene competencia.

Y quinto, la Corte Penal Internacional no se maneja con primacía ante las cortes nacionales, sino de manera complementaria. Esto significa que sólo en la CPI tendrá jurisdicción cuando un Estado no quiera o se vea imposibilitado de cumplir la función de administrar justicia por crímenes internacionales. Esto lo puede hacer por tres vías, por iniciativa del Fiscal, denuncia de un Estado parte del Estatuto o por decisión del Consejo de Seguridad.

Es importante mencionar que la evolución de la Corte Penal Internacional se maneja por *una combinación única del derecho anglosajón y el derecho civil, un híbrido de los principales sistemas jurídicos nacionales.*²⁷² Por principio, el procedimiento y proceso penal de la CPI no podría favorecer a un tipo de sistema jurídico, además, el fundamento jurídico de protección de los derechos humanos los encontramos en los tratados internacionales, los cuales, proponen principios de corte acusatorio.

De esta manera, el ajuste de la CPI a un derecho anglosajón y un derecho civil, no quiere decir necesariamente que se ajuste a una escuela penal de corte neoclásica o finalista de Welzel, pero como mencionamos, ésta última de origen alemana tiene menor relevancia en un Derecho Internacional Penal.

²⁷² Federación Internacional de Derechos Humanos. *Antecedentes: la evolución del acceso de las víctimas a la justicia*. Disponible en pdf [http://www.fidh.org/IMG/pdf/4-manuel_victimes_CH-I_ESP5.pdf] Fecha de consulta [10/08/13]

Capítulo II Los Instrumentos Internacionales de derechos humanos en México

2.1.- Lineamientos generales de la Teoría Garantista sobre los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en México.

Los esfuerzos que ha realizado México en materia de Justicia y Derechos Humanos se vieron palpados con las reformas constitucionales de 2008 y 2011 respectivamente. En este sentido, se intenta transitar de un sistema penal de tintes inquisitorios hacia un acusatorio, lo que permite cumplimentar de manera eficiente y eficaz los principios de prontitud de la justicia y certeza jurídica; así mismo, la reforma de los derechos humanos pareciera reforzar la reforma de 2008, estableciendo al Estado mexicano en punta de lanza con el Derecho Internacional.

La compatibilidad del Derecho Internacional con el Derecho mexicano ha abierto un abanico respecto a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que merece ser analizado. Se trata de adaptar adecuadamente estos instrumentos internacionales que llevan un análisis particular para su aplicación. Al respecto, mostraremos progresivamente los obstáculos que el Estado mexicano ha superado y proveeremos una propuesta que resulta ser un reto para los impartidores de justicia, la Teoría Garantista en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en México. A nuestra consideración, este enfoque es fundamental para transitar hacia un Sistema Penal Acusatorio en México, velando por el respeto al Derecho Internacional de Derechos Humanos.

2.1.1.- Aspectos Generales de los Tratados Internacionales de derechos humanos en México.

Los Tratados Internacionales se establecen en las fuentes fundamentales del Derecho Internacional de carácter público, sin embargo, sus alcances llevan a la discusión sobre las teorías monistas y dualistas, que explican las relaciones del Derecho Internacional con el Derecho Interno. Al respecto, las características de las teorías dualistas son reconocer que existen dos sistemas jurídicos

(internacional e interno) independientes y separados, entre algunos de sus exponentes, según nos comenta SEARA Vázquez, son: Triepel y Anzilotti²⁷³; las teorías monistas afirman que tanto el Derecho Internacional como el Derecho Interno forman un solo sistema jurídico, donde puede derivar la supremacía del primero por el segundo o viceversa. Uno de sus exponentes de éste último, se encuentra Hans Kelsen y la pirámide de jerarquía de las normas.

Es importante mencionar que existen principios que rigen los Tratados Internacionales y que México se ha ajustado a ellos, al menos en la retórica de la política internacional. Entre los principios que podemos citar son: *pacta sunt servanda*, *res inter alios acta*, *ex consensu adventi vinculum*, en otras palabras, “lo pactado obligada y de buena fe”, “lo pactado vincula responsabilidades directas entre los firmantes”, y “el consenso de la mayoría, vincula a terceros”. Al menos de manera general, el primer principio citado se reconoce en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

Este último instrumento establece en su artículo 2 la definición de Tratado:

“Para los efectos de esta Convención.

a) Se entiende por “tratado” un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”²⁷⁴

Entonces, tratado se refiere a cualquier denominación particular donde prima la voluntad de los Estados, como sujetos de Derecho Internacional y ajustados a estas normas. Además, queda reforzada la obligación de los Estados partes de no invocar disposiciones de su derecho interno como justificación para incumplir el Tratado, así lo enuncia el artículo 27 del ordenamiento en comento.

²⁷³ Véase. SEARA Vázquez, Modesto. *Derecho Internacional Público*. Editorial Porrúa. México 2004. Pág. 41.

²⁷⁴ Procuraduría General de Justicia para el Distrito Federal. *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*. Disponible en pdf [<http://www.pgjdf.gob.mx/temas/4-6-1/fuentes/3-A-2.pdf>] Fecha de consulta [06/09/13]

Sin embargo, México ha mantenido ciertos candados en nuestra Carta Magna donde se muestra proteccionista y obstinado en recibir disposiciones de las normas internacionales. Podemos mencionar el clásico conflicto de la jerarquía de las normas que establece el artículo 133 constitucional, que a la letra dice: *“la Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán Ley Suprema de toda la Unión”*²⁷⁵. Es evidente que vemos la Supremacía Constitucional sobre los Tratados Internacionales, además la Suprema Corte de Justicia de la Nación adoptó la siguiente tesis en 2007, que confirma una tendencia Kelseniana:

“Registro núm. 172650

Localización: Novena época, instancia: pleno, fuente: Semanario Judicial de la Federación, XXV, abril de 2007, p. 6, tesis: P. IX-2007, tesis aislada, materia(s): constitucional.

*(...)se concluye que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente abajo de la Constitución federal y por encima de las leyes generales, federales y locales, en la medida en que el Estado mexicano al suscribirlos, de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales y, además, atendiendo al principio fundamental de derecho internacional consuetudinario pacta sunt servanda, contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional.”*²⁷⁶

Es evidente que hablamos de un referente jerárquico y no de aplicación de los tratados internacionales en estricto sentido. En suma, entendemos que se trata

²⁷⁵ Gaceta Parlamentaria. *Que Reforma el Artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a cargo del Diputado René Ricardo Fujiwara Montelongo y suscrita por integrantes del Grupo Parlamentario de Nueva Alianza*. Número 2615-II, Martes 2 de octubre de 2012. Disponible en línea [<http://gaceta.diputados.gob.mx/Black/Gaceta/Anteriores/62/2012/oct/20121002-II/Iniciativa-5.html>]

Fecha de consulta [05/09/13]

²⁷⁶ *Ibíd.*

de un control de constitucionalidad y no de Derecho Internacional o Control de Convencionalidad, que más adelante abordaremos.

Debemos considerar que los Tratados Internacionales, una vez celebrados por el Ejecutivo y ratificados por el Senado, según reza el artículo 89 constitucional, no podrían ser considerados anticonstitucionales al ordenamiento actual de la ratificación, puesto que el filtro del Senado deberá velar de cualquier atentado contra la Constitución. Sin embargo, según cita Carpizo a Sepúlveda nos cometa que: *“una norma posterior deroga el tratado a que se refiere, porque se supone que el legislativo conocía ese tratado y tiene la intención de anularlo; en estos casos la responsabilidad internacional recae sobre el Ejecutivo”*²⁷⁷. Lo contrario no sucedería, puesto que un Tratado Internacional firmado en contravención de las disposiciones legales del derecho interno, es inválido, conforme al artículo 46 de la Convención de Viena de 1969.

En consecuencia, un Tratado Internacional establecido fuera de los cauces de la Carta Magna, no es aplicable en el orden interno²⁷⁸, pero es válido desde el enfoque de derecho internacional. De igual forma, consideramos que con la interpretación del artículo 133 Constitucional, quedan supeditados los Tratados Internacionales frente a leyes internas mexicanas, de aquí que los jueces, previo a la reforma Constitucional de 2011, aplicaban directamente y sin más miramientos, el principio de Legalidad.

El principio de Legalidad lo entendemos como: *“Todo Estado que se precie ser democrático y de derecho, debe sujetar todo acto de autoridad a su Constitución y a las leyes emanadas del Poder Legislativo que a ella se ajusten”*²⁷⁹. De aquí que los jueces se ajustan a las disposiciones inmediatas constitucionales y demás leyes, quedando excluidos los Tratados Internacionales

²⁷⁷ CARPIZO, Jorge. “La interpretación del artículo 133 constitucional”. *En Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Año 1969, Número 4, Enero-Abril. México, D.F. Pp. 3-32.

²⁷⁸ *Ibíd.*

²⁷⁹ Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal. *El proceso de aplicación de los criterios de oportunidad*. Disponible en pdf [<http://www.setec.gob.mx/work/models/SETEC/PDF/ProcesoAplicacion.pdf>] Fecha de consulta [06/09/13]

cuando los criterios son compatibles, entonces prima el Derecho interno en este supuesto, y cuando son incompatibles dichos tratados, de igual forma. No obstante, a partir de la reforma constitucional de derechos humanos de junio de 2011, se replantea el principio de legalidad tradicional, el cual se ve influenciada por los Tratados internacionales y jurisprudencias en la materia. Añadimos también, que las características específicas de este tipo de tratados genera un nuevo paradigma.

Un intento por entender los Tratados Internacionales y hacerlos aplicables en México se llevó a cabo por los lineamientos de la Ley sobre la celebración de Tratados, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 1992. Al respecto podemos citar el artículo 11 que a la letra dice:

“Las sentencia, laudos arbitrales y demás resoluciones jurisdiccionales derivados de la aplicación de los mecanismo internacionales para la solución de controversias legales a que se refiere el artículo 8°, tendrá eficacia y serán reconocidos en la República, y podrán utilizarse como prueba en los casos de nacionales que se encuentre en la misma situación jurídica, de conformidad con el Código Federal de Procedimientos Civiles y los tratados aplicables”²⁸⁰

Esto es un precedente que considera el Derecho Internacional como una fuente inmediata de solución de controversias, considerando que existen mecanismos internacionales estipulados en Tratados Internacionales. Al respecto, esto se acerca más a un Control de Convencionalidad, el cual, en palabras de Becerra Ramírez, existen mecanismos que contemplan los propios Tratados Internacionales para garantizar el cumplimiento de sus disposiciones por los Estados parte²⁸¹. Por consiguiente, consideramos que previo a la reforma

²⁸⁰ Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. *Ley sobre la celebración de tratados*. Disponible en pdf [<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/216.pdf>] Fecha de consulta [05/09/13]

²⁸¹ BECERRA Ramírez, Manuel. “Seminario Praxeología de los Derechos Humanos. Debate del nuevo marco constitucional”. *En Videoteca Jurídica de la UNAM*, 7 de septiembre de 2011. Disponible en línea [<http://www.juridicas.unam.mx/vjv/video.htm?e=339&m=2155&p=888&par=2>] Fecha de consulta [20/05/13]

Constitucional de junio de 2011, se establecía una propuesta que tendrá más auge con la intervención de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En consecuencia, podemos hablar del Control Difuso de la Convencionalidad en México con la intención de vincular el ejercicio de la aplicación de los Tratados Internacionales. El Control de Convencionalidad fue creado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a raíz del Caso Almonacid Arellano y otros c/. el Gobierno de Chile de 26 de septiembre de 2006²⁸² y que se establece de la siguiente manera:

“La Corte es consciente que los jueces y los tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar sus disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar por los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias, su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esa tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”²⁸³

En esta definición podemos ver que no se resta importancia al principio de legalidad, pues los jueces encargados de aplicar la ley están sujetos a ella. Además, se alude a la responsabilidad internacional, donde partiendo de las obligaciones del Estado de garantizar los derechos fundamentales, sean a nivel la Constitución o de los Tratados Internacionales, de los poderes del Estado:

²⁸² JINESTA, Ernesto L. Control de Convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales. MAC-Gregor Eduardo Ferrer (Coord.) El Control Difuso de Convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales. Editorial FUNDAp. Disponible en pdf [<http://www.ernestojinesta.com/14%20-%20Control%20de%20Convencionalidad%20Ejercido%20por%20los%20Tribunales%20y%20Salas%20Constitucionales.pdf>] Fecha de consulta [03/08/13]

²⁸³ Ibíd.

Ejecutivo, Legislativo y Judicial son responsables del funcionamiento del aparato estatal. En otras palabras, nos dice Astudillo Reyes, un Control de Convencionalidad refiere a un Control de Constitucionalidad y viceversa.²⁸⁴

Es menester señalar que los Tratados Internacionales en México alcanzaron un mayor realce con la reforma constitucional en materia de Derechos Humanos de junio de 2011, la cual alude sin duda, al Control Difuso de la Convencionalidad engendrado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁸⁵. Sin embargo, existen ciertos alcances y limitaciones de esta reforma, según nos comenta Astudillo Reyes:

a) A partir de junio de 2011, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establece los límites de los Poderes y protección de los Derechos, ya no es el parámetro donde enuncia la lista de los derechos humanos, una lista cerrada, sino intenta decirnos dónde están los derechos que el Estado va a garantizar en el ordenamiento Constitucional.

Efectivamente, como desarrollaremos más adelante, es evidente el predominio de los Derechos Humanos en otras ramas del derecho, puesto que no sólo engloba los tratados internacionales en este rubro, sino que abarca aquellas disposiciones en otros instrumentos que no son exclusivos de derechos humanos, pero que los conecta. Por ejemplo, los Estatutos de los Tribunales Internacionales, sean *ad hoc* o permanentes, los cuales se crearon ya sea por decisión del Consejo de Seguridad o la celebración de un Tratado Internacional.

²⁸⁴ ASTUDILLO Reyes, César. "Seminario Praxeología de los Derechos Humanos. Debate del nuevo marco constitucional". En *Videoteca Jurídica de la UNAM*, 7 de septiembre de 2011. Disponible en línea [<http://www.juridicas.unam.mx/vjv/video.htm?e=339&m=2155&p=888&par=2>] Fecha de consulta [20/05/13]

²⁸⁵ Debemos precisar que el Control de Convencionalidad no es exclusivo del sistema interamericano, puesto que siendo un control jurídico y jurisdiccional se manifiesta en el plano internacional, teniendo como meta principal el cumplimiento cabal de las obligaciones del Estado frente a los Tratados Internacionales. Este Control de Convencionalidad se desarrolla en la Corte Europea de Derechos Humanos para el cumplimiento de la Convención Europea de los Derechos Humanos; la Corte de Luxemburgo respecto a los miembros de la Unión Europea, por mencionar algunos. Véase, NOGUEIRA Alcalá, Humberto. "Los Desafíos del Control de Convencionalidad del Corpus Iuris Interamericano para las jurisdicciones nacionales". En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie*, año XLV, núm. 135, septiembre-diciembre de 2012, p.p. 1167-1220.

Además, los derechos humanos y el vínculo con los Tratados Internacionales en la materia, permea en otras ramas del derecho a nivel interno. Así, podemos mencionar el derecho al debido proceso legal, requiere la estricta vigilancia de la actuación de los jueces en materia penal, civil, mercantil, etcétera..., ajustándose al mandato constitucional e internacional. Así, dicha reforma no especifica donde encontramos los derechos que como persona tenemos acceso, ni sabemos actualmente si podemos reconocer la calidad de fundamentales los derechos que están en las leyes o si podemos reconocer la calidad de derechos fundamentales de los que están reconocidos en la jurisprudencia de la corte o la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

b) El segundo aspecto. Existen distintas fuentes de los derechos fundamentales, como ya vimos, principalmente a nivel constitucional y a nivel de derecho internacional. En este sentido, la reforma mencionada no resolvió sobre la racionalización de fuentes, puesto que este ajuste constitucional no modificó el artículo 133 constitucional, ni mencionó el rango en que se encuentran las disposiciones de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Por lo tanto, lo dejó abierto.²⁸⁶

Una primera conclusión de estos dos puntos es que los Tratados Internacionales de derechos humanos estaban en un *stand by*, pese a la dinámica del Gobierno Mexicano de formar parte de estos instrumentos ante organizaciones internacionales, lo cual no había podido ajustar obligaciones concretas para compatibilizar su derecho interno conforme al internacional. Por lo tanto, una propuesta que consideramos adecuada es la que formuló el Ministro Cossío Díaz, según el Expediente Varios 912/2010 del 14 de julio de 2011, en el cual se asume un Control de Convencionalidad *ex officio* de la siguiente manera:

“Por mayoría de siete votos de los señores ministros Cossío Díaz, Franco González Salas, Zaldívar Lelo de Larrea, Valls Hernández, Sánchez Cordero de García Villegas, Ortiz Mayagoitia y presidente Silva Mesa, se determinó que el modelo de control

²⁸⁶ ASTUDILLO Reyes, César. Óp. Cit.

de convencionalidad y constitucionalidad que debe adaptarse a partir de lo establecido en el párrafo 339 de la sentencia de la Corte IDH en el Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, y en los artículos 1, 103, 105 y 133 de la Constitución Federal, propuesto por el señor ministro Cossío Díaz, es en el sentido de que: 1) los jueces del Poder Judicial de la Federación, al conocer de controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y de amparo, puede declarar invalidez de las normas que contravengan la Constitución Federal y/o los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos; 2) los demás jueces del país, en los asuntos de su competencia, podrán desaplicar las normas que infrinjan la Constitución Federal y/o los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos, sólo para efectos en casos concretos y sin hacer una declaración de invalidez de las disposiciones, y 3) las autoridades del país que no ejerzan funciones jurisdiccionales deben interpretar los derechos humanos de la manera que más los favorezca, sin que estén facultadas para declarar la invalidez de las normas o para desaplicarlas en los casos concretos. Votaron en contra los señores ministros Aguirre Anguiano, Pardo Rebolledo y Aguilar Morales, por estimar que la SCJN no es la instancia adecuada para realizar este análisis²⁸⁷

Así, el Caso Rosendo Radilla Pacheco aportó una empatía entre el criterio del Control de Convencionalidad y Constitucionalidad en México, puesto que al volver difuso esta técnica, se expande principalmente a los jueces federales y los demás jueces en de los Estados de la República, además, la intervención de las autoridades administrativas, tal es el caso de los Ministerios Públicos (como autoridad operativa del nuevo sistema de justicia penal), podrán ejercer el principio *pro personae*, entendiendo la norma que mayor proteja al individuo, sea las disposiciones de la Constitución o los tratados internacionales.

Este criterio que adoptaron los señores ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) cumple las obligaciones del Estado Mexicano en el intento de garantizar los derechos fundamentales frente a las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos o si se quiere, para extender este criterio a los demás tratados internacionales en la materia ante Naciones Unidas u

²⁸⁷ FIGUEROA Ávila, Enrique. "Controles de constitucionalidad, de convencionalidad y de legalidad. Hacia un nuevo modelo de impartición de justicia electoral". En *Revista Judicial Electoral*, Vol. 1, N° 9, P.p. 117-154.

otros foros. A nuestro entender, es un buen inicio de cara a las reformas de Justicia y Derechos Humanos, sin embargo, existen dos retos que progresivamente deberá resolver el Estado Mexicano. Primero, asegurar medidas de capacitación, instrucción y cumplimiento de este criterio para aplicar los tratados internacionales de derechos humanos; y segundo, establecer un modelo adecuado de interpretación de tratados internacionales de derechos fundamentales, siendo que este rubro lleva una hermenéutica especial.

Es en este último punto que radica nuestra propuesta, pues la falta de aplicación de un tratado de esta índole no se debe a qué es un Tratado Internacional de derechos humanos o cómo se puede aplicar en México, ni tampoco, cuáles son los alcances y limitaciones del Control Difuso de Convencionalidad. El gran reto para México es que los jueces, sean federales o estatales, así como las autoridades administrativas, tengan conocimiento de cómo se entiende un tratado internacional de esta índole. Nos referimos concretamente a una propuesta bajo la Teoría Garantista de Luigi Ferrajoli que a continuación daremos paso.

2.1.2. La Teoría Garantista ferrajoliana y los tratados internacionales de derechos humanos en México.

Advertimos que la Teoría Garantista evidencia el Estado de Derecho y democrático en un compendio de críticas enfocadas a un replanteamiento en sentido formal y sustancial de las estructuras del Estado. Se trata de consolidar un menor Estado de Derecho liberal y un mayor Estado de Derecho social.

El profesor italiano, Luigi Ferrajoli, establece tres acepciones del Garantismo, las cuales son:

La primera acepción designa un modelo normativo de derecho. En cuanto al derecho penal, un sistema garantista propio del Estado de derecho se entiende como un sistema cognoscitivo (en el plano epistemológico), una técnica que

alcanza la disminución de la violencia y maximización de la libertad (plano político) y un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del Estado en garantía de los derechos de los ciudadanos (plano jurídico)²⁸⁸. Ferrajoli resume que una Constitución puede considerarse avanzada por los principios que establece y derechos que sanciona, sin embargo, su observancia y aplicación real se ve mermada si no establece técnicas coercitivas, de garantías.

En México, desde la creación de la Carta Magna de 1917 hasta julio de 2013, lleva un total de 565 reformas²⁸⁹, lo que puede significar que no han existido mecanismos lo suficientemente fuertes para garantizar y proteger las disposiciones constitucionales, por ello, las reformas ha sido una práctica común del Estado.

La segunda acepción de Garantismo establece una teoría jurídica de validez y de la efectividad como categorías distintas no sólo entre sí, sino también respecto de la existencia o vigencia de la normas. En este punto, el profesor italiano propone que una aproximación teórica que mantiene separado el ser y el deber ser en el derecho, es una teoría de la divergencia entre normatividad y realidad, y además muestra los niveles más altos y más bajos de legitimidad y efectividad. Esto último, se conduce a través de un enfoque interno, científico y jurídico, se apoya de un derecho positivo y evidencia sus antinomias.

La tercera acepción, el Garantismo designa una filosofía política. Se trata de una perspectiva de justificación externa, conforme a los bienes e intereses cuya tutela y garantía constituye la finalidad de ambos. Ferrajoli en este sentido nos menciona que la carga de justificación externa es idónea para fundamentar las doctrinas políticas, las cuales, deberán encaminarse como contingentes, parciales,

²⁸⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo penal*. Editorial Trotta. Madrid, 1995. Pág. 852.

²⁸⁹ Véase. Cámara de Diputados. H. Congreso de la Unión. *Reformas constitucionales por Artículo*. Disponible en línea [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_art.htm] Fecha de consulta [06/09/13]

a posteriori y condicionadas, no sólo en el campo del derecho penal, sino del derecho y el funcionamiento general del Estado.²⁹⁰

El fundamento de la teoría garantista ferrajoliana se basa en la crítica del derecho positivo respecto a la legitimación externa, como puede ser la crítica de las ideologías políticas, y una legitimación interna, respecto a la crítica de una ideología jurídica. Estos dos puntos de partida de la crítica del Garantismo permiten digerir los alcances de validez y vigencia, así como efectividad y validez del derecho.

Apoyado de las tres acepciones del Garantismo que mencionamos arriba, Ferrajoli aborda su propuesta de la siguiente manera:

Primero, se refiere a un modelo de derecho. Estado de derecho y democracia. Para el profesor italiano y compartiendo la distinción que realiza su Maestro Norberto Bobbio, establece que el Estado de Derecho:

“designa ambas cosas: el poder judicial de descubrir y castigar delitos es un efecto sub lege por cuanto el poder legislativo de definirlos se ejercita per leges; y el poder legislativo se ejercita per leges en cuanto a su vez está sub lege, es decir, prescrita por la ley constitucional la reserva de la ley general y abstracta en materia penal”²⁹¹

De esta cita, resaltamos el poder *sub lege*, el cual se entiende en dos sentidos, el primero, en un sentido débil, haciendo referencia a que cualquier poder debe ser conferido por la ley y ejercido en las formas y procedimientos de ésta; el segundo, un sentido fuerte, donde cualquier poder debe ser limitado por la ley, que condiciona no sólo sus formas, sino su contenido. Es importante mencionar que si un Estado se establece por el primer supuesto, estaríamos en presencia de Estado de derecho autoritario, como el Alemania Nazi²⁹² o el fascismo, entre otros ejemplos. Aquí el Derecho no se establece como un fin, sino como un medio que legitima el poder del soberano; en cambio, el segundo

²⁹⁰ FERRAJOLI, Luigi. Óp. Cit. Pp. 852 y 853.

²⁹¹ Ibíd. Pág. 856.

²⁹² Ibíd.

supuesto se alinea con los países occidentales de constituciones rígidas muchas veces, tal como la mexicana, italiana, entre otros, donde se muestra al Derecho como un límite de los poderes del Estado.

Estas dos concepciones del Estado de Derecho vinculan al principio de legalidad. Lo interesante es asociar la legalidad en sentido lato, de validez formal y en el sentido estricto o de validez sustancial. En el sentido de validez formal, la legalidad exige solamente que en el Estado de Derecho sean predeterminados por la ley los sujetos titulares del poder y el ejercicio de ellos; en cambio en el sentido de validez sustancial, la legalidad exige que además estén preordenadas en obligaciones y prohibiciones, desembocando a una limitación y regulación de poderes.

Para Ferrajoli, el término de Estado de derecho, se alinea más a la segunda concepción que indicamos en el párrafo anterior, y además, éste autor lo entiende como un sinónimo de “Garantismo”, evolucionando en las constituciones modernas se caracterizan por: un plano formal, por el principio de legalidad, cuando todo poder público llámese legislativo, ejecutivo y judicial, está subordinado a leyes generales y abstractas; en el plano sustancial, debido a que el funcionamiento de los poderes del Estado están al servicio de la garantía de los Derechos fundamentales de los ciudadanos, conformando un límite de los poderes a través de prohibiciones de lesionar los derechos y las obligaciones de dar satisfacción a los derechos sociales.

Así mismo, Ferrajoli establece un hilo conductor de la legalidad con la legitimidad. En este sentido, en primer lugar, el profesor italiano reconoce que los alcances de la legalidad en sentido amplio, la cual la ley es el condicionante, y la legalidad en sentido estricto, en la cual supone que la ley está condicionada. Llama Ferrajoli que el principio de mera legalidad se limita que cualquier poder tenga como fuente de actuación la ley, como condición formal de legitimidad; en cambio, el principio de estricta legalidad “*exige por el contrario a la propia ley que condicione a determinados contenidos sustanciales la legitimidad del ejercicio de*

*cualquier poder por ella instituido*²⁹³. En consecuencia vemos que existe una evolución del Estado de derecho, el cual deberá establecer mecanismos dirigidos a garantizar los derechos fundamentales.

Segundo, el Garantismo desde el punto de vista de la Democracia y el Estado de Derecho. Este punto es sumamente importante puesto que se establecen las reglas de quién puede decidir y cómo se debe decidir. Como mencionamos en párrafos anteriores, estamos en presencia de una legitimidad formal y otra sustancial. Quién puede decidir y cómo se debe decidir es resuelto por lineamientos de la forma de gobierno y qué se debe o qué no se debe decidir, se refiere a la estructura del poder, del sistema jurídico. Si bien es cierto que tanto el sistema político está vinculado con el sistema jurídico, nos interesa esta última categoría, puesto que al referir qué se debe o que no se debe decidir, hablamos directamente de las prohibiciones y obligaciones de los poderes del estado encaminadas al resguardo de los derechos fundamentales.

Por tal motivo, los derechos fundamentales al estar al resguardo del Estado de derecho, a través de su estricta legalidad y mera legalidad conjuntamente vinculadas a un sistema garantista, genera el establecimiento de prohibiciones y obligaciones del Estado. Las violaciones de las prohibiciones (las cuales, generalmente se pueden ver en las leyes penales sustantivas como: prohibición de suprimir la libertad personal, la libre circulación, reunión y asociación, etc.) lleva a una inexistencia o falta de vigencia; y la violación de obligaciones (ligadas a las obligaciones de las autoridades en las estructuras del Estado, como: proteger a las minorías, grupos vulnerables, asegurar la educación, promover la igualdad entre la sociedad, etc.) es causa de invalidez de las normas. Las violaciones a las prohibiciones y obligaciones del Estado llevan consecuentemente a un estado de impunidad y carencia de legitimidad como gobierno democrático.

Debe considerarse que el sistema político, el cual dijimos que determina el quién puede y cómo se debe decidir, debe estar supeditado al derecho. Entonces,

²⁹³ *Ibíd.* Pág. 857.

atendiendo a los derechos fundamentales que quedan al resguardo del Estado de derecho, no podrán violentarse (ya sean en los mecanismos de prohibiciones y obligaciones) ni siquiera por unanimidad de un pueblo, el cual podemos sugerir sea democrático, puede decidir por un sistema de votación, que una persona sea sometida a pena de muerte, sea privado de su libertad sin causa justificada, etcétera. Por ello, la trascendencia del Derecho hacia su positivación y constitucionalización velan por los derechos fundamentales. Sin embargo, se debe prestar atención que no diste mucho del ser con el deber ser.

En palabras de Bacigalupo, el Estado no es quien otorga los derechos fundamentales, sino es quien debe crear las condiciones para su realización, siendo que es la forma que el Estado adquiere legitimidad. Además, éste autor nos sigue diciendo que:

*“En este sistema los derechos fundamentales tienen una eficacia directa y su validez como derecho vigente de manera inmediata se apoya en la idea de su garantía. Consecuentemente, es posible afirmar que su vigencia, su respeto y su garantía constituyen una cuestión esencial de la legitimidad constitucional del Estado y ello justifica que la protección última de estos derechos pueda ser una competencia del Tribunal Constitucional, en tanto conflicto constitucional entre un ciudadano y algún poder del Estado”*²⁹⁴

Así, los derechos fundamentales entran en conflicto con algún poder del Estado puesto que dichos derechos son considerados leyes supremas a nivel constitucional, formalmente reconocidos. Aunque a nuestro punto de vista, los derechos fundamentales rebasan el nivel constitucional puesto que no se reconocen únicamente en una Constitución, puesto que muchas veces difieren los mecanismos de garantías de prohibición y obligación de Estado a Estado, por ende, son leyes reconocidas *erga omnes* a través de la expresión de la voluntad de los Estados y pactados en Tratados o instrumentos internacionales de derechos humanos o instrumentos que conectan con ellos.

²⁹⁴ BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal y el Estado de Derecho*. Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005. Pág. 308.

Por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) hace una compilación de los Tratados Internacionales sobre la Protección de la Persona en VII tomos, en los cuales establece los rubros que se deben enfocar las autoridades de impartición de justicia y autoridades administrativas. Al respecto, los rubros son: Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario, Derecho Internacional Penal, Derecho Internacional de los Refugiados, Derechos Ambientales, Derecho Internacional del Trabajo y Propiedad Intelectual.²⁹⁵ En consecuencia vemos instrumentos exclusivos de derechos humanos e instrumentos relacionados para una mayor protección a la persona en México.

Tercero, los derechos fundamentales: libertades y expectativas. Estado de derecho liberal y Estado de derecho social. Analizando este rubro en la obra del profesor italiano antes citada, podemos ver que se reconoce la obligación directa del Estado de garantizar los Derechos fundamentales.

Si bien es cierto, los Estados se vieron influenciados por la dinámica del siglo XVIII y XIX con la expansión de la Revolución Francesa y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789; la Declaración de Derechos del buen pueblo de Virginia (1776), por mencionar algunos ejemplos. En este sentido, los Estados se construían por una corriente de corte Liberal, entendiendo Ferrajoli liberal en el sentido como el establecimiento de garantías liberales o negativas “*consisten únicamente en deberes públicos negativos o de no hacer-dejar vivir y de dejar hacer-que tienen por contenido prestaciones negativas o no prestaciones*”²⁹⁶.

Estas prestaciones se traducen en prohibiciones, entonces, el Estado ejercita ciertas restricciones o limitaciones de la conducta del hombre en sociedad para proteger el interés común. Cabe mencionar que este tipo de disposiciones la

²⁹⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Compilación de Instrumentos Internacionales sobre Protección de la Persona aplicables en México. Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Disponible en pdf [<http://www.scjn.gob.mx/libro/documents/instrumentosinternacionales.pdf>] Fecha de consulta [03/10/13]

²⁹⁶ FERRAJOLI, Luigi. Óp. Cit. Pág. 860.

podemos referir en las leyes penales sustantivas, puesto que el Estado ejercita el *ius puniendi* bajo la égida de la *última ratio* para cumplir las normas. En este sentido, Ferrajoli comenta que este tipo de prácticas del Estado para proteger el interés común o los Derechos Fundamentales, no genera ningún costo, puesto que le resulta sencillo establecer prohibiciones e incrementar las penas, el fin del Estado liberal de derecho es no empeorar las condiciones de los gobernados.

En cambio, la propuesta ferrajoliana es transitar hacia un Estado Social de Derecho. Éste último tiene la característica de incorporar prestaciones positivas, lo que se traduce en obligaciones o deberes públicos de hacer. En este sentido, la finalidad de incorporar prestaciones positivas es mejorar la condición de los habitantes, puesto que no sólo es limitativo, *“permite adquirir condiciones sociales de vida: la subsistencia, el trabajo, la salud, la vivienda, educación”*²⁹⁷. Para ello, entendemos que el Estado debe adoptar medidas administrativas, legislativas y de diversa índole para mejorar las condiciones de sus habitantes. Al respecto, los esfuerzos que ha emprendido México con las reformas constitucionales en materia de Justicia y Derechos Humanos han llevado modificaciones en infraestructura, capacitación, promoción, por mencionar algunos. Consecuentemente, el Estado mexicano se perfila hacia un la construcción de un Estado garantista o Estado social de Derecho observando las prestaciones antes referidas.

Así mismo, el profesor italiano nos dice que:

“mientras la violación de las prohibiciones públicas establecidas en garantías de los ‘derechos de’ da lugar a antinomias, es decir, a normas vigentes pero inválidas, las violaciones de las obligaciones públicas establecidas en garantía de los ‘derechos a’ produce lagunas, es decir, carencia de normas: y si una antinomia puede ser resuelta con la anulación o la reforma de la norma

²⁹⁷ *Ibíd.* Pág. 862.

*inválida, una laguna sólo puede ser colmada con una actividad normativa no siempre fácilmente coercible o subrogable*²⁹⁸

A nuestro punto de vista, la violación de los Derechos Fundamentales en esta teoría garantista, lleva doble carga de responsabilidad jurídica, una, la invalidez de la norma protectora, siendo poco eficaz en no empeorar las condiciones sociales, y dos, la debilidad de las estructuras del Estado que resulta mucho más difícil corregir. Éste segundo punto, lleva sanciones administrativas o responsabilidad penal de los servidores públicos (lo cual deberá estar tipificado en leyes penales sustantivas) y medidas de no repetición que se encamina a una homeóstasis en dichas estructuras.

Cuarto, democracia formal y democracia sustancial. Este aspecto del Garantismo, Ferrajoli comenta sobre un sentido no formal o político, sino sustancial y social de la democracia. En otras palabras, el Estado de Derecho sugiere que sea un equivalente a la democracia más allá de la plena voluntad de las mayorías, se refiere a los intereses y necesidades de todos. Siguiendo esta idea, las garantías tanto liberales como sociales, en conjunto, intentan limitar los poderes del Estado frente a los Derechos Fundamentales. A nuestro punto de vista, es un medio idóneo de autoregulación que es necesario para evitar problemas como el abuso de autoridad o la excesiva proliferación de uso desmedido de la fuerza.

Es menester señalar que Ferrajoli nos dice que un Estado de democracia sustancial expresa:

*“en efecto los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a los poderes del estado, los intereses de los débiles respecto de los fuertes, la tutela de las minorías marginadas o discrepante respecto a las mayorías integradas, las razones de los de abajo respecto a las de los de arriba*²⁹⁹

²⁹⁸ *Ibíd.* Págs. 863 y 864.

²⁹⁹ *Ibíd.* 864.

De esta manera confirmamos que los Derechos fundamentales no están determinados por la fuerza de las mayorías ni por el sistema político, entendido éste último como una democracia formal o política, sino en el reconocimiento de un estado de necesidad, o sea, del interés colectivo donde también se reconocen los derechos particulares de minorías, cualquiera que fuera, como parte de ello.

En este punto, Ferroli aclara que los aspectos sustancial y social se refieren, primero, a qué se debe y qué no se debe decidir, y social, que el Estado requiere de instituciones públicas y jurídicas sean instrumentos dirigidos a la protección y satisfacción de los derechos primarios, legitimando al Estado en este cumplimiento.

Así mismo, el profesor italiano hace notar la distinción de la mera legalidad y la estricta legalidad, en este sentido, el primero se inclina por la voluntad de la mayoría como una característica formal de la democracia; en cambio, el segundo, se refiere a *“las reglas idóneas para vincular (...) los objetos que no deben o deben ser materia de decisión, cualquiera que sea el sujeto llamado a decidir y sea cual fuere su voluntad”*³⁰⁰. En consecuencia, la democracia política queda subordinada a los principios de democracia social y la estricta legalidad de lo que es lícito decidir o no.

De igual forma, Ferrajoli reconoce que el catálogo de derechos se ha ampliado, esto por los nuevos problemas y amenazas de las condiciones naturales y sociales del hombre. El profesor italiano, por lo tanto, es partidario del establecimiento de una minimización de las restricciones de la libertad de los ciudadanos y la correlativa extensión de los límites del poder del Estado y sus obligaciones.

Por lo tanto, los Derechos Fundamentales son:

“...derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas o ciudadanos, con capacidad de

³⁰⁰ Ibid. 865.

*obrar; entendiendo por derechos subjetivos cualquier expectativa positiva (de prestación) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista así mismo por una norma jurídica positiva como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas*³⁰¹

Del párrafo anterior, resaltamos que más allá que los derechos fundamentales florezcan y se desarrollen por un sistema político de representación, la democracia social propone que la mera legalidad como una característica política del Estado quede subordinada a la positivación y reconocimiento de una estricta legalidad de característica sustancial. En otras palabras, los derechos fundamentales son inviolables, limitan el poder público y promueve la disminución a las restricciones de las libertades individuales y colectivas.

Así mismo, Aguilera Portales, nos dice que en los derechos fundamentales, conceptualizados por Ferrajoli, se caracteriza por: ser una definición teórica; formal o estructural y neutral. En la primera, argumenta Aguilera que esa definición no se basa en normas de algún ordenamiento concreto; la segunda, la definición alude a la naturaleza de los intereses y necesidades tuteladas bajo su carácter universal; y tercero, la neutralidad es una constante en tal concepto debido a que se ajusta a cualquier sistema o filosofía política, iusnaturalista o iuspositivista, liberal, social, entre muchas otras. Este razonamiento del autor referido es de suma importancia puesto que muestra que la teoría garantista de Ferrajoli es válida y viable para la reestructuración del Estado de derecho bajo la égida de los derechos fundamentales.

Hasta aquí, hemos desarrollado la propuesta del Garantismo que nos permite reconocer una reestructuración de las funciones del Estado, el cual está obligado a transitar de un Estado de derecho liberal a un Estado de derecho

³⁰¹ AGUILERA Portales, Rafael E. y LÓPEZ Sánchez, Rogelio. "Los Derechos Fundamentales en la Teoría Jurídica Garantista de Luigi Ferrajoli". En libro *Nuevas Perspectivas y Desafíos en la protección de los Derechos Humanos*. Editorial UNAM, México 2011. P.p. 49-82.

social. Ahora bien, como anticipamos al principio de este capítulo, la Teoría Garantista de Ferrajoli se centra en ciertas críticas para la construcción de su modelo, empero, ya hemos abordado de manera indirecta algunas de ella, consecuentemente, por cuestiones prácticas, de las cuatro tesis del iuspublicista de la Universidad de Roma (las cuales son: I) diferencia estructural entre los derechos fundamentales y derechos patrimoniales; II) la democracia sustancial; III) naturaleza supranacional de los derechos fundamentales; y IV) relación entre derechos fundamentales y sus garantías) abordaremos la III) y IV) para armonizarlas con los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, cumpliendo el objetivo de este capítulo.

Las tesis del modelo garantista ferrajoliano.

III) Tercera tesis: naturaleza supranacional de los derechos fundamentales. En la obra de *Derechos y garantías. La ley del más débil* de Ferrajoli, aborda esta tesis como Derechos Fundamentales y Ciudadanía, sin embargo, hace una pertinente aclaración, que referir al adjetivo de ciudadanía, únicamente es una subclase de una tipología de los derechos. Al respecto, Ferrajoli reconoce que las constituciones estatales y convenciones internacionales reconocen derechos con independencia de la ciudadanía. De esta manera, consideramos que el profesor italiano subsana, en cierta manera, dicha subclase como la más abordada.

En esta tesis, Ferrajoli delimita su análisis desde la creación de la Organización de Naciones Unidas (ONU) y la aprobación de cartas y convenciones internacionales sobre derechos humanos. Estos instrumentos son considerados como derechos fundamentales no sólo al interior de los Estados y reconocidos por ellos a través de sus constituciones, sino son fundamentales por el carácter supranacional con responsabilidad *erga omnes*. Los Estados, por lo tanto, están subordinados al Derecho Internacional, y reafirma Ferrajoli, no son

derechos de ciudadanía, sino derechos de las personas con independencia de sus diversas ciudadanía.³⁰²

La universalidad de los derechos a partir de la mitad del siglo XX, se iniciaba una tendencia que no siempre fue acogida por los Estados, de reconocer únicamente los derechos de la ciudadanía. Para ello, Thomas Marshall en su ensayo *Citizenship and Social Class* publicado en 1950, estandarizó los derechos de la ciudadanía con los derechos fundamentales en tres clases: derechos civiles, derechos políticos y derechos sociales, éstos son llamados indistintamente derechos de ciudadanía.³⁰³ Así, podemos inferir que la influencia de este sociólogo inglés en los pactos internacionales de 1966. El principal problema de los derechos fundamentales en este sentido, es la negación de la universalidad de dichas prerrogativas, condicionando el acceso a ellos a través de la ciudadanía.

Los problemas de la comunidad internacional más relacionados con los derechos fundamentales, tales como: los procesos de globalización, integración mundial y fenómenos migratorios, contradicen los derechos de las personas con los derechos de ciudadanía. Pues, la intención de Marshall era elaborar una base teórica más sólida, proponía que la plena igualdad se alcanzaba por la ciudadanía. Así lo comenta Ferrajoli al analizar a Marshall, “*la ciudadanía viene a ocupar el puesto de la igualdad como categoría básica de la teoría de la justicia y de la democracia*”³⁰⁴. Por supuesto, ha existido una evolución de los Derechos fundamentales con una tendencia incluyente basada en el reconocimiento de la dignidad humana.

Debemos considerar que Ferrajoli da crédito a las ideas de Francisco de Vitoria al analizar la soberanía externa, puesto que ésta contiene un fundamento teórico en la construcción de un teoría propia y original concepto jurídico de soberanía.³⁰⁵ Para esto, rescata tres ideas: Primero, la configuración de un orden

³⁰² FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías...* Óp. Cit. Pág. 55.

³⁰³ *Ibíd.*

³⁰⁴ *Ibíd.* Pág. 56.

³⁰⁵ *Ibíd.*

mundial de los Estados soberanos; segundo, la formulación teórica de una serie de derechos naturales de los pueblos y los Estados; y tercero, una nueva doctrina de legitimación de la guerra justa.

En la primera idea, Ferrajoli interpreta a Vitoria sobre el orden mundial de los Estados, el cual está configurado por un *communitas orbis*, siendo que los Estados soberanos son igualmente libres e independientes, sin embargo, únicamente están sometidos al exterior por un derecho de gentes y al interior por sus lineamientos constitucionales. La propuesta del profesor italiano radica en la creación de una sociedad internacional con primacía del derecho de gentes.

La segunda idea, en el sentido de la construcción de un *communitas orbis*, y de la idea de una soberanía estatal externa, los Estados tienen ciertos derechos naturales: el primer rubro se dirigen en: la capacidad que tienen los Estados a comunicarse, *ius communicationis*; el derecho de movilidad por tierra y mar, *ius peregrinandi et degendi*; el establecimiento de un comercio mundial, *ius comercei*; ocupación de tierras baldías, *ius occupationis*; derecho de viajar a otro país, *ius migrandi*; el segundo rubro establece otros derechos naturales de los Estados: derecho de predicar y anunciar el evangelio, siendo un derecho de Estados europeos para extender la religión y generar la obediencia de los indios; y el tercer rubro, se refiere al derecho de guerra, en caso que existiese una resistencia de los indios a obedecer³⁰⁶.

La tercera idea, Vitoria justifica el derecho de guerra, puesto que los Estados al estar sometidos a un *ius cogens* y al no existir tribunales internacionales que protejan sus normas, los intereses de los Estados pueden ser defendidos por medio de la guerra. En consecuencia, dice Vitoria que la guerra es lícita y necesaria, mientras que para Ferrajoli la guerra debe llevar reglas y únicamente esta consentida la mínima violencia necesaria, y el trato a los enemigos se encuentra sometido al derecho³⁰⁷. Las esferas que comenta el

³⁰⁶ *Ibid.*

³⁰⁷ *Ibid.* Pág. 131.

profesor italiano, configuran actualmente un sistema de protección de la persona, tales como: el derecho internacional humanitario (sobre todo para la tercera idea referida), el derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional penal, entre otros ya mencionados.

Como estudiosos del Derecho Internacional Penal y con el objetivo de este capítulo de proponer un modelo que se ajuste a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos por conducto de la Teoría Garantista de Ferrajoli, debemos considerar el gran debate que nos comenta Keohane respecto al Derecho Internacional. Para ello, en el ámbito internacional ha existido confrontación entre dos corrientes, los que se alinean a un “enfoque instrumentalista” y otros que simpatizan con un “enfoque normativo”.

El primero de ellos, el enfoque instrumentalista, generalmente con base a los politólogos y estudiosos de la ciencia política, considera que *“un grupo selecto de Estados tratan de preservar su posición, riqueza y poder en un mundo incierto mediante la adquisición, la preservación y ejercicio del poder como recursos que les permiten alcanzar sus objetivos múltiples”*³⁰⁸, en este sentido, los Estados se apoyan de las normas del Derecho Internacional para alcanzar sus intereses; el segundo, el enfoque normativo *“afirma que las reglas tiene un efecto causal. En ningún caso se niega el impacto de los intereses y del poder, pero se consideran insuficientes como elementos explicativos (...) los Estados están obligados a seguir aquellas reglas a las que ha dado su consentimiento”*³⁰⁹. En este último enfoque, el cumplimiento de las normas internacionales es en función de la legitimidad del Estado.

Ligado a la Legitimidad, Keohane ejemplifica con los partidarios del cumplimiento a los compromisos internacionales, como es la observación del Derecho Internacional, entre ellos: Franck y Phillip Trimble, quienes argumentan que la legitimidad es un “impulso poderoso” para el cumplimiento de determinada

³⁰⁸ KEOHANE, Robert O. *Interdependencia, cooperación y globalismo*. En Arturo Borja Tamayo (Comp.) Editorial Centro de Investigación y Docencia Económica, A.C. (CIDE), México 2009. Pág. 318.

³⁰⁹ *Ibíd.* Págs. 325 y 326.

norma como su “índice de legitimidad”, no obstante, su comprobación es compleja de manera empírica.

Tampoco, el enfoque instrumentalista responde a la observancia del Derecho Internacional, a través de los Tratados Internacionales, como la materialización de los intereses del Estado. Para ello, el profesor estadounidense establece tres supuestos que impulsarían la observancia y proliferación de los tratados internacionales:

“1) Los agentes son bastante eficientes al evaluar sus intereses y anticiparse a las acciones de sus homólogos.

2) Un reducido número de Estados poderosos redactó las normas y está a cargo de hacerlas cumplir.

3) Las situaciones de coordinación y certidumbre- en las que todos los actores se muestran interesados en cumplir las normas, siempre y cuando los demás así lo hagan- son comunes.”³¹⁰

Con estos supuestos se esperaría un número creciente de acuerdos internacionales y un elevado índice de cumplimiento de los mismos. Sin embargo, el hecho que los Estados se adhieran al Derecho Internacional no refleja exactamente un efecto causal válido, desde el enfoque instrumentalista, ni tampoco bajo el enfoque normativista, empero, si reflejan puntos de convergencia en coordinación con el comportamiento de los Estados. A nuestro punto de vista, estos puntos de convergencia prevalecen con mayor fuerza cuando referimos a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, mostrando así, que su aplicación, observancia y armonización con el derecho interno no se manejan por los intereses particulares, sino por el interés común en función de la protección de la persona.

De igual forma, Ferrajoli intenta dar respuesta por medio de los lineamientos de las doctrinas políticas. Para ello, se apoya del sociólogo alemán

³¹⁰ *Ibíd.* Pág. 328.

Niklas Luhmann, en su expresión “autopoyesis” para designar el carácter autorreferencial de acuerdo a los sistemas políticos. Así, Ferrajoli llama autopoyéticas a las doctrinas que argumentan que *“el estado es un fin y encarna valores éticos-políticos de carácter supra-social y supra-individual a cuya conservación y reforzamiento han de instrumentarse el derecho y los derechos”*; en cambio, las doctrinas heteropoyéticas, consideran que *“el estado es un medio legitimado únicamente por el fin de garantizar los derechos fundamentales del ciudadano, y políticamente ilegítimo si no los garantiza o, más aún, si el mismo los viola”*³¹¹

Por lo tanto, los derechos fundamentales desde la perspectiva heteropoyética, debe prima sobre cualquier sistema político, pues de generarse lo contrario, estaríamos en presencia de la decisión de un grupo reducido en el poder que podrá o no cumplir determinados derechos, encaminados a su autoconservación y no necesariamente por el interés común. Entonces, la perspectiva heteropoyética la legitimación o deslegitimación dependerá de la eficacia con que los derechos fundamentales sean observados y garantizados, sobre todo, los derechos establecidos en los instrumentos internacionales.

IV) Cuarta Tesis: derechos fundamentales y garantías.

En esta tesis, Ferrajoli aborda la distinción entre derechos y garantías, los cuales al punto de vista del autor citado, representan las dos más importantes conquistas del constitucionalismo del siglo pasado, por un lado, la internacionalización de los derechos fundamentales, y por el otro, la constitucionalización de los derechos sociales.

Así, el profesor italiano llama derechos subjetivos a las expectativas positivas (o de prestaciones) o negativas (de no lesiones) atribuidas a un sujeto por una norma jurídica; y los deberes que representan las garantías, mismas establecidas por las normas jurídicas, representadas en obligaciones o

³¹¹ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón.... Óp. Cit. Pág. 881.

prohibiciones. Entonces, Ferrajoli resume que el bloque de derechos subjetivos y los deberes (obligaciones o prohibiciones) son llamadas garantías primarias; las obligaciones de segundo grado, llamadas también garantías secundarias, se refieren a la aplicación de las sanciones o declaración de nulidad de las violaciones de las primeras.

Ferrajoli, fundamentándose en Hans Kelsen, identifica dos reducciones del derecho subjetivo. Por una parte, es el derecho subjetivo al deber concerniente al sujeto en relación jurídica con su titular, o sea, garantía primaria:

"No hay derecho subjetivo en relación con una persona-afirma- sin el correspondiente deber jurídico de otra; la segunda, es la del derecho subjetivo al deber que, en caso de violación, incumbe a un juez aplicar la sanción, es decir, la que hemos llamado garantía secundaria: "El derecho subjetivo [consiste] no en presunto interés, sino en la protección jurídica"³¹²

No obstante, debemos tener en cuenta que la propuesta de la Teoría Garantista lleva consigo una crítica de los vacíos jurídicos en la protección de los derechos fundamentales. Reforzando este argumento, es posible que no existan obligaciones o prohibiciones, así también como el vacío normativo de imposición de sanciones. En otras palabras, la existencia de lagunas de garantías primarias, así como de garantías secundarias. Un ejemplo práctico puede ser: la ausencia de la norma que prohíbe la privación de libertad sin mandamiento motivado de la autoridad judicial no existiría la garantía primaria de la libertad personal. De forma aún más evidente, en defecto de normas sobre la jurisdicción no existirían garantías secundarias para ningún derecho.

A nuestro punto de vista, Ferrajoli tiene razón en cuanto a los vacíos tanto en las garantías primarias como secundarias. Sin embargo, resulta transcendental trasladar estas directrices del modelo ferrajoliano a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, toda vez que, al considerarse esos instrumentos como

³¹² FERRAJOLI, Luigi. Derecho y garantías.... Óp. Cit. pág. 61.

meras normas supranacionales, muchas veces pueden cubrir los vacíos constitucionales de los Estados. Así, lo sugiere el modelo garantista:

“(...) nada impediría, al menos en una perspectiva técnico-jurídica, la aplicación de garantías de derecho internacional, como la publicación de un código penal internacional y la creación de la correspondiente jurisdicción sobre crímenes contra la humanidad; la introducción de un control jurisdiccional de constitucionalidad de todos los actos de organismos internacionales e incluso de los de todos los Estados por violaciones de los derechos humanos (...)”³¹³

Este punto es sumamente importante, puesto que resalta el Control difuso de Convencionalidad y Control de Constitucionalidad. En este sentido, también los Tratados Internacionales adoptados en Naciones Unidas, mantienen un control de convencionalidad, por lo tanto, puede vincular a la normatividad interna de los Estados y tener carácter obligatorio tanto de facto como de iure.

La trascendencia de la Teoría Garantista no es mostrar la urgencia de un Control de Convencionalidad y/o de Constitucionalidad, puesto que a nuestro punto de vista, no se logra aterrizar cómo los impartidores de justicia pueden aterrizar tales instrumentos internacionales, sino, dicha teoría en comento, permite identificar garantías tanto primarias como secundarias, donde la labor de los jueces, fiscales y aquellos que intervienen en el Nuevo Sistema de Impartición de Justicia, logren aplicar los Tratados Internacionales de Derechos Humanos a través del análisis adecuado que proponemos. Remata Ferrajoli que la jurisdicción ya no es la simple sujeción del juez a la ley, sino también análisis crítico de su significado como medio de controlar su legitimidad constitucional.

De tal manera, que si en las Constituciones de los Estados existen dichas lagunas, podrán los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos, complementar los vacíos y en todo caso, dejaría sin validez el argumento que el Derecho Internacional atenta contra la soberanía del Estado. En todo caso, el *ius cogens*, está más vigente que nunca.

³¹³ *Ibíd.* Págs. 64 y 65.

2.2.- Tratados Internacionales de Derechos Humanos en México.

Los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos, debe llevar una metodología particular para su análisis e interpretación. Resulta que bajo el modelo garantista de Ferrajoli, es fácil a un nivel constitucional y leyes adjetivas y sustantivas penales se puedan identificar las garantías primarias y secundarias que hemos aludido. Sin embargo, el reto es la expansión de este modelo a los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos, lo cual permitirá establecer una herramienta útil para los impartidores de justicia en México y transitar correctamente hacia un sistema penal acusatorio.

De tal manera, los instrumentos que analizaremos a continuación están enfocados a los derechos del debido proceso legal, pues de esta manera, abonaremos a los objetivos principales de esta investigación. Para ello, debido proceso legal, lo consideramos de la siguiente manera:

“el Due Process of Law no es otra cosa...que la institución de origen anglosajona referida Debido Proceso Legal, como garantía con sustrato constitucional del proceso judicial, definida por un concepto que surge del orden jurisprudencial y de la justicia que respaldan la legitimidad de la certeza del derecho finalmente determinado en su resultado. Por ello el Debido Proceso Legal- que garantiza la correcta aplicación y vigencia del proceso judicial- es a su vez una garantía de Tutela Judicial Efectiva; y ello, es elemento indispensable para la consecución de la finalidad del propio proceso judicial.”³¹⁴

Con lo anterior, delimitamos el análisis de los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos, en los cuales, se abordan disposiciones relacionadas al debido proceso legal.

³¹⁴ GÓMEZ Lara, Cipriano.” El Debido Proceso como Derecho Humanos”. En libro *Estudios Jurídicos en Homenaje a Marta Morinau, T. II: Sistemas Jurídicos Contemporáneos. Derecho comparado. Temas diversos.* Editorial UNAM, México, 2006. P.p. 341-457.

2.2.1. Instrumentos Internacionales de la Organización de las Naciones Unidas (ONU)

El recuento de la participación de México en el concierto internacional comenzaría con el antecedente de la Liga de las Naciones, con sede en Ginebra, creada con posterioridad la Primera Guerra Mundial bajo la Conferencia de Paz del 28 de abril de 1919.

El acceso y la participación de México en la Sociedad de Naciones es un caso histórico en la arena internacional y representativa para el Servicio Exterior Mexicano. Nuestro país no fue invitado a formar parte de este foro debido a la inestabilidad interna que vivía en esos momentos (durante el desahogo de la Primera Guerra Mundial, México transitaba con un movimiento Revolucionario que concluiría hasta 1920 formalmente, siendo que en 1917 teníamos una nueva Constitución Política), sin embargo, ese error ya se lamentaba inmediatamente después de cometerlo.³¹⁵ Según nos comenta Tello, fueron muchas las gestiones para que nuestro país ingresara formalmente, en todos los casos, México rechazó las invitaciones gentilmente, esperando el restablecimiento de nuestra dignidad a través del lobby.

Fue hasta el 7 de septiembre de 1931, cuando representantes de los países de Alemania, Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, España, Francia, Italia, y Japón, presentaron ante la Asamblea un proyecto de resolución de carácter *in extenso*.³¹⁶ Este proyecto fue aprobado por unanimidad y en la sesión del 8 de septiembre de 1931, el cual vale la pena citar:

“Las delegaciones alemana, británica, española, francesa, italiana y japonesa:

³¹⁵ Es importante mencionar que la Sociedad de Naciones en el artículo 1 del Pacto, establecía tres clases de miembros: originarios (signatarios y Estados invitados) y miembros admitidos. México, bajo estas circunstancias debería integrarse como Invitado. Véase, SEARA Vázquez, Modesto. *Derecho Internacional Público*. Editorial Porrúa. México 2004. Pág. 136.

³¹⁶ TELLO, Manuel. “Algunos aspectos de la participación de México en la Sociedad de las Naciones”. *En Foro Internacional*, Vol. 6, Número 2/3 (22-23), *La Política Exterior de México* (Oct/Dec., 1965-Jan/Mar., 1966) Pp. 358-383.

Considerando que México no figura en el Anexo del Pacto, donde están enumerados los países que fueron invitados a suscribirlo;

Considerando que es de toda justicia que la Sociedad de las Naciones repare esta omisión tan contraria al espíritu mismo de la Sociedad;

*Propone a la Asamblea que México sea invitado a adherirse al Pacto y a aportar a la Sociedad su preciosa colaboración, como si hubiese sido invitado desde su origen*³¹⁷

Este hecho diplomático no se volvió a repetir en la historia de esta organización, trascendente en la historia del Estado mexicano que marcaría su rumbo como un Estado activo en la agenda internacional.

Como sabemos, la Sociedad de Naciones no perduró mucho debido a la débil influencia para resolver los conflictos, no pudo evitar el inicio de la Segunda Guerra Mundial. La causa de disolución, en palabras de Seara Vázquez, se encamina al comportamiento de las grandes potencias de no aplicar las medidas coercitivas que preveía el Pacto, además, los descritos por su ineficacia en conflictos como: Manchuria, donde debió condenar a Japón; el caso de la invasión de Italia a Etiopía, fue muy débil y únicamente, acertada la decisión de expulsión de la Unión Soviética por el ataque a Finlandia.³¹⁸

La Sociedad de las Naciones es el antecedente inmediato de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en la labor de proteger la paz y la seguridad internacional. Desde entonces, México se sumaba a los esfuerzos de proteger los derechos de las personas en organizaciones de carácter mundial y por la firma de Tratados Internacionales.

La Organización de las Naciones Unidas (ONU) se creó por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre organización internacional en San Francisco, del 25 de abril al 26 de junio de 1945. El resultado de estos trabajos fue la creación de la Carta de las Naciones Unidas redactada por los cincuenta Estados participantes

³¹⁷ *Ibíd.*

³¹⁸ SEARA Vázquez, Modesto. *Óp. Cit.* Pág. 141.

más Polonia.³¹⁹Dicha Carta entró en vigor el 24 de octubre de 1945 y para esta ocasión México pertenecía a los 51 países fundadores.

Nos comenta Rabasa, previamente a la Asamblea de San Francisco, la cual se llamaba la Unión Permanente de Naciones (UPN). México presentó el *“Proyecto para la Constitución de una Unión Permanente de Naciones, sometido por la Secretaría de Relaciones Exteriores de México al gobierno de los Estados Unidos de América, con fecha de 5 de septiembre de 1944”*³²⁰. En dicho proyecto, se reconoce que el comportamiento de los Estados deberá estar alineado al Derecho Internacional.

Así mismo, México expresó el carácter universal de la unión, que la estructura considerara una Asamblea, el Consejo y secretaría general. En términos generales, México proponía un nuevo organismo con una bandera igualitaria y democrática, la cual incluía el sometimiento a la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia.³²¹De esta manera, México ha reconocido la intervención de la armonización con el Derecho Internacional.

Los propósitos y principios de la ONU los encontramos en el Capítulo I, de los artículos 1 al 6 de la Carta de las Naciones Unidas. Entre los propósitos resaltamos: el mantenimiento de la paz y seguridad internacional, fomento de relaciones de amistad entre las naciones, la cooperación internacional, esfuerzo conjunto. Para lograr dichos propósitos, la ONU debe estar basada en principios de igualdad, cumplimiento de las obligaciones pactadas de buena fe, arreglo pacífico de controversias, evitar el uso de la amenaza o fuerza contra la integridad

³¹⁹ *Ibíd.* 142.

³²⁰ RABASA, Emilio O. “La participación de México en la fundación de la ONU y sus reformas”. En libro *Homenaje a Don César Sepúlveda. Escritos jurídicos*. Editorial UNAM, México, 1995. Pp. 281-296.

³²¹ *Ibíd.*

de un territorio, prestar toda clase de ayuda para el cumplimiento de la Carta, por mencionar algunos.³²²

La composición de la ONU, la Carta establece en sus Capítulos II y III, los miembros y los órganos principales. Éstos últimos son: La Asamblea General, el Consejo de Seguridad, El Consejo Económico y Social, El Consejo de Administración Fiduciaria, La Corte Internacional de Justicia (CIJ) y la Secretaría.³²³ La importancia de esta estructura podemos confirmarla por la participación de México en dichos foros, por citar algunos ejemplos, México ha formado parte del Consejo de Seguridad como miembro no permanente, siendo la última vez para el periodo 2009-2010 la más relevante; así mismo, en la Corte Internacional de Justicia, han desfilado como jueces de dicha instancia, Isidoro Fabela (1946-1952), Roberto Córdoba (1955-1964), Luis Padilla Nervo (1964-1973), Jorge Castañeda y Álvarez de la Rosa (1984, Juez ad hoc en el caso de Libia y Malta), y Bernardo Sepúlveda Amor (miembro de la CIJ desde 2006 y Vicepresidente desde 2012)³²⁴, por mencionar algunos ejemplos.

Entonces, por trascendencia histórica y diplomática, México tiene un papel relevante en el seno de la ONU, por lo tanto, existe el vínculo inmediato de obligatoriedad de los instrumentos internacionales que coadyuvan al cumplimiento de sus propósitos y principios de esta organización.

De esta manera, los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos que México ha firmado y ratificado, deben ser analizados bajo el modelo que proponemos, la Teoría Garantista, la cual nos mostrará qué instrumentos concebidos en la ONU cumplen con una mayor cobertura en las garantías que

³²² Véase, Biblioteca Jurídica de la UNAM. *La Carta de las Naciones Unidas*. Disponible en pdf [<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/41/pr/pr26.pdf>] Fecha de consulta [04/10/13]

³²³ SEARA Vázquez, Modesto. Óp. Cit. Pág. 142 y 143.

³²⁴ Secretaría de Relaciones Exteriores. *El Canciller concluye visita de trabajo a los Países Bajos*. Disponible en línea [<http://www.presidencia.gob.mx/articulos-prensa/el-canciller-concluye-visita-de-trabajo-a-los-paises-bajos/>] Fecha de consulta [10/10/13]

establece la Teoría ferrajoliana. Todo ello, enfocado a los derechos del debido proceso legal.

Declaración Universal de los Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.³²⁵ Este instrumento consta de un preámbulo y 30 artículos.

Aplicando las disposiciones de la Teoría Garantista, procedemos a identificar lo siguiente:

Garantías primarias:

-Expectativas positivas. En este caso, referimos los derechos subjetivos conforme al debido proceso legal.

Preámbulo.- En esta parte podemos enunciar las expectativas contenidas de la siguiente manera:

“Considerando que la libertad, la justicia y paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”

Es importante reconocer que los derechos de acceso a la justicia comienzan con el reconocimiento a la dignidad humana e igualdad entre las partes. En este caso, reafirma el preámbulo líneas posteriores: “

“Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres”

³²⁵ CARBONELL, Miguel y PÉREZ Pórtillo, Karla (Comp.) Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Textos básicos. Tomo I. Editorial Porrúa. México 2003. Pág. 39.

Así, el preámbulo alude al compromiso de la Carta de las Naciones Unidas que le da vida a la organización y por la cual es el pilar de los demás instrumentos concebidos en la ONU.

Analizando esta Declaración, anticipamos que contiene un mayor número de expectativas positivas o derechos subjetivos y un reducido número de expectativas negativas o de prohibición como parte de las garantías primarias.

Así lo refieren los artículos 1,2, 6, 7, 8, 10, 11 y 14 como parte del cuerpo de las expectativas positivas o derechos subjetivos, que establecen lo siguiente:

Artículo 1:

“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”

Artículo 2, párrafo I:

“Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”

Estos artículos refieren a la igualdad entre las partes sin discriminación alguna, siendo fundamental al momento de encarar un procedimiento o proceso penal, pues la autoridad sea administrativa o jurisdiccional debe estar vinculada por principios rectores de igualdad, imparcialidad y prontitud, por mencionar algunos.

Artículo 6:

“Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”

Artículo 7:

“Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derechos a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igualdad protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”

Artículo 8:

“Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”

Estos artículos refieren a la igualdad jurídica, interconectada con los recursos que las legislaciones de los Estados deben prever contra la violación a los derechos fundamentales o procesales. Un ejemplo concreto es el recurso de Amparo³²⁶ o recurso de apelación.

Artículo 10:

“Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”

Artículo 11:

“I. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le haya asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.”

Los principios que rigen estos artículos son: la publicidad, oralidad, imparcialidad y la presunción de inocencia. En este sentido, podemos decir que

³²⁶ El amparo es una institución del derecho procesal constitucional con el objetivo de tutelar los derechos fundamentales de las personas individuales o colectivas, físicas o jurídicas, aportando un instrumento rápido y expedito que, procura restablecer el derecho o la garantía vulnerado, como también evitar el acto lesivo que se presenta bajo la forma de amenaza o acto inminente de producción. Véase GOZAINÍ, Osvaldo O. “El amparo y la defensa de los derechos colectivos”. En libro *La Protección Orgánica de la Constitución*. Editorial UNAM, México 2011. P.p. 87-102.

son derechos que rigen un debido proceso, compaginados a los Tribunales Internacionales ya sean ad hoc o de carácter permanente. Estos principios permiten evolucionar el sistema de justicia de un inquisitorio a un acusatorio.

Artículo 14:

“1.- En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él en cualquier país”

El asilo por casos de persecución es un derecho que protege a la persona cuando su Estado de origen o en el que reside no garantiza su seguridad, para ello, existen medidas de protección o medidas cautelares³²⁷, las cuales muchas veces son cuestionadas.

Ahora bien, las expectativas negativas o prohibitivas relativas a los derechos del debido proceso legal, se establecen en los siguientes artículos: Artículo 2 (párrafo II), 5, 11 (párrafo II) y 12.

Artículo 2, párrafo II:

“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 autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía”.

Vemos que para la protección del derecho de igualdad que deja entrever este párrafo, recae en la prohibición de la discriminación por cualquier condición de una persona. Por lo tanto, las prohibiciones son complementarias a las expectativas o prestaciones positivas.

³²⁷ Las medidas cautelares se consideran *“equivalentes cuando se utilizan para indicar todo procedimiento o medio que tienda a garantizar los resultados o efectos de un proceso actual o futuro en cuanto a la seguridad de las personas, de los bienes o de las obligaciones de dar, hacer o no hacer una cosa específica, en procesos de naturaleza civil, comercial, laboral y en procesos penales en cuanto a la reparación civil”*. Según se establece en el artículo 1 de la Convención Interamericana sobre Ejecución de Medidas Preventivas. Véase. MORELLO, Augusto Mario y VESCOVI, Enrique. *“Medidas provisionales y medidas cautelares”*. En libro *Medidas provisionales y medidas cautelares en el sistema interamericano de derechos humanos*. Editorial TEMIS S.A. Bogotá, 2005. P.p. 147-203.

Artículo 5:

“Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”

La prohibición de la tortura lleva consigo la protección directa de la dignidad humana, la integridad física y psicológica de una personas en centros de detención o encarando un procedimiento o proceso penal. Sin duda, la prohibición muestra la potencialidad de los delitos, siendo que éste se considera de *lesa humanidad*.

Artículo 11 párrafo II:

“Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”

Este artículo refiere los principios de la irretroactividad de la norma en perjuicio de la persona y la prohibición de penas por simple analogía. Al respecto, como hemos mencionado en el primer capítulo, los tribunales ad hoc han rebasado tales principios debido a la gravedad de delitos que ofenden la humanidad. Sin embargo, los lineamientos internos y armonizados con este instrumento deben velar por el respeto de dichos principios de derecho penal.

Artículo 12:

“Nadie será objeto de injerencia arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”

Esta prohibición vincula el combate al abuso de autoridad, la cual deberá fundar y motivar por mandato de la autoridad jurisdiccional de injerir en la cotidianidad de un individuo.

El análisis de la Declaración Universal de los Derechos Humanos bajo la Teoría Garantista respecto a los derechos de debido proceso legal, revela que

este instrumento se enfoca en el establecimiento únicamente de Garantías Primarias, siendo de mayor preponderancia, las expectativas o prestaciones positivas que negativas. Al respecto, se puede confirmar bajo este esquema su carácter más declarativo que vinculante, puesto que no acarrea Garantías Secundarias que prevé el modelo ferrajoliano.

Sin embargo, no debemos restar mérito a la Declaración Universal de Derechos Humanos puesto que ha servido de plataforma de interpretación para otros instrumentos. No obstante, la interpretación de este instrumento bajo la Teoría Garantista, sugiere complementar las Garantías Secundarias con la legislación interna de los Estados o la jurisprudencia internacional.

Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. Este instrumento fue adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de la ONU bajo la resolución 2200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966, entrando en vigor el 3 de enero de 1976. La vinculación de México fue hasta el 23 de marzo de 1981, previa aprobación por el Senado el 18 de diciembre de 1980, según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 19 de enero de 1981 y su publicación en el DOF fue el 12 de mayo de 1981.³²⁸

Procedemos al análisis de este Pacto Internacional bajo la Teoría Garantista de la siguiente manera:

Preámbulo.- Podemos sugerir que este fragmento contiene la fundamentación del tratado a través de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Carta de Naciones Unidas, recalcando los principios de la organización. Por su naturaleza, esta parte del tratado es declarativa, sin embargo, podemos resaltar lo siguiente:

“Reconociendo que, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre en el disfrute de las libertades civiles y

³²⁸ CARBONELL, Miguel. Óp. Cit. Pág. 47.

políticas y liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como sus derechos económicos, sociales y culturales.

*Considerando que la Carta de Naciones Unidas impone a los Estados la obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanos*³²⁹

Podemos enfatizar que los Estados se obligan de buena fe para cumplir dicho tratado internacional, fundamentándose sobre la Carta de Naciones Unidas como un regulador entre los firmantes. Además, declara la obligación de los Estados de crear condiciones adecuadas para el acceso a los derechos civiles, políticos, sociales y culturales.

Garantías primarias:

Las expectativas positivas las podemos encontrar en los artículos 6 (puntos 1 y 4), 9, 10, 14, 16, 17 (punto 2), 24 y 26, los cuales mencionan:

Artículo 6:

“1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. (...)

4. Toda persona condenada a muerte tendrá derecho a solicitar el indulto o la conmutación de la pena de muerte. La amnistía, el indulto o la conmutación de la pena capital podrán ser concebidos en todos los casos. (...)”

Podemos ver que la vida es uno de los pilares de los derechos humanos, siendo una garantía de debido proceso *sine qua non*. Sin embargo, existen Estados, los cuales consideran argumentos a favor de la pena de muerte para su aplicación. Dentro de algunos argumentos a favor que nos menciona Santos Villareal son: El castigo como fin mismo, por seguridad colectiva, restauración de la armonía social eliminando a quienes le ponen en peligro, disuadir mediante al intimidación, la incapacitación, permanencia histórica o tradicional y razones

³²⁹ *Ibíd.* Pág. 47.

económicas; los que están en contra de la pena de muerte se fundamentan en: correlación retributiva entre delito y pena mortal refutación, imposibilita la rehabilitación y error judicial.³³⁰

Es importante mencionar que la pena de muerte ha sido una constante en el mundo, por ejemplo, la dinámica en un periodo de más de 30 años, donde en 1977, sólo 16 países habían abolido la pena de muerte para todos los delitos, siendo que para 2010, ya eran 96 países que se sumaban a esta dinámica y para el 2011, de los 58 países retencionistas, sólo 21 de ellos llevaron ejecuciones.³³¹ Desde el punto de vista jurídico, la pena de muerte es una medida destructiva que se entiende a una supuesta equiparación y relación entre el delito y la coerción, con ello, entendemos una vuelta a la venganza privada o la ley del talión³³².

Artículo 9:

“1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. (...)

2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.

³³⁰ Véase, SANTOS Villareal, Gabriel M. *La Pena de Muerte en el Mundo, México y los instrumentos multilaterales para su abolición*. Disponible en pdf [<http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spe/SPE-ISS-06-09.pdf>] Fecha de consulta [05/10/13]

³³¹ Amnistía Internacional. *Cifras sobre la pena de muerte*. Disponible en línea [<http://www.amnesty.org/es/death-penalty/numbers>] fecha de consulta [10/10/13]

La pena de muerte en México tuvo un largo periodo de espera. Progresivamente, los Códigos penales de las Entidades Federativas la fueron aboliendo, siendo los Estado de Oaxaca y Sonora los últimos en prohibir esta pena, el 17 de julio de 1971 y el 7 de febrero de 1975 respectivamente. El primer Código Penal para el Distrito Federal (2002) tampoco incorporó la pena de muerte como una de sus medidas punitivas; en cuanto al Código de Justicia Militar se refiere, se menciona que la última ejecución fue el 9 de agosto de 1961, sin embargo, hay quienes afirman que ocurrió en 1957. Véase, DE GONZALEZ Mariscal, Olga Islas. *La Pena de Muerte en México*. En Biblioteca Jurídicas de la UNAM. Disponible en pdf [<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/derechocomparado/131/inf/inf19.pdf>] Fecha de consulta [10/10/13]

³³² La venganza privada se refiere, el individuo que ha provocado un daño a otra persona, debe recibir el mismo castigo, generalmente conocido como la Ley del Tali6n. Así mismo, la Ley de Linch puede ser un complemento, donde el pueblo se hace justicia por propia mano ante el da1o ocasionado contra uno de sus miembros. Véase, Biblioteca Jurídica de la UNAM. *Historia del delito y sus formas de persecuci6n*. Disponible en pdf [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1621/6.pdf>] Fecha de consulta [10/10/13]

3. *Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.*

4. *Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera legal.*

5. *Toda persona que hay sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación”*

Respecto al régimen de la detención la Corte Europea de Derechos Humanos ha declarado que cualquier persona arrestada debe conocer los motivos legales de su detención en palabras sencillas y omitiendo términos técnicos que impidan su comprensión; también, el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura (CPT) recomienda que los detenidos sean informados de su derecho a avisar a una persona de su elección, tener acceso a un letrado, cuidados médicos y que se le entregue un formulario donde se informe de sus derechos y motivos de la detención.³³³ En este sentido, la práctica de la detención incomunicada es equiparada a la tortura, según lo declara el Comité de Derechos Humanos.³³⁴

Artículo 10:

“1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

2. a) Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas;

³³³ FOLEY Conor. *Lucha contra la tortura. Manual para jueces y Fiscales*. Editorial Human Rights Center, Universidad de Essex. Págs. 20 y 21.

³³⁴ *Ibíd.* Pág. 24.

b) Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento.

3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica.”

Este punto es sumamente delicado, puesto que el Estado debe vigilar que las personas quienes se encuentran en prisión preventiva y quienes purgan una pena, no se encuentren en las mismas condiciones, puesto que los fines de la detención son distintos, en el primer supuesto se inclina a una medida preventiva a la sustracción de la justicia, y en el segundo supuesto una readaptación social, principalmente.

También, los menores deben ser protegidos ante el sistema de detención y separados de los adultos en los dos supuestos mencionados. Esto se establece en el artículo 37, inciso c de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989.

Artículo 14:

“1.- Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad

exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o en la tutela de menores.

2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;

b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;

c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, sino tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;

e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y de éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;

f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;

g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.

5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.

6.- Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado hay asido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte del no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.”

Podemos resaltar que este artículo protege los derechos y principios del juicio oral, los cuales se establecen en todos los estatutos de los tribunales internacionales de carácter permanente y ad hoc. Así, los principios que rigen el sistema penal de corte acusatorio son: la publicidad, oralidad, imparcialidad, concentración, contradicción, continuidad e inmediación. Estos principios también se establecen en el artículo 20 de nuestra Carta Magna.

También, la presunción de inocencia es un derecho pilar en el sistema penal acusatorio y de derechos humanos, puesto que el incumplimiento de este derecho evidencia al Estado en su falta de técnica jurídica, investigación y coordinación entre dependencias gubernamentales encargadas de fundamentar los elementos penales para incriminar formalmente. A la par de esto, la dilación judicial trae consecuencias graves como: la falta de acceso a la justicia, privación de las libertades constitucionales, en fin., una deslegitimación del gobierno en la principal función del Estado, la seguridad y certeza jurídica.

Artículo 16:

“Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”

Artículo 17:

“(…) 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”

La personalidad jurídica, podemos entenderla en relación con el reconocimiento del sujeto con capacidad de obrar y que, por lo tanto, responsable

de consecuencias jurídicas. En consecuencia, existen personas que se les exige la responsabilidad penal, así lo comenta Moto Salazar, que la incapacidad se puede considerar en casos que un individuo no tenga suficiente madurez, experiencia, tal como ocurre con los menores de edad, o porque el individuo sufre de algún trastorno mental o enfermedad³³⁵.

Artículo 26:

“Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectividad contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

Hablar de la igualdad jurídica es referir al principio de oportunidad en el sistema penal acusatorio, donde priman la publicidad y contradicción, así como la separación de quien investiga y acusa, y quien sentencia. Debemos tomar en cuenta que la igualdad que refiere este artículo del Pacto Internacional representa un replanteamiento procesal, del principio de legalidad a un principio de oportunidad.

Las expectativas negativas o prohibitivas se encuentran en los artículos: 6 (puntos 1, 2 y 5), 7, 9 (punto 1), 11, 14 (punto 7), 15 y 17.

Artículo 6:

“1. (...) Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.

2. En los países en que no hayan abolido la pena capital sólo podrá imponerse la pena de muerte por los más graves delitos y de conformidad con leyes que estén en vigor en el momento de cometerse el delito y que no sean contrarias a las disposiciones del

³³⁵ MOTO Salazar, Efraín. Óp. Cit. Pág. 140.

presente Pacto ni a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. Esta pena sólo podrá imponerse en cumplimiento de sentencia definitiva de un tribunal competente. (...)

5. No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de 18 años de edad, ni se la aplicará a las mujeres en estado de gravidez.”

La protección de la vida humana a través de la prohibición o expectativa negativa, se entiende como frenar las prácticas de los Estados en el endurecimiento de las penas, y este artículo sólo reserva la pena de muerte para los delitos más graves, retomando la dinámica internacional cuando la ofensa es mayor que afecta el bien común global, la pena de muerte ha tenido cabida en la Justicia Universal. A nuestro punto de vista, la pena de muerte no se puede justificar, puesto que en términos de justicia, la gravedad del delito no puede equipararse a la gravedad de la pena, de concretarse este supuesto, estaríamos en presencia de juez y verdugo, violentando el derecho a la vida en su máximo esplendor.

Sin duda alguna, el indulto, conmutación de la pena de muerte y la amnistía son vías de proteger el derecho a la vida. Sin embargo, el primero no debe tomarse a la ligera, puesto que conceder el perdón u olvido de un crimen contra la humanidad, genocidio, crimen de guerra, es validar un ambiente de impunidad³³⁶. Empero, se puede sugerir la conmutación de la pena o Amnistía. Dependiendo del delito y su gravedad, se pueden otorgar estas últimas, pero en ninguno de los dos casos se elimina la responsabilidad civil indemnizatoria o reparación del daño.

Artículo 7:

³³⁶ No obstante, existen varios tipos de indulto como son: indulto propio o impropio, total y parcial, general y particular. El primero, se le concede a la persona condenada con sentencia firme; el indulto impropio es cuando se otorga antes de la sentencia; el total, si cobija todas las sanciones impuestas al sujeto a quien se concede; parcial, si alcanza una o varias que figuran en la sentencia; general, cuando comprende a un número indeterminado de persona; y particular, si favorece a una o varias personas expresamente señaladas. Véase. *La Amnistía y el indulto solo pueden beneficiar a grupos armados ilegales con carácter político y por la comisión de delitos definidos como políticos (2003)* Disponible en pdf [http://www.defensoria.org.co/red/anexos/pdf/02/ac/conceptos03_1.pdf] Fecha de consulta [11/10/13]

“Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.”

La prohibición de la tortura en México tiene la característica de ser una medida restrictiva más no refleja la dinámica judicial para su punibilidad. Al respecto, los criterios encontrados entre la ONU y la OEA muestran un retroceso en adoptar medidas administrativas, jurídicas y de diversa índole para luchar contra la tortura. La aplicación del Protocolo de Estambul en México es un avance sustancial, sin embargo, en la actualidad únicamente 12 entidades federativas en México lo han instrumentado en sus respectivas Procuradurías generales de justicia.³³⁷ Por lo tanto, la protección de la dignidad humana e integridad física y psicológica sigue siendo un foco rojo en el procedimiento y proceso penal.

Artículo 9:

“1. (...) Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.”

Artículo 11:

“Nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual”

Artículo 17:

“1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación”

La privación de la libertad deberá estar fundada y motivada, siendo en virtud de mandamiento por la autoridad competente. Con eso se trata de combatir el abuso de autoridad o las detenciones arbitrarias. A nuestro punto de vista, esta

³³⁷ Véase. ROJAS Ortiz, Oscar Jesse y SALAZAR López Alfredo. “La tortura en México”. En *Revisa de Estudios Marítimos y Sociales*, publicación del Grupo de Estudios Sociales Marítimos. Noviembre 2012. Disponible en línea [<http://es.scribd.com/doc/76051834/LA-TORTURA-EN-MEXICO>] Fecha de consulta [12/10/13]

prohibición se refiere a un tipo de delito exclusivo del aparato gubernamental encargado de la prevención y persecución de los delitos.

En cuanto las injerencias arbitrarias en la vida privada, familia, domicilios, etc., se consideran como actos de molestia, puesto que tales actos deberán estar respaldados por la autoridad competente, así también lo refiere el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM).

Artículo 14:

“(...) 7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.”

El párrafo anterior se ajusta al principio *Non bis in ídem*, que reconoce el derecho internacional. De esta manera, los derechos procesales como mencionamos en las expectativas positivas, reconocen la apelación ante tribunales superiores, pero no juzgar a una persona dos veces por el mismo hecho delictivo, pues significaría duplicar la pena por un solo hecho o poner en riesgo la absolución.

Artículo 15:

“1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.”

El delito es reconocido tanto por la comisión u omisión, además, nos referimos a la vigencia de las normas, según nos comenta García Máynez, las normas jurídicas pueden ser clasificadas desde el punto de vista temporal de

validez, al respecto, pueden ser de vigencia determinada o indeterminada. En algunos casos, alguna ley puede establecer la duración de su durabilidad³³⁸; así mismo, debido a este carácter de temporalidad, no puede darse efecto retroactivo en perjuicio de la persona para imputarle un delito tipificado posterior a la comisión del hecho.

Una vez analizadas las Garantías Primarias, procederemos a la identificación de las Garantías Secundarias que sugiere la Teoría Garantista. Tales garantías, consideradas como obligaciones del Estado de reparar y sancionar judicialmente, las encontramos en los siguientes artículos de este Pacto Internacional: 2, 3, 28, 40 y 41 (punto 1).

Artículo 2:

“1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;

³³⁸ GARCÍA Máynez. Óp. Cit. Pág. 81.

b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;

c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.”

Como vemos, las garantías secundarias conllevan la obligación del Estado de adoptar los medios adecuados para proteger las garantías primarias. Estas garantías representan no sólo la emisión de normas jurídicas, sino adoptar medidas administrativas y de diversa índole para cumplir cabalmente las disposiciones que marcan las garantías primarias, así lo vemos en el punto 2 de este artículo. En materia de las reformas constitucionales en materia de justicia y derechos humanos, los costos se distribuyen en la adopción de nueva infraestructura, capacitación a quienes intervienen en el nuevo sistema de justicia³³⁹, difusión, etc.

También, el Estado tiene la obligación de sancionar judicialmente y reparar las violaciones a las garantías primarias. Aquí, vemos que este artículo realza la obligación de las autoridades judiciales o administrativas para velar por el derecho de las personas de interponer el recurso y desarrollará las posibilidades del recurso. Esta obligación y responsabilidad directa que tienen los jueces u autoridades administrativas pueden ser, el recurso de revisión, apelación, amparo, por mencionar algunas.

Artículo 3:

“Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto”

³³⁹ El nuevo sistema de justicia no sólo se enfoca en materia penal, sino en materia mercantil y civil. En el caso de la materia mercantil, podemos ver los principios del juicio oral en el artículo 1390 Bis 2 del Código de Comercio.

La obligación del Estado de buscar la igualdad entre hombres y mujeres, observando las disposiciones del Pacto Internacional requiere estrategias estructurales que van desde la modificación de los planes de estudio hasta la participación laboral, política y social de la mujer, creación de nuevas instituciones que la empoderen y reformas en leyes sustantivas y adjetivas en materia civil y penal. También, esta obligación es de rango constitucional, expresado en el artículo 4 de nuestra Carta Magna.

Artículo 28:

“1.- Se establecerá un Comité de Derechos Humanos (en adelante denominado el Comité). Se compondrá de dieciocho miembros, y desempeñará las funciones que se señalan más adelante.

2. El Comité estará compuesto de nacionales de los Estados Partes en el presente Pacto, que deberán ser personas de gran integridad moral, con reconocida competencia en materia de derechos humanos. Se tomará en consideración la utilidad de la participación de algunas personas que tengan experiencia jurídica.

3.- Los miembros del Comité serán elegidos y ejercerán sus funciones a título personal”

Este artículo que pareciera no contener garantías secundarias, sin embargo, se establece un Comité de Derechos Humanos, el cual mantendrá vínculos de comunicación con los Estados Parte, además, el Comité es considerado como un órgano cuasijurisdiccional, el cual tiene la función de emitir recomendación sobre casos concretos, violaciones de derechos humanos o incluir directrices en las políticas públicas. Todo ello, con la finalidad que el Estado cumpla las disposiciones del Pacto. México se vinculó al Comité de Derechos Humanos el 15 de marzo de 2002.³⁴⁰

En este sentido, el Estado Mexicano debe considerar esta instancia como una herramienta necesaria para aplicar coherentemente la norma y protección

³⁴⁰ Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. *Comité de Derechos Humanos*. Disponible en pdf [<http://www.pgjdf.gob.mx/temas/4-6-1/fuentes/3-A-11.pdf>] Fecha de consulta [12/10/13]

jurídica en derechos humanos hacia la sociedad. A nuestro punto de vista, la emisión de recomendaciones, tratándose en materia de derechos humanos, son estrictamente vinculantes, puesto que la composición de dicho Comité es de expertos y con imparcialidad.

Artículo 40:

“1.- Los Estados Parte en el presente Pacto se comprometen a presentar informes sobre las disposiciones que hayan adoptado y que den efecto a los derechos reconocidos en el Pacto y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos;

a) En el plazo de un año a contar de la fecha de entrada en vigor del presente Pacto con respecto a los Estados Partes interesados;

b) En lo sucesivo, cada vez que el Comité lo pida.

2. Todos los informes se presentarán al Secretario General de las Naciones Unidas, quien lo transmitirá al Comité para examen. Los informes señalarán los factores y las dificultades, si los hubiere, que afecte a la aplicación de presente Pacto.

3. El Secretario General de las Naciones Unidas, después de celebrar consultas con el Comité, podrá transmitir a los organismos especializados interesados copias de las partes de los informes que caigan dentro de sus esferas de competencia.

4. El Comité estudiará los informes presentados por los Estados Partes en el presente Pacto. Transmitirá sus informes, y los comentarios generales que estime oportunos, a los Estados Partes. El Comité también podrá transmitir al Consejo Económico y social esos comentarios, junto con copia de los informes que haya recibido de los Estados Partes en el Pacto.

5. Los Estados Partes podrán presentar al Comité observaciones sobre cualquier comentario que se haga con arreglo al párrafo 4 del presente artículo.”

Como vemos, una vez aceptado el Protocolo el Estado debe emitir informes sobre el cumplimiento del Pacto, en otras palabras, dicha obligación versa sobre la situación de derechos humanos al interior y todas aquellas medidas que permita al Estado concretar dicho objetivo. Así mismo, se logra afianzar una colaboración

entre el Secretario General, el Comité y los organismos especializados. En este último es fundamental, puesto que en México muchos de éstos últimos tiene representación en la capital de la República, por ejemplo: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Centro de Información de Naciones Unidas para México, Cuba y República Dominicana (CINU), Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH), entre otros.³⁴¹ r

Artículo 41:

1. Con arreglo al presente artículo, todo Estado Parte en el presente Pacto podrá declarar en cualquier momento que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte no cumple las obligaciones que le impone este Pacto. Las comunicaciones hechas en virtud del presente artículo sólo se podrán admitir y examinar si son presentadas por un Estado Parte que haya hecho una declaración por la cual reconozca con respecto a sí mismo la competencia del Comité. El Comité no admitirá ninguna comunicación relativa a un Estado Parte que no haya hecho tal declaración. Las comunicaciones recibidas en virtud de este artículo se tramitarán de conformidad con el Procedimiento (...)”

Las garantías secundarias manifestadas en este artículo no sólo radica al interior del territorio del Estado, sino que tratándose de los Derechos Humanos, la obligación vincula su observancia y exigencia de tales prerrogativas más allá de sus fronteras. La sanción a las violaciones de Derechos Humanos puede ser exigida por un órgano superior, especializado o un tercer Estado.

El sistema de garantías secundarias contenidas al funcionamiento del Comité, se complementa con el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual entró en vigor el 23 de marzo de 1976; también, es importante mencionar el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto

³⁴¹ Véase, Organización de las Naciones Unidas. *La ONU en México*. Disponible en línea [http://www.onu.org.mx/organismos_representados.html] Fecha de consulta [12/10/13]

Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la Pena de Muerte, el cual fue aprobado y proclamado el 15 de diciembre de 1989 por la Asamblea General de la ONU³⁴², abona tanto a la identificación de garantías primarias y secundarias.

Convención sobre los Derechos del Niño.

Este instrumento fue adoptado y abierto a firma y ratificación por la Asamblea General de la ONU en su resolución 44/25, del 20 de noviembre de 1989. México ratificó este tratado el 21 de septiembre de 1990, previa aprobación del Senado el 19 de junio de 1990 y la publicación en el Diario Oficial de la Federación fue el 25 de enero de 1991.³⁴³

Este instrumento es de suma importancia a nivel internacional en su carácter como Tratado Internacional en materia de derechos humanos más firmado y ratificado en el mundo³⁴⁴. Siguiendo el esquema de análisis a partir de la Teoría Garantista, vemos lo siguiente:

Preámbulo. Este apartado se fundamenta en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración de los Derechos de los Niños, las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de justicia de menores (Reglas de Beijing). En estos resalta la igualdad y no discriminación, el bienestar familiar, la dignidad humana, el desarrollo físico y mental del menor.

³⁴². CARBONELL, Miguel. Óp. Cit Págs. 69 y 73.

³⁴³ Ibíd. Pág. 119.

³⁴⁴ Ha habido más países que han ratificado esta Convención que cualquier otro Tratado de derechos humanos históricamente. Son 192 países que han ratificado este instrumento, donde faltan Somalia y Estados Unidos. Véase, Human Rights Watch. Disponible en línea [<http://www.hrw.org/es/news/2009/11/17/eeuu-ratificar-tratado-para-la-infancia>] Fecha de consulta [14/10/13]

Garantías primarias. Las expectativas positivas, en este instrumento, las encontramos en los artículos: 12, 37 (c y d), 40.

Artículo 12:

“1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”

De este artículo podemos decir que, el derecho de ser escuchado no sólo es derecho de los ciudadanos que encaran u procedimiento judicial, sino de cualquier persona, incluso, los menores; también, el principio de la oralidad no es exclusivo de la *última ratio*, sino permea en otras esferas del derecho. Así claramente lo refuerza en el punto 2, puesto que este derecho es de carácter estructural.

Artículo 37:

“(…) c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales;

d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad e la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción”

En algún momento de relación de cualquier autoridad con un niño, deberá prevalecer el interés superior de menor, protegiendo en todo momento su dignidad humana. Esto va desde la separación de niños y adultos en los lugares de detención, el pronto acceso a la justicia, asistencia jurídica, recurso de impugnación, por mencionar algunos. Aquí, merece especial importancia mencionar que el acercamiento de cualquier autoridad con un menor, requiere la asistencia adecuada a través del personal capacitado en tratamiento de menores, puesto que el Estado al no prever esto, directamente violaría las dos disposiciones que citamos.

Artículo 40:

“1. Los Estados Partes reconoce el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad. (...)”

Podemos resaltar la dignidad del niño, aunque éste sea acusado o culpable, en todo momento se velarán los derechos del debido proceso penal, donde se hace notar una clara tendencia de la escuela penitenciaria francesa que puntualizamos en el primer capítulo, pues se alude a la reintegración social del menor y un tratamiento digno.

En cuanto a las expectativas negativas, como parte de las garantías primarias, las encontramos en los siguientes artículos: 16 y 37 (a y b).

Artículo 16:

“1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.

2. *El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.”*

La prohibición de injerencias arbitrarias, protege al menor de los abusos de autoridad de diversa índole y otorga el derecho directo que el menor pueda tener protección de ley frente a las injerencias. Precisamos que el menor al no contar con la madurez adecuada, ni el conocimiento de la legislación para promover tal protección, deberá, por lo tanto, el Estado otorgar los medios adecuados para asegurar al menor ante actos de arbitrariedad.

Artículo 37:

“Los Estados Partes velarán por que:

a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumano degradante. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años.

b) Ningún niño sea privado de su libertad o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el periodo más breve que proceda.”

Todo menor que pueda encontrarse en el régimen de detención, puede ser expuesto a incomunicación o tortura, malos tratos, penas crueles, inhumanas o degradantes. Por lo tanto, se prohíbe la tortura en cualquiera de sus formas, implícitamente cualquier arbitrariedad en su persona, domicilio o familia. Así mismo, nos parece acertado que la prohibición de la pena de capital y cadena perpetua, pues el Estado tiene la obligación de buscar salidas alternas en el tratamiento del menor que logren corregir su conducta para crear la conciencia en el menor del respeto al orden social, en consecuencia, las medidas alternas deberán fortalecerse como: tratamiento psicológico, labor social, capacitación o

educación, por mencionar algunos. El último recurso es la privación de la libertad de un menor.

En cuanto a las Garantías Secundarias, entendidas como la obligación del Estado de reparación y sanción judicial, las encontramos en los siguientes artículos: 19, 39 y 40 (2).

Artículo 19:

“1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual mientras el niño se encuentra bajo custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

2. Estas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial”

Esta garantía está dirigida a la protección del menor con respecto a su calidad de persona. El Estado deberá proveer las medidas necesarias, apoyándose de medidas legislativas, administrativas y de diversa índole. Al respecto, el reto para el Estado mexicano es crear medidas eficaces de protección del menor, puesto que significa establecer centro de detención para menores, asistencia necesaria al menor, investigación, tratamiento, entre otros. Esto lleva a la selección del personal adecuado y profesional para el tratamiento de menores, donde en todo momento el juez velará por el interés superior del menor.

Artículo 39:

“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de:

cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevará a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño.”

Una de las principales garantías en un debido proceso penal, es la protección a la integridad física o psicológica del menor que intervenga en un juicio, pues se deberá asegurar que éste mantenga tales condiciones para participar en su calidad de testigo o víctima. Al respecto, las medidas de protección del menor, para evitar la tortura, malos tratos, penas crueles, inhumanos o degradantes, requiere la estricta vigilancia de la autoridad responsable antes, durante y después de un procedimiento o proceso penal.

Artículo 40:

“(..). 2. Con este fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Parte garantizarán en particular:

a) Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron;

b) Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos lo siguiente:

i) Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;

ii) Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa;

iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la

ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales;

iv) Que no será obligado a prestar testimonio o declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interrogue a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad;

v) Si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta en consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley;

vi) Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;

vii) Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento.

3. Los Estados Partes tomarán las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular:

a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tiene capacidad para infringir las leyes penales;

b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.

4. Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.”

Esta garantía, contiene una extensa obligación del Estado para proteger los derechos del niño en un proceso penal. Damos a entender, que los derechos al debido proceso, no sólo está dirigido a adultos que tiene la capacidad legal de obrar y enfrentar responsabilidad penal por alguna acción u omisión al ordenamiento legal, sino los menores tienen acceso a la justicia. Al respecto, resaltamos la obligación del Estado de proteger la presunción de inocencia, que el menor sea informado sin demora, que este asistido por un asesor jurídico y en presencia de un juez imparcial, a no declararse culpable, otorgar un intérprete, respeto a la vida, medidas adecuadas para atender a menores, presunción de incapacidad por su condición de niño, entre otras.

Del párrafo anterior, señalamos que cualquier alteración, violación o no observancia de estas garantías secundarias, el juez podrá sancionar quien no respete esta normatividad, fundamentándose por los instrumentos internacionales de derechos humanos, siendo que podrá reponerse el juicio o absolver al menor de cualquier acusación.

2.2.2.- Instrumentos Internacionales de la Organización de los Estados Americanos.

La Organización de los Estados Americanos (OEA) tiene una gran historia en la conformación de un bloque regional en la promoción y protección de los Derechos Humanos. Entre algunos antecedentes que podemos mencionar son:

*“resoluciones adoptadas por la Octava Conferencia Internacional Americana, en Lima, Perú de 1938, sobre la “Libre Asociación y Libertad de Expresión de los Obreros”; la Declaración de Lima a favor de los Derechos de la Mujer; la Resolución XXXVI en la que las Repúblicas Americanas expresaron que ‘toda persecución por motivos raciales o religiosos (...) contraría los regímenes políticos y jurídicos [de América] y, especialmente, la Declaración en Defensa de los Derechos Humanos’.*³⁴⁵

³⁴⁵ Organización de los Estados Americanos. *Vigencia de la OEA. Documento Preparado por la Misión de Chile con el motivo del XXXIII Periodo Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos Junio de 2003.* Disponible en pdf [http://www.oas.org/xxxiiiiga/spanish/docs/OASRelevanceToday_spa.pdf] Fecha de consulta [15/01/14]

Estos son los antecedentes más inmediatos. También, se debe considerar que la OEA como organización regional, es la más antigua en el mundo. Su primera Conferencia tomó lugar en Washington, D.C., de octubre de 1889 a abril de 1890.³⁴⁶ El objetivo de esta primera ronda de diálogo fue la creación de una Unión Internacional de Repúblicas Americanas, esto con miras a la realización de un sistema institucional de carácter regional.

Formalmente, la OEA se creó por la Novena Conferencia realizada en Bogotá, Colombia el 30 de abril de 1948. En esta ronda, se adopta la Carta de la Organización de los Estados Americanos, firmada por 21 países del continente americano³⁴⁷. Posteriormente, esta Carta tuvo reformas, tales como: 1967 en la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria llevada a cabo en Buenos Aires Argentina; en 1985 por medio del “Protocolo de Cartagena de las Indias” en el decimocuarto periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General de esta organización; y el Protocolo de Washington, 1992, que modificó los propósitos fundamentales³⁴⁸.

Ahora bien, la OEA contiene documentos de instrumentos internacionales de carácter regional que conforman el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Estos documentos son: La Declaración Americana de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención Interamericana de para Prevenir y Sancionar la Tortura, los Protocolos adicionales a la Convención Americana en materia de derechos económicos, sociales y culturales y de pena de muerte, y las convenciones sobre la violencia sobre la mujer, la desaparición forzada de personas, y la discriminación contra las personas con discapacidad³⁴⁹.

³⁴⁶ Organización de los Estados Americanos. *Acerca de la OEA*. Disponible en línea [http://www.oas.org/es/acerca/quienes_somos.asp] Fecha de consulta [18/01/14]

³⁴⁷ ALDA Mejías, Sonia. *La OEA: un actor regional en la gestión de crisis. Logros y Limitaciones*. Disponible en pdf [http://iugm.es/uploads/tx_iugm/La_OEA.pdf] Fecha de consulta [18/01/14]

³⁴⁸ Organización de los Estados Americanos. *Introducción*. Disponible en pdf [http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/3.INTRODUCCION.pdf] Fecha de consulta [19/01/14]

³⁴⁹ *Ibíd.*

Para fines de esta investigación únicamente abordaremos la Declaración Americana de Derechos Humanos y la Convención Americana de Derechos Humanos, esto debido a que la primera es un instrumento base para entender los demás instrumentos y la segunda por las disposiciones que contempla en materia garantías de debido proceso y derechos humanos, materias inmediatas de nuestra propuesta.

Antes de abordar los instrumentos mencionados, debemos considerar las relaciones entre México y la OEA. Desde la creación de esta organización, México ha desconfiado de decisiones que se han tejido en materia militar e injerencia de los asuntos internos. México apegado a sus principios de su política exterior, rechazó la expulsión de Cuba en el concierto regional, en Punta del Este, Uruguay en 1962; así también como la expansión del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR), por mencionar algunos ejemplos.

El distanciamiento de México y la OEA se produce desde 1954 con la adopción de la “Declaración de Caracas”³⁵⁰, así nos comenta Pellicer de Brody que en el continente americano nadie comparte el acierto de México de no haber iniciado proyectos que de alguna manera asignen a la OEA el papel de “protector” en pro de la democracia continental. Posteriormente, México enfatizó su indiferencia ante esta organización del periodo entre 1958 y 1964, siendo su desinterés por la Operación Panamericana y su simpatía por la Organización de las Naciones Unidas como un foro como mayor supremacía frente a la OEA³⁵¹.

El proteccionismo de México frente a la OEA se sugiere como una política de tradición de mantener el prestigio a nivel internacional en los asuntos internos

³⁵⁰ La Décima Conferencia Panamericana (Caracas, 1954) abordó el tema del “Caso Guatemala”. En un contexto de Guerra Fría, las pretensiones del Gobierno de Eisenhower, intentó revivir la Doctrina Monroe para para debilitar el gobierno nacionalista y reformista de Arbenz. Véase, MORGENFELD, Leonardo A. *El inicio la Guerra Fría y el Sistema Interamericano. Argentina frente a Estados en la Conferencia de Caracas (1954)*. Disponible en pdf [http://www.geipar.udelar.edu.uy/wp-content/uploads/2012/05/06_Dossier04.pdf] Fecha de consulta [19/01/14]

³⁵¹ PELLICER DE BRODY, Olga. *México en la OEA*. Disponible en pdf [http://bibliocodex.colmex.mx/exlibris/aleph/a21_1/apache_media/LGB9DLQ2QGDHH27IY8GMJ1Q246GEF8.pdf] Fecha de consulta [19/01/14]

de los países. Además, abona Pellicer de Brody sobre la OEA que “se conoce su notoria incapacidad de promover el mejoramiento económico y social; se sabe en cuantas ocasiones ha servido de vehículo de la política que los intereses norteamericanos querían imponer a América Latina”³⁵². También, la participación de México en la expresión de su política exterior y su interés en respaldar los lineamientos de los instrumentos de la OEA, no encontró muchos aliados.

Como vemos, estos pasajes de la política exterior de México ante la OEA se traducen en ciertos retrasos para que nuestro país depositara su ratificación y el reconocimiento formal de la Competencia Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “La Corte”) el cual formalmente se depositaría el 16 de diciembre de 1998 ante el Secretario General de esta organización³⁵³. Previo a esto, México se adhirió a la Convención Americana de Derechos Humanos el 24 de marzo de 1981, la cual fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de mayo de 1981³⁵⁴. Así, México tuvo una relación fluctuante con la OEA, sin embargo, a partir del reconocimiento formal de La Corte y las reformas constitucionales recientes de 2008 y 2011, es imperativo la observancia de sus resoluciones en casos contenciosos.

Ahora bien, procederemos a analizar la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la cual se aprobó el 2 de mayo de 1948 en la IX Conferencia Interamericana en Bogotá, Colombia. Este instrumento representa el primer instrumento de carácter regional en la materia. Aplicando el modelo de Luigi Ferrajoli podemos decir lo siguiente:

³⁵² *Ibíd.*

³⁵³ GARCIA Ramírez, Sergio. “Admisión de la Competencia Contenciosa de la CIDH”. *En Recepción Nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Admisión de Competencia Contenciosa de la Corte Interamericana*. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2009. Pág. 29.

³⁵⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación. “Convención Americana sobre Derechos Humanos ‘Pacto de San José de Costa Rica’”. *En Compilación de Instrumentos Internacionales sobre Protección de la Persona aplicable en México*. Disponible en pdf

[<https://www.scjn.gob.mx/libro/InstrumentosConvencion/PAG0259.pdf>] Fecha de consulta [20/02/14]

Garantías primarias:

Expectativas positivas: artículo 1, 2, 17, 18 y 26.

Artículo 1. *“Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona.”*

Artículo 2. *“Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna.”*

Aquí resaltamos que en estos artículos existe una protección de los derechos de debido proceso, así como una relación estrecha con los principios que reglamentan el proceso penal de corte acusatorio, según lo establece el artículo 20 de nuestra Carta Magna. Así, resaltamos la seguridad de la persona, la libertad e igualdad, los cuales se traducen en publicidad, continuidad, intermediación y, podemos agregar un principio más, la imparcialidad. La publicidad es un principio de certeza jurídica e igualdad, pues a través de éste se logra una mayor transparencia en el momento de procurar e impartir justicia; la continuidad es sinónimo de prontitud y seguridad jurídica, lo que entendemos como un derecho al acceso a la justicia entendido como la intervención de la instancia jurisdiccional, en la materia correspondiente, de velar por los lineamientos del procedimiento y proceso legal, siendo que las pruebas en un sistema acusatorio se desahogan ante dicha instancia.

Artículo 17: *“Toda persona tiene el derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales”*

Este derecho está estrechamente relacionado con la igualdad y el derecho al acceso a la justicia, puesto que al reconocerse la personalidad jurídica, el Estado tiene la principal función de proveer los medios necesarios para que se administre justicia ante los tribunales correspondientes. Así, también lo establece el artículo 17 constitucional.

A nuestro punto de vista, las obligaciones de los sujetos son importantes porque a través de ello, se crea una relación de corresponsabilidad para el mantenimiento del *statu quo*. Así, una de las principales obligaciones de cualquier sujeto en población mexicana es no reclamar los derechos a través de la fuerza o vulnerando otros. Por lo tanto, las obligaciones permiten al Estado proveer los medios para garantizar los derechos humanos.

Artículo 18: *“Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.”*

Artículo 26: *“Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable.”*

Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con las leyes preexistentes y a que no se le impongan penas crueles, infamantes o inusitadas.”

Este artículo expresa el derecho de cualquier persona que, entendida en su calidad de inculpado, tiene el derecho a que la autoridad funde y motive la causa legal del procedimiento. Para ello, apoyado el Estado de las autoridades tanto administrativas como jurisdiccionales, deberán poner los medios adecuados para que el individuo goce de un procedimiento y proceso, en este caso penal, imparcial y apoyado de leyes y tribunales previamente establecidos a la comisión del delito. Este punto es característico de un Estado de derecho, pues la certeza jurídica que reza en el artículo 14 constitucional vela por limitar el poder del Estado para no hacer retroactiva la ley en perjuicio de persona alguna.

Así mismo, los artículos citados se alinean a que las autoridades encargadas de procurar justicia e impartir justicia no actúen con dilaciones. En estos casos, el principio rector es la prontitud.

Expectativas negativas:

Artículo 25: *“Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes existentes.*

Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil.

Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un trato humano durante la privación de su libertad”

Este artículo, aunque siendo la única disposición prohibitiva, tiene relevancia trascendental para nuestro objetivo. La prohibición de la privación de la libertad sin causa justificada o no ajustada a las leyes existentes, puede llevar al individuo a una situación de incomunicación o tortura. Esta medida prohibitiva liga directamente los centros de detención o las autoridades encargadas de perseguir los delitos o en su caso integrar las evidencias necesarias. En México dicha autoridad es el Ministerio Público. Según el artículo 21 constitucional menciona que la investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de tal institución.

A nuestro entender, sin ahondar más allá debido a que abordaremos el tema con más profundidad en el tercer capítulo, este artículo hace un prejuicio del delito, puesto al mencionarse en el artículo 20 el derecho a la presunción de inocencia, en tal supuesto los delitos no podrían investigarse por el Ministerio Público, ni por los policías bajo su cargo, puesto no existen evidencias concretas de constitución de delito, sino hasta una sentencia firme por el tribunal competente. En consecuencia, el Ministerio Público estaría usurpando las funciones jurisdiccionales de calificación de las pruebas sin el derecho a la defensa en igualdad de proporción y recursos.

Ahora bien, en cuanto al apartado de los Deberes que considera este instrumento regional, no es objetivo de nuestro trabajo puesto que el punto medular es mostrar la existencia de las obligaciones del Estado para proveer un debido proceso a la luz de los derechos humanos. Sin embargo, podemos decir que la no observancia de los deberes por la ciudadanía, pueden encuadrar elementos suficientes de constitución de delitos.

Como vemos, este instrumento regional es en mayor medida de carácter declarativo, puesto que contiene únicamente garantías primarias, siendo en su mayoría expectativas positivas que negativas. No obstante, como ya hemos comentado no debemos menospreciar su alcance, pues ha sido una plataforma para entender otros instrumentos de la OEA.

Convención Americana de los Derechos Humanos (en adelante “La Convención”). La fecha de adopción de este instrumento fue el 22 de noviembre de 1969, entrando en vigor el 18 de julio de 1978. México se adhiere a este tratado el 24 de marzo de 1981 y su publicación en el Diario Oficial de la Federación fue el 7 de mayo del mismo año.³⁵⁵ Este instrumento se revitalizaría con el reconocimiento de la Competencia Contenciosa de La Corte en 1998.

Aplicando nuestro modelo de Luigi Ferrajoli, tenemos lo siguiente:

Garantías Primarias:

Expectativas positivas: Artículo 3, 4 (punto 1 y 6), 5 (punto 1), 7 (punto 1), 8, 10, 24 y 25 (punto 1)

Artículo 3: *“Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”.*

Artículo 4: *“1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de concepción. (...)”*

³⁵⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación. “Convención Americana sobre Derechos Humanos”...Óp. Cit.

6. *Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. (...)*”

Artículo 5: *“1. Toda persona tiene derecho a que respete su integridad física, psíquica y moral.”*

Artículo 7: *“1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.”*

Estos artículos citados resaltan la preponderancia del reconocimiento de los derechos humanos en relación con la autoridad del Estado. De tal forma, el Estado al reconocer la personalidad jurídica del individuo, asume directamente la responsabilidad de proveer los medios necesarios en el procedimiento y proceso penal. No obstante, la Convención Americana no especifica si al referir personalidad jurídica hace mención a personas físicas o morales o ambas.

En cuanto al derecho a la vida, según establece el artículo 4 antes citado, de acuerdo a los lineamientos del profesor italiano, no se puede concebir la pena de muerte, puesto que fracturaría el Estado de Derecho en su sentido formal como sustancial. De tal forma, no sólo nos referimos a la prohibición de la pena de muerte, sino aquellos actos que pongan en riesgo la vida del individuo sujeto a un procedimiento o proceso penal, tales como malos tratos, penas crueles, inhumanos o degradantes.

De esto último habla el artículo 5 y 6, en donde se establece el derecho de petición de indulto o amnistía ante la sentencia de pena de muerte, y la integridad física, psíquica y moral. Entendemos que la Convención es endeble en la petición de indulto, puesto que deja entrever el *modus operandi* de la OEA en la poca intervención de los asuntos internos, sin embargo, cualquier Estado al firmar y ratificar este instrumento asume la responsabilidad de abolir la pena de muerte. A nuestro punto de vista, el Estado no puede impartir justicia por sus tribunales violentando otro derecho.

En cuanto a la libertad y seguridad personales, se refiere que la libertad del individuo no deberá ser quebrantada sin motivar y fundamentar la causa legal que lo acompañe. Así, la seguridad personal, al igual que la libertad, son derecho de debido proceso, puesto que podemos entenderla como certeza jurídica cuando el individuo accede a la impartición de justicia ante un juez sin dilaciones.

Artículo 8: *“1. Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente independiente e imparcial establecido con anterioridad o por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.*

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante este proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;

c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección o de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) el derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, sin el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho a recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesaria para preservar los intereses de la justicia.”

Como vemos, al igual que en otros instrumentos de carácter internacional, La Convención se ajusta a los principios reconocidos *erga omnes*, según el debido proceso. Primero, la publicidad. Es un principio que alude al juicio oral como un conductor a la certeza jurídica, puesto que la acusación formal y juicio se desahogan mediante audiencia pública. Este principio que protege el derecho a ser juzgado con transparencia, rompe con los excesos de un secretismo procedimental y procesal que se tejía en el sistema inquisitorio.

La presunción de inocencia es otro derecho que caracteriza el sistema penal de corte acusatorio, puesto que es deber del Estado, a través del Fiscal o Ministerio Público, reunir las pruebas suficientes para elaborar una acusación formal y desahogar tales pruebas en audiencia pública en presencia del juez competente. En este derecho, nos parece correcta la forma de cómo establece La Convención la calidad de una persona en el procedimiento de investigación, “toda persona inculpada”, pues tal expresión evita realizar un prejuicio antes de la deliberación de la instancia jurisdiccional como todavía lo realiza el artículo 21 de nuestra Carta Magna

El derecho a un intérprete, comunicación de los cargos que se le imputan al inculpado, concesión al inculpado de tiempo prudente para preparar su defensa, defenderse por sí o por representante legal, derecho de réplica, a no declarar en su contra, derecho de apelación, entre otros. Todos ellos, son derechos que

distinguen las etapas sistema penal acusatorio, las cuales abordaremos en el capítulo tercer, etapa de investigación, intermedia y de juicio oral.

Artículo 10: “Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial”

Este derecho encierra una garantía de reparación de daño por causa de error judicial, lo que significa que el Estado deberá asumir la doble responsabilidad, una de indemnización a la persona afectada por tal sentencia, y otra, el proveer justicia. La orden de indemnizar no se traduce en proveer justicia, puesto que en materia penal, significa fallas en los derechos de debido proceso y un estado de impunidad, lo que empujará a las autoridades la apertura de nuevas investigación y por lo tanto, una reposición de juicio, en todo caso, indemnizar lleva el acto de resarcir en todo o una parte los errores judiciales a través de una compensación económica.

Artículo 24: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

Artículo 25: “1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. (...)”

Este derecho está estrechamente vinculado con el principio de oportunidad. De tal manera, tanto el inculpado como la víctima deben tener libre acceso a los recursos legales para comprobar su posición. En este sentido, es imperativa la consideración el rol de la persona en su calidad de menor, mujer, tercera edad, discapacitados, por mencionar algunos, pues este derecho lleva el reto del Estado de observar los derechos humanos y cumplir las garantías de debido proceso.

El recurso sencillo y rápido o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, es sumamente relevante, en el entendido que se

vislumbra que todo proceso ante instancia judicial debe ser sin dilaciones, además, se prevé la conciliación que trae aparejada su estricta observancia, pues se somete las voluntades de la partes a una solución pacífica de controversias.

La progresividad que muestra el artículo 25 es en términos de protección a personas que actúan en sus funciones oficiales, lo que se entiende que en representación del Estado se encuentran involucrados, tanto en la calidad de inculpados como de afectados o víctimas. El acceso al derecho de igualdad de oportunidades y prontitud que se mencionan abarca a cualquier persona en su distinta calidad o rol social.

Siguiendo las Garantías primarias en La Convención, podemos hablar de las expectativas negativas, las cuales Luigi Ferrajoli las entiende como medidas prohibitivas que se establecen en la legislación y que su alteración a ese orden legal son componentes de la constitución de delitos.

Expectativas negativas, artículos: 4 (punto 1 y 5), 5 (punto 2), 7 (punto 2 y 3), 9 y 11 (punto 2).

Artículo 4 "1. (...) Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente. (...)

5. No se impondrá pena de muerte a personas que, en el momento de su comisión del delito, tuvieran menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se aplicará a las mujeres en estado de gravidez. (...)"

Estos artículos resaltan la prohibición del establecimiento de penas por simple analogía, resaltando que en los países la pena de muerte será un último recurso. Sin embargo, tomando en consideración los tratados internacionales de derechos humanos, las garantías de debido proceso, el Estado mexicano no podrá bajo ninguna circunstancia aplicar la pena de muerte, pues esta no figura en la legislación federal en materia penal.

A su vez, el punto 5 hace un recuento de las personas vulnerables por su edad y género. Por lo tanto, la prohibición de la aplicación de pena de muerte es un imperativo para la protección de la vida.

Artículo 5: (...) “2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de su libertad será tratada con el debido respeto a la dignidad inherente al ser humano”

Artículo 7: (...) “2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por causas y en condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.”

La tortura ha sido una práctica común en los centro de detención. También, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos agrega la Convención Interamericana para Prohibir y Sancionar la tortura para combatir este delito. A nuestro punto de vista, es correcta la prohibición de las detenciones arbitrarias, puesto que la persona al encontrarse en un régimen de incomunicación se traduce como una forma de ejercer tortura. Recordemos que la tortura como la define como:

“todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no cause dolor físico o angustia psíquica. (...)”³⁵⁶

En este caso, la tortura se alienta por un régimen de incomunicación, pues en palabras del Comité Europeo de Derechos Humanos “la práctica de

³⁵⁶ Organización de los Estados Americanos. *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura*. Disponible en pdf [<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/7.CONVENCION%20TORTURA.pdf>] Fecha de consulta [10/03/14]

*incomunicación incomunicada favorece la tortura*³⁵⁷, en el mismo sentido también se expresaba la entonces Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Por lo tanto, su prohibición conlleva a luchar más allá del daño físico o psicológico, esto desemboca a mejorar centro de detención tales como la prisión preventiva.

Artículo 9: *“Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”*

Esta expectativa negativa muestra que a ninguna ley se debe dar derecho retroactivo en perjuicio de persona alguna. Además, prohíbe la imposición de penas por simple analogía, lo que significa que pena deberá ser parte del derecho vigente, siendo que cualquier modificación de la ley penal será tomada en consideración si beneficia al delincuente. Esto último es legado de la escuela penal francesa, la cual, como comentamos en el primer capítulo se alinea con la escuela penitenciaria.

Garantías secundarias. Siguiendo la aplicación de nuestra teoría ferrajoliana, encontramos las obligaciones del Estado para la observancia de este instrumento. En tal caso, La Convención menciona en los artículos 1, 2, 28 (punto 1 y 2), 29, 43, 68.

Artículo 1: *“Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que este sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.” (...)*

Artículo 2: *“Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados*

³⁵⁷ FOLEY Conor. Óp. Cit. Página 24.

Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”

En los términos de la teoría garantista, el Estado mexicano tiene la obligación de observar estas disposiciones, siendo que muchas de ellas conllevan recursos tanto económicos, políticos, sociales, educativos, por mencionar algunos.

El compromiso que asume México no sólo se enfrasca en un andamiaje jurídico, sino de capacitación, infraestructura, educación, etcétera. Por ejemplo, la instauración del sistema penal acusatorio que inició con una reforma constitucional en 2008 y que México ha llevado esfuerzos para su funcionamiento, tal como la creación de nuevas salas de juicio oral en materia penal, civil y mercantil. Entonces, la plataforma para la observancia de estas disposiciones, en el caso de México, es la adopción de procedimientos constitucionales 2008 y 2011.

Artículo 28: “1. Cuando se trate de un Estado constituido como Estado Federal, el gobierno nacional de dicho Estado Parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que se ejerce jurisdicción legislativa y judicial.

2. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la Federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin que sus autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención. (...)”

Si bien es cierto que México ha mantenido una estructura de jerarquía de las leyes, siendo la Constitución Federal es Ley Suprema de toda la Unión. En otras palabras, en un conflicto de leyes entre disposiciones locales y federales, sobre todo en el caso de derechos humanos, es preponderantemente superior la Constitución Federal, según el artículo 133 constitucional, o en su caso los Tratados Internacionales de derechos humanos según el principio *pro persona* que comentamos anteriormente.

Así mismo, debemos considerar que las instancias jurisdiccionales, cualquiera que sea su jerarquía, tienen la obligación *ex officio* de aplicar los tratados internacionales de derechos humanos, y en su caso invalidar la norma local contraria a éstos, como ya comentamos en líneas anteriores en la Cláusula Conforme. En tanto a las instancias administrativas se refiere, sólo pueden ejercer el principio *pro persona*, la cual favorezca más al individuo o limite el poder de la autoridad.

Artículo 29: *“Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:*

- a) *Permitir a algunos de los Estados Partes, grupo de persona, suprimir el goce y el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;*
- b) *Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de dichos Estados;*
- c) *Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y*
- d) *Excluir o limitar el efecto que pueda producir la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.”*

De lo anterior podemos interpretar que el Estado mexicano tiene la obligación de velar que todo acto legislativo no atente el alcance de La Convención, puesto que una vez firmada y ratificada, forma parte de un rango constitucional de protección de derechos humanos. Así mismo, este artículo eleva al mismo rango de obligatoriedad la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la cual contiene mayor número de expectativas positivas como desarrollamos anteriormente, no obstante con un carácter formal de tratado.

Artículo 43: *“Los Estados Partes se obligan a proporcionar a la Comisión las informaciones que ésta le solicite sobre la manera en que su derecho interno asegura la aplicación efectiva de cualesquiera disposiciones de esta Convención.”*

Artículo 68: “1. *Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.*

2. *La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado.”*

Estas disposiciones son sumamente relevantes en la conformación de las obligaciones del Estado mexicano, pues expresamente se interpreta, en primer lugar, a la Comisión como un órgano de monitoreo de los derechos humanos, pues México en su carácter de Estado Parte deberá proporcionar información a la Comisión sobre hechos relevantes o casos en particular;

Segundo, la Corte como otro órgano del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, es una entidad jurisdiccional, lo que significa que el Estado Mexicano podrá ser denunciado. Cabe mencionar que en el derecho interno de nuestro país, el principio de *definitividad* marca que ningún proceso tendrá más de tres instancia. Tomando en consideración esto, la Corte como una instancia internacional, se podría considerar, al menos de facto, como una cuarta instancia extensible al derecho interno.

Hasta aquí, hemos visto la praxiología de la Teoría Garantista Ferrajoliana aplicada a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, de los cuales el Estado Mexicano es parte. De tal forma, este trabajo representa una herramienta para cualquier autoridad involucrada en un debido proceso penal a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Capítulo III. El Sistema Penal Acusatorio en México a Nivel Constitucional

3.1. Aspectos generales de la Reforma Penal en México.

La reforma constitucional en materia de justicia en México se materializó el 18 junio de 2008. Con esto, se intenta dar respuesta a algunos problemas estructurales en la impartición de justicia en México, sobre todo, se pretende generalizar los juicios orales como instrumento para el cumplimiento de los principios rectores del nuevo sistema de justicia penal.

El 18 de junio de 2008, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Decreto, por el cual se reformaron los artículos constitucionales 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; fracción VII del artículo 115 y la fracción XIII del apartado B del artículo 123. La perspectiva de tal reforma, se marcó para que en el año 2016, todos los Estados de la República tengan instrumentados los cambios normativos que permitan la funcionalidad del sistema penal de corte acusatorio.

Con esta reforma, se intenta transitar de un sistema penal inquisitorio hacia uno de corte acusatorio. No obstante, debemos tener en cuenta que el Sistema de Justicia penal en México tiene características de ambos sistema, siendo que este trabajo mostrará un análisis del sistema penal acusatorio como una propuesta para la protección de los derechos humanos. Así mismo, el juicio oral, el cual es el eje rector del sistema penal acusatorio, no es de reciente creación en nuestro país, para ello, González Obregón menciona que:

“los aztecas ya tenían procedimientos orales; la justicia se daba sin que se observaran formalidades; los encargados de impartirla eran los caciques o tlatoanis, quienes fungían como verdaderos jueces y resolvían cuestiones judiciales en asambleas (...) Entre los aztecas, por ejemplo, estaban establecido, que los juicios en materia civil no podían durar más de 80 días”.

Como vemos, los juicios orales ya existía en México, sin embargo, los nuevos tipos penales y la producción de los instrumentos internacionales derechos humanos permiten generar mayor certeza jurídica y protección de todos aquellos que intervienen en un procedimiento y proceso penal.

La instrumentación del Sistema Penal Acusatorio evidencia problemas estructurales en la procuración e impartición de Justicia, entre los que podemos mencionar: en el área de investigación, el sistema policiaco es de calidad baja; en el sistema penitenciario, figura todavía la prisión preventiva en un 42%³⁵⁸; la figura del Ministerio Público quien hasta antes de la reforma constitucional, ostentaba la acción penal, entre otros ejemplos.

El por qué es necesario transitar de un sistema escrito a uno oral tiene su lógica en una mayor protección de los derechos fundamentales, la producción de datos confiables que permitan realizar monitoreo y diagnóstico sobre el acceso a la justicia. En este sentido, nos comenta Luna Castro que el Centro de Estudios de Justicia de las Américas, el cual es un órgano dependiente de la OEA, tenía la encomienda de realizar un diagnóstico del estado de la justicia penal en México. No obstante, el primer resultado de tal investigación resultó que no existen datos, estadísticas uniformes, confiables y generalizadas³⁵⁹, empero si existe cierta radiografía en la justicia penal que evidencia problemas graves a los derechos fundamentales de los individuos en relación con la justicia.

Para ello, el informe del Centro de Estudios de Justicia de las Américas, sigue comentado Luna Castro, refleja un estado crítico en:

“1. En cuanto a etapas del procedimiento, el sistema mexicano presentó una marcada característica: la excesiva concentración de facultades en manos del Ministerio

³⁵⁸ CARBONELL, Miguel. *La Reforma que México necesita*. Disponible en pdf [http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/La_reforma_penal_que_Mexico_necesita.pdf] Fecha de consulta [05/05/14]

³⁵⁹ LUNA Castro, José N. “Introducción y Características Generales del Nuevo Sistema de Justicia Penal”. En libro *El Nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio, desde la Perspectiva Constitucional*. Editorial Consejo de la Judicatura Federal. Poder Judicial de la Federación. Pp. 25-54.

Público y en la etapa de la averiguación previa, la cual se considera una fase que algunos denominan el 'corazón de la impunidad' (...)

2. Según el mismo informe, otra de las cuestiones que se debatieron como parte del problema del sistema de justicia que llevó la reforma es el tema de la preinstrucción, pues la averiguación con esas peculiaridades llega a un sistema de tradicional al órgano judicial que apertura esa etapa, ¿Y qué sucede?, bueno, el término constitucional es un término reducido (...)

3. se deben reconocer también factores que impulsaron las reformas tanto el carácter influyente de los compromisos internacionales- pues en Latinoamérica México se estaba quedando rezagado en ese aspecto (...)

4. (...) La percepción que la colectividad tiene sobre el sistema de justicia penal en México no es nada favorable; en esa medida, resulta indudable que también constituye uno de los factores que influyó en esta reforma (...)³⁶⁰

Así, coincidimos con los argumentos presentados, pues los problemas de la administración e impartición de justicia se pueden evidenciar con el uso de la incomunicación, intimidación o tortura en los regímenes de detención, el abuso de la prisión preventiva, la falta de comunicación entre el sentenciado y la instancia jurisdiccional, la poca capacitación de la policía auxiliar que integra la averiguación previa, entre otros problemas. Al respecto, Carbonell nos menciona que:

“85% de las víctimas de acuden a denunciar los delitos; 98% de los delincuentes no terminan condenados; 92% de la audiencias en los procesos penales se desarrollan si la presencia del juez; 80% de los mexicanos cree que se puede sobornar a los jueces; 80% de las órdenes de aprehensión no se cumple; 40% de los presos no han recibido una sentencia condenatoria que los declare culpables de haber cometido un delito; el 80% de los detenidos nunca habló con el juez que los condenó”

Por ello, nos adentraremos al estudio del sistema penal acusatorio como una propuesta en la mayor protección de los derechos humanos y el cumplimiento

³⁶⁰ *Ibíd.*

de los tratados internacionales en la materia, como responsabilidad fundamental del Estado.

Además, debemos considerar que esta reforma es uno de los ejemplos de ajuste y enmienda para adaptarse a las exigencias internacionales, son muchas las que nuestra Constitución ha sufrido en los últimos 96 años. Pues, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se ha reformado más de 500 veces para satisfacer los cambios jurídicos necesarios para adecuar la realidad social a las necesidades de justicia.³⁶¹

3.1.1. Principios rectores del Sistema Penal Acusatorio.

La instauración del nuevo Sistema de Justicia penal en México tiene bases de operación que permiten ajustarse al estándar internacional. Con la reforma mencionada a nuestra Carta Magna, el artículo 20 constitucional establece el proceso penal acusatorio y oral, además, los transitorios del Decreto puntualizan que *“deberá implementarse en todo el país, en un plazo máximo de 8 años, a partir de la fecha de publicación del decreto”*.³⁶² Esto significa, cambios normativos, capacitación de servidores públicos, creación de infraestructura para el funcionamiento de los juicios orales, entre otras modificaciones sustanciales que deben realizarse.

El objetivo de la reforma de justicia penal es *“establecer las bases jurídicas para el sistema procesal acusatorio, fortaleciéndose los principios de presunción de inocencia, derechos de la víctima, y cargas procesales”*. Al respecto, el artículo 20 constitucional establece lo siguiente:

“El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, continuidad e inmediación.

A. De los principios generales:

³⁶¹ RAMOS Koprivitza, Ulises Sandal. “El delito de tortura en el ámbito internacional: dos criterios opuestos”. En *Sociedad Internacional Amorfa*. Editorial UNAM-UMAR, 2011. Pág. 578.

³⁶² JUÁREZ Cacho, Ángel. Óp. Cit. Pág. 25.

I. El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen;

II. Toda la audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y la valoración de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera libre y lógica;

III. Para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como pruebas aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio. La ley establecerá las excepciones y los requisitos para admitir en juicio la prueba anticipada, que por su naturaleza requiera desahogo previo;

IV. El juicio se celebrará ante un juez que no haya conocido del caso previamente. La presentación de los argumentos y los elementos probatorios se desarrollarán de manera pública, contradictoria y oral;

V. La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal. Las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente;

VI. Ningún juzgador podrá tratar asuntos que estén sujetos a proceso con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra, respetando en todo momento el principio de contradicción, salvo las excepciones que establezca esta Constitución;

VII. Una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del inculpado, se podrá decretar su terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley. Si el inculpado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, el juez citará a audiencia de sentencia. La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculpado cuando acepte su responsabilidad;

VIII. El juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado;

IX. Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula, y

X. Los principios previstos en este artículo, se observarán también en las audiencias preliminares al juicio.

B. De los Derechos de toda persona imputada.

I. A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa;

II. A declarar o a guardar silencio. Desde el momento de su detención se le hará saber los motivos de la misma y su derecho a guardar silencio, el cual no podrá ser utilizado en su perjuicio. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida sin la asistencia del defensor carecerá de todo valor probatorio;

III. A que se le informe, tanto en el momento de su detención como en su comparecencia ante el Ministerio Público o el juez, los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten. Tratándose de delincuencia organizada, la autoridad judicial podrá autorizar que se mantenga en reserva el nombre y datos del acusador.

La ley establecerá beneficios a favor del inculpado, procesado o sentenciado que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de los delitos en materia de delincuencia organizada;

IV. Se le recibirán los testigos y demás pruebas pertinentes que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándose para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, en los términos que señale la ley;

V. Será juzgado en audiencia pública por un juez o tribunal. La publicidad sólo podrá restringirse en los casos de excepción que determine la ley, por razones de seguridad nacional, seguridad pública, protección de víctimas, testigos y menores, cuando se ponga en riesgo la revelación de datos legalmente protegidos, o cuando el tribunal estime que existen razones fundadas para justificarlo.

En delincuencia organizada, las actuaciones realizadas en la fase de investigación podrán tener valor probatorio, cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo

para testigos o víctimas. Lo anterior sin perjuicio del derecho del inculpado de objetarlas o impugnarlas y aportar pruebas en contra;

VI. Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso.

El imputado y su defensor tendrán acceso a los registros de la investigación cuando el primero se encuentre detenido y cuando pretenda recibírsele declaración o entrevistarlo. Asimismo, antes de su primera comparecencia ante juez podrán consultar dichos registros, con la oportunidad debida para preparar la defensa. A partir de este momento no podrán mantenerse en reserva las actuaciones de la investigación, salvo los casos excepcionales expresamente señalados en la ley cuando ello sea imprescindible para salvaguardar el éxito de la investigación y siempre que sean oportunamente revelados para no afectar el derecho de defensa;

VII. Será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa;

VIII. Tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención. Si no quiere o no puede nombrar un abogado, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor público. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera, y

IX. En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención, por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo.

La prisión preventiva no podrá exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso y en ningún caso será superior a dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado. Si cumplido este término no se ha pronunciado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares.

En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención.

C. De los derechos de la víctima o del ofendido:

I. Recibir asesoría jurídica; ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y, cuando lo solicite, ser informado del desarrollo del procedimiento penal;

II. Coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la investigación como en el proceso, a que se desahoguen las diligencias correspondientes, y a intervenir en el juicio e interponer los recursos en los términos que prevea la ley.

Cuando el Ministerio Público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia, deberá fundar y motivar su negativa;

III. Recibir, desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia;

IV. Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño, sin menoscabo de que la víctima u ofendido lo pueda solicitar directamente, y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria.

La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño;

V. Al resguardo de su identidad y otros datos personales en los siguientes casos: cuando sean menores de edad; cuando se trate de delitos de violación, trata de personas, secuestro o delincuencia organizada; y cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa.

El Ministerio Público deberá garantizar la protección de víctimas, ofendidos, testigos y en general todas los sujetos que intervengan en el proceso. Los jueces deberán vigilar el buen cumplimiento de esta obligación;

VI. Solicitar las medidas cautelares y providencias necesarias para la protección y restitución de sus derechos, y

*VII. Impugnar ante autoridad judicial las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño.*³⁶³

Como vemos, este artículo menciona los principios de operación de proceso penal acusatorio y oral, los cuales vale la pena explicar su alcance, pues regula y protege los derechos de todos aquellos que intervienen en tal proceso.

Principio de publicidad. Como se menciona en el inciso A, fracción II. Toda audiencia deberá ser pública y desahogarse en presencia de un juez, quien procederá a la evaluación de las pruebas. Es importante la apertura de la impartición de justicia hacia la sociedad, pues esto permite mayor certeza jurídica y confianza en las estructuras del poder judicial. En otras palabras, es un proceso transparente, educativo y que permite el cumplimiento pronto y expedito de la justicia.

Principio de contradicción. Este principio resalta la igualdad entre las partes y la oportunidad de réplica en cada una de las intervenciones. Así, el inciso A, fracción V, menciona sobre la carga de prueba que sin bien es cierto que el Ministerio Público le corresponde la formulación formal de la acusación, existe la igualdad procesal de defensa y réplica. En esta etapa, el juez se convierte en moderador, donde se da el uso de la palabra a cada una de las partes, siendo que en todo momento los argumentos pueden ser contradichos.

Así mismo, González Obregón apunta, que no sólo la contradicción es en la etapa de juicio oral, sino desde la primera audiencia en las fases previas del

³⁶³Secretaría de Gobernación. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Disponible en [<http://www.gobernacion.gob.mx>] Fecha de consulta [06/05/14]

mismo³⁶⁴. De igual forma, la autora menciona que el objetivo de este principio se refiere a: asegurar la calidad de información, dar oportunidad a la contraparte y dar confianza al Tribunal al momento de resolver.

Según cita Juárez Cacho a Montero que *“el llamado proceso acusatorio sí es un proceso porque se basa en un debate entre iguales frente a un juez imparcial y no así el inquisitivo que predomina en la averiguación previa del derecho napoleónico”*. Por lo tanto, vemos que se agrega otro principio en este permite al juez tener mayores elementos para llegar a la verdad, bajo el principio de la igualdad entre las partes.

Principio de concentración. Este principio se refiere a que se realizará la declaración del imputado, desahogo de pruebas, testimoniales y debate en una sola audiencia. Además, este principio evita disgregación que sufre en los actuales procesos escritos, lo que significa que la validez del proceso penal será por medio de un juez independiente.

Principio de continuidad. Es una garantía procesal, pues asegura la participación del juez de principio a fin de las audiencias. También, *“una vez que inicie una audiencia ante el juez de garantía o en un juicio oral, ya no terminará hasta que se agote el caso (...) en una misma audiencia o un mínimo de audiencias consecutivas”*³⁶⁵. En el caso de interrupción de la audiencia del juicio oral, se establece que si esta no se restablece en un plazo de diez días después de su interrupción, se considerará interrumpida y tendrá que reiniciarse con la nulidad de lo actuado previamente.³⁶⁶

Principio de inmediación. Se interpreta que nadie puede intervenir en el momento del ofrecimiento de la información, pues es el juez el único facultado de conocer directamente y sin intermediarios las pruebas, versiones de testigos e informes de peritos. Este es un punto fundamental, puesto que en un sistema

³⁶⁴ GONZÁLEZ Obregón, Diana Cristal. *Manual práctico del juicio oral*. Editorial Ubijos. México, 2011. Pág. 44.

³⁶⁵ JUÁREZ Cacho, Ángel. Óp. Cit. Pág. 29.

³⁶⁶ GONZÁLEZ Obregón, Diana Cristal. Óp. Cit. Pág. 46.

escrito, el Ministerio Público recibía de primera fuente la información y en el cumplimiento constitucional enviaba al juez todos los elementos incriminatorios, donde el juzgador únicamente ratificaba tal información. Tal principio es expuesto en el inciso A, fracción II del artículo en comento.

Principio de igualdad ante la ley. El artículo 20 constitucional citado, no establece explícitamente la igualdad entre las partes, sin embargo, podemos inferir que si aborda tal principio. Así, encontramos en el inciso B. Derechos de la persona imputada, número I, VIII y en el inciso C. Derechos de la víctima o del ofendido, número I, IV y VI lo siguiente.

En el primer caso, a la presunción de inocencia y a la defensa adecuada del imputado a través de un abogado o en su caso, de un defensor de oficio. En este sentido, la igualdad prevalece al momento que ante cualquier imputación o señalamiento de un hecho que puede ser considerado como delictivo, deberán cumplirse las formalidades de la investigación, para fundamentar la acusación formal ante instancia jurisdiccional; además, la igualdad se manifiesta en la expedición de igualdad de condiciones, pues por parte del ofendido, sea a un individuo o el bien común, el Ministerio Público es un representante con formación jurídica que inicia la acusación formal, en este sentido, la defensa del imputado deberá estar en tal sintonía bajo el resguardo de un abogado y/o en su caso en representación de un defensor de oficio.

En el segundo caso, el derecho que tiene la víctima u ofendido se manifiesta la igualdad en la asesoría jurídica que deberá recibir por titulares de la procuración o impartición de justicia, pues ante la *notitiacriminis*, el objetivo es impedir la impunidad, para ello, se deberá asesorar a la víctima del alcance de las disposiciones constitucionales y las etapas del procedimiento y proceso; así mismo, la igualdad última de la impartición de justicia, más allá de conocer la verdad de un hecho constitutivo como delito, es la reparación del daño de la víctima. A la par, la fracción VI establece las medidas cautelares y providencias necesarias para la protección y restitución de sus derechos. En suma, la

reparación del daño de la víctima deberá contraer inicialmente medidas de protección a la persona, pues por la naturaleza del delito que se investiga es posible que se pueda atender contra su integridad física o psicológica. Así, la reparación del daño sin bien no restituye completamente una afectación a la víctima, es un sistema de protección proporcional a tal restitución.

Así mismo, el Código Nacional de Procedimientos Penales³⁶⁷, en adelante “el Código” agrega otros principios, tales como: principio de igualdad entre las partes, Principio de juicio previo y debido proceso, Principio de presunción de inocencia y Principio de prohibición de doble enjuiciamiento, los cuales desarrollaremos en breve.

Principio de igualdad entre las partes. Este principio establecido en el Código, tiene convergencia con la fracción V, parte general del artículo 20 constitucional citado. Por ello, nos parece pertinente la separación de la igualdad ante la ley y la igualdad entre las partes. Si bien es cierto que la ley se establece para otorgar las mismas oportunidades tanto a la víctima como al imputado frente a un procedimiento y proceso penal, también la ley debe ser extensible para que tales partes ejerzan sus derechos fundamentales y mantenerse en igualdad procesal. Un ejemplo de esto es la igualdad jurídica ante la instancia jurisdiccional, sin embargo, se materializa tal principio cuando las partes estas representadas por el Ministerio Público, en el caso de la víctima, y por un defensor o abogado de su elección, en el caso del imputado.

Principio de juicio previo y debido proceso. Este principio se refiere a que el ejercicio del *iuspuniendi* o la aplicación de una medida de seguridad o pena deberán ser impuestas por un tribunal imparcial previamente establecido donde se cumplan las formalidades del procedimiento, y con las leyes establecidas con anterioridad al hecho. Todo ello, ajustado a los derechos humanos que establecen la constitución y los tratados internacionales en la materia.

³⁶⁷ El Código Nacional de Procedimientos Penales fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 5 de marzo de 2014. Véase, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Disponible en pdf [<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP.pdf>] Fecha de consulta [10/05/14]

Esto último lo podemos interpretar que no sólo el debido proceso, como un derecho humano se establece en el artículo 20 constitucional, sino en todos los derechos de administración e impartición de justicia que van desde el artículo 14 al 23 de nuestra Carta Magna, pues el para materializarse el debido proceso, es *sine qua non* observar las disposiciones procedimentales.

Principio de presunción de inocencia. A nuestro punto de vista, este principio representa el avance concreto para transitar de un sistema penal inquisitorio hacia uno acusatorio. En este sentido, Martínez Cisneros nos comenta que, anterior a la reforma:

“Hemos optado por alejarnos de la presunción de inocencia pretextando que con eso no sólo auxiliamos a los investigadores y procuradores de justicia, a los que vemos como compañeros en el mismo objetivo, sino que de esa manera damos una mayor y mejor seguridad a la ciudadanía misma. (...)

Los Juzgadores debemos tener presente que el principio de inocencia, más ahora que ya se incluye expresamente en la Constitución, nos va a obligar a revisar que las pruebas de cargo reúnan los mínimos requisitos no sólo legales, sino de sentido común y de congruencia con la realidad.”³⁶⁸

Así, la presunción de inocencia más que un principio, establece la fundamentación de las reglas de procedimiento y proceso penal. En palabras de Ferrajoli, la presunción de inocencia expresa dos significados, la primera relacionada al *“la regla de tratamiento del imputado, que excluye o restringe al máximo la limitación de la libertad personal”* y la segunda, *“la regla del juicio, que impone la carga acusatoria de la prueba hasta la absolución en caso de duda”³⁶⁹*. En todo caso, el tratamiento del imputado es igualmente proporcional hasta la decisión final del juez que confirme la inocencia del imputado o su culpabilidad. De

³⁶⁸ MARTÍNEZ Cisneros, Germán. “Delincuencia organizada VS Modelo Acusatorio de Justicia Penal”. En *Revista Especializada en Juicios Orales. El Mundo de la Audiencia*. Departamento Editorial de la Coordinación de Comunicación Social del H. Tribunal Superior de Justicia del Estado de Oaxaca. Enero, 2012.

³⁶⁹ BENAVENTE Hesbert, Chorres. “El Derecho Constitucional a la presunción de inocencia en Perú y México, así como su relación con los demás derechos constitucionales”. En *Estudios Constitucionales*, Año 7, N° 1, 2009. Pp. 59-89.

tal forma, resulta inviable someter al imputado a la restricción de sus derechos fundamentales por un hecho que durante un procedimiento penal, incluso en el proceso penal, no está confirmado el hecho como delito, hasta la sentencia.

En el artículo 20 constitucional citado, la presunción de inocencia se establece en el inciso A, fracción I e inciso B, fracción I. En la primera fracción, el artículo alude al objeto del proceso penal, aparte del esclarecimiento de los hechos, dicho proceso se inclina a la protección del inocente; en el caso del inciso b señalado, es un derecho del imputado que su tratamiento este regulado por la presunción de inocencia.

Principio de prohibición de doble enjuiciamiento o *non bis in ídem*. Tal principio representa un derecho de todo imputado en relación con la autoridad jurisdiccional, pues si bien es cierto que este principio no se establece en el artículo 20 en mención, es un derecho que contempla en debido proceso en su artículo 23 constitucional, el cual menciona que “(...) *Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia.*”³⁷⁰

Estos principios son operados con la plataforma de la oralidad. Es importante mencionar esto, debido al cambio de la metodología utilizada del sistema acusatorio es la metodología de audiencias. En palabras de Zamudio Arias nos dice:

*“La metodología de audiencias, propia de este nuevo proceso, implica que las decisiones judiciales, sobre todo si afectan los derechos, se adopten siempre frente a las partes, una vez que se les ha dado la oportunidad de contradecir la prueba y de ser escuchada. Así pues, la oralidad no es una característica únicamente del juicio, sino de todo el proceso en general, incluidas las etapas preparatorias al juicio.”*³⁷¹

³⁷⁰ Óp. Cit. Secretaría de Gobernación.

³⁷¹ ZAMUDIO Arias, Rafael. “Principios rectores del nuevo proceso penal, aplicaciones e implicaciones: oralidad, inmediatez, contradicción, concentración”. En *El Nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio, desde la perspectiva Constitucional*. Consejo de la Judicatura Federal. Disponible en pdf

En consecuencia, estos principios logran permear en cualquier etapa previa al juicio oral. Así, las partes involucradas tiene la certeza de una plena igualdad procesal. Además, tales principios del juicio oral no son exclusivos en la materia penal, sino logran aplicarse en materia laboral, agraria, civil y mercantil.³⁷²

3.1.2. Etapas del Sistema Penal Acusatorio y los Derechos Humanos.

Para entender las etapas del Sistema Penal Acusatorio es necesario mencionar la diferencia entre procedimiento y proceso penal. Al respecto, el procedimiento se refiere a la *“forma de proceder desde la investigación o averiguación del delito hasta la ejecución de la sentencia, mientras que el proceso penal implica la función jurisdiccional desde el ejercicio de la acción penal hasta el dictado de la sentencia definitiva”*.³⁷³

Cabe mencionar que son muchos los cambios que trae la reforma constitucional en materia de justicia en México, sin embargo, intentaremos abordar los elementos más importantes que a nuestra consideración son fundamentales a la luz de los derechos humanos.

Anterior a la reforma constitucional mencionada, las etapas del proceso penal, establecidas en el artículo 1 del Código Federal de Procedimientos Penales, son:

I. La averiguación previa. Esta fase se ejecuta por el Ministerio Público, en adelante MP, el cual realizará una investigación para integrar la responsabilidad

[<http://www.cjf.gob.mx/reformas/documentos/ElnuevosistemadeJusticiaPenalAcusatorio.pdf>] Fecha de consulta [09/05/14]

³⁷² Particularmente, durante mi desempeño laboral en el Tribunal Superior de Justicia del Estado de Oaxaca durante el 2013, participé en prácticas de audiencia de juicios orales en materia mercantil, siendo que la reforma al Código de Comercio entró en vigor el 27 de enero de 2012 y se modificaron los artículos del 1390 Bis al 1390 Bis 49. Así, el artículo 1390 Bis 2 del mismo ordenamiento establece los principios del juicio oral, los cuales son: oralidad, publicidad, igualdad, intermediación, contradicción, continuidad y concentración. Véase, Código de comercio actualizado.

³⁷³ GARCÍA García, Sandra A. “El Procedimiento Penal”. En *libro El Nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio, desde la Perspectiva Constitucional*. Editorial, Consejo de la Judicatura Federal. Poder Judicial de la Federación. Pp. 269-290.

de un delito. La intervención del MP se inicia por medio de una denuncia o querrela³⁷⁴ y termina con la consignación del imputado.

La acción penal en este sentido esta patentada por el MP, puesto que al momento de integrar la averiguación previa, el juez únicamente confirma tal actuación o la rechaza la acusación. En palabras de Carbonell, con el monopolio de la acción penal en su favor, “*se tiene casi el peor de los escenarios posibles para combatir corrupción y se incentivan fenómenos de protección de la clase político-partidista en el poder respecto de los actos delictivos cometidos por funcionarios públicos o por militantes de la propia fuerza política.*”³⁷⁵

Al respecto, valdría la pena retomar la cuestión que Castro se plantea, ¿la acción penal tiene el carácter de función de justicia o de función de gobierno?³⁷⁶ Entonces, el MP debe depender del Poder Judicial, del Poder Ejecutivo o buscar su independencia. Parcialmente podemos mencionar que la dependencia con el Ejecutivo le limita la correcta persecución de los delitos que, como bien menciona Carbonell, se alinean a la protección de la clase político-partidista. De aquí que el delito de tortura es todavía una práctica común en nuestro país que mantiene tintes de protección política. De esta forma, uno de los problemas que refleja la actuación del MP en un sistema mixto, con anterioridad a la reforma de 2008, es la impunidad, siendo esta última un vínculo de tres factores principales, a saber, “*los problemas estructurales (la concepción y funcionamiento*

³⁷⁴ Para mayor claridad. La denuncia es “*la manifestación que proviene de un particular sin interés directo en el asunto, o de un funcionario público que por razones del ejercicio de sus funciones tuvo conocimiento del hecho de que se trate: la querrela la formula la persona, particular u oficial, directamente afectada por el hecho respectivo; y la acusación emana precisamente del Ministerio Público, en virtud de los datos o elementos que le haya proporcionado el denunciante o el querellante o de los que él mismo se haya allegado, directamente o través de la policía, en la investigación que haya abierto con motivo de la denuncia o querrela.*” Véase, LÓPEZ Vergara, Jorge. “La acusación en el Procedimiento Penal Mexicano.” En Anuario Jurídico XII-1985. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México 1985. P.p. 407-411.

³⁷⁵ CARBONELL, Miguel. “El Ministerio Público en la Reforma Constitucional de 2008”. En libro *La Situación Actual del Sistema Penal Mexicano*. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) México, 2011. Pp. 79-92.

³⁷⁶ CASTRO, Juventino V. Óp. Cit. Pág. 49.

de todo el aparato de justicia), la falta de competencias técnicas y recursos humanos, y la falta de voluntad política.”³⁷⁷

II. La pre-instrucción. Esta etapa inicia con “*la consignación y concluye con el dictado del auto de plazo constitucional, ya sea auto de formal prisión, auto de sujeción a proceso, o de libertad por falta de elementos para procesar.*”³⁷⁸ Una vez transcurrido el plazo de las 48 horas que señala nuestra Carta Magna, que el inculpado ha quedado a disposición del juez, se procede a recibir la declaración preparatoria. Durante esta etapa, se le da a conocer al inculpado los detalles de la denuncia o acusación, quien lo denuncia, los testigos, el derecho a declarar y defenderse, por mencionar algunos aspectos.

Es importante mencionar que en los casos que no procede la libertad provisional, el procesado quedará en prisión preventiva durante el periodo de duración del proceso. Previo a la reforma constitucional de 2008, los artículos 18 y 20, inciso A, fracción X establecen que, sólo por delito que merezca pena corporal podrá ejercerse la prisión preventiva, donde el imputado estará en un sitio distinto a donde se purgan las penas; y no podrá prolongarse la prisión preventiva más tiempo que la ley señale de acuerdo con el delito en el que se fundamenta.

La duración ante la autoridad judicial, durante esta etapa, se rigen bajo el artículo 19 constitucional previo a la reforma en comentario. Es decir, la detención del imputado no excederá el plazo de setenta y dos horas, sin que se justifique un auto de formal prisión en el que se establezca el delito, tiempo, lugar y circunstancias de su ejecución y todos los datos de la averiguación previa. Sólo se podrá duplicar la detención por solicitud del imputado en los términos que establezca la ley.

³⁷⁷ ACAT-France. *En nombre de la guerra contra la delincuencia*. Disponible en pdf [http://www.unmondetortionnaire.com/IMG/pdf/Rapport_Mexique_ACAT_Juin_2012_ESP_En_nombre_de_la_guerra_contra_la_delincuencia_Un_estudio_del_fenomeno_de_la_tortura_en_Mexico.pdf] fecha de consulta [15/05/14]

³⁷⁸ ALCALDE Luján, Bertha M. “La Vinculación a Proceso en el Nuevo Sistema de Justicia Penal en México”. En *Revista Semestral del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal*. Año III, Abril 112, Número IV. Pp. 6-13

A nuestro punto de vista, uno de los mayores problemas estructurales en el sistema de justicia es la prisión preventiva, la cual evidencia que México es incongruente con tal práctica y el principio de presunción de inocencia. En consecuencia se prejuzga al imputado en la comisión de un delito, mermando en ese momento los principios y derechos de debido proceso, tales como: igualdad ante la ley e igualdad entre las partes, imparcialidad, derecho a un juicio previo, entre otros.

III. Instrucción. Esta etapa se refiere a todas las diligencias que se desahogan ante los tribunales *“con el fin de indaga y probar la existencia del delito, las circunstancias en que se hubieren cometido y las peculiaridades del inculpado, así como la responsabilidad o irresponsabilidad penal del procesado.”*³⁷⁹ En esta fase, las partes aportarán los elementos suficientes para probar la responsabilidad o en su caso la irresponsabilidad penal.

Debemos considerar que el MP, durante el desarrollo de esta etapa, es quien anima el proceso, pues *“es el órgano oficial de acusación que debe pugnar por agotar las pruebas que comprueban la culpabilidad o-eventualmente-, la inocencia del procesado.”*³⁸⁰ Entonces, vemos que el MP ejecuta una doble función, como parte y como autoridad. En la primera, representa a la víctima o el bien común, convirtiéndose en acusador formal en la etapa de pre-instrucción e instrucción; en su segunda función, es quien tiene a cargo la acción penal, iniciando las investigaciones del delito ante una denuncia o querrela.

IV. El Juicio. Aquí el MP precisa su pretensión y el procesado su defensa ante el juez, quien valora las pruebas aportadas y en consecuencia dicta sentencia. Esta etapa también suele denominarse como Etapa de primera instancia. *“Una vez cerrada la instrucción, (...) se mandará a poner la causa a la vista del Ministerio Público, por diez días, para que formule conclusiones por*

³⁷⁹ Biblioteca Jurídica de la UNAM. *Panorama del Sistema Legal Mexicano*. Disponible en pdf [<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/74/art/art4.pdf>] Fecha de consulta [15/05/14]

³⁸⁰ CASTRO, Juventino V. Óp. Cit. Pág. 89.

*escrito, es decir, para que concrete su posición.*³⁸¹Tales conclusiones también se darán a conocer a las partes y su defensor, con el objetivo de que ellos contesten el escrito de acusación y formulen sus conclusiones. En caso de no realizar sus conclusiones, se tomarán en cuenta las formuladas de la inculpabilidad. Posteriormente, se cita a las partes a una audiencia para interrogar al acusado sobre la materia del juicio, el juez, el Ministerio Público y la defensa.³⁸²Después de tal audiencia y una vez desahogado los alegatos, el juez tendrá un periodo de diez días para dictar sentencia.

V. Etapa de segunda instancia. El derecho de cualquiera de las partes de inconformarse sobre la sentencia del juzgado de primera instancia que resolvió, podrá ejercer dicho derecho ante un tribunal de segunda instancia, durante el plazo de los siguientes cinco días en que la sentencia haya sido notificada. La finalidad del recurso de apelación es someter ante una instancia superior la revisión de la sentencia, esto con el fin de revertir las irregularidades en caso existir alguna.

Una vez realizada la revisión sobre el recurso de apelación, el asunto ante tal instancia quedará cerrado y el tribunal de segunda instancia pronunciará su fallo en un término no superior de ocho días, donde confirmará, revocará o modificará la resolución apelada.³⁸³

Concluida la segunda instancia, todavía queda el recurso de apelación ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en adelante SCJN. La procedencia ante la SCJN es por el fundamento constitucional bajo los artículos 103, fracción I, respecto a las leyes o actos de autoridad que violen las garantías individuales; artículo 105, fracción III, por oficio o por petición fundada del correspondiente Tribunal Unitario de Circuito o del Procurador General de la República, podrá conocer sobre el recurso de apelación contra sentencia de Jueces de Distrito; y artículo 107, fracción III, inciso a) cuando se reclame actos de tribunales judiciales,

³⁸¹ Biblioteca Jurídica de la UNAM. Óp. Cit.

³⁸² *Ibíd.*

³⁸³ *Ibíd.*

administrativos o del trabajo, el ampara procede bajo ciertos supuestos. Estos fundamentos constitucionales eran válidos hasta antes de las reformas constitucionales de 2008 y 2011.

Cabe mencionar que el recurso de apelación es un derecho que constitucionalmente se agota con la resolución de la SCJN, según establece nuestra Carta Magna en su artículo 23, el cual dice a la letra: *“Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia”*³⁸⁴. Tal disposición constitucional no tuvo modificaciones después de las reformas en materia de justicia y derechos humanos.

En todo caso, el uso de los recursos internos se alinea al principio de definitividad. No obstante, esto no quiere decir que en ámbito internacional no se pueda ejercer el recurso de apelación, al contrario, el Estado Mexicano al formar parte de la OEA y al haber firmado y ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante la Corte, está facultada de iniciar algún procedimiento ante cualquier violación de las disposiciones de la Convención.³⁸⁵ En otras palabras, existe la posibilidad de someter a revisión la sentencia de los tribunales internos, cuando se alega haber cometido una violación a las disposiciones de los ordenamientos mencionados.

Ahora bien, procedemos a mencionar las etapas del proceso penal a partir de la reforma constitucional de 2008.

A. Etapa de investigación. Esta etapa inicia con la denuncia o querrela y tiene la finalidad de esclarecer los hechos para determinar si existe fundamento para iniciar un juicio en contra de alguna persona o personas. Así, González Obregón nos dice que:

³⁸⁴ Véase, H. Congreso de la Unión. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

³⁸⁵ Si bien es cierto que la intervención de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no es formalmente una cuarta instancia, la revisión del caso en controversia sí permite adentrarse a los fundamentos desde la averiguación previa. En el caso del nuevo sistema de Justicia, desde la etapa de la investigación.

“Es entonces donde se empieza a formular el cúmulo de medios de prueba que nos ayudarán, en el caso del Ministerio Público, a probar en la etapa de desahogo de pruebas, la culpabilidad del imputado y, en su caso del defensor, a construir y preparar los elementos de defensa.”³⁸⁶

Desde aquí, el Ministerio Público comienza a coordinar esfuerzos con la policía a su cargo y los servicios periciales que participan en la investigación de los hechos constitutivos como delitos. Al respecto, el artículo 127, Capítulo V, del Código Nacional de Procedimientos Penales³⁸⁷ menciona lo siguiente:

“Compete al Ministerio Público conducir la investigación, coordinar a las policías y a los servicios periciales durante la investigación, resolver sobre el ejercicio de la acción penal en la forma establecida por la ley y, en su caso, ordenar las diligencias pertinentes y útiles para demostrar, o no, la existencia del delito y la responsabilidad de quien lo cometió o participó en su comisión”³⁸⁸

En este párrafo vemos que la actuación del Ministerio Público se ajusta al principio de presunción de inocencia, pues el ejercicio de la investigación no implica una acusación formal, sino esclarecer o determinar si ante una denuncia o querrela pueden existir los elementos suficientes para realizar la acusación formal ante el juicio oral, con las formalidades y validaciones de tales pruebas ante la instancia jurisdiccional.

Es importante señalar que uno de los avances de la reforma constitucional es la acción penal, siendo que ya no es monopolizada por el Ministerio Público. Así lo enuncia el artículo 21, párrafo segundo de nuestra Carta Magna: *“El ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al Ministerio Público. La ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal*

³⁸⁶ GONZÁLEZ Obregón, Diana C. Óp. Cit. Pág. 101.

³⁸⁷ El Código Nacional de Procedimientos Penales se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 5 de marzo de 2014, además, este ordenamiento *“entrará en vigor a nivel federal gradualmente en los términos previstos de la Declaratoria que al efecto emita el Congreso de la Unión previa solicitud conjunta del Poder Judicial de la Federación, la Secretaría de Gobernación y de la Procuraduría General de la República, sin que pueda exceder del 18 de junio de 2016”*, así lo establece el Artículo Segundo Transitorio. Véase, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión.

ante la autoridad judicial.” Por lo tanto, coincidimos con la opinión de Carbonell respecto a la acción penal, cuando dice que en ciertos casos, el ciudadano ya no tenga que transitar necesariamente por esa aduana costosa, lenta, ineficaz y a veces corrupta, que es el Ministerio Público.³⁸⁹

La etapa de investigación se divide en dos partes, según lo establece el Artículo 211 de las Etapas del Procedimiento, a) La investigación inicial y b) Investigación complementaria. En la primera, comienza, como ya señalábamos, con la presentación de la denuncia, querrela u otro requisito equivalente, concluyendo tal fase en el momento que el imputado queda a disposición del juez; la segunda, comprende desde la formulación de la imputación y se agota cuando se cierra la investigación.

Es fundamental mencionar que la investigación no se puede interrumpir ni suspender durante el tiempo en que se lleve a cabo la audiencia inicial hasta su conclusión. Así, queda abierta la investigación que en cualquier momento se pueden abonar elementos adicionales que permita al juez encontrar la verdad de los hechos.

Según nos comenta González Obregón, en el ámbito de la investigación que se realiza en el sistema acusatorio, existe un mito de creer que es injusto para el imputado aprehendido, se entere de la investigación que ha llevado a cabo el Ministerio Público en su contra. En este sentido, el imputado considera que llegan en desventaja frente al juez, pues el MP al tener fe pública pudiera permitir la valoración de las pruebas antes del juicio. No obstante, esto resulta no ser cierto, puesto que la investigación a cargo del MP es de carácter desformalizada y no tiene valor probatorio.³⁹⁰

B. La fase intermedia o de preparación de juicio. Comprende a partir de la formulación de la acusación hasta la apertura de juicio.

³⁸⁹ CARBONELL, Miguel. Óp. Cit.

³⁹⁰ González Obregón. Pág. Óp. Cit. 109.

La fase intermedia se compone de dos fases, una escrita y la otra oral. La primera fase es la que se está integrada por el escrito de acusación del Ministerio Público y comprende todos los medios que se integren hasta antes de la audiencia intermedia.³⁹¹ La segunda fase da inicio con la audiencia intermedia y culmina con la apertura de juicio.

Una vez culminada la investigación complementaria, el MP determina si el resultado de tal investigación arroja elementos suficientes para ejercer la acción penal en contra del imputado, de ser así, la acusación deberá contener ciertas características, las cuales se enuncian en el artículo 335 del Código Nacional de Procedimientos Penales, que a la letra dice:

- I. La individualización del o los acusados y de su Defensor;*
- II. La identificación de la víctima u ofendido y su Asesor jurídico;*
- III. La relación clara, precisa, circunstanciada y específica de los hechos atribuidos en modo, tiempo y lugar, así como su clasificación jurídica;*
- IV. Las relaciones de las modalidades del delito que concurrieron;*
- V. La autoría o participación concreta que se atribuye al acusado;*
- VI. La expresión de los preceptos legales aplicables;*
- VII. El señalamiento de los medios de prueba que pretenda ofrecer, así como la prueba anticipada que se hubiera desahogado en la etapa de investigación;*
- VIII. El monto de la reparación de daño y los medios de prueba que ofrece para probarlo;*
- IX. La pena o medida de seguridad cuya aplicación se solicita incluyendo en su caso la correspondiente al concurso de delitos;*

³⁹¹ Véase. Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Código Nacional de Procedimientos Penales.

X. Los medios de prueba que el Ministerio Público pretenda presentar para la individualización de la pena y en su caso, para la procedencia de sustitutivos de la pena de prisión o suspensión de la misma;

XI. La solicitud de decomiso de los bienes asegurados;

XII. La propuesta de acuerdos probatorios, en su caso, y

XIII. La solicitud de que se aplique alguna forma de terminación anticipada del proceso cuando ésta proceda.³⁹²

Como podemos observar, el MP debe cumplir con ciertas reglas de la acción penal que fundamente su investigación y en todo caso su acusación formal. Dentro de algunos aspectos que resaltamos son: el inciso III, el cual señala el fundamento tiempo, lugar y circunstancias de un hecho probable como delito. Es importante, puesto que deben existir elementos lógicos y, en su caso, científicos para validar la materialización del delito. Por ello, el nuevo sistema de justicia penal deberá fortalecer la capacitación constante de los peritos expertos que colaboren con el MP y la policía.

Es menester señalar que el nuevo sistema de justicia se apoya por la Teoría del Caso, según nos comenta González Obregón y la cual ya mencionamos brevemente en el primer capítulo. No obstante, puntualizamos que bajo esta teoría, existen dos versiones encontradas que el juzgado o tribunal deberá conocer para llegar a una conclusión. En el caso de la defensa, debe plantear su teoría del caso en la sintonía que lo realiza el MP. Así, se centrará en:

“aportar la versión explicativa de los hechos para contrarrestar la versión fáctica proporcionada por el Ministerio Público, controvertir en fundamento jurídico y, en la parte probatoria, por el principio de presunción de inocencia, puede controvertir los medios de prueba aportados por su contraparte (...) o aportar medios de prueba que apoyen su teoría del caso”³⁹³

³⁹² Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Código Nacional... Óp. Cit.

³⁹³ GONZÁLEZ Obregón, Diana C. Óp. Cit. Pág. 95.

Vemos que la teoría del caso³⁹⁴ tiene la característica de ambivalente, puesto que se construye por dos versiones encontradas, válidas y reguladas por los principios de igualdad jurídica, presunción de inocencia y contradicción, los cuales mencionamos más arriba.

Por parte del Ministerio Público, aun existiendo la figura de la flagrancia, es necesario que también esta autoridad integre correctamente su teoría, puesto que sólo cuenta con la parte informativa de la policía, aun cuando éste pone a disposición al imputado con el MP, y no con una investigación más a fondo que le permita esclarecer los hechos.

El cuanto al inciso VIII nos parece acertado con la figura de reparación del daño y los medios de prueba que ofrecen para probarlo. Anterior a la reforma, el sistema de justicia no consideraba formalmente los tipos de reparación, no sólo considerando a la víctima sino también a los afectados y el involucramiento de las autoridades para prevenir hechos posteriores. En este sentido, nos explica Pelayo Moller, que existen distintos tipos de reparación como son: las medidas de reparación material; la de reparación de daño inmaterial, que sería la afectación no sólo de la víctima sino familiares como afectados; las medidas de satisfacción y no repetición.³⁹⁵ En consecuencia, vemos que la reparación de daño es un derecho como parte de la justicia restaurativa.

Otro inciso es el IX, la pena o medida de seguridad. En este sentido, es imperativo la función del Ministerio Público solicitar el cumplimiento de una pena, cuando las pruebas son desahogadas y con fundamento al tipo de delito cometido.

³⁹⁴ La Suprema Corte de Justicia de la Nación entiende la teoría del caso como *“la idea central o conjunto de hechos sobre los que versará la participación de cada parte, a efecto de explicarlos y determinar su relevancia, dotándolos de consistencia argumentativa para establecer la hipótesis procesal que pretende demostrarse y que sustentará la decisión del juzgador, la cual deberá vincularse con los datos aportados para desvirtuar aquellos en que se apoyen las afirmaciones de su contraparte, de manera que la intervención de las partes procesales puede resumirse en: presentación, argumentación y demostración.”* Véase, 1ª. CCXLVIII/2011 (9ª) Primera Sala. Décima Época. Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro VI, Marzo de 2012, Pág. 91.

³⁹⁵ PELAYO Moller, Carlos M. *“La reparación del daño y la efectiva protección de los derechos humanos”*. En *dfensor, revista de Derechos Humanos*. Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. Diciembre de 2010, número 12, año VIII. P.p. 11-15.

Por otro lado, según el artículo 19 constitucional hace mención a las medidas cautelares, y que a la letra dice:

“(...) El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. (...)”³⁹⁶

Se propone interpretar el párrafo anterior en función de la aplicación de las medidas cautelares, siendo que no somos partidarios de la prisión preventiva, pues ésta última pese a que su ejecución es en casos particulares, todavía puede ser extensa.³⁹⁷ No obstante, las medidas cautelares son solicitadas por el Ministerio Público, sólo en casos excepcionales y además, tal solicitud será propuesta y analizada en una audiencia. Debemos considerar que las medidas cautelares ejecutadas de manera oficiosa por el juez no es analizada en audiencia, lo que puede invitar a algún exceso frente a los derechos fundamentales.

Un avance que consideramos importante es que, además de la petición del Ministerio Público de las medidas cautelares, ahora también lo podrá solicitar la víctima u ofendido, esto según establece el artículo 154 del Código. Así mismo, los tipos de medidas cautelares son diversos, según establece el artículo 155 del mismo ordenamiento:

“I. La presentación periódica ante el juez o ante la autoridad distinta que aquél designe;

³⁹⁶ Óp. Cit. Secretaría de Gobernación.

³⁹⁷ Por ejemplo, podemos ver los supuestos y términos constitucionales que especifican la prisión preventiva. Así el artículo 20 constitucional, inciso B, fracción XI, segundo párrafo, que *“la prisión preventiva no excederá del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso y en ningún caso será superior a dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado.”* En este sentido, si bien es cierto que si la autoridad tuviere los indicios que el imputado se pueda sustraer a la acción de la justicia, también es cierto que se está sobrevalorando el hecho probable como delito, el cual todavía no ha sido analizado ni resuelto ante instancia jurisdiccional con las formalidades de la igualdad jurídica. Por ello, se sugiere replantear las medidas cautelares, incluyendo supuestos para ejecutarlas, para reducir el ejercicio de la prisión preventiva y posibles violaciones al debido proceso.

II. La exhibición de una garantía económica;

III. El embargo de bienes;

IV. La inmovilización de cuentas y demás valores que se encuentren dentro del sistema financiero;

V. La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez;

VI. El sometimiento al ciudadano o vigilancia de una persona o institución determinada o internamiento a institución determinada;

VII. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o acercarse a ciertos lugares;

VIII. La prohibición de convivir, acercarse o comunicarse con determinadas personas, con las víctimas u ofendidos o testigos, siempre que no se afecte el derecho de defensa;

IX. La separación inmediata del domicilio;

X. La suspensión temporal en el ejercicio del cargo cuando se le atribuye un delito cometido por servidores públicos;

XI. La suspensión temporal en el ejercicio de una determinada actividad profesional o laboral;

XII. La colocación de localizadores electrónicos;

XIII. El resguardo en su propio domicilio con las modalidades que el juez disponga,
o

*XIV. La prisión preventiva.*³⁹⁸

De esta lista de tipos de medidas cautelares, la instancia jurisdiccional debe mantener extremo cuidado de no atropellar los derechos fundamentales al momento de aceptar la solicitud del Ministerio Público de la imposición de alguna

³⁹⁸ Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Código Nacional... Óp. Cit.

de estas medidas. Así lo ha expresado la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, la cual manifiesta su preocupación ante la aprobación del Código Nacional de Procedimientos Penales, pues dicho organismo autónomo impugnó 13 artículos del ordenamiento mencionado, 132, 147, 148, 153, 155, 242, 249, 251, 266, 268, 303, 355 y 434.

*“En su mayoría, los artículos se refieren a las facultades que el CNPP da a la policía para realizar inspecciones a personas o vehículos sin orden judicial, o al Ministerio Público (la procuraduría) para que le congele sus bienes de un detenido u ordene a una empresa de telefonía celular localización en tiempo real un aparato ligado a un delito”*³⁹⁹

Por ello, el *Ombudsman* nacional menciona que tales medidas implican violaciones a los derechos de libertad personal, tránsito, privacidad, además de la extrema susceptibilidad del abuso de autoridad manifestado en los actos de molestias. En contraste, Reyes Loaeza⁴⁰⁰, comenta que a pesar que no se indicó cual era la naturaleza y fundamentos de las medidas cautelares, eso no significa un desacierto, pues para tal autor, las medidas cautelares las define como:

*“son aquellas resoluciones motivadas del órgano jurisdiccional, que pueden adpotarse contra el presunto responsable de la acción delictuosa, por las que se limita provisionalmente la libertad o la libre disposición de sus fines con el fin de garantizar los efectos penales o civiles de la sentencia penal.”*⁴⁰¹

Por lo tanto, para este autor, las medidas cautelares deberán regirse por ciertos principios y cubrir requisitos específicos. Entre los principios se mencionan: legalidad, jurisdiccionalidad, excepcionalidad, instrumentalidad, provisionalidad y proporcionalidad; en el caso de los requisitos encontramos, a) apariencia del buen derecho y b) peligro en el retardo-necesidad de cautela.⁴⁰² Por supuesto, como ya

³⁹⁹ CNN México. *La CNDH impugna el nuevo código único de procedimientos penales*. Disponible en línea [<http://mexico.cnn.com/nacional/2014/04/09/la-cndh-impugna-el-nuevo-codigo-unico-de-procedimientos-penales>] fecha de consulta [25/05/14]

⁴⁰⁰ Reyes Loaeza Jahaziel funge como Juez integrante del Tribunal de Juicio Oral en Oaxaca.

⁴⁰¹ REYES Loaeza, Jahaziel. “Diagnóstico sobre las medidas cautelares en el Nuevo Sistema de Justicia Penal en México”. En *Revista Especializada en Juicios Orales. El mundo de la audiencia*. Edición Especial del H. Tribunal Superior de Justicia del Estado de Oaxaca. P.p. 39-50.

⁴⁰² *Ibíd.*

mencionamos anteriormente, las medidas cautelares representa una medida a favor de la víctima y el rápido funcionamiento de sistema de justicia, no obstante, más allá de la solicitud de estas medidas por el MP, la instancia jurisdiccional no está sometida a una revisión formal en el momento de aprobar alguna medida de manera oficiosa.

Bajo la égida del principio de presunción de inocencia, es importante mencionar brevemente en qué consisten los principios y requisitos mencionados en el párrafo anterior, pues aunque pareciera afectar al imputado, es un recurso utilizado en aquellos países que han transitado hacia un nuevo sistema de justicia penal de corte acusatorio.

- I. Legalidad. Se refiere a que toda medida cautelar se puede imponer siempre y cuando se encuentre explícitamente establecida por una ley. Esto quiere decir que, bajo la técnica jurídica, no se puede fundarse y motivarse una medida cautelar bajo reglamentos, decretos o demás ordenamientos que no cumplan necesariamente con el carácter de ley.
- II. Jurisdiccionalidad. Este principio establece que la única autoridad facultada en imponer una medida cautelar es el juez. En esta exclusividad que se le otorga a la instancia jurisdiccional, sólo el juez de control o el de juicio tienen la facultad de ordenar tales decisiones.
- III. Excepcionalidad. Se encamina a un análisis del juez para decidir sobre medidas cautelares si son un caso de inminente circunstancia, pues para observar el principio de presunción de inocencia, las decisiones judiciales en este sentido no deben ser una constante para limitar al imputado. Por ello, Reyes Loaeza comenta que debe existir un parámetro de *última ratio* en la imposición de la medida.
- IV. Instrumentalidad. Las medidas cautelares bajo este principio, no se traduce en un fin en sí mismo, sino como un medio. En otras palabras, se trata de un medio de garantía para la protección de derechos fundamentales de la víctima, testigos o afectados. De aquí

que este tipo de medidas no esta supeditada a alguna parte del proceso penal, sino en cualquier momento se puede ejecutar.

- V. Provisionalidad. La imposición de las medidas cautelares no es una constante, cumplen con una función particular como: evitar la sustracción a la acción de la justicia, reducir la obstaculización en las investigaciones, evitar el peligro para la víctima o sociedad, o evitar la sospecha de reiteración delictiva por parte del imputado. Por ello, en palabras del autor, *“es el juez quien realiza un análisis de la necesidad de cautela y no la ley, estableciéndose mecanimos de revisión periódica”*⁴⁰³.
- VI. Proporcionalidad. La imposición de las medidas cautelares deben ser proporcionalmente a la protección de la víctima, ofendido, testigo o impedir una circunstancia particular. En otras palabras, el juez debe mantener un grado de anticipación en la menor o mayor afectación a los bienes o libertades.⁴⁰⁴

Los requisitos de las medidas cautelares son: a) Apariencia del buen derecho. Quiere decir que tales medidas que sólo podrán aplicarse si existen indicios suficientes o rango de probabilidad para la comisión de un delito y que el imputado pudiera ser partícipe o probable responsable; b) peligro en el retardo-necesidad de cautela. Se aplican las medidas cautelares bajo ciertas causas, como son: peligro de fuga, obstaculización en la investigación, peligro para la víctima o la sociedad, o reiteración delictiva. En consecuencia, sino se aplica oportunamente las medidas cautelares, puede tener efectos en el retardo del proceso penal.

Antes de abordar la siguiente etapa del proceso penal acusatorio, es importante mencionar los tipos de jueces que intervienen en cada una de las etapas, pues como ya se mencionó, han existido atropellos a los derechos fundamentales, en su mayoría ejercido por integrantes de la procuración de

⁴⁰³ Ibid.

⁴⁰⁴ Ibid.

justicia. En tal sentido, los jueces tienen la obligación de velar por un procedimiento ajustado a los principios mencionados anteriormente y a la legalidad.

Los jueces que intervienen son:

Jueces de control. El fundamento de tales jueces lo encontramos en el artículo 16 constitucional, el cual nos dice:

*“Los Poderes Judiciales contarán con jueces de control que resolverán, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos”*⁴⁰⁵

En gran medida, la figura de los jueces de control se entiende que son tanto jueces federales como locales, para la vigilancia y resolución de los pedimentos ministeriales. Esto representa un avance concreto, puesto que en el sistema mixto, anterior a la reforma constitucional, no existía un flujo de comunicación estrecha entre el juez y el Ministerio Público. Entonces se resuelven dos obstáculos importantes, a saber, por un lado, las actuaciones del Ministerio Público

De igual forma, el juez de control tiene la facultad de conocer las cuestiones de reserva, no ejercicio de la acción penal, el desistimiento y la suspensión de la acción penal, y en cualquiera de los casos, proteger el derecho de los imputados, las víctimas y ofendidos⁴⁰⁶

El juez de control es conocido también como “juez de garantías”, figura que si bien tiene delimitadas sus funciones, las cuales ya mencionamos, puede existir cierta confusión en la nomenclatura utilizada, pues no se estandariza en todos los Estados de la misma forma. Por ejemplo, en el Código de Procedimientos Penales, en su artículo Décimo Séptimo de los Transitorios, menciona la figura del

⁴⁰⁵ Secretaría de Gobernación. Óp. Cit.

⁴⁰⁶ CASTILLO Garrido, Salvador. Los jueces de control en el sistema acusatorio. ¿Un nuevo órgano de control constitucional en México? En *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. Número 25, julio-diciembre 2011. P.p. 31-57.

Juez de Garantía o de Control de Legalidad, el cual actuará como Juez Penal con las potestades señaladas en el Código de Procedimientos Penales. En cambio, en el Código Nacional de Procedimientos Penales, en su artículo 133, menciona sobre la figura del Juez de control.

Al respecto, el artículo 133 del Código mencionado reconoce tres figuras jurisdiccionales. El Juez de control, tiene su competencia desde la apertura de las investigaciones hasta la apertura de juicio; el tribunal de enjuiciamiento, el cual está a cargo de un juez que no conoce el caso y es quien desahoga la audiencia de juicio oral; y el tribunal de alzada, que conocerá los medios de impugnación y demás asuntos que establece el código. Ante esta última figura, se resuelve, admite o desecha el recurso;

C. Etapa del juicio. Comprende desde que se recibe el auto de apertura a juicio hasta la sentencia emitida por el Tribunal competente. Según el Código Nacional de Procedimientos Penales, en su artículo 348 nos dice:

“El juicio es la etapa de decisión de las cuestiones esenciales del proceso. Se realizará sobre la base de la acusación en el que se deberá asegurar la efectiva vigencia de los principios de inmediación, publicidad, concentración, igualdad, contradicción y continuidad”⁴⁰⁷

Un aspecto importante es que el juez que conoció del caso durante el procedimiento anterior a esta etapa, no podrá fungir como tribunal de enjuiciamiento. Esto se ajusta a la imparcialidad del juzgador e igualdad procesal.

En esta etapa se desahogan las pruebas ante la instancia jurisdiccional. El juicio oral, siendo una de las innovaciones de la reforma de 2008, se desarrolla por una o más audiencias. Las características de la audiencia del juicio oral son las siguientes:

⁴⁰⁷. Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Código Nacional... Óp. Cit

-Establecido el día y la hora, la audiencia de juicio es presidida por el juez, en presencia de los demás jueces, las partes, testigos, intérpretes y peritos.

-En el supuesto que existan varios hechos punibles atribuidos a una o más personas, el Tribunal de enjuiciamiento podrá decidir, incluso por solicitud de parte, que los debates se lleven separadamente y de manera continua.

-En los alegatos, el Juez funge una doble función, desde nuestro punto de vista, se convierte en un moderador que sede en turno la palabra a las partes en términos de igualdad jurídica, además, inmediatamente, el juez es un vigilante de los derechos humanos en la protección tanto de la víctima como de los ofendidos, así en cualquier momento, se podrán dictar medidas cautelares.

-En el inicio del debate, se le concede en primer lugar la palabra al Ministerio Público para que éste realice su acusación formal y posteriormente al defensor para que elabore sus fundamentos de su defensa. Posteriormente, se iniciará con el desahogo de las pruebas, las cuales serán desahogadas, en primer lugar, por el Ministerio Público y su acusador coadyuvante, enseguida por la defensa.

Según el Código Nacional de Procedimientos Penales, menciona los tipos de pruebas que acepta el juicio oral, tales como: prueba testimonial; prueba pericial; interrogatorio y contrainterrogatorio; declaración del acusado; prueba documental y material; y otros tipos de prueba previstos por el Código, siempre que no vulneren los derechos fundamentales. Así mismo, el juez podrá ordenar la recepción de medios de prueba nueva, ya sean por hechos supervinientes o de los que no fueron ofrecidos oportunamente, siempre y cuando se justifique que no se tenían conocimiento previo de tales medios. Todas estas pruebas son calificadas y desahogadas en presencia del juez, quien tendrá todos los elementos necesarios para desarrollar su resolución.

-Alegatos. Una vez concluido el desahogo de pruebas, el juez sede la palabra al Ministerio Público, luego al asesor jurídico de la víctima y al defensor

para que manifiesten sus alegatos de clausura. Enseguida, se concede la palabra al Ministerio Público y al defensor con la posibilidad de replicar y duplicar. La réplica se realiza únicamente a lo expresado por Defensor y la dúplica a lo expresado por el Ministerio Público o la víctima u ofendido. Al final, se concede la palabra al acusado y se cierra el debate.

-Sentencia. El fallo sólo será leído en su parte resolutive conforme a la absolución o condena del acusado, por consecuente, el juez dará lectura a los puntos resolutive y una fundamentación breve de hecho y de derecho que lo motivó a tal resolución. En caso que la sentencia sea absolutoria, se procede inmediatamente a levantar las medidas cautelares que se impusieron contra el acusado; en caso contrario, se fijarán las penas.

González Obregón nos menciona lo que deberá contener la sentencia:

1. *“Mención del Tribunal y la fecha de su emisión;*
2. *Identificación de la víctima u ofendido y del acusado;*
3. *Enunciación breve de los hechos y las circunstancias que hubieran sido objeto de la acusación; en su caso, los daños y perjuicios reclamados, la pretensión reparatoria y las defensas del acusado;*
4. *Exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieran por probados y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones;*
5. *Razones que sirvieran para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y sus circunstancias, así como para fundar el fallo;*
6. *Resolución que condene o absuelva a cada uno de los acusados por cada uno de los delitos que la acusación les hubiere atribuido; la que se pronuncie sobre la reparación de daño y fije el monto de las indemnizaciones a que hubiere lugar, y*
7. *Firma de los jueces que la hubieren dictado”⁴⁰⁸*

⁴⁰⁸GONZÁLEZ Obregón, Diana C. Óp. Cit. Pág. 175.

Es importante destacar que tratándose de sentencia condenatoria, se dicta el fallo en la audiencia de juicio, mientras que para la reparación del daño se fija hora y lugar para la audiencia de individualización de las sanciones y reparación del daño, según lo establece el artículo 401 del Código Nacional de Procedimientos Penales. En tal sentido, la reparación del daño es una de las innovaciones apegada al derecho internacional de los derechos humanos, así lo prevé la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 63.1 que a la letra dice:

“Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.”⁴⁰⁹

En este sentido, existen diversos tipos de medidas reparatorias en la jurisprudencia internacional, las cuales son compatibles con la Corte. Para ello, nos comenta Rousset Siri sobre cuatro formas de reparación de daño: 1) la restitución; 2) la indemnización; 3) Proyecto de vida; y 4) la satisfacción y las garantías de no-repetición.⁴¹⁰

Para ello, la Corte crea un acervo interesante a través de sus sentencias, por ello, las medidas restaurativas para el sistema interamericano se entienden en el sentido de: restitución del bien jurídico afectado. La restitución tiene su origen en el derecho romano, *restitutio in integrum*, o sea, el restablecimiento del individuo a la misma situación que se encontraba antes del acto ilícito.⁴¹¹ La restitución no siempre puede ser física, pues en casos de muerte, tal reparación

⁴⁰⁹ Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Óp. Cit.

⁴¹⁰ ROUSSET Siri, Andrés J. “El concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos”. En *Revista Internacional de Derechos Humanos*. 2011, Año I, Número 1. P.p. 59-79.

⁴¹¹ Citado por ROJAS Báez, Julio José. *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia de Reparaciones y los Criterios del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*. Disponible en pdf [<http://www.corteidh.or.cr/tablas/R22050.pdf>] Fecha de consulta [18/05/14]

deberá ser integrada de distinta forma para los ofendidos. En todo caso, nos comenta Rojas Báez, la restitución debe ser efectuada siempre que no sea materialmente imposible, en tal sentido, la restitución no debe ser desproporcionada entre el beneficio recibido y el grado de afectación, por ello, es considerado el medio más adecuado de reparación.⁴¹²

En cuanto a la indemnización, esta se aplica cuando la restitución del bien jurídico es prácticamente imposible, pues cabe bajo esta circunstancia buscar otras formas de reparación. De aquí, se fija una sanción pecuniaria donde la Corte establecerá una justa indemnización a la víctima u ofendidos, siendo esta medida una de las formas más comunes de reparación. Establecer una indemnización no significa una sanción, sino se refiere una reparación por las consecuencias. En este sentido, Rousset Siri dice que la indemnización, *“en la generalidad de los casos incluirá lo relativo al daño moral, como así también al daño emergente y el lucro cesante o pérdida de ingresos como también lo ha denominado la Corte IDH en su jurisprudencia.”*⁴¹³

El daño al proyecto de vida. Para la Corte Interamericana es una de las reparaciones más complicadas, pues si bien es cierto que la Corte logró crear un esbozo sobre la esencia del concepto, también ha reconocido que hay una falta de logros tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.⁴¹⁴ En este sentido, el Caso Luis Alberto Cantoral Benavides, fue el primer caso que la Corte otorgó este tipo de reparaciones, posteriormente, se ha aplicado en diversos casos. Según Calderón Gamboa, al ser un daño de reciente reconocimiento y tratándose de violaciones de derechos humanos, ha tenido un análisis importante, sobre todo en los casos de tortura y por lo tanto, toma mayor relevancia en cuanto al nivel de reparaciones.⁴¹⁵

⁴¹² *Ibíd.*

⁴¹³ ROUSSET Siri, Andrés J. *Óp. Cit.*

⁴¹⁴ CALDERÓN Gamboa, Jorge F. “La reparación del daño al proyecto de vida en casos de tortura”. En *Memorias del Seminario Los instrumentos nacionales e internacionales para prevenir, investigar y sancionar la tortura*. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) México, 2005. P.p. 207-221.

⁴¹⁵ *Ibíd.*

En cuanto a la satisfacción y garantías de no repetición, las primeras tiene que ver con una reparación simbólica o representativa. Se trata de generar un impacto en la sociedad, al interior del Estado, en este caso, la Corte busca un restablecimiento de la dignidad de la persona en el momento del reconocimiento de la violación a los derechos fundamentales, una disculpa formal u otra forma que lleve el mismo fin; ahora bien, las garantías de no repetición llevan medidas de capacitación, adiestramiento, propuestas de incorporar nuevos elementos a la legislación, entre otras.

3.2. Los Derechos Humanos en el Sistema Penal Acusatorio bajo el esquema de la teoría garantista.

Una vez desarrollados los principios rectores y las etapas del sistema penal en México, anterior a la reforma de 2008 y posterior a ésta, es importante emprender un breve ejercicio para contextualizar nuestra teoría garantista ferrajoliana en la base jurídica del sistema penal acusatorio. De esta manera, analizaremos si la transición hacia un sistema penal de corte acusatorio se ajusta en la protección de los derechos fundamentales.

Para iniciar nuestro análisis, es necesario recordar algunos elementos de la teoría garantista de Luigi Ferrajoli. Primero, la teoría garantista se basa en la crítica del derecho positivo respecto a la legitimación externa, como lo es la crítica de las ideologías políticas; y una legitimación interna, respecto a la crítica de una ideología política. A través de estos dos puntos, permite visualizar los alcances de la validez y vigencia, la efectividad y validez del derecho.

Los elementos de la aplicación de una teoría ferrajoliana en los derechos fundamentales es por medio de la identificación de las garantías primarias y garantías secundarias. Las primeras, la cuales son derechos subjetivos, se entienden como expectativas positivas (prestaciones) o negativas (de no lesiones) atribuidas al sujeto por una norma jurídica; y las segundas, que representan los deberes, mismas que deberán estar establecidas en las normas jurídicas,

identificadas como obligaciones o prohibiciones. Así, en el ordenamiento jurídico de México en materia de justicia y derechos humanos deberá estar ajustada a los derechos humanos, en la medida que exista un equilibrio entre garantías a desarrollar.

Ahora bien, procedemos a analizar el marco normativo nacional que establece el sistema penal acusatorio a partir del 2008, desde nuestra Carta Magna, pues las demás legislaciones deben ajustarse a lineamientos constitucional para operar, incluyendo el Código Nacional de Procedimientos Penales. Así, aplicando las directrices comentadas de la teoría garantista, podremos saber si tales cambios normativos corresponden a un cambio estructural o a medidas aisladas que no podrán combatir el tema de impunidad en nuestro país.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Reformada el 18 de junio de 2008 en materia de justicia. Se modifican los artículos 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22. Al respecto, la aplicación de nuestra teoría procedemos a identificar lo siguiente:

Expectativas positivas, artículos: 16 (segundo párrafo) 17 (segundo párrafo), 20 (incisos B y C).

Artículo 16, segundo párrafo:

“Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud pública o para proteger los derechos de terceros.”

Este derecho es de suma importancia, puesto que vinculado a un procedimiento penal, como ya hemos descrito anteriormente, el inicio de la averiguación previa o en su caso, la fase de investigación (investigación inicial y complementaria), tiene por objeto el esclarecimiento de los hechos, los cuales

deberán estar respaldados por datos o información obtenida para avanzar a la fase intermedia.

Si bien es cierto que el nuevo sistema de justicia penal va de la mano con la Teoría del Caso⁴¹⁶, la cual se ejecuta a partir de la investigación, es importante decir que tal teoría construye los hechos de la comisión de un delito. De tal forma, el Ministerio Público apoyado de la policía auxiliar a su cargo, integrará el caso con los datos e información recolectados, todos ellos bajo la licitud de su actuación. Por lo tanto, la inobservancia de los elementos de seguridad pública a los derechos fundamentales, repercute en la vida privada de la persona, alentando con esto al ejercicio de los actos de molestia.

Artículo 17, párrafo segundo:

“Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales”

Este derecho es uno de los pilares en el nuevo sistema de justicia penal, pues al momento de referirse a la administración de justicia se refiere al momento que el iniciado queda a disposición ante la instancia jurisdiccional, siendo que primará la prontitud e imparcialidad como una de las virtudes *sine qua non* el juzgador deberá ajustarse para cumplir su función bajo los derechos humanos.

Es importante mencionar que esta agilidad se reforzará por la vigilancia del juez de control quien velará las etapas del proceso, desde su fase de la investigación administrativa hasta la ejecución de la pena. Así, el juez de control

⁴¹⁶ Según cita González Obregón a Baytelman, *“La teoría del caso es la idea básica y subyacente a toda nuestra presentación en juicio, que no sólo explica la teoría legal y los hechos de la causa, sino que vincula la evidencia tanto como es posible dentro de un todo coherente y creíble. Sea que se trate de una idea simple y sin adornos o de una compleja y sofisticada, la teoría del caso es un producto del trabajo del abogado. El concepto básico alrededor del cual gira todo lo demás.”* Véase GONZÁLEZ Obregón, Diana C. Óp. Cit. Pág. 229.

es la extensión del brazo de juicio oral que permite la protección de los derechos fundamentales.

Artículo 20, inciso B. De los derechos de toda persona imputada:

I. A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa;

II. A declarar o a guardar silencio. Desde el momento de su detención se le hará saber los motivos de la misma y su derecho a guardar silencio, el cual no podrá ser utilizado en su perjuicio. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida sin la asistencia del defensor carecerá de todo valor probatorio;

III. A que se le informe, tanto en el momento de su detención como en su comparecencia ante el Ministerio Público o el juez, los hechos que se le imputan y los derechos que el asisten. Tratándose de delincuencia organizada, la autoridad judicial podrá autorizar que se mantenga en reserva el nombre y datos del acusador.

La ley establecerá beneficios a favor del inculpado, procesado o sentenciado que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de delitos en materia de delincuencia organizada;

IV. Se le recibirán los testigos y demás pruebas pertinentes que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándose para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, en los términos que señale la ley;

V. Será juzgado en audiencia pública por un juez o tribunal. La publicidad sólo podrá restringirse en los casos de excepción que determine la ley, por razones de seguridad nacional, seguridad pública, protección de las víctimas, testigos y menores, cuando se ponga en riesgo la revelación de datos legalmente protegidos, o cuando el tribunal estime que existen razones fundadas para justificarlo.

En delincuencia organizada, las actuaciones realizadas en la fase de investigación podrán tener valor probatorio, cuando no puedan ser reproducidas en juicio o existan

riesgos para testigos o víctimas. Lo anterior sin perjuicio del derecho del inculgado de objetarlas o impugnarlas y aportar pruebas en contra.

VI. Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso.

El imputado y su defensor tendrán acceso a los registros de la investigación cuando el primero se encuentre detenido y cuando pretenda recibírsele declaración o entrevistarlo. Asimismo, antes de su primera comparecencia ante juez podrán consultar dichos registros, con la oportunidad debida para preparar la defensa. A partir de este momento no podrán manifestarse en reserva las actuaciones de la investigación, salvo los casos excepcionales expresamente señalados en la ley cuando ello sea imprescindible para salvaguardar el éxito de la investigación y siempre que sean oportunamente revelados para no afectar el derecho de defensa;

VII. Será juzgado antes de cuatro meses si se tratase de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año se la pena excediera de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa;

VIII. Tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención. Si no quiere o no puede nombrar un abogado, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le asignará un defensor público. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera, (...)

C. De los derechos de la víctima o del ofendido;

I. Recibir asesoría jurídica; ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y, cuando lo solicite, ser informado del desarrollo del procedimiento penal;

II. (...) a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la investigación como en el proceso, a que se desahoguen las diligencias correspondientes, y a intervenir en el juicio e interponer los recursos en los términos que prevea la ley. (...)

III. Recibir, desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia;

IV. Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño, sin menoscabo de que la víctima u ofendido lo pueda solicitar directamente, y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria.

La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación de daño;

V. Al resguardo de su identidad y otros datos personales en los siguientes casos: cuando sean menores de edad; cuando se trate de delitos de violación, trata de personas, secuestro o delincuencia organizada; y cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa. (...)

VI. Solicitar las medidas cautelares providencias necesarias para la protección y restitución de sus derechos, y

VII. Impugnar ante autoridad judicial las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño.”

Aplicando la teoría garantista en la parte dogmática de la Constitución, específicamente en los artículos relativos a la administración de justicia, vemos que preponderantemente la mayor parte de expectativas positivas las encontramos en el artículo 20. En cuanto a los derechos del imputado se refiere, destacamos la presunción de inocencia, guardar silencio, conocimiento de la imputación, beneficios para el imputado si colabora con la investigación y ser juzgado sin demora.

Algunos derechos ya los hemos analizado anteriormente, en este caso enfatizaré en la presunción de inocencia y los beneficios que puede obtener el imputado si colabora con la investigación, tratándose en materia de delincuencia organizada. El primer derecho que referimos, es fundamental, puesto que si bien

es cierto que es considerado un principio, a partir de la reforma de 2008 se establece en el rango constitucional como derecho. Esto significa que la presunción de inocencia se establece como una dualidad, por un lado como principio que se le atribuye a distintos derechos del debido proceso y orientado al principio *in dubio pro reo*, y por otro lado, es un derecho específico del conjunto de prerrogativas constitucionales, establecido, en este caso en el artículo 20 citado.

Anterior a la reforma constitucional de 2008, la presunción de inocencia se lograba inferir en nuestra Carta Magna en los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero, y 102, apartad A, párrafo segundo de la Constitución nacional. Así lo estableció la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.⁴¹⁷ Sin embargo, en dicha interpretación, se reconoce la libertad del inculpado, siendo que el Estado podrá privarlo de este mismo si existiese suficientes elementos incriminatorios y seguido de un proceso penal. En tal sentido, la implementación del sistema penal acusatorio no permitiría privar de la libertad al imputado, salvo excepciones que establece la normatividad y bajo las medidas cautelares con previa autorización del juez. Esto se debe a que la existencia de elementos suficientes, materializándose la etapa de investigación, permitiría iniciar la fase intermedia para ir construyendo la acusación formal que se presentará en audiencia de juicio oral. Entonces, la presunción de inocencia al establecerse como principio y derecho es uno de los pilares de nuevo sistema de justicia penal.

En cuanto al segundo derecho, el imputado se beneficiará si colabora con la investigación, tratándose de delincuencia organizada. Este derecho, que parcialmente podremos llamarlo así, se configura en el modelo estadounidense del *plea bargaining*, entendiéndolo como *“los acuerdos que realizan las partes, para beneficiarse mutuamente. El fiscal en representación del Estado y del pueblo o*

⁴¹⁷ Establecido en un criterio jurisprudencial emitido por el Pleno de la Suprema Corte de la Nación, con tesis p. XXXV/2002, no. de registro: 186, 185, relativa a la novena época, tomo: XVI, agosto de 2002, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Véase, PLASCENCIA Villanueva, Raúl. “La Presunción de Inocencia en el Derecho Penal Mexicano”. En *Revista Anual de la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal*. Primera Edición, México 2010. Pág. 212.

comunidad, acepta bajar su solicitud de penalidad, si el acusado colabora como aliado de la justicia”⁴¹⁸, ante esto, vemos que más que un derecho es un error estructural, pues en el entendido de Zamora Pierce:

*“El Ministerio Público, en primer lugar, encuentra el plea bargaining el camino para deshacerse de la sobrecarga de trabajo y evitar el riesgo de perder el caso. El juez, igualmente, encuentra en este procedimiento la forma de eliminar el trabajo de manera rápida, efectiva y sin riesgo de que su resolución sea revocada en apelación”*⁴¹⁹

Entonces, el “derecho” de beneficiarse por contribuir con la investigación está orientado a la negociación para evitar mayor desgaste del Ministerio Público y el Juez. Por lo tanto, esto representa un punto débil puesto que la solicitud del Ministerio Público de una penalidad por un delito no deberá estar motivada por la negociación para evitar las diligencias, sino por la obligación que le corresponde para integrar su teoría del caso. Sobre todo, tratándose de delincuencia organizada, la cual se considera como un delito federal, la negociación o beneficio por contribuir con la investigación, rompe el proceso penal, además se llega a una autoinculpación válida del imputado sin pasar a una audiencia de juicio. Por lo tanto, a nuestro entender, el *plea bargaining* o el “derecho” a beneficiarse por contribuir con la investigación, atenta contra la presunción de inocencia y el debido proceso penal en sus diferentes etapas.

Asimismo, otro de los derechos importantes es el ser juzgado sin demoras. Este derecho está correlacionado con el buen funcionamiento del nuevo sistema de justicia penal, del cual resaltamos la figura del Juez de Control, quien velará por los derechos fundamentales durante todas las etapas del proceso. La demora del juicio tiene una doble afectación, por un lado, el inculpado quien también integra su teoría del caso a través de su defensa, el retraso implica que en el supuesto que el Ministerio Público solicitó medidas cautelares al juez, directamente se priva

⁴¹⁸ JUÁREZ Cacho, Ángel. Óp. Cit. Pág. 23.

⁴¹⁹ ZAMORA Pierce, Jesús. “Justicia Alternativa en Materia Penal”. En FERRER Mac-Gregor, Eduardo (coord.) *Procesalismo Científico Tendencias Contemporáneas. Memoria del XI Curso Anual de Capacitación y Preparación para Profesores de Derecho Procesal*. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México 2012. Pág. 137

de otros derechos al imputado por un tiempo mucho más prolongado, abriendo posibilidades de incomunicación y/o abuso de autoridad; y por otro lado, la víctima u ofendido, el retraso significa un distanciamiento en esa impartición de justicia y en su caso, la reparación del daño.

Ahora bien, en los derechos de la víctima, es menester resaltar ciertas prerrogativas tales como: a que se le reciban todos los elementos de prueba, tanto en la investigación como en el proceso; a la reparación del daño; y la solicitud de medidas cautelares. El primero tiene que ver con la operatividad del Ministerio Público al momento de recibir la denuncia o querrela. Así, todos los elementos que la víctima u ofendido aportan al cúmulo de pruebas que son potencialmente válidas para ser admitidas ante la audiencia de juicio oral. También, con este derecho, se protege a la víctima que dado el caso, el Ministerio Público pueda declarar el No Ejercicio de la Acción Penal, lo que anterior a la reforma llevó al fomento de la impunidad.

En la reparación de daño, nos dice Olvera López, se ha convertido en un *“derecho fundamental, por lo tanto, para el derecho penal ya no es un fin subsidiario del ius puniendi, sino un fin primario”*⁴²⁰. Entonces, el sistema de justicia también transita de ser retributiva a una restaurativa, donde la característica de retribución está enfocada a castigar al delincuente, en cambio, la restauración son medidas a la reparación del daño, no sólo a la víctima u ofendido, sino al imputado en una calidad de absolucón.

Ahora bien, pasamos a la identificación de las expectativas negativas, que en el sentido de la teoría garantista, se refieren a todas aquellas prohibiciones. Al respecto, Ferrajoli crítica que para el Estado es mucho más sencillo establecer medidas prohibitivas para mantener el *statu quo*, pues esto no representa ningún otro costo, ni requiere mayores obligaciones para el Estado. Tales expectativas la encontramos en los siguientes artículos: 14, 15, 16 (párrafos primero, tercero y

⁴²⁰ OLVERA López, Juan J. “Alternatividad y Oportunidad en el Sistema Penal Acusatorio”. En *el Nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio desde la Perspectiva Constitucional*. Editorial Consejo de la Judicatura Federal Poder Judicial de la Federación. México, 2011. Pp. 180-202.

décimo), 17 (párrafo primero), 18 (párrafo primero), 19 (párrafo primero), 20 (inciso A, fracción VI, inciso B fracción IX), 22 (primer párrafo) y 23.

Artículo 14:

“A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.

En los juicios de orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata. (...)”

Esta prohibición tiene la función protectora de la ley vigente, pues esta cualidad de la norma se fija el ámbito de validez territorial, temporal y material. Por lo tanto, la ley en este sentido debe favorecer a la persona o afectarla lo menor posible.

En el segundo párrafo, establece que no debe haber afectaciones a la persona en sus libertades, propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos. Esto es de gran trascendencia, pues se contrapone a las medidas cautelares que establece la Constitución, y es aquí donde, a nuestro punto de vista, el juzgador debe sopesar la competencia de derechos. En este caso, si tales prohibiciones que menciona este párrafo tienen más peso para la protección de la víctima u ofendido, entonces, ¿Cómo el juzgador logra determinar si una medida cautelar contra el imputado es mucho más relevante que la afectación de sus libertades y derechos que menciona el artículo en comento? La respuesta no es sencilla.

El dilema inmediato es si la justicia se encuentra por encima de los derechos fundamentales o si éstos últimos deben primar sobre la justicia o ¿Cómo se puede proveer justicia sin respetar los derechos humanos? En un primer

momento, la historia y jurisprudencia internacional nos han dado un par de reveses sobre la importancia de los derechos humanos. Así, la producción de los tribunales internacionales *ad hoc* que mencionamos en el primer capítulo, se han creado bajo una categoría *sui generis*, donde el fin último de tales instancias jurisdiccionales era sancionar bajo el Principio de *Justicia Universal*. Claro está que se tratan de crímenes de *lesa humanidad*, entonces, teniendo este breve pasaje, la decisión del juzgador en el momento de encontrar la verdad, podrá supeditar los derechos humanos a los objetivos de la justicia, sólo en casos excepcionales, fundando y motivando las razones para ello. El problema más delicado no es la expedición de medidas cautelares, sino que es una facultad exclusiva del juzgador.

El párrafo tercero, la imposición de penas por simple analogía o aún por mayoría de razón queda prohibida. La teoría garantista menciona que las decisiones que concluye un juicio penal:

“No basta, que tengan éxito o que genéricamente satisfagan las funciones de prevención y de seguridad (...) Ni basta que reciban el consenso de la comunidad: ni una amplísima mayoría y ni siquiera la totalidad de los consensos pueden justificar que se acepte como presupuesto de una decisión penal una tesis no probada o no sometible a prueba. No se puede sacrificar la libertad de un hombre de quien no se haya verificado la responsabilidad penal al interés o a la voluntad de todos.”⁴²¹

En consecuencia, la imposición de penas por simple analogía no se ajusta a lineamientos del Estado democrático, donde el derecho penal se fundamenta por supuestos jurídicos y fácticos. Ni por consenso de mayoría se pueden imponer penas o excluir derechos a una persona o minoría. Asimismo, la tipicidad es un *sine qua non* de la aplicación de los supuestos jurídicos, los cuales deberán superar la exégesis y promover el ejercicio hermenéutico y aplicación jurisprudencial.

Artículo 15:

⁴²¹ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón...Óp. Cit. Pág. 68.

“No se autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos, ni para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde cometieron el delito, la condición de esclavos; ni de convenios o tratados en virtud de los que se alteren los derechos humanos reconocidos por esta Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte”

Este artículo prevé la competencia de Estado mexicano para velar por los derechos fundamentales en territorio nacional. Además, la extradición es entendida como:

“El acto mediante el cual un Estado hace entrega a una persona que se halla en su territorio a otro Estado que la reclama, por tener ahí el carácter de inculpada, procesada o convicta por la comisión de un delito, a fin de que sea sometida a juicio o reclusa para cumplir con la pena impuesta”⁴²²

Por lo tanto, prohibición de la celebración de tratados para la extradición tiene relación directa con el artículo 1 constitucional, siendo que en el momento que cualquier individuo se encuentre en territorio mexicano, gozará de los derechos que consagra nuestra Carta Magna y de los Tratados Internacionales de derechos humanos de los que el país sea parte. En tal sentido, el Estado Mexicano es consciente que existen diversas legislaciones que pueden atentar contra ciertos derechos humanos, tal como la vida, en el caso que otro país considere en su legislación la pena de muerte, por mencionar un ejemplo.

Artículo 16:

“Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. (...)

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con

⁴²² Véase, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XIV, octubre de 2001, p. 21, tesis P. XIX/2001.

pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión. (...)

Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal.”

En el primer párrafo, es una prohibición que limita el abuso de autoridad, siendo que ninguna persona deberá ser molestado en cualquier de los supuestos mencionados sin que exista un fundamento legal para ello. Entonces, cualquier acto que no lleve aparejado el fundamento legal de la autoridad competente, está incurriendo en una violación de derechos humanos, acto que podrá servir para iniciar un procedimiento contra tal funcionario público.

Al respecto, aquí el Ministerio Público y la policía auxiliar quienes iniciarán las diligencias que lleva la etapa de investigación, tienen el deber de ajustarse al fundamento legal, siendo que el juez de control podrá ser el vigilante de los derechos tanto del imputado como de la víctima u ofendido.

En el segundo párrafo citado, la orden de aprehensión, a nuestro punto de vista, es una acción que atenta contra el principio de presunción de inocencia. En el supuesto que establece la constitución, en el caso de existir una denuncia o querrela, además que obren datos que el imputado cometió el ilícito o participó para su comisión, para nosotros resulta insuficiente, puesto que no existe una acusación formal, siendo que ésta última se desahoga en audiencia de juicio oral. Además esto atenta contra el debido proceso, puesto que si la orden de aprehensión es un recurso excepcional, aquí se deja entrever la aplicación como regla general.

El tercer párrafo, refiere a uno de los problemas estructurales que han existido con el Ministerio Público antes de la reforma constitucional. Aquí, se han descubierto problemas como: detenciones ilegales, incomunicación, tortura, entre

otros. Así, antes de la reforma, el imputado debía presentar ante el Ministerio Público las pruebas que sustentaran su inocencia, siendo que al indiciado le resultaba complicado preparar su defensa desde la trinchera del régimen de detención.

En este sentido, la actuación del MP posterior a la reforma constitucional, si bien es cierto que se mantiene la responsabilidad del MP de retener a los detenidos, hasta que sean presentados al Juez, durante el plazo referido, entonces, por mandato del artículo 20, le corresponde a los jueces de control vigilar, controlar, avalar y en su caso, descalificar las acciones llevadas a cabo durante la etapa de investigación.⁴²³

Artículo 17: *“Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho”*

Más allá de la prohibición de no recurrir al uso de la violencia en un momento de afectación de intereses de un particular o interés común, este artículo se refiere directamente a la impartición de justicia, donde la facultad y competencia la tienen los distintos tribunales. A nuestro entender, los tribunales tienen dos funciones importantes en la impartición de justicia, primero, son los principales protectores y garantes de los derechos fundamentales; y segundo, su *“rol como institución estatal, con la posibilidad de crear normas jurídicas mediante resoluciones e interpretaciones de actos legislativos, convirtiéndose en la fuente de control más importante, además del uso directo de la fuerza.”*⁴²⁴ Así, esta prohibición de imponer la voluntad para impartir justicia por propia mano, atenta contra el Estado de Derecho, donde en última instancia es el Estado a través de sus tribunales que pueden incluso, analizar e interpretar sin una norma atenta contra los derechos fundamentales.

⁴²³ SILVA Mesa, Juan N. “Prólogo”. En libro *El Nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio, desde la Perspectiva Constitucional*. Editorial, Consejo de la Judicatura Federal Poder Judicial de la Federación. México, 2011. Pág. 17.

⁴²⁴ CONCHA Cantú, Hugo A. “Una aproximación a la administración de justicia en México”. En *Justicia. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional I*. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México. México 2001. Pág. 68.

Artículo 18: *“Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.”*

La forma de redacción de este párrafo no está, necesariamente, orientada en forma de una prohibición evidente, sin embargo, la condicionante de establecer la prisión preventiva por delitos que merezcan pena privativa de libertad refiere a la prohibición de la comisión del ilícito en tal grado, esto en cuanto a la forma; y respecto al fondo, el Código Penal Federal, menciona en su Capítulo II, artículo 25 que la prisión durará de tres días a sesenta años, además, agrega que la *“privación de libertad preventiva se computará para el cumplimiento de la pena impuesta así como de las que pudieran imponerse en otras causas (...)”*⁴²⁵. Entonces, existen dos elementos a considerar:

Primero, hablar de pena privativa de libertad o prisión no hace referencia, necesariamente, a los delitos graves, puesto que vemos que la prisión puede durar desde tres días a sesenta años. Por lo tanto, la prisión preventiva⁴²⁶ da lugar a una regla general de aplicación cuando así lo considere el juzgador.

Segundo, la computación de la pena desde la prisión preventiva, si bien es cierto que se considera una ventaja del imputado, o en ese caso culpable, también es cierto que esta figura se considera como parte de la pena, en consecuencia, se atenta directamente contra el principio de presunción de inocencia. En este sentido, previamente a la resolución del juicio, el imputado está purgando una pena, privado de su libertad, por lo que se hace un prejuicio de su culpabilidad.

Adicionalmente, la prisión preventiva también tiene su reglamentación en el artículo 19 constitucional, en la ejecución de esta figura tratándose en los casos de

⁴²⁵ Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Código Penal Federal. Última reforma publicada DOF 26-12-2013.

⁴²⁶ Según nos comenta Jiménez y Gómez, existe una gran variedad de la figura de la prisión preventiva, a ésta se le llama indistintamente como: detención, prisión, retención, reclusión, arresto, custodia o encarcelación; y se le califica como: preventiva, provisional, preliminar, prejudicial, judicial procesal, entre otras. Véase, JIMÉNEZ y Gómez, María del Carmen. “Desaparición de la prisión preventiva”. En *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, núm. 19, 2007, pp. 147-154.

delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos como medios violentos como armas y explosivos, y delitos que la ley penal califique como graves. Al respecto, nos comenta Arriaga Valenzuela y Hernández León que:

“Al momento en que el constituyente permanente estableció un catálogo de delitos bajo los cuales la prisión preventiva se transforma en una medida de carácter oficioso y obligatorio, aun cuando la Constitución cumple con la reserva de ley y la exigencia de taxatividad como estándares mínimos para la restricción de derechos fundamentales, desde la dimensión material los mismos son afectados de forma indebida.”⁴²⁷

El carácter oficioso rompe el límite de excepcionalidad para la aplicación de esta medida, siendo que el juzgador tiene el punto de referencia en el catálogo de delitos y basta los ilícitos que sean sancionados con pena privativa de libertad para la ejecución de la prisión preventiva. A nuestro entender, más allá de atentar con el principio de presunción de inocencia, no se cumplen las formalidades de las etapas del proceso penal, como: inexistencia de la igualdad jurídica, pues se hace una sobrevaloración del hecho imputado; el imputado no tiene los medios necesarios para la defensa adecuada, siendo que al estar recluido, aunque tenga el derecho de un defensor, la preparación de la defensa y la acción penal privada⁴²⁸ que contempla la nueva legislación se ven mermadas, por mencionar algunos ejemplos.

Artículo 19:

“Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que

⁴²⁷ ARRIAGA Valenzuela, Luis A. y HERNÁNDEZ León, Simón A. Auto de Vinculación a Proceso y Prisión Preventiva. En libro Derechos Humanos en la Constitución. Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana, T. II.

⁴²⁸ A partir de la reforma constitucional de 2008, el artículo 21 señala que *“el ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al Ministerio Público. La ley determinará los casos en que los particulares podrá ejercer la acción penal ante autoridad judicial.”* Véase, Secretaría de Gobernación. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. México, 2014.

establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.”

La detención ante autoridad judicial debe estar fundada y motivada, pues el supuesto que maneja el artículo en comento es el auto de vinculación a proceso. Es importante puntualizar que ésta última es una fase previa al juicio oral, donde se le da a conocer al imputado los detalles de la investigación que se inicia en su contra. Nos parece pertinente esta prohibición, siendo que ésta trae aparejada una obligación del juzgador y a su vez un derecho del indiciado.

Artículo 20, inciso A De los principios generales:

“VI. Ningún juzgador podrá tratar asuntos que estén sujetos a proceso con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra, respetando en todo momento el principio de contradicción, salvo las excepciones que establece la Constitución. (...)

Inciso B. De los derechos de toda persona imputada.

IX. En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención, por falta de pagos de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo.

La prisión preventiva no podrá exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso y en ningún caso será superior a dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado. Si cumplido este término no se ha pronunciado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares.

En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de detención.”

En el inciso A, fracción VI, se establece la prohibición del juzgador de desahogar la audiencia de juicio oral sin comparecencia de alguna de las partes. Entonces, la ley al prohibir, garantiza una obligación del juzgador de observar la

igualdad entre las partes y la igualdad jurídica, además, el principio de contradicción de la acusación que realiza el MP en dicha audiencia.

En cuanto a los derechos del imputado en el inciso y fracción señalado es coherente con el artículo 17 constitucional, en el supuesto de que el imputado no tenga el recurso suficiente para cubrir honorarios de su defensa, queda prohibido el aumento de la prisión o detención. De esta manera se deja entrever que si el imputado no tuviera los medios para contratar a un abogado defensor, es el Estado quien deberá proveerle uno.

Ahora bien, la prisión preventiva que establece la fracción IX segundo párrafo, a nuestro punto de vista representa todavía un problema estructural que el Estado, a través de su impartición de justicia, no han podido resolver. El tiempo máximo que el imputado podrá estar en prisión preventiva no podrá superar los dos años, de cualquier manera, significa que es un tiempo extenso cuando no se han tenido los suficientes elementos para realizar la acusación formal en audiencia de juicio oral. Al respecto, Chacón Rojas nos comenta que:

“En la realidad los efectos de la prisión preventiva no se diferencian de los que implica la pena de prisión, al contrario, en muchos sentidos los efectos de la vida del sujeto de la prisión provisional son los mismos o más intensos, por lo que en muchas ocasiones e, incluso, desde la misma doctrina, se ha perdido de vista su naturaleza cautelar.”⁴²⁹

Ante este tipo de medidas que más que una excepción, es una práctica común la aplicación de esta medida cautelar, la cual se traduce en un adelanto de la pena y además, se expone al individuo, innecesariamente, de someterse a alguna violación de derechos humanos, tal como la incomunicación o tortura. Para ello, el juez de control que prevé la ley para la protección de los derechos fundamentales, en este sentido, resulta insuficiente, pues el objetivo de este juez

⁴²⁹ CHACÓN Rojas, Oswaldo y NATAREN Nandayapa Carlos F. *Las Medidas Cautelares en el Procedimiento Penal Acusatorio*. Editorial, Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal. Disponible en pdf [<http://www.setec.gob.mx/work/models/SETEC/PDF/DGEPN-11MedidasCautelares.pdf>] Fecha de consulta [20/05/14]

no lleva a una función preventiva de la violación, sino reaccionaria, cuando la violación está en su máximo esplendor, entonces se integran las investigaciones contra los servidores públicos involucrados. Esta es una de las principales críticas en la mayoría de países que contemplan la prisión preventiva, sin reforzar otras medidas cautelares, las cuales el Estado Mexicano está trabajando en ello.

Es bastante delicado la prisión preventiva como medida cautelar, pues como hemos señalado, no existen fundamentos específicos para su aplicación, más bien, existen lineamientos generales donde el juzgador selecciona del menú de medidas cautelares, y la prisión preventiva como regla general. En tal sentido, también otras medidas cautelares que contempla el nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales, que pueden ser violatorias a los derechos fundamentales, tal como mencionamos de la queja del ombudsman nacional realizó ante la aprobación del citado código, se puede generar actos de molestia que prevé el artículo 16 antes mencionado y cualquier otro abuso de autoridad.

En este sentido, la prohibición de la prisión preventiva como medida cautelar en el nuevo sistema de justicia penal, no ha tenido el efecto que el legislador busca, limitar el abuso de esta medida, al contrario, el establecimiento de prohibiciones, según nos comenta Ferrajoli, es una de las acciones más sencillas que realiza el Estado. El principal reto es dar cumplimiento cabal a las obligaciones, pues las prohibiciones al pagarse con penas, sean privativas de libertad o no, provocan que el sistema jurídico no sea progresivo, en cambio, las obligaciones de diversa índole, abonan al sistema de justicia un carácter evolutivo, adaptando nuevas estrategias a los problemas más actuales.

Ahora pasamos al desarrollo de las garantías secundarias. Éstas se establecen en todas aquellas obligaciones que el Estado, representado por sus servidores públicos, deberán observar para permitir la actualización y retroalimentación del mismo sistema de justicia, a partir de la reforma de 2008.

Al respecto, las garantías secundarias se establecen en los siguientes artículos constitucionales: artículo 16 (párrafos: Cuarto, Quinto, Sexto, Séptimo,

Octavo, Décimo Primero, Décimo Segundo, Décimo Cuarto, Décimo Quinto y Décimo Sexto); Artículo 17 (párrafos: tercero, cuarto, quinto, sexto y séptimo); Artículo 18 (párrafos: segundo, tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo y noveno); Artículo 19 (párrafos: segundo, tercero, cuarto, quinto y séptimo); Artículo 20 (inciso A, fracciones: VII, VIII, X; inciso C, fracción II, IV, V párrafo segundo); y Artículo 21 (párrafos: primero, segundo, tercero, cuarto, octavo, noveno y décimo)

Artículo 16:

“La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculpado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal.

Cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público. Existirá un registro inmediato de la detención.

Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundado y expresando los indicios que motiven su proceder.

En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley.

La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días. (...)

En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir, a solicitud del Ministerio Público, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluirla, un acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia.

Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas, excepto cuando sean aportadas de forma voluntaria por alguno de los particulares que participen en ella. El juez valorará el alcance de éstas, siempre y cuando contengan información relacionada con la comisión de un delito. En ningún caso se admitirán comunicaciones que violen el deber de confidencialidad que establezca la ley. (...)

Los Poderes Judiciales contarán con jueces de control que resolverán, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran de control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos. Deberá existir un registro fehaciente de todas las comunicaciones entre jueces y Ministerio Público y demás autoridades competentes.

Las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes. Los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio.

La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía; y exigir de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales, sujetándose en estos casos, a las leyes respectivas y a las formalidades prescritas para los cateos. (...)

Los tres primeros párrafos citados hacen alusión a la orden de aprehensión y la detención. Aquí se menciona la obligación de la autoridad que al momento de ejecutar una orden de aprehensión, lo realizará bajo la más estricta observancia de las formalidades y bajo su propia responsabilidad. Es importante mencionar

que este tipo de aprehensión es por orden directa del juzgador, que en primera instancia deberá ser él quien gire instrucciones a las autoridades correspondientes, sin embargo, en el vínculo directo con el imputado, se pueden encontrar diversas autoridades, en los tres órdenes de gobierno. Nos parece acertado la responsabilidad de quien ejecuta no debe tener dilaciones una vez que el imputado se encuentra a su disposición, pues de haber demoras, se puede incurrir en incomunicación, malos tratos, abuso de autoridad, detenciones ilegales o tortura.

Hablando de la detención que puede realizar el particular sobre el indiciado en el momento que éste se encuentre cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido. Aquí debemos tener extremo cuidado en hacer sobrevaloraciones sobre un delito, sin embargo, el legislador apunta la obligación de cualquier individuo de impedir la materialización del ilícito. Por ello, en el artículo 7 del Código Penal Federal se establece que:

“Delito es una acción u omisión que sancionan las leyes penales.

En los delitos de resultado también será atribuible el resultado típico producido al que omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente. (...)⁴³⁰

Vemos que la obligación de prevención del delito no sólo se conjuga con las estructuras de seguridad pública y/o seguridad nacional, sino los ciudadanos pueden ser coparticipes en limitar la producción de conductas ilícitas. Sin embargo, más allá de la legislación, habrá que preguntarnos ¿La mayoría de ciudadanos son capaces de detener y distinguir con claridad en el momento que un ilícito se está cometiendo? La respuesta se enfoca que el ciudadano no siempre tiene la posibilidad de actuar por diferentes circunstancias debido a: temor, desconocimiento de un ilícito, represalias, entre otros. A nuestro punto de

⁴³⁰ Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Código Penal Federal. Óp. Cit.

vista, cuando hablamos de impedir un delito, es una sobrevaloración de un hecho que le corresponde al Ministerio Público determinar si tales actos son elementos de la ley penal sustantiva.

Asimismo, es deber de la autoridad judicial de ordenar la detención del indiciado cuando se trata de delitos graves, calificados así por la ley. Sin embargo, la excepción de hora, lugar o circunstancia, cuando no se pueda recurrir ante el juez, es el Ministerio Público quien podrá cumplir tal orden. Esto nos parece que refuerza la acción penal del MP, pues este servidor público tiene la facultad de determinar los elementos necesarios si una acción está o estuvo encaminada al quebrantamiento de la ley penal.

En cuanto a la figura del arraigo, podemos decir que es un recurso que ha prevalecido desde antes de la reforma de 2008 y posterior a ella. Como medida cautelar es delicada su utilización, primero porque se detiene para investigar, lo que significa que el imputado podrá pasar de 40 a 80 días en una investigación que el MP puede o no tener certeza sobre la existencia de elementos incriminatorios, mientras tanto, ya se ejerció una detención calificada por “sospechosismo”, la cual no es congruente con los instrumentos internacionales, sobre todo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 15, instrumento que ya citamos en líneas anteriores.

En los párrafos Décimo primero, Décimo segundo y Décimo tercero, se refieren a la orden de cateo y las inviolabilidad de las comunicaciones privadas. Los lineamientos que invoca para el cumplimiento de la orden de cateo es, primero, se inicia por solicitud del Ministerio Público; segundo, es el juez quien lo autoriza; y tercero, su ejecución tiene competencia en el lugar indicado y con la persona o personas que haya de entenderse. En ese sentido, tal solicitud queda supeditada a la instancia jurisdiccional, quien deberá velar por el cumplimiento de las formalidades en concordancia con el respeto de los derechos fundamentales.

La intervención de cualquier comunicación privada se establece por dos características, primero, quienes están facultados para ello son: la autoridad

judicial federal y el titular del Ministerio Público de la entidad federativa que corresponda. Además, estas facultades son únicas y exclusivamente en el ámbito penal, no aborda otras ramas del derecho como son las de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo.

Asimismo, es importante el párrafo décimo cuarto que refiere a los jueces de control quienes estarán vinculados los Poderes Judiciales, y resolverán las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad. Es importante que el legislador prevé un registro de todas las comunicaciones entre jueces y ministerio público, pues como hemos visto, son estas las autoridades que intervienen para realizar diversas acciones tendientes a abonar a las investigaciones y a la protección de los derechos fundamentales.

En cuanto al artículo 17, resaltamos el establecimiento de mecanismos alternativos de solución de controversias, siendo que se prevé la reparación del daño y la supervisión judicial para su cumplimiento. Este artículo representa una de las obligaciones principales del nuevo sistema de justicia penal, pues anterior a la reforma de 2008, existía una sobrecarga de trabajo para la procuración de justicia, además, mayormente el congestionamiento de los casos y términos constitucionales que debía cumplirse alimentaba muchas veces la impunidad. Con la creación de mecanismos alternativos de solución de controversias, alrededor de un 60 y 70 por ciento de los casos se pueden resolver por medio de la justicia alternativa.⁴³¹ Los mecanismos de solución de controversias pueden ser definidos como:

“Una gama de procedimientos que sirven como alternativas a los procedimientos adjudicatorios de litigio y arbitraje para la solución de controversias, que por lo general

⁴³¹ Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal. *Medios Alternativos de Solución de Controversias*. Disponible en pdf [<http://www.setec.gob.mx/work/models/SETEC/docs/DGPCD/medios-alternativos.pdf>] Fecha de consulta [20/05/14]

*aunque no necesariamente involucran la intercesión y asistencia de un tercero neutral que ayuda a facilitar la discusión.*⁴³²

Entonces, para solucionar pacíficamente un conflicto no es necesaria la intervención de policía o incluso del Ministerio Público, sólo la voluntad de las partes y la existencia de un mediador quien tiene facultad para validar el acuerdo. Asimismo, otro elemento importante de este tipo de solución es la reparación del daño, pues las partes fijan la forma y modo de reparación del daño. La relevancia de la solución de controversias de forma pacífica no tiene vencimiento en ninguna etapa del proceso penal, al contrario, las partes podrán invocar este derecho, siendo, obligatoria la parte jurisdiccional de facilitar tal negociación o poner a las partes a disposición de un centro de mediación, previamente establecido y reconocido por el Estado.

A nuestro punto de vista, existen dos puntos clave del éxito de los mecanismos alternativos de conflictos. Primero, estos mecanismos son mayormente aplicados en otras ramas del derecho que no tienen que ver exactamente con la última ratio. Por ejemplo, en problemas de índole civil-mercantil, laboral, agrario, por mencionar algunos ejemplos, se utiliza la vía de conciliación. Por lo tanto, podemos decir que se puede aprovechar la experiencia de estas ramas y aplicarla en las controversias penales. El único desperfecto que podemos visualizar que se reduce el carácter del *ius puniendi* que tiene el Estado ante el quebrantamiento de la norma; y segundo, la flexibilidad del Derecho Penal de evolucionar en la prontitud de impartición de justicia. Las víctimas o afectados requieren el dinamismo de la impartición de justicia, en tal sentido, para delitos menores, se puede abrir mayores posibilidades de concretar en un acuerdo.

Ahora bien, podemos enfatizar del artículo 18, el sistema penitenciario, pues la obligación del Estado en este tipo de instituciones está orientada a la Escuela Penitenciaria Francesa que describimos en Primer Capítulo. Así, la

⁴³² Citado por ESTAVILLO Castro, Fernando. "Medios Alternativos de Solución de Controversias." En *Obra en Homenaje a Rodolfo Cruz Miramontes. Tomo I*. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México 2008. Pp. 203-250.

organización de sistema penitenciario se basa en el respeto por los derechos humanos; capacitación en educación, salud, deporte y medios de reinserción social. En este sentido, la escuela de la defensa social establece que en la concepción del derecho penal, tiene la misión de proteger:

“A la sociedad contra los criminales, mediante una protección por un conjunto de medidas extra penales que limitan o se agregan al delincuente métodos curativos o educativos; mediante la política criminal se establecerá tanto la prevención preventiva, como individual”⁴³³

En este párrafo, vemos que el delincuente es tratado como un enfermo y que el Estado tiene la obligación de rehabilitarlo para reinsertarlo a la sociedad. Sin embargo, México debe ir avanzando con tales programas, no sólo dentro del sistema penitenciario, sino al exterior, pues el principal reto de todo “rehabilitado” es intentar rehacer su vida cotidiana, la cual no siempre se logra por el inmediato rechazo social.

En cuanto al cuarto párrafo del artículo 18, aborda el establecimiento de un sistema integral de justicia, para menores infractores, respetando los derechos humanos. Esto se traduce en el establecimiento de medidas específicas para los menores de 18 años de edad, quienes serán tratados distinto a los adultos, así lo establece La Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho de la Niñez. También, para los menores de 12 años, se prevé que el Estado les brinde asistencia social para una rehabilitación. Para cumplir con todo ello, los órdenes de gobierno estarán a cargo de instituciones, tribunales y autoridades especializados en la procuración e impartición de justicia para adolescentes. Aquí es importante mencionar que uno de los mayores retos es la protección de los menores, pues tratar a uno menor como un adulto en la comisión o participación de un delito, rompe el estándar internacional y en automático a una violación a todo un acervo jurídico tanto de la ONU como de la OEA.

⁴³³ HERNÁNDEZ Islas, Juan Andrés. Óp. Cit.

En este punto, el tratamiento de menores ante la impartición de justicia es delicado debido a que si los menores pueden ser imputables o inimputables de un delito. Para ello, Calero Aguilar nos comenta que existen tres métodos para determinar las causas de inimputabilidad: el biológico, el psicológico y el mixto. El primero, se refiere cuando el individuo no tiene la madurez mental para conocer y entender las consecuencias de sus actos; el segundo, para comprender la ilicitud de una conducta se requiere un mínimo de salud mental; y el tercero, deben converger el desarrollo biológico, psicológico y la integración social.⁴³⁴

Uno de los mayores retos que tiene México es que en el sistema de justicia no existía una clara diferencia en el enjuiciamiento entre un adulto y un menor, la regla general era que ante la comisión de un delito, ser menor simplemente significaba una atenuante ante la pena, la cual se purgaba en las prisiones para adultos. En otras palabras, no prevalecía el interés superior del menor que contempla la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de la Niñez de 1989.

Ahora, el artículo 19 retoma el tema de la prisión preventiva, como parte de una medida cautelar, su carácter oficioso por el juez cuando se trata de delito grave, así calificado por la ley penal, el auto de vinculación y las autoridades responsables cuando el indiciado se encuentra internado. Esto ya lo comentamos en líneas anteriores.

Artículo 20. Como hemos citado, la fracción VII, comenta de la terminación anticipada del proceso penal, en el supuesto que el imputado reconociera ante el juez, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, que participó en el delito y existiendo los elementos suficientes que corroboren tal reconocimiento, el juez citará a audiencia de sentencia. En este sentido, la autoridad judicial deberá tener extremo cuidado, puesto que como sabemos y mencionamos en el segundo capítulo, la autoinculpación no es un elemento suficiente, sino los demás

⁴³⁴ Véase, CALERO Aguilar, Andrés. "El Nuevo Sistema de Justicia para Adolescentes en México". En *Derechos Humanos: Temas y problemas*. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) México, 2010. Pág. 242.

elementos que reafirman el reconocimiento de participación. Esto se vincula con la fracción VIII donde el juez sólo condenará cuando exista convicción de culpabilidad del imputado.

De lo anterior podemos decir que la obligación del Estado, a través del Ministerio Público y peritos de diversos perfiles, deberá integrar las investigaciones necesarias para establecer una relación entre los hechos materiales del delito, la descripción del ilícito y la posible participación del imputado. Entonces, la investigación con técnica jurídica y otras disciplinas de apoyo podrán abonar a la integración correcta de la teoría del caso. Cualquier prueba que se realice, violentando derechos humanos, será nula, según reza la fracción IX.

El artículo 20, inciso C, fracción II párrafo segundo, menciona que cuando el Ministerio Público considere que no es necesario el desahogo de una diligencia, tiene la obligación de fundar y motivar su negativa. A nuestro entender, esta obligación se alinea al no ejercicio de la acción penal (NEAP), la cual Castro la entiende como:

“El no ejercicio de la acción penal, es decir la orden final de archivar definitivamente una investigación de un hecho delictuoso denunciado, puede examinarse por encontrarse que: a) no está demostrado que exista un delito que perseguir; o b) que existiendo esa comprobación al señalado como responsable en realidad no se ha comprobado lo que es; puede impugnarse.”⁴³⁵

Entonces, el no ejecutar una diligencia, entendiendo ésta última que puede abonar la investigación, el MP deberá fundar y motivar tal decisión. Al respecto, se puede retomar la diligencia vía por recurso jurisdiccional o bien, por la vía administrativa, en este caso, la Procuraduría que corresponda.

En las fracciones IV y V refieren a la reparación del daño y al resguardo de la identidad y otros datos personales, lineamientos que abordamos anteriormente. No obstante, el segundo párrafo de la fracción V comenta que es obligación del

⁴³⁵ CASTRO Juventino V. Óp. Cit. Pág. 23.

Ministerio Público garantizar la protección de la víctima, ofendidos, testigos y todo sujeto que intervenga en el proceso.

Aquí, es importante mencionar que el legislador tiene cuidado de extender la norma para establecer una legislación a favor de la víctima, sin embargo, deja a un lado el respeto de los derechos de la persona imputada. Por lo tanto, esto deja entrever la posición que toma el MP en el proceso, ligada a la víctima y no necesariamente a la verdad jurídica, pues el inculpado es inocente y deberá ser tratado como tal hasta que el MP no tenga suficientes pruebas, realice investigaciones, acuse formalmente, además de esperar la sentencia condenatoria que corrobore su acusación, hasta entonces, el MP deberá también velar por los derechos de los inculpados.

El artículo 21 menciona en sus dos primeros párrafos sobre el Ministerio Público quien le corresponde la investigación de delitos y el ejercicio de la acción penal ante los tribunales. Además se abre la posibilidad que la acción penal pueda ejecutarse por particulares. Como ya comentamos anteriormente, esto es un agregado importante, pues en el supuesto que el particular no pueda asistir ante el Ministerio Público, podrá iniciar la acción penal acorde al artículo 16 constitucional ya comentado.

También, vemos que este artículo contempla en su párrafo cuarto, que la autoridad administrativa puede aplicar sanciones por infracciones a reglamentos gubernativos y de policía. La ejecución de sanciones son: multas, arresto hasta por treinta y seis horas o trabajo a favor de la comunidad. Por lo tanto, únicamente la imposición de penas privativas de libertad y demás que la ley prevea, corresponde a la autoridad judicial.

Un punto trascendental que vemos en este artículo es el reconocimiento de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional. No obstante, si bien es cierto que el Presidente de la República es quien firma los Tratados Internacionales, según lo establece el artículo 89 constitucional, es el Senado quien los aprueba. En consecuencia, la firma y ratificación del Estatuto de Roma de 1998 se reconoce la

jurisdicción de la Corte Penal Internacional, lo que sería redundante aprobar tal reconocimiento.

Así, vemos que bajo la teoría garantista ferrajoliana, el Nuevo Sistema de Justicia Penal si refiere un cambio estructural para transitar correctamente hacia un modelo de corte acusatorio, que si bien existe un cumulo de prohibiciones, también existen obligaciones (garantías secundarias) para la materialización de un Estado de derecho.

No obstante, todavía existen problemas que deberán ajustarse paso a paso, tal como: el arraigo, la prisión preventiva, los actos de molestia, el tratamiento de menores en el nuevo sistema penal, entre otros. Queda un largo camino que se podrá analizar y evaluar a partir de 2016, donde en teoría todos los Estados de la República deberán instaurar cambios normativos para la aplicación del sistema penal acusatorio.

Los Estados de la República quienes han iniciado esta transición, según datos, para la operación parcial de este sistema, lo encontramos en: Baja California, Chiapas, Durango, Guanajuato, Nuevo León, Oaxaca, Zacatecas y Yucatán.⁴³⁶ Por lo tanto, la aplicación del Nuevo Sistema de Justicia lleva un avance significativo y parece ser una propuesta para el mejoramiento de los derechos humanos. No obstante, en palabras de Ramos Koprivitz:

“La utilización de la corrupción como herramienta eficaz para controlar las acciones de la autoridad en contra del crimen, ha arraigado en la sociedad la percepción de desconfianza, que frente al temor e incertidumbre, desconfía, prejuzga y descalifica a la autoridad gubernamental.”⁴³⁷

⁴³⁶ Según datos de 2012. Véase, Vizcaíno Zamora, Álvaro. *¿Cómo va la reforma constitucional al Sistema de Justicia Penal a cuatro años de su inicio?* Disponible en línea [http://www.inacipe.gob.mx/investigacion/INACIPE_opina/articulos_recientes/Como%20va%20la%20reforma%20constitucional%20al%20Sistema%20de%20Justicia%20Penal%20a%20cuatro%20anos%20de%20su%20inicio.php] Fecha de consulta [25/05/14]

⁴³⁷ RAMOS Koprivitz, Ulises Sandal. México Frente al Derecho: corrupción, narcotráfico, tortura y piratería. Quadrivium, México, 2011. Pág. 69.

Entonces, México debe extremar precauciones, pues la corrupción puede arrebatar la batalla en un esfuerzo importante en materia de derechos humanos.

Conclusiones.

El Sistema Penal Acusatorio en México representa un avance significativo en acceso a la justicia, el cumplimiento de los principios rectores del debido proceso penal y la observancia de los derechos humanos. No obstante, la transición hacia un sistema penal acusatorio denota un camino forzado, por no decir, una labor titánica en el tratamiento del delito, la pena y el delincuente, que como hemos visto, México mantiene aspectos de las escuelas penales, lineamientos del finalismo, causalismo y de la defensa social. Ésta última pretende replicarse en el Sistema Penitenciario Mexicano.

En cuanto a la influencia del Derecho Internacional Penal, México se muestra distante, puesto que la legislación interna no prevé en *stricto sensu* extraer la experiencia de los tribunales internacionales *ad hoc* y permanentes, siendo que en su mayoría, éstas instancias jurisdiccionales fueron creadas por mandato de la ONU, a través del Consejo de Seguridad y han sido productoras de jurisprudencia importante en la persecución y enjuiciamiento de delitos contra la humanidad. En el caso de la Corte Penal Internacional, México todavía mantiene un candado que limita la intervención directa de tal instancia para el enjuiciamiento de criminales internacionales. Es un tema pendiente que bien merecería el desarrollo de una nueva investigación.

Asimismo, la reforma Constitucional de 2008 se vio nutrida por la reforma de 211. Para ello, integrantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación instauraron la obligación del Control de Convencionalidad que desemboca en un Control de Constitucionalidad, y viceversa. Se trata de un ejercicio que deben aplicar funcionarios públicos participantes de la administración e impartición de justicia. Para los jueces es obligación invocar el principio *ex officio*, el cual permite

inaplicar o invalidar una norma contraria a la Constitución y los Tratados Internacionales; para los Fiscales o Ministerio Públicos, ejercer el principio *pro personae*, en aras de ajustarse a la norma que más favorezca al individuo, ya sea la Constitución o los Tratados Internacionales de derechos Humanos.

No obstante, el Control de Convencionalidad y las obligaciones que conlleva, son insuficientes para una ágil aplicación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Para ello, la Teoría Garantista de Luigi Ferrajoli representa una propuesta que abona a la misión jurisdiccional en dos sentidos:

Primero, se confirma que esta teoría es una herramienta para entender los Tratados Internacionales de derechos humanos de cara a las reformas constitucionales mencionadas. Así, el análisis de las directrices de los tratados es expresado en garantías primarias y garantías secundarias, traducidas en derechos, prohibiciones y obligaciones. Los instrumentos internacionales que analizamos fueron los pactados en foros de la ONU y OEA, firmados y ratificados por el Estado Mexicano. A través de este primer ejercicio, pudimos evidenciar que los tratados analizados establecen, en mayor parte garantías primarias y una menor parte garantías secundarias. Esto significa dos cosas, primero, que pueden ser instrumentos de carácter declarativo, que tampoco le resta su observancia; y segundo, que para evolucionar en un mayor entendimiento de tales instrumentos, necesariamente México deberá recurrir al análisis de la jurisprudencia internacional, pues es a través de estos foros, una oportunidad de conseguir mayor experiencia con el derecho internacional.

Segundo, esta teoría aplicada a nuestra Constitución, específicamente en la parte dogmática en materia de justicia, permite evidenciar que la reforma de 2008 y 2011 si representan un cambio estructural en aras del ajuste a un Nuevo Sistema de Justicia Penal. Tal aplicación dio como resultado un mayor equilibrio entre garantías primarias y secundarias, lo que bajo la propuesta de Luigi Ferrajoli, más allá de transitar hacia un sistema penal acusatorio, se refiere a la reducción de un Estado de Derecho liberal y un mayor Estado de Derecho social. Entonces,

la dogmática jurídica como método y ciencia del derecho penal, tiene una función de interpretación del derecho positivo y la Teoría Garantista Ferrajoliana es herramienta para el cumplimiento de tal fin.

Ante todo esto, si bien es cierto que México tiene un avance significativo en materia de acceso a la justicia y respeto por los derechos humanos, existen todavía cuentas pendientes que solucionar tales como:

a) La reforma Constitucional de 2008 debe tener un eco en todos los Estados de la República Mexicana para 2016. A dos años que se cumpla esta fecha de vencimiento, todavía hemos sido incapaces de instaurar tal sistema, siquiera en la mitad de los Estados de la Federación. El desperfecto de origen fueron los esfuerzos aislados y la aprobación de un Código Nacional de Procedimientos Penales que ha tenía fuertes críticas por la lista de medidas cautelares que prevé, invitando a un abuso de autoridad y por ende violaciones a los derechos fundamentales.

b) Todavía persisten problemas desde antes de la reforma de 2008. Al desarrollar los dos procesos penales, vemos que prevalece la prisión preventiva, el arraigo, el precario tratamiento de menores, un disfrazado derecho de beneficiarse por contribuir con la justicia, lo que en Estados Unidos le llama *plea bargaining*, principalmente.

Así, la prisión preventiva y los supuestos que establece para su ejecución, todavía resulta en un régimen de detención extenso y que atenta contra el principio de presunción de inocencia; el arraigo, todavía es más agresivo, puesto que al tratarse de delincuencia organizada, se realiza una sobrevaloración que puede terminar en un régimen de incomunicación o tortura; el derecho a beneficiarse por contribuir con la justicia, para nuestro punto de vista, este es uno de los problemas más nefastos pues limita el ejercicio de investigación con el fin de conseguir las pruebas, autoinculpación y un olvido del juicio oral. Por ende, rompe con el debido proceso penal en sus diferentes etapas.

En cuanto a los avances de la instauración del Sistema Penal Acusatorio, sin duda es el mayor dinamismo de las estructuras de la administración e impartición de justicia, incluyendo una sociedad más activa. Dentro de los avances más significativos, vemos:

La creación de jueces de control, quienes se encargan de velar por los derechos humanos en las etapas del proceso penal y son los que autorizan las medidas cautelares;

La protección de la persona bajo el principio de presunción de inocencia. Aquí el Ministerio Público debe llevar una investigación y tener elementos suficientes para hacer su acusación formal ante instancia jurisdiccional;

Juicio oral ajustado a los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad, inmediación, igualdad ante la ley y presunción de inocencia;

La ley penal prevé el recurso de solución alternativas de conflictos. Esta medida permitirá menos congestionamiento en la administración de justicia y por lo tanto, mayor prontitud. Para ello, se han creado Centros de Mediación en los Poderes Judiciales;

La reparación del daño, contempla tanto a la víctima u ofendidos como al imputado en caso de confirmar su inocencia, en sus diversas formas como: la restitución, indemnización, proyecto de vida, satisfacción y garantías de no repetición; participación de la sociedad a través de la acción penal privada, no es necesario interponer denuncia o querrela ante el Fiscal o Ministerio Público, la ley establece los supuestos de recurrir ante instancia jurisdiccional; entre otros.

Por lo tanto, la transición hacia un sistema penal acusatorio es un proceso largo y que lleva modificaciones jurídicas, políticas y sociales, no obstante, México deberá tener mayor apertura hacia el Derecho Internacional y conseguir cambios significativos para la impartición de justicia que permitan reajustar los problemas

que se logran evidenciar en las primeras experiencias de aplicación del Nuevo Sistema de Justicia en México.

Bibliografía.

AGUILERA Portales, Rafael E. y LÓPEZ Sánchez, Rogelio. “Los Derechos Fundamentales en la Teoría Jurídica Garantista de Luigi Ferrajoli”. En libro *Nuevas Perspectivas y Desafíos en la protección de los Derechos Humanos*. Editorial UNAM, México 2011. P.p. 49-82.

ALCALDE Luján, Bertha M. “La Vinculación a Proceso en el Nuevo Sistema de Justicia Penal en México”. En *Revista Semestral del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal*. Año III, Abril 112, Número IV. Pp. 6-13

ALDONEY Ramírez Rodrigo. “La implementación del Estatuto de Roma en el derecho interno y otras cuestiones fundamentales de derecho penal internacional” En *Temas actuales del derecho penal internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania y España*. Editorial Konrad-Adenauer-Stiftung E.V

ARMENTA Deu, Teresa. “Juicio de acusación, imparcialidad del acusador y derecho de defensa”. *Revista Ius et Praxis*. Año 13, nº 2. Pág. 86

ARRIAGA Valenzuela, Luis A. y HERNÁNDEZ León, Simón A. Auto de Vinculación a Proceso y Prisión Preventiva. En libro *Derechos Humanos en la Constitución*. Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana, T. II.

BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal y el Estado de Derecho*. Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005.

BENAVENTE Hesbert, Chorres. “El Derecho Constitucional a la presunción de inocencia en Perú y México, así como su relación con los demás derechos constitucionales”. En *Estudios Constitucionales*, Año 7, Nº 1, 2009. Pp. 59-89.

CALDERON Cerezo, A y CHOCLÁN J.A. *Derecho Penal*. Editorial Bosch, Barcelona, 1999.

CALDERÓN Gamboa, Jorge F. “La reparación del daño al proyecto de vida en casos de tortura”. En *Memorias del Seminario Los instrumentos nacionales e internacionales para prevenir, investigar y sancionar la tortura*. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) México, 2005.

CALERO Aguilar, Andrés. “El Nuevo Sistema de Justicia para Adolescentes en México”. En *Derechos Humanos: Temas y problemas*. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) México, 2010. Pág. 242.

CARBONELL, Miguel y PÉREZ Pórtillo, Karla (Comp.) *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Textos básicos. Tomo I. Editorial Porrúa. México 2003.

CARBONELL, Miguel. "El Ministerio Público en la Reforma Constitucional de 2008". En libro *La Situación Actual del Sistema Penal Mexicano*. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) México, 2011. Pp. 79-92.

CARPISO, Jorge. "La interpretación del artículo 133 constitucional". En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Año 1969, Número 4, Enero-Abril. México, D.F. Pp. 3-32.

CASSEL Douglas." El sistema procesal penal de Estados Unidos". En *XII Congreso Mundial de Derecho Procesal. Vol. IV: Sistema de enjuiciamiento penal y sus órganos de acusación*. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2005. Pp. 349-375.

CASTELLANOS, Fernando. *Lineamientos elementales de Derecho penal*. Editorial Porrúa, México 1977.

CASTILLO Garrido, Salvador. Los jueces de control en el sistema acusatorio. ¿Un nuevo órgano de control constitucional en México? En *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. Número 25, julio-diciembre 2011. P.p. 31-57.

CASTILLO Meneses, Yadira. "La eficacia y legitimidad de la Corte Especial para Sierra Leona desde el Derecho Internacional" En *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*. Núm. 20, enero-junio, 2012, Pp. 75-101.

CASTRO, Juventino V. *El Ministerio Público en México*. Editorial Porrúa. México 2006.

COLLANTES, Jorge Luis. *La Corte Penal Internacional. El impacto del Estatuto de Roma en la jurisdicción sobre crímenes internacionales*. En "Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología". RECPC 04-07 (2002)

CONCHA Cantú, Hugo A. "Una aproximación a la administración de justicia en México". En *Justicia. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional I*. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México. México 2001.

CORDERO Sánchez, Jorge. Trans., *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. Editorial. UNAM. México, 2009

DE GONZÁLEZ Mariscal, Olga I. "El desarrollo del Derecho Penal Mexicano en el siglo XX". En libro *La ciencia del derecho durante el siglo XX*. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1998.

DIAZ Aranda, Enrique. *Derecho Penal. Parte general*. Editorial Porrúa, México, 2008.

DIAZ Aranda, Enrique. *Cuerpo del delito, probable responsabilidad y reforma constitucional de 2008*. Editorial Universidad Autónoma de México, Primera edición. México 2009

DIAZ Aranda, Enrique. *Problemas fundamentales de política criminal y derecho*. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2012

ESTAVILLO Castro, Fernando. "Medios Alternativos de Solución de Controversias." En *Obra en Homenaje a Rodolfo Cruz Miramontes. Tomo I*. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México 2008. Pp. 203-250.

FERNÁNDEZ Muñoz, Dolores E. "Las repercusiones de la Revolución Francesa en el Área del Derecho Penal". En *libro Bicentenario de la Revolución Francesa*. Editorial UNAM. México 1991

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo penal*. Editorial Trotta. Madrid, 1995.

FIGUEROA Ávila, Enrique. "Controles de constitucionalidad, de convencionalidad y de legalidad. Hacia un nuevo modelo de impartición de justicia electoral". En *Revista Judicial Electoral*, Vol. 1, N° 9, P.p. 117-154.

FOLEY Conor. *Lucha contra la tortura. Manual para jueces y Fiscales*. Editorial Human Rights Center, Universidad de Essex.

FRASCHINA Andrea Verónica. *Análisis Comparativo de la competencia de los distintos Tribunales Penales Internacionales e Internacionalizados*. Ediciones de la Fundación Càtedra Iberoamericana. Palma de Mallorca, 2008. Pág. 18. Disponible en línea [<http://fci.uib.es/Servicios/libros/veracruz/Fraschina/>] Fecha de consulta [03/02/13]

GARCÍA Belaúnde, Domingo. *El Hábeas Corpus en América Latina (algunos problemas y su tendencia reciente)* En *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*. Número 20 Julio-diciembre, Vol. 20. Año 1994. P.p. 41-62

GARCÍA Belaúnde, Domingo. *El Habeas Corpus en Perú*. Editorial Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Perú 1979

GARCÍA García, Sandra A. "El Procedimiento Penal". En *libro El Nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio, desde la Perspectiva Constitucional*. Editorial, Consejo de la Judicatura Federal. Poder Judicial de la Federación. Pp. 269-290.

García Máynez, Eduardo. *Introducción al estudio del Derecho*. Editorial Porrúa, México 2003.

GARCIA Ramírez, Sergio. "Admisión de la Competencia Contenciosa de la CIDH". En *Recepción Nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Admisión de Competencia Contenciosa de la Corte Interamericana*. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2009.

GÓMEZ Lara, Cipriano." El Debido Proceso como Derecho Humanos". En *libro Estudios Jurídicos en Homenaje a Marta Morinau, T. II: Sistemas Jurídicos Contemporáneos. Derecho comparado. Temas diversos*. Editorial UNAM, México, 2006.

GONZÁLEZ Obregón, Diana Cristal. *Manual práctico del juicio oral*. Editorial Ubijos. México, 2011.

GOZAINÍ, Osvaldo O. "El amparo y la defensa de los derechos colectivos". En libro *La Protección Orgánica de la Constitución*. Editorial UNAM, México 2011.

GUILLERMO Magno, Ludwin. *El Ministerio Público de Guatemala: un estudio histórico, comparativo, descriptivo y propositivo*. Guatemala: el autor, 2008.

HERNÁNDEZ Islas, Juan Andrés. "Derecho penal y filosofía". En *Revista Anales de Jurisprudencia*, marzo-abril 2000, Número 240. Pp. 159- 204

JACOBS, James B. "Evolución del Derecho Penal de Estados Unidos" En *Periódico electrónico del Departamento de los Estados Unidos, temas de la Democracia. La Justicia Penal en Estados Unidos*. Volumen 6, Número 1, julio de 2001. Pp. 6-17.

JIMÉNEZ De Asúa. *La ley y el delito*. Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1980

JIMÉNEZ y Gómez, María del Carmen. "Desaparición de la prisión preventiva". En *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, núm. 19, 2007, pp. 147-154.

JUÁREZ Cacho, Ángel. *Las audiencias en el proceso penal acusatorio y juicio oral*. Editorial Raúl Juárez Carro. México, 2008. Pp. 22, 23, 24 y 25

KEOHANE, Robert O. *Interdependencia, cooperación y globalismo*. En Arturo Borja Tamayo (Comp.) Editorial Centro de Investigación y Docencia Económica, A.C. (CIDE), México 2009.

LARDIZÁBAL y Uribe, Manuel. *Discurso sobre las penas contrahido a las leyes criminales de España para facilitar su reforma*. Estudio preliminar de RIVACOBBA Y Rivacoba, Manuel. Editorial Ararketo. Vitoria-Gasteiz, España, 2001.

LÓPEZ Vergara, Jorge. "La acusación en el Procedimiento Penal Mexicano." En Anuario Jurídico XII-1985. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México 1985. P.p. 407-411.

LUNA Castro, José N. "Introducción y Características Generales del Nuevo Sistema de Justicia Penal". En libro *El Nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio, desde la Perspectiva Constitucional*. Editorial Consejo de la Judicatura Federal. Poder Judicial de la Federación. Pp. 25-54.

MALARINO, Ezequiel. Trans., *La parte general de un Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática*. Editorial Fundación Konrad-Adenauer, Uruguay, 2004. Págs. 34 y 35

MALO Camacho, Gustavo. *Derecho Penal Mexicano. Teoría general de la ley penal. Teoría general del delito. Teoría de la culpabilidad y el sujeto responsable. Teoría de la pena*. Editorial Porrúa. México, 2003

MARQUÉZ Piñero, Rafael. "La dogmática jurídico-penal alemana después del finalismo. En *Liber ad honorem Sergio García Ramírez*. Tomo II. Editorial Universidad Autónoma de México. Serie E: Varios, Núm. 95. México, 1998. P.p. 1251-1276.

MARQUEZ Piñero, Rafael. *Teoría de la antijuridicidad*. Editorial UNAM, México 2003.

MARTÍNEZ Cisneros, Germán. "Delincuencia organizada VS Modelo Acusatorio de Justicia Penal". En *Revista Especializada en Juicios Orales. El Mundo de la Audiencia*. Departamento Editorial de la Coordinación de Comunicación Social del H. Tribunal Superior de Justicia del Estado de Oaxaca. Enero, 2012.

MARTÍNEZ Cisneros, Germán. "La presunción de inocencia. De la Declaración Universal de los Derechos Humanos al Sistema Mexicano de Justicia Penal". En *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*. Número 26, año 2008. México, D.F. P.p. 227-265.

MEDINA Peñaloza, Sergio J. "El Derecho Penal y la construcción del delito". En *Teoría del Delito Causalismo, finalismo, funcionalismo e imputación objetiva*. Ángel Editor. México 2001

Michele Taruffo. *Leyendo a Ferrajoli: consideración sobre la jurisdicción*. En "Cuadernos de Filosofía del Derecho". Número 31, Año 2008. P.p. 383-392

MIR Puig, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. Editorial IBdef. Montevideo, Uruguay, 2003.

MORELLO, Augusto Mario y VESCOVI, Enrique. "Medidas provisionales y medidas cautelares". En libro *Medidas provisionales y medidas cautelares en el sistema interamericano de derechos humanos*. Editorial TEMIS S.A. Bogotá, 2005. P.p. 147-203.

MORINEAU, Marta. *Una introducción al Common Law*. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2001.

MOTO Salazar, Efraín. *Elementos del Derecho*. Editorial Porrúa, México 2010

MUÑAGORRI Laguia, Ignacio. *Sanción penal y política criminal. Confrontación con la nueva defensa social*. Editorial REUS, S.A., Madrid, 1977.

Nuria González Martín. *Common Law: Especial referencia a los Restatement of the law en los Estados Unidos*. En Estudios jurídicos en Homenaje a Martha Morineau, T. Sistemas jurídicos contemporáneos. Derecho comparado. Temas diversos. Editorial UNAM, México 2006

ODIO Benito, Elizabeth. "El Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia –Justicia para la paz". En *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Vol. 24, Julio-Diciembre 1996. Pp. 133-155.

OLLÉ Sesé, Manuel. *Justicia Universal para Crímenes Internacionales*. Editorial La Ley, España 2008

OLVERA López, Juan J. "Alternatividad y Oportunidad en el Sistema Penal Acusatorio". En *el Nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio desde la Perspectiva Constitucional*. Editorial Consejo de la Judicatura Federal Poder Judicial de la Federación. México, 2011.

PELAYO Moller, Carlos M. "La reparación del daño y la efectiva protección de los derechos humanos". En *dfensor, revista de Derechos Humanos*. Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. Diciembre de 2010, número 12, año VIII. P.p. 11-15.

PLASCENCIA Villanueva, Raúl. "La Presunción de Inocencia en el Derecho Penal Mexicano". En *Revista Anual de la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal*. Primera Edición, México 2010.

PORTILLA Gómez Juan Manuel y HERNÁNDEZ Y Rojas Andrea Paula. "La Evolución de la Efectividad de los Tribunales Penales ad hoc". En *Soberanía y juridificación de las relaciones internacionales*. Editorial UNAM, FES Acatlán. México 2010.

RABASA, Emilio O. "La participación de México en la fundación de la ONU y sus reformas". En libro *Homenaje a Don César Sepúlveda. Escritos jurídicos*. Editorial UNAM, México, 1995.

RAMOS Koprivitza, Ulises Sandal. "El delito de tortura en el ámbito internacional: dos criterios opuestos". En *Sociedad Internacional Amorfa*. Editorial UNAM-UMAR, 2011. Pág. 578.

RAMOS Koprivitza, Ulises S. "La Justicia Internacional Penal". En *Revista Ciencia y Mar*. Año 2010, XIV (40):11-25.

RAMOS Koprivitza, Ulises Sandal. *México Frente al Derecho: corrupción, narcotráfico, tortura y piratería*. Quadrivium, México, 2011.

REYES Loeza, Jahaziel. "Diagnóstico sobre las medidas cautelares en el Nuevo Sistema de Justicia Penal en México". En *Revista Especializada en Juicios Orales. El mundo de la audiencia*. Edición Especial del H. Tribunal Superior de Justicia del Estado de Oaxaca. P.p. 39-50.

RODRIGUEZ N, Teresa M y SERRANO M, Rafael. "La influencia del Bushido en la Constitución Japonesa de 1889 y en el edicto imperial de la educación de 1890". En *Nuevas Perspectivas de Investigación sobre Asia Pacífico*. Editorial Universidad de Granada. Valencia, 2008.

RODRIGUEZ Y Rodriguez, Jesús. "La positivación de los derechos humanos". En *La detención preventiva y los derechos humanos en el derecho comparado*. Editorial UNAM, México 1981

RODRIGUEZ, Moisés C. *Breve introducción a las teorías criminológicas*. Editorial Reus. España, 2009.

ROUSSET Siri, Andrés J. "El concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". En *Revista Internacional de Derechos Humanos*. 2011, Año I, Número 1. P.p. 59-79.

ROXIN Claus." Problemas actuales de la política criminal". En DIAZ Aranda, Enrique, et al. *Problemas Fundamentales de la política criminal y derecho*. Editorial Universidad Autónoma de México, Serie Estudios Jurídicos, núm. 1. México, 2012. Pp. 87-105.

SANDOVAL Molina, César A. "El delito: mera tipicidad y antijuricidad". En *Revista Criterio Jurídico*. Santiago de Cali. Vol. 10, N° 1. 2010-1. P.p. 115-152.

SEARA Vázquez, Modesto. *Derecho Internacional Público*. Editorial Porrúa, México 2012. Pág

Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XIV, octubre de 2001, p. 21, tesis P. XIX/2001.

SILVA Mesa, Juan N. "Prólogo". En libro *El Nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio, desde la Perspectiva Constitucional*. Editorial, Consejo de la Judicatura Federal Poder Judicial de la Federación. México, 2011.

SIRVENT Gutiérrez, Consuelo. *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*. Editorial Porrúa, México 2011

TELLO, Manuel. "Algunos aspectos de la participación de México en la Sociedad de las Naciones". En *Foro Internacional*, Vol. 6, Número 2/3 (22-23), *La Política Exterior de México* (Oct/Dec., 1965-Jan/Mar., 1966) Pp. 358-383.

TORRES Zárate, Fermín y MARTÍNEZ, Francisco G. "Common Law: una reflexión comparativa entre el sistema inglés y el sistema estadounidense". En *Alegatos*, México 2008, N° 68-69 Enero-Agosto. Pp. 101-132.

VARELA Suanzes, Joaquín. *El Constitucionalismo Británico entre dos revoluciones: 1688-1789*. En "Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional", Número 2, Oviedo, 2000.

VARELA SUANZES, Joaquín: "La soberanía en la doctrina británica: (de Bracton a Dicey)", en Ramón Punset (coord.): *Soberanía y Constitución*. [Oviedo]: Instituto de Estudios Parlamentarios Europeos de la Junta General del Principado de Asturias., 1998;Pp. 87-165

WELZEL, Hans. *El Nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Trad. José Cerezo Mir. Editorial IB de F Montevideo-Buenos Aires. Montevideo, Uruguay, 2004

ZAMORA Pierce, Jesús. "Justicia Alternativa en Materia Penal". En FERRER Mac-Gregor, Eduardo (coord.) *Procesalismo Científico Tendencias Contemporáneas. Memoria del XI Curso Anual de Capacitación y Preparación para Profesores de Derecho Procesal*. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México 2012.

Electrografía.

A. NEWTON, Michael. "El Alto Tribunal Penal Iraquí: controversias y contribuciones". En *International Review of the Red Cross*. Número 862, junio 2006. Disponible en pdf [http://www.icrc.org/spa/assets/files/other/ricr_862_newton.pdf]

ACAT-France. *En nombre de la guerra contra la delincuencia*. Disponible en pdf [http://www.unmondetortionnaire.com/IMG/pdf/Rapport_Mexique_ACAT_Juin_2012_ESP_En_nombre_de_la_guerra_contra_la_delincuencia_Un_estudio_del_fenomeno_de_la_tortura_en_Mexico.pdf]

ALDA Mejías, Sonia. *La OEA: un actor regional en la gestión de crisis. Logros y Limitaciones*. Disponible en pdf [http://iugm.es/uploads/tx_iugm/La_OEA.pdf]

AMBOS Kai. "100 años de la Teoría del delito de Beling. ¿Renacimiento del concepto causal de delito en el ámbito internacional?" En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Disponible en pdf [<http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-05.pdf>]

AMBOS, Kai. "Dogmática jurídico-penal y concepto universal de hecho punible". En *Polít. Crim.*, N° 5, 2008, A6-5, Pp. 1-26. Disponible en pdf [http://www.politicacriminal.cl/n_06/a_6_5.pdf]

Amnistía Internacional. *Cifras sobre la pena de muerte*. Disponible en línea [<http://www.amnesty.org/es/death-penalty/numbers>]

AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Pena de muerte para ex altos cargos de Sadam Husein*. Disponible en línea [<http://www.es.amnesty.org/noticias/noticias/articulo/pena-de-muerte-para-ex-altos-cargos-de-sadam-husein/>]

ASTUDILLO Reyes, César. "Seminario Praxeología de los Derechos Humanos. Debate del nuevo marco constitucional". En *Videoteca Jurídica de la UNAM*, 7 de septiembre de 2011. Disponible en línea [<http://www.juridicas.unam.mx/vjv/video.htm?e=339&m=2155&p=888&par=2>]

BECERRA Ramírez, Manuel. "Seminario Praxeología de los Derechos Humanos. Debate del nuevo marco constitucional". En *Videoteca Jurídica de la UNAM*, 7 de septiembre de 2011. Disponible en línea [<http://www.juridicas.unam.mx/vjv/video.htm?e=339&m=2155&p=888&par=2>]

Biblioteca Jurídica de la UNAM. *Historia del delito y sus formas de persecución*. Disponible en pdf [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1621/6.pdf>]

Biblioteca Jurídica de la UNAM. *La Carta de las Naciones Unidas*. Disponible en pdf [<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/41/pr/pr26.pdf>]

Biblioteca Jurídica de la UNAM. *Panorama del Sistema Legal Mexicano*. Disponible en pdf [<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/74/art/art4.pdf>]

Biblioteca Jurídica, UNAM. *Petition of Rights(7 de junio de 1628)* Disponible en pdf [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2698/18.pdf>]

BODERO C, Edmundo René." Pedro Dorado Montero, el desmitificador de Salamanca". En *Revista Jurídica Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas. Homenaje Póstumo al Dr. Edmundo Durán Díaz*. En línea [http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=420&Itemid=101]

BORJAS Calderón, Karl Andrei. "Evolución dogmática de las teorías del concepto jurídico penal de acción" En *Revista Jurídica de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas*. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Ecuador, Mayo 2009. Disponible en pdf [http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2009/25/25_evolucion_dogmatica.pdf]

Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Disponible en pdf [<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP.pdf>]

Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. *Ley sobre la celebración de tratados*. Disponible en pdf [<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/216.pdf>]

Cámara de Diputados. H. Congreso de la Unión. *Reformas constitucionales por Artículo*. Disponible en línea [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_art.htm]

CARBONELL, Miguel. *La Reforma que México necesita*. Disponible en pdf [http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/La_reforma_penal_que_Mexico_necesita.pdf]

CARVANELI, Raúl. "La ciencia penal italiana y su influencia en Chile". En revista Política Criminal, N° 6, 2008, A4-6, P.p. 1-19. [http://www.politicacriminal.cl/n_06/a_4_6.pdf]
Cátedra Iberoamericana. *Las Salas Especiales de Camboya*. Disponible en línea [<http://fci.uib.es/Servicios/libros/veracruz/Fraschina/2.-Las-Salas-Especiales-de-Camboya..cid211448>]

CEREZO Mir, José. *La influencia de Welzel y del finalismo, en general, en la Ciencia del Derecho Penal española y en la de los países iberoamericanos*. Disponible en pdf [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20130308_04.pdf]

CHACÓN Rojas, Oswaldo y NATAREN Nandayapa Carlos F. *Las Medidas Cautelares en el Procedimiento Penal Acusatorio*. Editorial, Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal. Disponible en pdf [<http://www.setec.gob.mx/work/models/SETEC/PDF/DGEPN-11MedidasCautelares.pdf>]

CNN México. *La CNDH impugna el nuevo código único de procedimientos penales*. Disponible en línea [<http://mexico.cnn.com/nacional/2014/04/09/la-cndh-impugna-el-nuevo-codigo-unico-de-procedimientos-penales>]

Colegio de Abogados Penal Internacional. *Tribunal de Camboya*. Disponible en línea [http://bpi-icb.com/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=85&Itemid=159&lang=es]

DE GONZALEZ Mariscal, Olga Islas. *La Pena de Muerte en México*. En Biblioteca Jurídicas de la UNAM. Disponible en pdf [<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/derechocomparado/131/inf/inf19.pdf>]

DÍAZ L. Horacio. *El sistema procesal penal francés*. Disponible en línea [http://www.catedrahendler.org/doctrina_in.php?id=98]

DONAL Kagan. *Porqué Estados Unidos arrojó la bomba atómica*. Disponible en pdf [<http://www.panzertruppen.org/suscripcion/bomba.pdf>]

Federación Internacional de Derechos Humanos. *Antecedentes: la evolución del acceso de las víctimas a la justicia*. Disponible en pdf [http://www.fidh.org/IMG/pdf/4-manuel_victimes_CH-I_ESP5.pdf]

Gaceta Parlamentaria Disponible en línea [<http://gaceta.diputados.gob.mx/Black/Gaceta/Anteriores/62/2012/oct/20121002-II/Iniciativa-5.html>]

GARDUÑO YÁÑEZ, Francisco. *Tribunal Penal Internacional para Irak*. Una visión crítica. Disponible en pdf [<http://franciscogardunoyanez.com/escritos/tribunalpenal.pdf>]

GUEVARA B, José A. *La jurisdicción de la Corte Penal Internacional*. Disponible en pdf [<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/31/pr/pr4.pdf>]

GULLOCK Vargas, Rafael. *Fundamentos teóricos básicos del delito de omisión y su aplicación en el derecho penal costarricense*. Disponible en pdf [http://sitios.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/publicaciones/libros/omision_impropia.pdf]

Horacio L. Díaz. *El sistema procesal penal francés*. Disponible en línea [http://www.catedrahendler.org/doctrina_in.php?id=98] Fecha de consulta [03/01/13]
Human Rights Watch. Disponible en línea [<http://www.hrw.org/es/news/2009/11/17/eeuu-ratificar-tratado-para-la-infancia>]

Introducción. Disponible en pdf [<http://excerpts.numilog.com/books/9782297018333.pdf>] fecha de consulta [05/05/13]

JINESTA, Ernesto L. Control de Convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales. MAC-Gregor Eduardo Ferrer (Coord.) El Control Difuso de Convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales. Editorial FUNDAp. Disponible en pdf [<http://www.ernestojinesta.com/14%20-%20Control%20de%20Convencionalidad%20Ejercido%20por%20los%20Tribunales%20y%20Salas%20Constitucionales.pdf>]

La Amnistía y el indulto solo pueden beneficiar a grupos armados ilegales con carácter político y por la comisión de delitos definidos como políticos (2003) Disponible en pdf [http://www.defensoria.org.co/red/anexos/pdf/02/ac/conceptos03_1.pdf]

Luis Osciel Castaño. *El Juez constitucional y el llamado nuevo derecho*. Disponible en pdf [http://criteriojuridico.puj.edu.co/archivos/08_185_lociel_juez_constitucional.pdf]

MACHICADO, Jorge. *El Derecho penal a través de las escuelas penales y sus representantes*. Disponible en pdf [<http://ermoquisbert.tripod.com/pdfs/ep.pdf>]

MERA Palomino, Carlos Rodrigo. *La acción en el sistema penal*. Disponible en pdf [<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/13322-13323-1-PB.pdf>]

MORENO Hernández, Moises. *La influencia del finalismo en la dogmática mexicana*. Disponible en pdf [http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/280709/dp-influencia_dogmatica_mexicana.pdf]

MORGENFELD, Leonardo A. *El inicio la Guerra Fría y el Sistema Interamericano. Argentina frente a Estados en la Conferencia de Caracas (1954)*. Disponible en pdf [http://www.geipar.udelar.edu.uy/wp-content/uploads/2012/05/06_Dossier04.pdf]

NAVA Garcés, Alberto E. *200 años de justicia penal en México. Primera parte 1810-1910*. Disponible en pdf [<http://www.derecho.unam.mx/investigacion/publicaciones/librosfac/pdf/pub03/10DrNava.pdf>]

Organización de las Naciones Unidas. *La ONU en México*. Disponible en línea [http://www.onu.org.mx/organismos_representados.html]

Organización de los Estados Americanos. *Acerca de la OEA*. Disponible en línea [http://www.oas.org/es/acerca/quienes_somos.asp]

Organización de los Estados Americanos. *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura*. Disponible en pdf [<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/7.CONVENCION%20TORTURA.pdf>]

Organización de los Estados Americanos. *Introducción*. Disponible en pdf [<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/3.INTRODUCCION.pdf>]

Organización de los Estados Americanos. *Vigencia de la OEA. Documento Preparado por la Misión de Chile con el motivo del XXXIII Periodo Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos Junio de 2003*. Disponible en pdf [http://www.oas.org/xxxiiiiga/spanish/docs/OASRelevanceToday_spa.pdf]

Oscar Julián Guerrero. *El difícil encuentro entre el Proceso Penal*. Disponible en pdf [<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2006.2/pr/pr20.pdf>]

PELLICER DE BRODY, Olga. *México en la OEA*. Disponible en pdf [http://bibliocodex.colmex.mx/exlibris/aleph/a21_1/apache_media/LGB9DLQ2QGDHH27IY8GMJ1Q246GEF8.pdf]

PÉREZ Marcos, Regina Ma. *Notas sobre la génesis de la Ciencia Penal en España*. Disponible en pdf [<http://www.uned.es/dpto-derecho-politico/foregina.pdf>]

Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. *Comité de Derechos Humanos*. Disponible en pdf [<http://www.pgjdf.gob.mx/temas/4-6-1/fuentes/3-A-11.pdf>]

Procuraduría General de Justicia para el Distrito Federal. *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*. Disponible en pdf [<http://www.pgjdf.gob.mx/temas/4-6-1/fuentes/3-A-2.pdf>]

ROJAS Báez, Julio José. *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia de Reparaciones y los Criterios del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*. Disponible en pdf [<http://www.corteidh.or.cr/tablas/R22050.pdf>]

ROJAS Ortiz, Oscar Jesse y SALAZAR López Alfredo. “La tortura en México”. En *Revisa de Estudios Marítimos y Sociales, publicación del Grupo de Estudios Sociales Marítimos*. Noviembre 2012. Disponible en línea [<http://es.scribd.com/doc/76051834/LA-TORTURA-EN-MEXICO>]

SANTOS Villareal, Gabriel M. *La Pena de Muerte en el Mundo, México y los instrumentos multilaterales para su abolición*. Disponible en pdf [<http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spe/SPE-ISS-06-09.pdf>]

Secretaría de Gobernación. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Disponible en [<http://www.gobernacion.gob.mx>]

Secretaría de Relaciones Exteriores. *El Canciller concluye visita de trabajo a los Países Bajos*. Disponible en línea [<http://www.presidencia.gob.mx/articulos-prensa/el-canciller-concluye-visita-de-trabajo-a-los-paises-bajos/>]

Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal. *El proceso de aplicación de los criterios de oportunidad*. Disponible en pdf [<http://www.setec.gob.mx/work/models/SETEC/PDF/ProcesoAplicacion.pdf>]

Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal. *Medios Alternativos de Solución de Controversias*. Disponible en pdf [<http://www.setec.gob.mx/work/models/SETEC/docs/DGPCD/medios-alternativos.pdf>]

Suprema Corte de Justicia de la Nación. “*Convención Americana sobre Derechos Humanos ‘Pacto de San José de Costa Rica’*”. En *Compilación de Instrumentos Internacionales sobre Protección de la Persona aplicable en México*. Disponible en pdf [<https://www.scjn.gob.mx/libro/InstrumentosConvencion/PAG0259.pdf>]

Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Compilación de Instrumentos Internacionales sobre Protección de la Persona aplicables en México. Derecho Internacional de los Derechos Humanos.* Disponible en pdf [<http://www.scjn.gob.mx/libro/documents/instrumentosinternacionales.pdf>]

Vizcaíno Zamora, Álvaro. *¿Cómo va la reforma constitucional al Sistema de Justicia Penal a cuatro años de su inicio?* Disponible en línea [http://www.inacipe.gob.mx/investigacion/INACIPE_opina/articulos_recientes/Como%20va%20la%20reforma%20constitucional%20al%20Sistema%20de%20Justicia%20Penal%20a%20cuatro%20anos%20de%20su%20inicio.php]

W. Jeandidier. *Les théories pénales du code pénal de 1810 à nos jours.* Disponible en línea

[http://ledroitcriminel.free.fr/la_sciences_criminelle/penalistes/introduction/jeandidier_theories_penales.htm]

ZAMUDIO Arias, Rafael. "Principios rectores del nuevo proceso penal, aplicaciones e implicaciones: oralidad, intermediación, contradicción, concentración". En *El Nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio, desde la perspectiva Constitucional*. Consejo de la Judicatura Federal. Disponible en pdf [[http://www.cjf.gob.mx/reformas/documentos/ElNuevosistemadeJusticiaPenalAcusatorio.p](http://www.cjf.gob.mx/reformas/documentos/ElNuevosistemadeJusticiaPenalAcusatorio.pdf)df]