

Derechos Humanos y Justicia Penal

COORDINADORAS:

María del Rosario
Molina González
María de Jesús
Camargo Pacheco

CUADERNOS DE SOFÍA
EDITORIAL

Colección Las Lecturas de Amandamaría



UNIVERSIDAD DE SONORA
"El Saber de mis Hijos hará mi Grandeza"

Editorial Cuadernos de Sofía

CUADERNOS DE SOFÍA
EDITORIAL

DERECHOS HUMANOS Y JUSTICIA PENAL

**María del Rosario Molina González
María de Jesús Camargo Pacheco
(Coordinadoras)**

**Colección
Las lecturas de Amandamaria
2021**

Derechos Humanos y Justicia Penal.
ISBN: 978-956-9817-41-0
Primera Edición Enero de 2021

Portada y Contraportada
Graciela Pantigozo de Los Santos
Cuadernos de Sofía
www.cuadernosdesofia.com

Referencia del libro: María del Rosario Molina González y María de Jesús Camargo Pacheco. (Coordinadoras).
Derechos Humanos y Justicia Penal. Cuadernos de Sofía, Santiago, Chile. 2021.

ÍNDICE

Prólogo Dr. Jorge Pesqueira Leal	08
Introducción	12
Capítulo I. El estado de cosas inconstitucional del sistema carcelario en Colombia: análisis de una crisis persistente <i>Omar Huertas Díaz, María del Rosario Molina González</i>	15
Capítulo II. De la crisis de seguridad a la crisis de derechos humanos <i>Luis González Placencia</i>	28
Capítulo III. El daño moral en materia penal. Análisis retrospectivo desde la jurisprudencia mexicana <i>María de Jesús Camargo Pacheco, María Teresa Gaxiola Sánchez</i>	42
Capítulo IV. La nueva investigación del delito: aspectos esenciales a la luz del Código Nacional De Procedimientos Penales <i>Germán Guillén López</i>	59
Capítulo V. La constitución y el derecho penal. Bajo el enfoque de los derechos Fundamentales <i>Javier Quenta Fernández</i>	76
Capítulo VI. Una aproximación a la libertad religiosa, libertad de conciencia y objeción de conciencia sanitaria en México. <i>José de Jesús Chávez Cervantes, Rogelio Barba Álvarez</i>	85

DERECHOS HUMANOS Y JUSTICIA PENAL

COMITÉ CIENTÍFICO INTERNACIONAL

DRA. PATRICIA BROGNA

Universidad Nacional Autónoma de México, México

DR. JAVIER CARREÓN GUILLÉN

Universidad Nacional Autónoma de México, México

DR. JUAN R. COCA

Universidad de Valladolid, España

DR. MARTINO CONTU

Universidad de Sassari, Italia

DR. JOSE MANUEL GÓNZALEZ FREIRE

Universidad de Colima, México

DR. JUAN GUILLERMO MANSILLA SEPÚLVEDA

Universidad Católica de Temuco, Chile

DRA. FRANCESCA RANDAZZO

Universidad Nacional Autónoma de Honduras, Honduras

DR. ALEX VÉLIZ BURGOS

Universidad de Los Lagos, Chile

PRÓLOGO

Con cada ocasión en la que los investigadores generamos conocimiento, se ilumina el sendero de la sabiduría y se abre espacio a la curiosidad intelectual de aquellos lectores interesados en profundizar sobre temas de su interés y cuando las reflexiones de los autores se vinculan a temas para comprender mejor la realidad social el impacto trasciende al aprendizaje, ya que mueve a la transformación de la realidad.

Ahora nos encontramos ante un colectivo de autores que, desde distintos márgenes y áreas disciplinarias, nos proponen adentrarnos a realidades que a todos nos preocupan, mostrándonos, desde su perspectiva, los elementos para comprenderla y adoptar una postura al respecto.

La ventaja del trabajo en grupo sobre temas diversos, es una excepcional oportunidad para que los coautores eleven la calidad de sus investigaciones respectivas, tal y como sucede en esta magnífica obra.

Los Derechos Humanos y La Justicia Penal, ambos temas materia de esta miscelánea, son más que pertinentes en los tiempos que vivimos y tienen como hilo conductor la necesidad de toda sociedad de producir condiciones para que se respete la dignidad de cada uno de sus ciudadanos y, en consecuencia, sus derechos fundamentales que tantas vidas han contado para que en el mundo contemporáneo se den las condiciones para gozar de éstos.

Huerta y Molina nos muestran la flagelante realidad del sistema penitenciario colombiano y su investigación refleja lo que sucede en América Latina con las personas privadas de la libertad.

Atentar contra la dignidad de los reclusos en espacios de encierro, no sólo son infracciones de las que resultan responsables penalmente el personal penitenciario, sino que también por el incumplimiento del deber de las autoridades, la dignidad es violentada entre los propios internos, lo que convierte a los reclusorios en lugares donde cotidianamente se vulneran los Derechos Humanos.

Las condiciones de vida infrahumanas de las que dan cuenta los coautores nos obligan a tomar posición sobre la realidad de los denominados “Centros de readaptación social” en México; sobre todo porque nuestro país, desde hace ya más de veinte años, ha renunciado a la obligación de readaptar a los delincuentes, en virtud de que justificó subjetivamente tan relevante compromiso con la comunidad y lo sustituyó por la reintegración o reinserción social, que no se compromete con la identificación de las causas del delito y con los cambios de patrones de conducta que con frecuencia debe experimentar el activo del delito para abstenerse de reincidir.

Claro está, la investigación de los coautores nos muestran la respuesta que al estado de cosas que se viven en las cárceles colombianas, ha dado la Corte Constitucional de dicho país, así como la decisión del Estado Nacional de tomar las primeras medidas a través de la obtención de cifras por medio de instituciones como la Defensoría del Pueblo, La Procuraduría General de la Nación, Las Personerías Municipales y los Despachos Judiciales.

Nos comentan los coautores que, llevada a cabo la revisión de la realidad, la Corte Constitucional de Colombia ha establecido una serie de condiciones que debe cumplir el Estado Nacional y, claro está, considero que éstas tienen plena viabilidad para ser planteadas a naciones de América Latina cuyo sistema carcelario se encuentra en condiciones similares o más graves.

Luis González Plasencia, investigador de prestigio internacional y líder de la defensa de los Derechos Humanos en nuestro país, nos obsequia un interesante estudio sobre lo que él atinadamente denomina “la crisis de la seguridad a la crisis de los Derechos Humanos”.

La calidad de González Plasencia como acucioso investigador y el hecho de haberse encontrado al frente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos en los tiempos más álgidos de la seguridad pública y ciudadana en México, convierte este texto en un testimonio veraz de la realidad en que vive nuestra nación, específicamente en materia de Derechos Humanos.

Los argumentos del autor dan, sin duda alguna, sustento a sus hipótesis en el sentido de que el éxito de la transición económica y el fracaso de la transición política, fueron variables independientes para el fortalecimiento de las actividades criminales, para la descomposición de la política criminal y para la transformación de una crisis de seguridad en una de Derechos Humanos; aunque me parece de interés común identificar la variable y sus consecuencias del neoliberalismo y el nuevo rostro del narcotráfico, a partir de la última década del pasado siglo, y que aparece en escena como un poder invisible que no se bate con las fuerzas institucionales de la seguridad pública, cuyo poder, insólita y fácticamente, da vigencia al vetusto principio de inviolabilidad como excepción de aplicación de la Ley Penal.

González Plasencia da cuenta de la forma en que evolucionó la violencia criminal a partir de la penúltima década del siglo XX, explicando la democratización de los delitos patrimoniales y, en especial, de aquéllos que tienen tal contenido como es el caso del delito de secuestro.

Asimismo, nos habla del renacimiento de los principios esenciales de la Escuela Clásica del Derecho Penal, identificando como parteaguas de este suceso, la entrada en vigor en 1995 de la Ley General que Establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública, lo que se traduce en que un sistema de justicia penal en perfecto estado de funcionamiento, que responde con severidad y eficiencia el delito, dispone de todos los elementos requeridos para disuadir al delincuente e imponer sanciones ejemplares que garantizan la eficacia de la intimidación en sus vertientes, genéricas o específicas, y que asegura la existencia de un estado capaz de hacer realidad la seguridad ciudadana.

González Plasencia devela los factores que desbordaron la criminalidad; en particular el narcotráfico, que capitalizó a partir del año 2000, la alternancia en el poder para sacudirse del control al que estaba sometido, regional y nacionalmente, retando al Estado Mexicano que terminó por declarar una guerra que hasta ahora se combate; por cierto, con incertidumbre.

En su narrativa, el autor nos guía por la realidad que México vive y se refiere a la respuesta del Estado Mexicano, tanto en el ámbito de políticas públicas como de la creación de nuevas leyes; sin embargo, sus conclusiones generales, crean incertidumbre y la sensación de que el Estado Mexicano ha sido incapaz hasta ahora de someter a la ley y al orden a la criminalidad.

Los enfrentamientos del Estado Mexicano, en especial con la delincuencia organizada, la cifra de muertos y desaparecidos, el aumento en el consumo al interior del país de drogas, así como el incremento de las cifras sobre trasiego a otros países; los continuos enfrentamientos con las fuerzas del orden, los desplazamiento de comunidades o el control sobre regiones enteras, nos muestran un horizonte confuso y propicia condiciones de riesgo para la democracia mexicana de ahí la importancia del examen y de las conclusiones que nos plantea el Dr. González Plasencia.

El tema que abordan Camargo y Gaxiola se ha mantenido en el olvido en materia penal y sus escasas aproximaciones tanto en la doctrina como en la jurisprudencia son la muestra del histórico desinterés en el pasivo del delito y la investigación de éstos nos muestra cómo es que, paso a paso, se considera a la víctima, sobre todo a partir de las reformas constitucionales a nuestra Carta Magna en los años 1993, 2000 y 2008, las cuales se han convertido en referentes que abren espacio para que el ofendido reclame el daño moral ocasionado por la conducta criminal.

El abordaje de los coautores es pertinente en virtud de que la víctima u ofendido ha cobrado un espacio de primer orden en el Procedimiento Penal Acusatorio y Oral. En efecto, en la naciente doctrina que busca consolidar las nuevas instituciones que regula el procedimiento penal, nos muestra cómo es que el daño moral equivale a heridas emocionales ocasionadas por el autor del delito y, dependiendo de su profundidad, aumenta el grado de dificultad para cicatrizar y sanarlas psicológicamente, lo que nos permite valorar a través de la prueba pericial la magnitud del daño moral ocasionado.

La aportación de los coautores describe el estado que actualmente guarda en México la figura del daño moral, lo que tiene un significativo valor, ya que abre espacio para que, al fin, este tema se aborde con la profundidad que amerita.

Desde el acercamiento a su definición, pasando por la valoración, en lo que toca a determinados tipos penales hasta arribar a los medios probatorios, los coautores nos conducen hacia reflexiones sobre las posibilidades con las que cuenta actualmente la víctima u ofendido para que se le repare el daño moral.

De singular interés resultan los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en relación con el daño moral en la materia penal, en virtud de que a la fecha no ha profundizado en este rubro, lo que coloca en estado de exposición a la víctima u ofendido.

Los coautores sintetizan en cinco puntos su evaluación sobre la evolución de la figura jurídica en comentario, tomando prioritariamente como referencia las posturas de la Judicatura Federal, y justificadamente cuestionan el impacto que los criterios jurisprudenciales han tenido en la práctica. Así encontramos que el punto cuarto refleja el largo camino que queda por transitar para alcanzar la eficaz aplicación del daño moral; esto lo observamos cuando sostienen que las cantidades ridículas que se fijan por este concepto, son reflejo de la inadecuada interpretación que se hace del marco jurídico mexicano y de los Tratados Internacionales en la materia ratificados por México.

La monografía del Dr. Germán Guillen López, producto de su rigurosa formación y vasta experiencia, aparece en tiempos en los que se hace necesaria su lectura por todos los operadores

del procedimiento penal acusatorio y oral; ya que en ésta se combinan la profundidad de los conocimientos y la soltura para conducirnos por la investigación del delito a la luz del Código Nacional de Procedimientos Penales. Este tema resulta indispensable para el lector que por primera ocasión se aproxima al nuevo Sistema de Justicia Penal y provee elementos complementarios para quienes ya han incurrido en esta experiencia.

El autor conduce al lector desde el Modelo Procesal de Corte Inquisitivo Mixto hasta lo que denomina un formato de enjuiciamiento del delito acusatorio y oral, dando con esto, espacio a la ponderación sobre la pertinencia de este cambio de paradigma.

Al referirse el Dr. Guillen a la etapa de investigación, hace hincapié en la necesidad de comprender con claridad los principios y las exigencias procesales; la ilicitud y la veracidad de los medios de convicción, el respeto de los Derechos humanos y, en especial, la teoría del caso estableciendo las bases para su construcción.

El autor, además de referirse a las fases inicial y complementaria de la etapa de investigación, nos habla de las técnicas que deben utilizarse, haciendo especial énfasis sobre la trilogía investigadora que, como bien sabemos, se construye mediante la coordinación del Ministerio Público, Policías y Peritos, lo que resulta esencial para que las investigaciones culminen con éxito y se provea al Juez de Enjuiciamiento los elementos necesarios para el dictado de una sentencia que refleje los hechos sucedidos.

Por último y resultando de tanta importancia como las monografías comentadas, nos encontramos con la investigación de Chávez y Barba sobre libertad religiosa, libertad de conciencia y objeción de conciencia sanitaria en México. Es importante destacar que los coautores tienen el cuidado de no suponer que necesariamente el lector está familiarizado con el tema, por lo que, atinadamente, deciden realizar la conceptualización sobre las nociones de las tres figuras base de la investigación.

El análisis es una oportunidad para familiarizarnos con la evolución jurídica regional del derecho fundamental a la libertad religiosa y comprender los antecedentes constitucionales de la reforma del 19 de julio del año 2013 al artículo 24 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Sin embargo, toma particular importancia esta investigación cuando aborda el polémico tema del aborto y analiza la figura de objeción de conciencia médica. El trabajo de los coautores sobre los temas en comentario, los lleva a analizar resoluciones de Tribunales Internacionales y a analizar casos paradigmáticos en nuestro país, así como evaluar la posición del Estado Mexicano al respecto, y concluyen explicándonos cuál es la realidad en la que nos encontramos ante estos inquietantes temas; en particular, en lo que toca a comunidades conservadoras cuyos principios y valores colisionan con frecuencia con derechos fundamentales.

Enhorabuena les deseo a todos el mayor de los éxitos con esta publicación y que continúen nutriéndonos de los álgidos y vigentes temas en cuyas investigaciones están comprometidos.

Dr. Jorge Pesqueira Leal

INTRODUCCIÓN

El trabajo académico de docencia e investigación tiene muchas formas de gratificar, no solo en lo estimulante de colaborar en el trabajo áulico con la propia dialéctica del proceso enseñanza aprendizaje; establecer redes académicas donde se coincide en temas que se disciernen en distintas palestras y de las diversas aristas de las ciencias jurídicas, de estos encuentros nace la posibilidad de concretar, desde la labor más generosa que nos permite la docencia, y desde los esfuerzos de trascender y compartir; así el producto que hoy tiene en sus manos es esto, la coincidencia que al unísono nos permite materializar un proyecto colegiado, y con él abonar en el estudio del derecho.

Los contextos sociales, la relativización de las fronteras, la universalidad de los derechos humanos, la convencionalidad, el pluralismo jurídico, la metáfora del trasplante jurídico, nuevos paradigmas epistémicos que impactan en las ciencias jurídicas han provocado ajustes de los sistemas jurídicos de los Estados. Para el caso de México, dos reformas constitucionales en particular han redefinido el escenario jurídico y jurisprudencial, nos referimos a los decretos de reformas y adiciones a la carta fundante nacional, que aprobó el Poder Constituyente Permanente, en 2008 en materia de justicia penal y seguridad pública y, en 2011 en materia de derechos humanos y sus garantías.

Ambas implicaron una escalada de reformas legislativas, en el ánimo de alienar a los postulados del garantismo y neoconstitucionalismo, que refrenda a la persona como el epicentro del quehacer jurídico, propugna por una justicia penal humanista, el respeto a los derechos humanos desde los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, con la cláusula adicional de no regresión; y que la propia Organización de las Naciones Unidas, ha hecho énfasis en sus cualidades de innatos o inherentes a la persona, acumulativos, imprescriptibles, complementarios y no jerarquizables, obligatorios, preexistentes; y que en las adiciones y reformas constitucionales, se tutelan con el establecimiento de las obligaciones del Estado mexicano, desde la carta política nacional, para respetar, promover, proteger y garantizar los derechos fundamentales.

Los pasos que se han dado para la consolidación del sistema penal acusatorio en México, no puede analizarse de manera desvinculada a los derechos humanos, consecuentemente, se integran en la presente obra capítulos de una riqueza conceptual y temática, que aborda los aspectos sustantivos, procedimentales y de ejecución de penas, éste último desde un acertamiento del proceso colombiano.

Las interpretaciones jurisprudenciales y de precedentes, tanto de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos han dado plusvalor a las figuras e instituciones jurídicas previstas en el sistema jurídico nacional protectoras de los derechos humanos y de la justicia penal, donde elementos como el test de proporcionalidad como presupuesto para el alcance de la igualdad sustantiva en la aplicación del derecho; la ponderación en la colisión de derecho, así como el principio *pro persona* en el análisis de los casos controvertidos se realiza en los parámetros de la no discriminación, de cuestionar los hechos y develar las condiciones de vulnerabilidad en la que pueden encontrarse la parte o partes en el proceso que como categoría sospechosa pueden ser condicionantes para no alcanzar la justicia; el bloque de regularidad constitucional, el control de convencionalidad difuso, el *hard law* (derecho positivado)

y el *soft law* (ley suave, ligera, dúctil) constituidas como los principios y prácticas del derecho internacional de carácter no vinculante previstos en instrumentos, declaraciones, proclamas, normas uniformes, directrices y recomendaciones aceptados por la mayoría de los Estados, son ahora parte del léxico cotidiano del jurista, del postulante, del operador jurídico.

Todo ello ha exigido ajustes en la labor del operador jurídico, la necesidad de su profesionalización, capacitación y actualización, sensibilización, de transparentar los procesos de ingreso y de un verdadero servicio judicial y ministerial de carrera. En México esos avances son más diáfanos para los funcionarios del Poder Judicial Federal y de procuración de justicia; sin embargo, aún hay asimetrías en las reglas de ingreso y permanencia de funcionarios en las entidades federativas; la consolidación del sistema jurídico requiere de un compromiso institucional que en forma transversal permita la disminución de la corrupción, que como mal lacerante se ha obtenido como resultado de evaluación, nacional e internacional, adverso para nuestro país.

Ello genera un proceso de desconfianza en el justiciable, y se advierte en las cifras con tan amplios márgenes diferenciales, entre los datos de la criminalidad, del número de delitos que se realizan, con aquellos que se denuncian, procesan y sancionan, que en ese orden, se manifiestan con un efecto embudo; si bien la no denuncia puede ser multicausal, las encuestas de percepción ciudadana en México, siguen poniendo en la mesa la desconfianza de la ciudadanía, el saberse que son procesos lentos, confusos, poco eficientes, que se cuestiona su dicho, e incluso, se padece una victimización institucional a quien decide hacerlo.

La exigibilidad de los derechos humanos-fundamentales y el cuerpo de garantías, que como sostiene Luigi Ferrajoli, se constituyen en garantías primarias y secundarias, entendidas por tales el andamiaje del *corpus iuris* y los procedimientos jurisdiccionales o no jurisdiccionales que los tutelan, va incidiendo de manera positiva, en forma interseccional a los poderes públicos del Estado, sin poder excluir del proceso a las Universidades, las académicas, los sectores de la investigación jurídica, que aportar a éste nuevo enfoque formativo, operativo, práctico e instrumental de los derechos humanos. Su defensa implica el movimiento de la maquinaria de los aparatos de procuración, impartición de justicia, incluso no jurisdiccionales, en la premisa de la observancia primigenia del régimen jurídico interno y la aplicación, bajo el imperio del principio de subsidiaridad, la invocación del régimen jurídico supranacional que México ha signado.

El enfoque de derechos humanos para el quehacer institucional, es pues la directiva, que señala el camino no solo en el ejercicio gubernamental y de políticas públicas, de la acción e intervención de las autoridades sostenido en los pilares del respeto a la dignidad humana y la igualdad, partiendo del respeto irrestricto, la participación activa de los titulares que permita la humanización de la justicia, y la transparencia y rendición de cuentas de los operadores, como un compromiso no solo legal, sino ético.

Bajo el enfoque del imperativo respeto de los derechos humanos como condición para la consolidación del sistema penal acusatorio en México, ésta obra se orienta en compartir temas que, desde la experticia de los coautores, ponen en la mesa de la discusión jurídica aristas sensibles de análisis, la compilación de éstos seis capítulos, constatan los esfuerzos y compromiso de sus autores, docentes e investigadores todos, y se concreta en el ánimo de que constituya un material de apoyo y consulta del debate actual de los “Derechos humanos y la justicia penal”.

Cada uno en forma desinteresada y generosa ha hecho su aporte, de amplia valía académica, desde aquí nuestra gratitud a su confianza y apoyo, que se valora sobremanera, y que confiamos permite fortalecer las redes y los intercambios académicos.

Las coordinadoras.
Sonora, México, diciembre de 2020

CAPÍTULO I

EL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL DEL SISTEMA CARCELARIO EN COLOMBIA: ANÁLISIS DE UNA CRISIS PERSISTENTE

Omar Huertas Díaz
María del Rosario Molina González

I.- Introducción

La República de Colombia vive actualmente retos trascendentes para cumplir con la carta política cuya vigencia data del 20 de julio de 1991 y con ello con el gran entramado de derechos humanos que se consagran en la legislación y en el amplio número de tratados internacionales suscritos.

Los retos son significativos, pues a pesar de los esfuerzos que han realizado tanto autoridades como particulares para cumplir con dichos mandatos, aún existen vacíos de la vida nacional que han permitido que en el país colombiano se violen de manera sistemática y reiterativa los derechos fundamentales de quienes habitan en el país, tengan la calidad de ciudadanos o no, afectando con ello el principio básico y fundante del estado social de derecho, me refiero a la dignidad humana.¹ El cual no es un concepto vacío y sin sentido, es todo lo contrario, pues señala Ángela Aparisi, esta se debe entender como “...un término que se aplica al ser humano para señalar una peculiar cualidad de ser, para expresar que es persona, cuando se sostiene que el hombre es un ser digno, se requiere manifestar que es persona y nunca puede ser ‘cosificado’, o utilizado como mero instrumento, al servicio de fines que le son ajenos”.²

Al cosificar y clasificar a todo ser humano, se les arranca de su base de derechos humanos, pues tal y como lo sostiene Jürgen Habermas, *el concepto de dignidad humana no es una expresión clasificatoria vacía, sino que, por lo contrario, es la fuente de la que derivan todos los derechos básicos*. En por ello que, debido a su importancia, la dignidad se recogió y reconoció por el Constituyente y se plasmó en la constitución como un cimiento y fin del Estado colombiano. El atropello a los derechos humanos, ha afectado a la dignidad de miles de mujeres, hombres, niños, niñas, adolescentes, discapacitados, personas adultas, personas en situación de calle, la comunidad LGBTI, minorías étnicas, migrantes, desplazados, y en especial de aquella población que se encuentran en estado de vulnerabilidad, el cual se entiende como aquel sector “...propensity to suffer some degree of loss (e.g., injury, death, damages) from a hazardousevent. Whether considering a community, an individual, an economy or a structure, vulnerability depends upon coping capacity relative to the hazard’s impact”³. En el caso que nos ocupa, una población en situación de vulnerabilidad es aquella víctima de la política penitenciaria y carcelaria en Colombia.

¹ Constituyente, A. N., *Constitución política de Colombia de 1991*, Bogotá, Colombia, 20 de julio de 1991, Senado de la República

² Aparisi Miralles, Á., *La dignidad de la persona, presupuesto de la investigación científica*. Madrid, 2004, Edit. EUNSA

³ Traducción de vulnerabilidad: Propensión a sufrir algún grado de pérdida (por ejemplo, lesiones, muerte, daños) a causa de un evento peligroso. Ya sea que se considere una comunidad, un individuo, una economía o una estructura, la vulnerabilidad depende de la capacidad de afrontamiento en relación con el impacto del

Pues tal y como se verá en las líneas siguientes, las personas que se encuentran recluidas en las cárceles colombianas se les ha violado un conjunto de derechos básicos, como lo son la educación, la cultura, la capacitación para el trabajo, falta de servicios públicos y sanitarios, los derechos de familia, la integridad física y psicológica, la vida y sobre todo privándolos de la dignidad de la cual son portadores, haciendo de estos sitios tal y como lo sostiene la Defensoría del Pueblo meros depósitos de personas.⁴

Con respecto a lo anterior, tenemos que señalar que las personas que habitan en los establecimientos de reclusión, viven en condiciones de vida infrahumana, lo cual ha sido condenado y denunciado por organizaciones nacionales e internacionales de protección de los derechos humanos, pero que además dicha problemática ha sido objeto de diversas sentencias emitidas por la Corte Constitucional colombiana, dentro de las cuales se ha declarado el estado de cosas inconstitucional que se presenta en los establecimientos penitenciarios.

Es preciso señalar que, las condiciones precarias en que viven cientos de personas, ello debido alto hacinamiento y sobrepoblación de los establecimientos, lejos de promover la reinserción social y resocialización, ha obstaculizado el proceso de rehabilitación, lo cual es fundamental para su regreso a la vida social, familiar y productiva, lo que significa un fracaso del sistema.

II.- El estado de cosas inconstitucional

En Colombia se cuentan con importantes instrumentos y entes encargados de velar por el cumplimiento de la constitución, así como del amplio abanico de derechos que esta reconoce a las personas, uno de ellos es la Corte Constitucional la cual fue instalada el 12 de febrero de 1992, y de conformidad con el artículo 241 de la constitución, a esta se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, pero además su función es relevante, pues tal y como lo sostiene Cepeda Espinoza dicha corte *ha concentrado sus esfuerzos en la protección de los derechos fundamentales de los individuos y grupos de la sociedad, esta labor ha sido de gran importancia para los grupos poblacionales más vulnerables.*⁵

Así mismo, como principal institución jurídica de protección de los derechos fundamentales que se consagran dentro de la constitución y de los tratados internacionales, y al cual puede acceder cualquier persona, es el que se contiene el artículo 86 de la constitución, nos referimos a la acción de tutela, la cual fue perfeccionada por decreto del entonces presidente Cesar Gaviria dentro de la ley 2591, la cual, de conformidad con el artículo en cita, reza de la siguiente manera:

peligro. Canadian Red Cross, *Integrating emergency management and high-risk populations: survey report and action recommendations, Final Report 2007, Brandon University and the Public Health Agency of Canada, Canada, 2007, URL: <https://pdfslide.net/documents/integrating-emergency-management-and-high-risk-final-report-december-19-2007.html>*

⁴ Naciones Unidas, A. C., *Centros de reclusión en Colombia: Un Estado de cosas inconstitucional y de flagrante violación a los derechos humanos*. Bogotá: UN, 2001

⁵ Cepeda Espinoza, M., *Grandes decisiones de la Corte Constitucional*. Bogotá, 2001, Legis Editores S.A.

“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.”⁶

Resulta claro que, por mandamiento de la carta política colombiana, la acción de tutela es el mecanismo por excelencia de protección de los derechos fundamentales de las personas naturales o jurídicas cuyos derechos están siendo vulnerados o amenazados, siempre y cuando no exista otro medio de defensa judicial eficaz.

Por medio de la acción de tutela, y ante la necesidad de salvaguardar los derechos constitucionales de amplios sectores de la población colombiana, es que la Corte constitucional, como guardián de la ley fundamental, ha hecho un desarrollo jurisprudencial de dicha institución jurídica, a lo cual se le ha denominado el estado de cosas inconstitucional.

La Corte Constitucional *ha hecho uso de la figura del estado de cosas inconstitucional con el fin de buscar remedio a situaciones de vulneración de los derechos fundamentales que tengan un carácter general - en tanto que afectan a multitud de personas*⁷, es por medio de este desarrollo, y en apoyo al principio de igualdad, que la Corte ha hecho extensivo los efectos de la acción de tutela, para el efecto de ordenar la reparación integral de la situación que impera y con ello evitar que continúen las violaciones graves y sistemáticas de un abanico de derechos. Aquí es importante señalar que, esta doctrina ha presentado variaciones a lo largo de su desarrollo y estructuración a través de su jurisprudencia la cual ha ido en evolución, desde el surgimiento de la figura con la sentencia SU-559 del 6 de noviembre de 1997, dentro de la cual la Corte declaró un estado de cosas contrario a los preceptos constitucionales, a partir de dicha sentencia se han acumulado varios elementos para efecto de determinar si existe un estado de cosas inconstitucional, la Corte ha expuesto 5 factores a valorar, dentro de los cuales se señalan los siguientes:

- (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas;
- (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos;
- (iii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado;
- (iv) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos.
- (v) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante;

⁶ Constituyente, A. N, Constitución política de Colombia de 1991. Bogotá, Colombia, 20 de julio de 1991 Senado de la República

⁷ Establecimiento carcelario, condiciones de hacinamiento, Sentencia T-153/98 (Corte Constitucional 28 de abril de 1998)

(vi) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial⁸.

Seis factores que tienden a romper con el esquema tradicional de la acción de tutela, pues mientras esta tiene efectos *inter partes*, el estado de cosas inconstitucional tiene efectos generales, es decir *erga omnes*, pues tal y como se desprende del primer factor, esta surge de la vulneración masiva y generalizada de varios derechos que afectan a una pluralidad de individuos.

Tenemos que precisar que, una característica de la acción de tutela son los efectos *inter partes*, los cuales son una regla general de dicha institución, toda vez que a través de la acción se resuelve violaciones a los derechos humanos del solicitante, esto atendiendo a la petición que eleva la víctima, por la acción u omisión de la autoridad violadora de los derechos fundamentales reconocidos en la constitución y en tratados internacionales.

Sin embargo, de manera excepcional el fallo puede tener efectos *inter comunis*, en ese sentido la Corte Constitucional ha precisado que “*hay eventos excepcionales en los cuales los límites de la vulneración deben fijarse en consideración tanto del derecho fundamental del tutelante como del derecho fundamental de quienes no han acudido a la tutela.*”⁹. De aquí se desprende la doctrina jurisprudencial del estado de cosas inconstitucional.

Ello se debe a que la *Corte asume un papel mucho más comprometido con la sociedad y sobre todo con aquellos sectores más vulnerables de la misma, en la medida en que se da a la tarea de buscar soluciones definitivas a los problemas de naturaleza estructural que se presentan en el país*¹⁰, ante estos retos de vulneración masiva y generalizada, es claro que sobrepasan la órbita de control de la acción de tutela, la cual es exclusiva de la persona que solicita la protección de la justicia.

Pero, además, esta vulneración es seguida de la omisión de las autoridades para atender tal situación, y con ello tratar de corregir las principales falencias de ese estado de cosas inconstitucional, permitiendo la repetición prolongada y repetitiva de las violaciones a través del tiempo. Este tipo de omisiones, contradice no solo las obligaciones domésticas que derivan del código político, sino que transgrede la Convención Americana de Derechos Humanos, instrumento donde se encuentran los pilares en que descansa la mayor protección y en donde se concentran las más importantes obligaciones generales que los Estados parte tienen para cumplir con los derechos y libertades, y que en palabras del Juez interamericano de origen mexicano Eduardo Ferrer Mac-Gregor son la piedra angular del sistema interamericano¹¹, estos son los artículos 1º y 2º del citado

⁸ Estado de cosas inconstitucional de la población desplazada, Sentencia T-025/04 (Corte Constitucional 22 de enero de 2004)

⁹ Derecho a la seguridad social de persona de la tercera edad, Sentencia SU1023-01 (Corte Constitucional 26 de septiembre de 2001)

¹⁰ Quintero Lyons, J., *La figura del estado de cosas inconstitucionales como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de la población vulnerable en Colombia*, Revista jurídica Mario Alario D’Filippo, pág. 72

¹¹ Ferrer Mac-Gregor Poisot, E., *Impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos humanos y las víctimas de violación de derechos humanos*, México, 19 de febrero de 2013, México, IJ UNAM

instrumento, los cuales son la base de todas las sentencias que ha dictado por más de treinta años la Corte Interamericana de Derechos Humanos, artículos que guardan especial importancia para hacer valer los derechos esenciales del hombre contenidos en este importante instrumento internacional.

En lo que respecta al Artículo 1º del Pacto San José, se establece lo siguiente:

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 esté 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.
- 1.2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.¹²

Tal y como se puede observar en este dispositivo, se encuentran dos obligaciones generales para los Estados parte de la citada Convención, entre los que se incluye a Colombia, los cuales son fundamentales para poder cumplir con los derechos y libertades de las personas que se consagran, estas son las obligaciones de respeto y de garantía de los derechos humanos.

Si el país es omiso en el respeto y garantía de los derechos humanos contenidos en la Convención Americana, todo esto parece confirmar que se estaría ante un Estado de cosas inconvencionales, pues no solo se estaría inobservando y ofendiendo el catálogo nacional de derechos humanos, sino también el internacional, en específico de aquel que surge del seno del Sistema Interamericano.

En atención a lo anterior, ya ha sido señalado con gran acierto por parte del Gobierno Colombiano que *el respeto del orden jurídico en Colombia exige que frente a la demanda de justicia, su aparato jurisdiccional resuelva los conflictos conforme al derecho aplicable, empezando por el bloque de constitucionalidad, para aplicar la Constitución Política, los Tratados Públicos y las leyes, sin perjuicio de los precedentes judiciales que sea necesario.*¹³

Por otra parte, atendiendo al punto tercero y quinto de los factores en comento, es importante referirnos que al ser generalizadas las prácticas inconstitucionales por parte de las autoridades, esto traerá como consecuencia que las personas utilicen la acción de tutela para efecto de que se les proteja y restituya en cuanto a la vulneración de sus derechos, pero al ser masiva la vulneración, se da un fenómeno de congestión del sistema judicial de todos aquellos que acuden a solicitar la tutela.

Por cuanto hace a los puntos IV y V, la corte ha señalado en su sentencia T-153-98 que las omisiones legislativas, administrativas y presupuestales *son causas de naturaleza estructural - es*

¹² Americanos, O. d. (22 de noviembre de 1969), *Convención Americana de Derechos Humanos*, San José, Costa Rica: OEA

¹³ Sistema Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada, *Informe del Gobierno Nacional a la Corte Constitucional sobre la superación del Estado de Cosas Inconstitucional declarado mediante sentencia T-025 de 2004*, SNAIPD. Bogotá D.C., 2010

decir que, por lo regular, no se originan de manera exclusiva en la autoridad demandada y, por lo tanto, su solución exige la acción mancomunada de distintas entidades¹⁴, por lo que se exige al conjunto de autoridades omisas realicen las acciones y destinen el presupuesto necesario y suficiente para erradicar la situación contraria a los derechos humanos, por lo que estamos frente a una obligación de tipo mancomunado.

Se trata que las políticas públicas sean sensibles a los retos de gran calado que conllevan los derechos humanos, que estas tengan una perspectiva guiada y orientadas por los mismos, en esta parte la Corte ha sentado en sus resoluciones que *una política pública no es el conjunto de promesas y de directrices que una autoridad pública formula en un texto. Una política pública la constituye el conjunto de acciones y omisiones de una autoridad sobre una cuestión.¹⁵ En ese sentido, estas deben de contar con una dimensión prestacional de los derechos y libertades fundamentales señaladas y que se exigen en el Bloque de constitucionalidad.*

De todo lo anteriormente expuesto, se puede estar en condiciones de definir que *el estado de cosas inconstitucional se predica de aquellas situaciones en las que se presenta una repetida violación de derechos fundamentales de muchas personas - que pueden entonces recurrir a la acción de tutela para obtener la defensa de sus derechos y colmar así los despachos judiciales - y cuando la causa de esa vulneración no es imputable únicamente a la autoridad demandada, sino que reposa en factores estructurales¹⁶.*

Figura que se emplea para constatar que *algunas situaciones particulares del texto constitucional carece de efectividad en el plano de la realidad, tornándose meramente formal¹⁷. Por lo que se decreta el desconocimiento de los derechos constitucionales en la actuación de diversas autoridades, y se hacen claras las omisiones en que se incurren, lo que genera que desde sus respectivas competencias se atente con el marco de derechos humanos y de las obligaciones de respeto y garantía de los mismos.*

III.- El estado de cosas inconstitucional de las cárceles en Colombia. Situación actual

Dentro del contexto colombiano, una de las poblaciones que se encuentran en estado de vulnerabilidad e indefensión son las personas que se encuentran reclusos dentro de las cárceles colombianas, ya sea que estos tengan el carácter de personas sentenciados o en su caso sindicados, o como se le conoce en otros países, procesados.

Lo anterior ha sido denunciado por diversas asociaciones y organizaciones de carácter civil, y reconocida desde la emisión de la sentencia hito T-153/98 de 28 de abril de 1998, así como las sentencias T-606 y T-607 de 1998, la sentencia T-388/13 y la sentencia T-762/15 por parte de la

¹⁴ Establecimiento carcelario, condiciones de hacinamiento, Sentencia T-153/98 (Corte Constitucional 28 de abril de 1998)

¹⁵ Estado de cosas inconstitucional del sistema carcelario, Sentencia T-388/13 (Corte Constitucional 28 de junio de 2013)

¹⁶ Vulneración de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad, Sentencia T-762/15 (Corte Constitucional 16 de diciembre de 2015)

¹⁷ Ídem

Corte Constitucional, en las cuales se han dado visos de las serias falencias de carácter estructural de las políticas públicas de los centros penitenciarios, así como la flagrante violación masiva y sistematizada de los derechos fundamentales de un número indeterminado de personas que se encuentran en los centros de reclusión, lo que ha motivado a la Corte Constitucional recurrir a la declaratoria de Estado de cosas inconstitucional.

Pues en esta serie de sentencias la Corte en su carácter de guardián de la constitución ha constatado las condiciones de vida inhumana e indigna en que se encuentran cientos de personas al interior de los centros penitenciarios, mostrando con ello, el fracaso del sistema. Problemática que ya ha sido expuesta en diversas obras, tal y como lo señala Luigi Ferrajoli al afirmar que *el modelo penal garantista, no obstante que es contemplado por las constituciones como parámetro de racionalidad, de justicia y de legitimidad de la intervención punitiva, se encuentra ampliamente desatendido en la práctica*¹⁸.

Lo anterior se confirma en la sentencia hito T-153/98 de 28 de abril de 1998, en la cual se señala que *las cárceles colombianas se han convertido en un problema de orden público y en centros donde se violan sistemáticamente los derechos fundamentales de los internos*¹⁹, pues de la propia resolución se señalan las falencias que caracterizan a las cárceles, tales como lo son: el hacinamiento, la falta de servicios públicos y asistenciales adecuados y suficientes, el problema generalizado de la violencia que impera al interior, la corrupción institucionalizada, así como la falla en aquellos medios para la resocialización de los reclusos. Todo lo anterior permite que los centros penitenciarios sean tal y como lo afirma González Ruiz *“focos criminógenos que corrompen a los reclusos, preparando y alentando la reincidencia, y, además, propician el grave problema de la corrupción entre el personal penitenciario*^{20”}.

En parte, el hacinamiento se debe a un populismo punitivo que ha persuadido a cientos de jueces, motivo por el cual la Corte hace un llamado de atención y obliga a los juzgadores a la aplicación del principio de la presunción de inocencia, el cual exige que *la detención preventiva se aplique únicamente como medida extrema, tal como lo determina el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y las Reglas Mínimas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad*²¹. Actualmente la problemática persiste, pues en algunos centros el hacinamiento de población supera el 300% de la capacidad. La inflación Penal, es uno de los causantes de la problemática que se vive en las cárceles, en este sentido el Alto Comisionado de las Naciones señala que *el incremento de las respuestas punitivas frente a los diversos problemas que no se encarar debidamente en los planos social, económico y político, ha dado lugar a la sobrecriminalización de conductas, a la calificación y persecución de contravenciones como delitos, al incremento de los mínimos de penas para los delitos y, por ende, al aumento de delitos inexcusables y al agravamiento de las penas en general*²².

¹⁸ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, España, 2004, Edit. Trota

¹⁹ Establecimiento carcelario, condiciones de hacinamiento, Sentencia T-153/98 (Corte Constitucional 28 de abril de 1998)

²⁰ González Ruiz, S., *El sistema de justicia penal y su reforma. Teoría y Práctica*, México, 2006, Edit. Fontamara

²¹ Establecimiento carcelario, condiciones de hacinamiento, Sentencia T-153/98 (Corte Constitucional 28 de abril de 1998)

²² Naciones Unidas, A. C., *Centros de reclusión en Colombia: Un Estado de cosas inconstitucional y de flagrante violación a los derechos humanos*, 2001, Bogotá: NU

Este problema, ha sentenciado la corte constitucional que no es solamente un problema de carácter físico, es decir de refacción, remodelación, ampliación o generación de nuevos espacios, sino un problema de política criminal que permite un alto nivel de reclusión de las personas, lo que hace que los espacios se reduzcan al mínimo de movilidad, lo que afecta de manera directa a la dignidad humana, pues las personas que se encuentran en reclusión se encuentran viviendo en condiciones de intolerancia y falta de privacidad.

Para efecto de conocer el alto nivel de hacinamiento, en los establecimientos de reclusión, la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría General de la Nación, las Personerías Municipales y los despachos judiciales, que efectuaron inspecciones judiciales a las cárceles, dieron a conocer las siguientes cifras a la Corte Constitucional:

Tabla 2. Capacidad y cobertura de los establecimientos de reclusión accionados

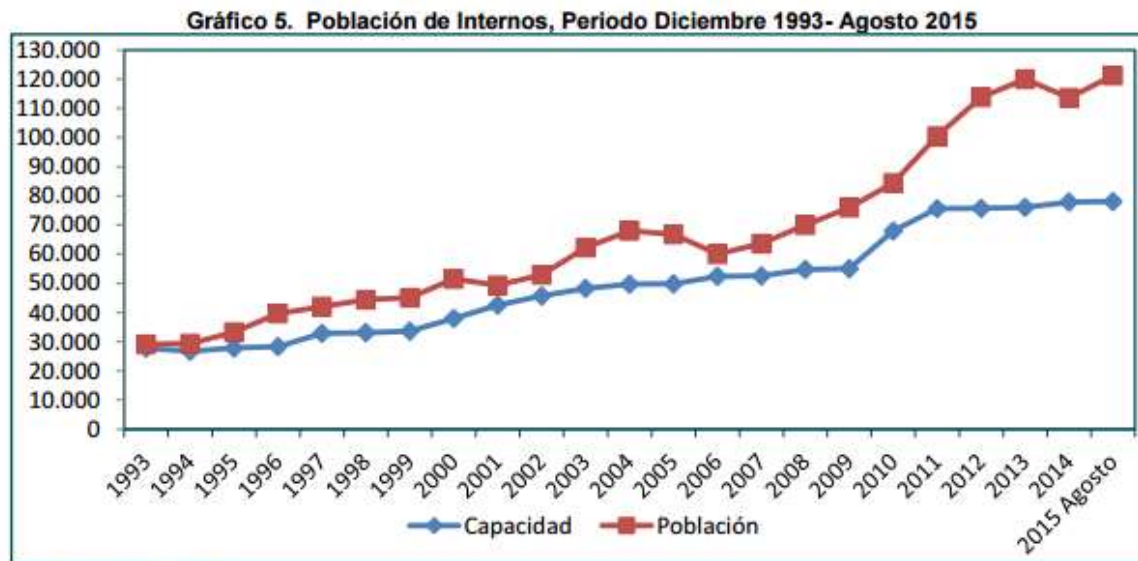
Establecimiento	Capacidad real	Cobertura real	% de Hacinamiento ²⁶
Cárcel Modelo de Bucaramanga	750	3.246	332.8%
Cárcel La 40 de Pereira	676	1.674	147.6%
EPMSC de Santa Rosa de Cabal	121	233	92.5%
EPMSC El Pedregal de Medellín (pabellón de hombres)	1.129	1.416	25.4%
Cárcel Modelo de Bogotá	2.850	7.230	153.6%
Penitenciaría de Cúcuta	1.270	2.600	104.7%
EPMSC de Anserma	128	260	103.1%
Cárcel de San Vicente de Chucurí	24	100	316.6%
Cárcel de las Mercedes de Cartago	412	728	76.6%
Cárcel de Palmira	1.254	2.029	61.8%
Cárcel El Cunday de Florencia (pabellón de mujeres)	25	151	504%
EPMSC de Itagüí	360	864	140%
Cárcel de Villa Inés de Apartadó	276	576	108.6%
Cárcel La Vega de Sincelejo	520	1.192	129.2%
Cárcel de Roldanillo	98	187	90.8%
Cárcel de Villavicencio	1003	1621	61.6%

Fuente: Corte Constitucional de Colombia

De las dieciséis cárceles que visitaron de 137 existentes en el país colombiano, se presentaron actualmente altos y preocupantes niveles de hacinamiento, lo que nos dice que este problema de carácter estructural permite una constante en el crecimiento de la población de reclusos.

Estos sobrecupos de personas imposibilitan el fin de la reclusión, afectando un conjunto de derechos, que arrastra a los mínimos vitales de alimentación, agua, acceso a la salud adecuados, limitando los servicios sanitarios, espacios de dormitorios, deportivos, culturales y de recreación. Ante las condiciones relatadas, la corte constitucional ha señalado que el Estado *responde por los daños que pueda sufrir el recluso en su integridad en el caso de riñas, atentados o motines en el interior de la cárcel. Y, por supuesto, es de su responsabilidad el mantenimiento de las condiciones mínimas de higiene, seguridad y salubridad, así como todo lo relativo a la debida alimentación del personal sometido a su vigilancia*²³.

Lamentablemente, a 18 años de que fue ordenado por la Corte constitucional el estado de cosas inconstitucional en las prisiones de Colombia, la problemática del alto hacinamiento y con ello la vulneración de un abanico de derechos persiste y va en aumento, de acuerdo a las cifras proporcionadas por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, de la siguiente grafica se puede observar el incremento de la población carcelaria derivada del populismo penal que se vive en el país.



Con el incremento observado, es importante señalar que aun y cuando se refaccionen, amplíen o se construyan más centros de reclusión tarde o temprano la situación continuará y sobresaturará los nuevos cupos que se puedan crear, en atención a esta problemática los Principios y Buenas Prácticas Sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, señalan dentro del principio XVII, que *"la ocupación de establecimientos por encima del número de plazas establecido deberá ser considerada como una pena o trato cruel, inhumano o degradante."*²⁴ Motivo por el cual, la alta ocupación debe estar prohibida por la ley, cosa que no ocurre en el país sudamericano.

²³ Derecho a la salud del interno, preservación por el Estado, Sentencia T-607-98 (Corte Constitucional 27 de octubre de 1998)

²⁴ Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas, Resolución 1/08 (Comisión Interamericana de Derechos Humanos 13 de marzo de 2008)

Otros de los problemas que genera el hacinamiento carcelario, es el incumplimiento de la obligación contenida la Ley 65 de 1993 en su artículo 21 sobre la separación de los internos por categorías, esto es que los sindicados estén en un sitio distinto al de los condenados, lo que genera un quebranto en la presunción de inocencia de las personas sindicadas, además de que se pone en riesgo su vida e integridad física y psicológica.

De igual manera la Corte ha señalado que no se observan categorías especiales de separación de los reclusos, *tales como el género, la edad, la reincidencia, la calidad de miembro de la fuerza pública o de servidor público, etc.*²⁵ Pues dicha clasificación no se trata de un capricho sin sentido, sino todo lo contrario, el observar categorías dentro de la población penitenciaria en un centro de reclusión, *es un instrumento estratégico para determinar el trato o tratamiento que se debe procurar a cada recluso, con miras a inculcarle la voluntad de vivir conforme a la ley y con ello lograr su readaptación social*²⁶, además que es indispensable para una correcta y adecuada vigilancia y control de la población, sobre todo de aquella más vulnerable.

Ante lo expuesto, podemos señalar que la situación actual de las cárceles colombianas, no cumplen con su misión, la cual esta equivoca de rumbo y lo único que permite es dirigirse *hacia un malogramiento casi radical en razón de sustentarse sobre cimientos que vician, desde su mismo amanecer, cualquier faena posterior*²⁷, motivo por el cual no brindan la garantía de la posibilidad de reinsertarse en la sociedad y por lo contrario, se constituyen en espacios de vulneración flagrante de los derechos humanos.

Toda la serie de irregularidades y maltratos señaladas en estas importantes sentencias que ha pronunciado la Corte Constitucional, son incompatibles con el respeto a la dignidad humana, y por ende contraviene los estándares internacionales, tales como lo son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 7 y 10.1; la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en específico los artículos 5.1 y 5.2; así como el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión artículo 1, los cuales señalan las bases mínimas de respeto y protección de los derechos humanos de aquellas personas que se encuentran privadas de su libertad.

IV.- Conclusión

Es claro que el fin de la pena es preparar a la persona a la vida en libertad, reinsertarla a la sociedad, para ello se debe de emplear un conjunto de elementos como lo son la disciplina, la formación para el trabajo, la cultura, la educación, el deporte, la formación espiritual, moral, la formación y reforzamiento de los lazos y valores familiares y el inculcar un espíritu humano y solidario de cara con la sociedad.

²⁵ Establecimiento carcelario, condiciones de hacinamiento, Sentencia T-153/98 (Corte Constitucional 28 de abril de 1998)

²⁶ Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Recomendación General No. 18 sobre la situación de los derechos humanos de los internos en los centros penitenciarios de la República Mexicana*, México, 2010

²⁷ Kent, J., *La Resocialización de los Penados. Un desafío en el nuevo milenio*, Buenos Aires, 2008, Editorial Ad-Hoc

En ese sentido, uno de los retos es dejar a un lado la política criminal que mira a la pena privativa antigarantista de la libertad como un bien necesario para quien trasgrede las leyes, en ese sentido recobran fuerza las ideas de Sanz Mulas, quien señala que *“El ordenamiento jurídico penal ha dejado atrás su carácter garantista para convertirse en un sistema de sola o prima ratio, buscando solucionar los conflictos sociales que surjan, aumentando de forma importante su campo de actuación, y con él la prisión como arma más contundente con la que cuenta”*²⁸.

De acuerdo a la dogmática penal, la pena o medidas de seguridad deben ser entendidas como la consecuencia inmediata y prevista por una determinada ley, por la realización de un hecho considerado como delito, esto es la acción u omisión sancionadas por las leyes penales vigentes al tiempo de su realización, que tiene como finalidad la limitación de aquellos bienes jurídicos que se encuentran establecidos en ella, mas no se refiere a la limitación de un amplio abanico de derechos humanos de los que son portadores las personas, pues ello afecta directamente en su dignidad y al carecer de ella se cosifica al ser humano, tal y como sucede ahora en los centros penitenciarios de Colombia, los cuales sirven como meros depósitos de personas que no cumplen con su objeto y fin.

Para lograr el objeto y fin, la Corte Constitucional ha sentenciado a las entidades del Estado, sin importar la rama a la cual pertenezcan cubrir los siguientes aspectos, para efecto de superar el estado de cosas en que se encuentran las cárceles colombianas:

- *Debe buscar, ante todo, la resocialización de las personas condenadas, no sólo justicia retributiva también restaurativa.*
- *Política criminal debe ser sensible a la protección efectiva de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad.*
- *Establecimientos penitenciarios y carcelarios deben asegurar la efectiva reinserción en la sociedad, independientemente si son condenadas o sindicadas.*
- *Las personas no adquieren un derecho constitucional subjetivo a ser excarceladas, sino a que se diseñen e implementen políticas favorables a la libertad y sostenibles en el tiempo.*
- *En materia de hacinamiento carcelario se insta a la aplicación de reglas de equilibrio y equilibrio decreciente.*²⁹

El cumplimiento de los puntos expuestos por la Corte, no solo son dirigidos al Sistema Penitenciario, sino que son una obligación de un conjunto de autoridades para que dentro de sus respectivas competencias y atribuciones, eliminen dichas violaciones y subsanen las irregularidades, por lo que el Estado colombiano debe de organizar y coordinar las mismas para el efecto de estar en condiciones de salvaguardar el orden y la paz públicos al interior de las cárceles, pero sobre todo, velar por el cumplimiento de los derechos humanos que se contemplan en la Constitución Política de Colombia y en los tratados internacionales.

²⁸ Sanz Mulas, N, *Alternativas a la Prisión. Su viabilidad en las legislaciones centroamericanas, española y mexicana*, México, 2004, Instituto Nacional de Ciencias Penales

²⁹ Estado de cosas inconstitucional del sistema carcelario, Sentencia T-388/13 (Corte Constitucional 28 de junio de 2013)

V.- Fuentes consultadas

AMERICANOS, O. d. (22 de noviembre de 1969), *Convención Americana de Derechos Humanos*, San José, Costa Rica : OEA

APARISI Miralles, Á., *La dignidad de la persona, presupuesto de la investigación científica*. Madrid, 2004, Edit. EUNSA

CANADAIN RED CROSS, *Integrating emergency management and high-risk populations: survey report and action recommendations, Final Report 2007, Brandon University and the Public Health Agency of Canada, Canada, 2007, URL: <https://pdfslide.net/documents/integrating-emergency-management-and-high-risk-final-report-december-19-2007.html>*

CEPEDA Espinoza, M., *Grandes decisiones de la Corte Constitucional*. Bogotá, 2001, Legis Editores S.A

Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Recomendación General No. 18 sobre la situación de los derechos humanos de los internos en los centros penitenciarios de la República Mexicana*, México, 2010

CONSTITUYENTE, A. N, Constitución política de Colombia de 1991. Bogotá, Colombia, 20 de julio de 1991 Senado de la República

Derecho a la salud del interno, preservación por el Estado, Sentencia T-607-98 (Corte Constitucional 27 de octubre de 1998).

Derecho a la seguridad social de persona de la tercera edad, Sentencia SU1023-01 (Corte Constitucional 26 de septiembre de 2001).

Establecimiento carcelario, condiciones de hacinamiento, Sentencia T-153/98 (Corte Constitucional 28 de abril de 1998).

Estado de cosas inconstitucional de la población desplazada, Sentencia T-025/04 (Corte Constitucional 22 de enero de 2004).

Estado de cosas inconstitucional del sistema carcelario, Sentencia T-388/13 (Corte Constitucional 28 de junio de 2013)

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, España, 2004, Edit. Trota

FERRER Mac-Gregor Poisot, E., *Impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos humanos y las víctimas de violación de derechos humanos*, México, 19 de febrero de 2013, México, IJ UNAM

GONZÁLEZ Ruíz, S., *El sistema de justicia penal y su reforma. Teoría y Práctica*, México, 2006, Edit. Fontamara

INFORME del Gobierno Nacional a la Corte Constitucional sobre la superación del Estado de Cosas Inconstitucional declarado mediante sentencia T-025 de 2004, Sistema Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada, SNAIPD. Bogotá D.C., 2010, SNAIPD

KENT, J., *La Resocialización de los Penados. Un desafío en el nuevo milenio*, Buenos Aires, 2008, Editorial Ad-Hoc

NACIONES Unidas, A. C., *Centros de reclusión en Colombia: Un Estado de cosas inconstitucional y de flagrante violación a los derechos humanos*. Bogotá: UN, 2001

NACIONES Unidas, A. C., *Centros de reclusión en Colombia: Un Estado de cosas inconstitucional y de flagrante violación a los derechos humanos*, 2001, Bogotá: NU

PRINCIPIOS y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas, Resolución 1/08 (Comisión Interamericana de Derechos Humanos 13 de marzo de 2008).

QUINTERO Lyons, J., *La figura del estado de cosas inconstitucionales como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de la población vulnerable en Colombia* . Revista jurídica Mario Alario D'Filippo, 72.

SANZ Mulas, N, *Alternativas a la Prisión. Su viabilidad en las legislaciones centroamericanas, española y mexicana*, México, 2004, Instituto Nacional de Ciencias Penales

VULNERACIÓN de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad, Sentencia T-762/15 (Corte Constitucional 16 de diciembre de 2015).

CAPITULO II DE LA CRISIS DE SEGURIDAD A LA CRISIS DE DERECHOS HUMANOS

Luis González Placencia

I. Violencia criminal y violencia de estado: a modo de introducción

En los últimos treinta años, el país ha vivido una serie de procesos que, asociados al fenómeno de la criminalidad, han dado cuenta de una nueva fenomenología delictiva que, en interacción con las transiciones política y económica del país, ha creado un peligroso cocktail que, a la violencia criminal, le ha añadido una importante dosis de violencia de Estado. Enmarcadas ambas violencias en serias expresiones de severidad social, la situación ha derivado en una complejidad tal que los intentos por reducir la criminalidad han terminado haciéndola aún más difícil de entender y por ende, de solucionar. Las medidas para reducir el delito no solamente no han mostrado ser eficaces, sino que además se han traducido en violaciones graves a los derechos humanos, lo que a la postre ha sido funcional a la impunidad.

Con la finalidad de discutir esta cuestión, en este texto analizo, en primer lugar, la aparición de esa nueva fenomenología delictiva en el país y de modo concomitante, el principio de una política criminal que desdibujó el sistema de justicia penal mediante su incardinación en los objetivos del orden y la seguridad pública, así como el surgimiento de una sociedad civil representativa de una nueva severidad social enderezada en contra de los derechos humanos. Enseguida planteo el modo en el que la alternancia en el Ejecutivo Federal creó una situación política de inestabilidad que se tradujo, a su vez, en ausencia de controles en beneficio de los grupos criminales a los que a la postre benefició también la transición hacia el modelo económico del libre mercado.

A pesar del esfuerzo del gobierno de Vicente Fox por trazar una línea de continuidad en el camino hacia la federalización de la seguridad pública y de intentar por primera vez hacer convivir un nuevo sistema justicia adversarial con un régimen de excepción para la delincuencia organizada —lo que sin duda constituyó un antecedente directo de la *institucionalización* de la tensión entre seguridad y derechos humanos que se materializaría en la reforma penal constitucional de 2008— le feudalización política tuvo efectos en la desarticulación de las policías y en la configuración de nuevas relaciones entre las autoridades locales y los grupos criminales.

Finalmente, en el último acápite del texto planteo cómo la política de enfrentamiento que asumió el expresidente Calderón transformó, por la pérdida de control sobre el territorio y sobre el monopolio de la violencia, la inicial crisis de seguridad, en la peor crisis de derechos humanos que México haya tenido en su historia reciente y de qué manera esta situación estalló en las manos al gobierno del actual Presidente Enrique Peña Nieto.

La hipótesis que está detrás de este trabajo es, entonces que el éxito de la transición económica y el fracaso de la transición política fueron variables independientes para el florecimiento de las actividades criminales, para la descomposición de la política criminal y para la transformación de la crisis de seguridad en una crisis de derechos humanos.

II. Nueva criminalidad, securitización de la justicia y surgimiento de la severidad social frente a los derechos humanos

Desde finales de los años ochenta comenzó a plantearse en México una seria preocupación por la reaparición de formas delictivas que aparentemente estaban bajo control. La década anterior se había caracterizado por un interés mayormente centrado en la gran criminalidad asociada a las drogas, en la persecución y encarcelamiento de los *capi* y en el decomiso y destrucción de plantíos, pero desde principios de los noventa, era claro que una novedosa forma de criminalidad había aparecido, manifestándose como la tradicional criminalidad doméstica, pero revestida ahora de un componente nuevo y claramente incomprendido que fue y ha sido su dimensión de mercado.³⁰

El robo, por ejemplo, dejó de ser simplemente el apoderamiento de la propiedad de otros para adquirir una dimensión redistributiva. Un buen ejemplo lo constituye el robo de autos; no se trataba de robos aislados, sino de robos masivos de automóviles cuyo destino era ser desmantelados y vendidos por piezas en el mercado negro de autopartes. Los asaltos a bancos y a casa habitación, cuya frecuencia se incrementó de modo notable a finales del siglo XX, eran realizados por bandas criminales bien organizadas y lo mismo ocurrió con el secuestro que bajo el liderazgo de famosos criminales de la época, dejó ver una complicada distribución del trabajo repartido entre quienes investigaban a las víctimas potenciales, a quienes las levantaban, a quienes las cuidaban, a quienes negociaban y en algunos casos, a quienes las ultimaban.

En ese contexto, nuevas formas de criminalidad aparecieron con ese mismo componente de mercado como eje de la actividad criminal: el tráfico de armas, el tráfico de especies y el más grave de todos los nuevos delitos, el tráfico de personas con fines de explotación y trata —laboral y sexual— que aunque siempre ha generado ganancias por debajo de la delincuencia asociada a las drogas, tiene efectos devastadores en las víctimas.³¹

No obstante, la diversificación delictiva ocurrida de la mano de la apertura comercial del país y de la evidencia que ya entonces era posible recabar sobre la identidad de los mercados legales e ilegales en el ámbito de las nuevas reglas de la globalización económica, fue el secuestro el delito que produjo los mayores efectos sociales y políticos, debido seguramente al peso específico de las víctimas que resultaron afectadas por esta lucrativa actividad ilegal. En efecto, de todos los delitos característicos de la tercera modernidad, el secuestro requiere apenas de inversión y posee una tasa de retorno sumamente atractiva y veloz.³²

A diferencia de la trata de personas, por ejemplo, que implica un largo proceso de despersonalización y desapego respecto de la familia de la víctima como factor esencial para que la fuerza laboral de esta última genere plus valor y lo incremente con el tiempo, en el caso del secuestro, es precisamente el apego a la familia y el valor afectivo de la vida de la víctima la que

³⁰ González, L., & Gluyas, R., *Criminalidad y derechos: paradojas en el contexto de la interacción contemporánea entre estado, individuo y mercado*, En I. Rivera, G. Anitua, & E. Bodelon, *Contornos y pliegues del derecho: homenaje a Roberto Bergalli*, Barcelona 2006, Edit. Anthropos págs. 371-385

³¹ González, L., *La política criminal en materia de niñas, niños y adolescentes en conflicto con la ley penal en México*. México 2006, México: INACIPE/UE/PGR

³² González, L. *El secuestro en México*, México, Julio de 2006, *La Gaceta* 18, 3-8

funciona como un resorte que hace del tiempo transcurrido desde la abducción una variable determinante por ser inversamente proporcional al tiempo calculado para la obtención del rescate. Para decirlo de otro modo, mientras menos dure el secuestro, más pronto retorna la inversión y más barato resulta el costo de la detención.

El secuestro obtuvo ganancias importantes en la medida en la que se enfocó a la victimización de empresarios y miembros de la elite económica de las principales ciudades del país. Sin duda, por primera vez hizo sentir miedo a personas cuya posición económica o política les mantenía seguros. Desde la criminología, por ejemplo, era común en esos tiempos estudiar las tesis de los realistas ingleses quienes habían descubierto que el delito convencional no sólo era cometido por personas de las clases menos favorecidas, sino que sus víctimas eran también las personas pobres debido principalmente a su exposición social. Pero en México, el secuestro puso de manifiesto la facilidad con la que fue posible llegar a personas socialmente encumbradas, vulnerar su seguridad externa e invadir su intimidad, haciéndoles tan susceptibles como a cualquiera otra u otro ciudadano de ser secuestrado. Por esos años, en las grandes ciudades mexicanas comenzaron a verse los efectos del secuestro en el auge que tuvo la seguridad privada, los guardias personales, los autos blindados, los complejos habitacionales bardados y securitizados; ello desde luego para quienes podían pagarlo, lo que seguramente abonó a que el secuestro se *democratizara* y se diversificara en distintas formas que, no obstante la menor capacidad de pago de *clientes* económica y socialmente menos favorecidos, valoraban la vida e integridad de sus familiares secuestrados tanto como las familias más acomodadas. En todo caso, el secuestro —tanto de personas pobres, como de personas ricas— continuó siendo redituable como negocio por el valor de los bienes que comercializa —la vida y la integridad de las personas secuestradas— y por el riesgo relativamente bajo que implica su comisión.

A diferencia del narcotráfico, cuya batalla con las fuerzas del Estado tenía lugar lejos de la cotidianeidad de la ciudadanía, el secuestro fue el delito sobre el que giró el debate en torno a la necesidad de endurecer la política criminal y en torno a la exigencia de un mayor compromiso de la autoridad con la seguridad de las personas.³³ El tema de la seguridad pública, antes que el de la amenaza del narcotráfico a la seguridad nacional, ocupó lugares de predominio en las agendas políticas, y pasó de ser un tema de interés local a la agenda de atención prioritaria a nivel nacional.³⁴ Cabe destacar que en diciembre de 1995 la entrada en vigor de la *Ley General que establece las bases de coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública*, creó consigo un modelo de seguridad que terminó subsumiendo al sistema de justicia penal, reorientando sus fines, no a la salvaguarda de los derechos procesales de víctimas e imputados —finalidades del derecho penal liberal—, sino al restablecimiento del orden público.³⁵

³³ Gonzalez, L., *La accidentada relación entre las subculturas académica y mediática en el contexto de la inseguridad*, En M. Lara, & E. Lopez Portillo, *Violencia y medios. Seguridad pública, noticias y construcción del miedo*, México, 2004, Centro de Docencia e Investigación Económica / Instituto para la Seguridad y la democracia, págs. 69-92

³⁴ González, S., Lopez Portillo, E., & Yañez, J. *Seguridad pública en México: problemas, perspectivas y propuestas*. México, 1994, Universidad Nacional Autónoma de México

³⁵ Es importante mencionar que a esta ley antecedió una reforma constitucional al artículo 21 que por primera vez incorporó el concepto de seguridad pública en el texto constitucional. Ello tiene relevancia porque es el primer antecedente que señala la intención del Estado Mexicano de federalizar la seguridad pública, aunque fue la Ley del 95 la que creo la concepción sistémica a la que se hace referencia en este trabajo

El razonamiento que sostuvo esta concepción sistémica de la seguridad se basaba en la idea de que era necesario articular las funciones de prevención delictiva, procuración y administración de justicia, así como de ejecución de penas, en un todo armónico que evitara que las detenciones realizadas por la policía no prosperaran ante el Ministerio Público o ante los jueces, desdibujando así los límites entre la seguridad pública y el sistema de justicia penal, por una parte, y por la otra, haciendo lo propio con las necesarias diferencias entre procuración, administración de justicia y ejecución de penas. Desde esta perspectiva, los derechos procesales que deberían valer desde la detención hasta la ejecución fueron relativizados e incluso planteados como obstáculo a la consecución de los fines del nuevo Sistema Nacional de Seguridad Pública.

El efecto simbólico que produjo esta reforma en el imaginario de los operadores jurídicos, desde la policía hasta los jueces, e incluso en la opinión pública, fue dando forma a la idea de que el objetivo de la justicia penal era el de obtener seguridad pública mediante el encarcelamiento de aquellas personas que, una vez arrestadas por la policía, deberían tener como destino la cárcel. No es necesario abundar en que a esta concepción contribuyó el arraigado peligrosismo que formó y sigue siendo parte de la gubernamentalidad autoritaria que desde siempre ha caracterizado al sistema de justicia penal en nuestro país, con lo que claramente se reforzó la idea de que, aquéllos quienes eran arrestados, con independencia de la verificación empírica de su participación en los hechos en los que se les involucrara, algo tendrían que ver con la criminalidad, lo que resultaba una razón suficiente para justificar su detención aunque esta hubiere sido arbitraria; eventualmente también justificó que sus confesiones fuesen producto de la tortura, que por tanto fuesen condenados sin tomar en cuenta todas las violaciones sufridas en su contra y por supuesto, que en la cárcel recibieran el peor trato posible.

Así, la concepción sistémica de la seguridad³⁶ significó el principio de la securitización del sistema de justicia penal y con ello, de las tensiones que desde entonces y hasta ahora se han dado entre seguridad y derechos humanos.

Sin duda, ese contexto de securitización fue el espacio propicio para el reclamo de la sociedad civil en contra de la impunidad y con ello, para la generación de un intenso activismo que, articulado desde un grupo notable de familiares de víctimas del delito de secuestro, obtuvo derecho de picaporte ante el Gobierno Federal para influir en el diseño de la política criminal.

Surgieron así organizaciones como México Unido contra la Delincuencia, SOS y Alto al Secuestro, y junto a ellas, los nombres de Isabel Miranda de Wallace, Alejandro Martí y más tarde Nelson Vargas, se hicieron frecuentes en la prensa nacional mediante una variedad de opiniones que han jugado un rol muy importante en el incremento de la severidad social, en la relativización pública del valor de los derechos humanos y en el reforzamiento de la mano dura en la lógica de una justicia securitizada.³⁷

³⁶ Gonzalez, L.. *La concepcion sistémica de la seguridad*, 2000, Nueva Sociedad (167), págs. 87-98

³⁷ Parte de este movimiento de víctimas también lo fueron empresarios como Eduardo Gallo y María Elena Morera. Sin embargo, si al principio compartieron la indignación por la victimización de sus seres queridos a manos de secuestradores y homicidas, su activismo ha tenido como eje la lucha contra la impunidad y la centralidad de los derechos humanos. Eduardo Gallo es un activista muy reconocido entre defensores de derechos humanos y María Elena Morera ha realizado un trabajo muy importante en la recuperación de la

De este modo se configuró en los noventa, de la mano de una nueva criminalidad centrada en el mercado, de una política criminal de mano dura y de organizaciones civiles con una fuerte tendencia a la severidad social, el crisol bajo el que el país entraría en el nuevo siglo, así como los criterios con los que el mercado, el estado y la sociedad civil jugarían en las relaciones entre orden, delincuencia y derechos humanos por la próxima década.

III. La paradoja de la transición: feudalización y pérdida del control político del crimen

Hacia el año 2000 las conexiones entre el narcotráfico y la delincuencia organizada de corte convencional eran mucho más claras. No obstante, la política criminal se dividió de facto, dejando a las ciudades las discusiones en materia de policía y seguridad pública y a la federación el tema de los carteles y el tráfico de drogas.

Luego de la alternancia, la decisión del primer titular del Ejecutivo Federal no priista fue la de continuar con la estrategia de perseguir y encerrar a los *capi* con la intención de debilitar sus organizaciones; sin embargo, el efecto conseguido no fue el deseado. Diversos estudios dan cuenta de la manera en la que esta política derivó en la rápida sustitución de los líderes, en una serie de luchas intestinas por ocupar la dirección de los cárteles y, consecuentemente, en la división de éstos últimos en organizaciones criminales de menor alcance, pero de mayor letalidad.³⁸ Como lo han documentado algunos estudios, a la fragmentación de los grupos criminales se siguió una suerte de reparto de la actividad criminal que tuvo como factor decisivo la capacidad de los nuevos carteles para asegurar territorios, lo que a su vez provocó la diversificación de las estrategias de mercado, la habilidad para posesionarse de las rutas y la especialización de acuerdo con el tipo de drogas que cada organización ha privilegiado.³⁹

Los beneficios del libre comercio con los Estados Unidos y Canadá se hicieron patentes también para el trasiego de drogas hacia el norte del continente, lo que derivó en la necesidad de defender los cargamentos tanto como las rutas para hacerlos llegar a su destino. En este contexto aparecieron grupos de sicarios que, inicialmente contratados para salvaguardar los intereses de los *capi*, se autonomizaron y dieron lugar a agrupaciones criminales altamente especializadas en la lucha armada, formadas por ex militares —como es el caso de los Zetas— lo que agregó a la violencia criminal un carácter inusitado. Al descabezamiento simbólico de los carteles a manos del Gobierno Federal, se siguieron horrendas demostraciones de descuartizamiento real entre los miembros de los diferentes grupos criminales.

dignidad de la policía, a través de su organización Causa en Común. También es importante dar cuenta de la escisión que México Unido contra la Delincuencia vivió y del cambio que eso representó en su agenda, que hoy coincide con los más progresistas movimientos de sociedad civil. Como ejemplo hay que decir que su presidenta Josefina Ricaño, así como uno de sus miembros más destacados, el empresario Armando Torres Landa, han encabezado una valiente iniciativa por la legalización de la marihuana que derivó en la decisión sin precedente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que les concedió el derecho a cultivar dicha planta para consumo personal con fines recreativos, haciendo valer su derecho al libre desarrollo de la personalidad.

³⁸ Guerrero, E., *La raíz de la violencia*, junio de 2011, Nexos

³⁹ Canales, R. *Ted com*, octubre de 2013, recuperado el 30 de marzo de 2016, de TED Ideas Worth Spreading: http://www.ted.com/talks/rodrigo_canales_the_deathly_genius_of_drug_cartels

Durante el primer lustro del nuevo siglo, México fue territorio en disputa de los principales Cárteles, pero en tanto éstos no fueron amenazados directamente por el gobierno foxista, se mantuvo la violencia contenida en el cerco de sus propias rencillas.

A contrapelo de esta realidad, el trabajo del entonces canciller Jorge Castañeda permitió una inusitada apertura del país hacia el escrutinio internacional en materia de derechos humanos. Este interés hizo posible que se abrieran discusiones sin precedente en esta materia que, entre 2000 y 2005 se tradujeron en importantes reformas que constitucionalizaron la cláusula *pro dignitate*, los derechos de los pueblos y comunidades indígenas, los de niñas, niños y adolescentes, los de las mujeres y los de las y los adolescentes en conflicto con la ley penal.

Esta última reforma, no obstante no haber logrado desarrollar los alcances que de ella se esperaban de cara a la Convención Internacional de los Derechos de la Infancia,⁴⁰ fue la antesala de la incorporación del debido proceso al sistema de justicia penal que había sido intentada sin éxito en una importante iniciativa de reforma al sistema de justicia enviada por Fox al Congreso en 2004 y, por otra parte, fue el primer campo de discordia entre los defensores del viejo procedimiento inquisitorial y el nuevo modelo adversarial; el contexto de las discusiones que ya en torno a dicho proyecto se estaban dando entre las y los especialistas en el tema, así como la cooperación internacional para preparar la iniciativa, dieron la imagen de que en el gobierno de Fox había una consideración relevante sobre la relación existente entre los derechos humanos y la democracia, como una vía para la reducción de la violencia. De algún modo podría pensarse que no se metió directamente con los cárteles porque estaba decidido a iniciar una reforma institucional destinada a ordenar y modernizar el sistema de justicia penal en su conjunto.⁴¹

Pero lo cierto es que la política criminal del expresidente Fox fue definida con independencia de su voluntad: fueron más bien los procesos que se derivaron de la paulatina pérdida del control directo que el Poder Ejecutivo y el Partido Revolucionario Institucional solían tener antes de la transición respecto de estados y municipios, pero también respecto de las organizaciones criminales, los que delinearon su perfil frente al crimen. A decir de Luis Astorga⁴² en la época de la hegemonía priista no había un simple entendimiento con las organizaciones criminales, sino una subordinación estructural del campo criminal al de la política. Con la alternancia, el poder político se reconfiguró desde el momento en el que los gobiernos municipales, estatales y finalmente el Ejecutivo Federal fueron ganados por partidos diferentes al PRI, lo que derivó, afirma este autor, en una mayor autonomía para el crimen organizado. Luego de la transición del poder federal, esta reconfiguración produjo situaciones problemáticas que dificultaron la relación entre la federación y los estados y municipios gobernados por la oposición, que a su vez influyeron en la capacidad para mantener una política criminal uniforme.⁴³

⁴⁰ González, L., *La política criminal en materia de niñas, niños y adolescentes en conflicto con la ley penal en México*. México 2006, México: INACIPE/UE/PGR

⁴¹ Bardán, C., Shirk, D., & Rios, A. *Análisis técnico de la propuesta de reforma al sistema de justicia mexicano*. México 2005, México: ILSSEN/UCSD/Senado de la República

⁴² Astorga, L., *¿Qué querían que hiciera? Inseguridad y delincuencia organizada en el gobierno de Felipe Calderón*. México, 2015, México: Grijalbo

⁴³ Guerrero, E., *Los hoyos negros de la estrategia contra el narco*, agosto de 2010, Nexos

Por una parte, la autonomía ganada por los gobernadores no necesariamente se aprovechó en beneficio de la democracia. En tanto que la transición no fue planeada, no se construyeron los mecanismos para que los gobiernos locales asumieran el control sobre tareas que, siendo responsabilidad local, eran y tuvieron que seguir siendo manejadas por el Ejecutivo Federal: así, dejar el cobro de impuestos a la federación, no rendir cuentas y buscar mecanismos para que, a través del endeudamiento público, se enriquecieran las arcas estatales y municipales, hizo visible otra cara de la transición, la ocurrida de desde el centralismo autoritario hacia una nueva condición en la que estados y municipios se convirtieron en feudos de sus gobernantes,⁴⁴ o bien, de manera mucho más clara, hizo emerger lo que Genaro Borrego identificó en una breve pero aguda nota publicada en la revista *Nexos* como *feuderalismo y dinerocracia*.⁴⁵

Como lo señala Luis Rubio⁴⁶, este proceso da cuenta de que la alternancia solo tuvo lugar en la Presidencia de la República y que, dado que a diferencia de otras transiciones, la mexicana no significó ningún tipo de ruptura con el pasado, las antiguas reglas del juego se mantuvieron relativamente intactas bajo la mesa y la vieja forma de hacer las cosas siguió desarrollándose, solo que ahora sin la presión ni el control del Ejecutivo Federal y con las ventajas de la infraestructura y la lógica del libre comercio. Ello propició un ambiente de “libertades” que sin duda fue aprovechado por los gobernadores y presidentes municipales para actuar hegemónicamente en sus feudos, consolidar sus elites partidistas, privilegiar el cortoplacismo y garantizar el cumplimiento de sus objetivos políticos⁴⁷, todo ello por encima de sus responsabilidades públicas.

Sin duda, este contexto de feudalización también tuvo efectos en la desarticulación de las corporaciones policiales. La ausencia de un mando que, de modo informal pero eficiente, hubo mantenido el poder central sobre las policías locales a través del control político que solía ejercer el Ejecutivo Federal sobre sus homólogos estatales y municipales, dejó en manos de gobernadores y presidentes municipales corporaciones policiales notoriamente amañadas. Como se sabe, en México existen más de mil quinientas corporaciones policiales, y durante mucho tiempo se ha documentado la participación de muchos de sus integrantes en actividades delictivas. Como lo demuestra un acucioso estudio de Carlos Antonio Flores⁴⁸ las relaciones entre las fuerzas del orden y las organizaciones de tráfico de drogas se remontan a mediados del siglo XX; sin embargo, con las diferencias que el autor hace notar a lo largo del medio centenar de años transcurridos desde que inicia su análisis y hasta finales de siglo, el común denominador de esas relaciones estaba marcado por un fuerte dominio ejercido, con mayor o menor visibilidad, desde las altas esferas del Estado, al que se subordinaban sin mayor problema las organizaciones criminales. En los últimos años del mandato del expresidente Zedillo, quien inició un proceso de depuración policial que se propuso dar de baja de las corporaciones policiales a quienes estuvieran enfrentando procesos penales y paulatinamente ir incorporando a miembros del ejército para que formaran parte de la nueva Policía Federal Preventiva⁴⁹, el control centralizado del crimen organizado se debilitó y dio paso a un

⁴⁴ Granados, O. *¿Virreyes o Gobernadores?* octubre de 2011, *Nexos* (406), págs. 37-40

⁴⁵ Borrego, G. *Feuderalismo y dinerocracia*, octubre de 2011, *Nexos* (406), pág.46

⁴⁶ Rubio, L., *De la falsa monarquía al feudalismo imperfecto*, octubre de 2011, *Nexos* (406), págs 33-36

⁴⁷ Granados, O., Op. Cit

⁴⁸ Flores, C.. *Organized Crime and Official Corruption in Mexico*. En R. Donnelly, & D. Shirk, *Police and Public Security in Mexico*, San Diego, California, 2009, USA: University Readers, págs. 87-116

⁴⁹ Benitez, R. *La crisis de seguridad en México*, marzo-abril de 2009, *Nueva Sociedad* 220, págs. 173-189.

modelo diverso de relación entre las autoridades y los delincuentes que Flores⁵⁰ denomina “atomización mutidireccional” caracterizado, precisamente por la cesión del control vertical hacia nuevos controles horizontales sobre la actividad criminal.⁵¹

En ese proceso, las bandas criminales antes reguladas vertical, informal y clandestinamente por el Estado, se vieron sometidas a la necesidad de autorregularse frente a sus competidores y a buscar la protección que perdieron en los nuevos y poderosos regímenes locales. En este punto es que el concepto de *dinerocracia* de Borrego⁵² cobra importancia pues, en efecto, esta nueva situación abrió para los cárteles una ventana de oportunidad que halló en la ambición de los gobernantes locales por alcanzar, o por no perder, el poder, un espacio para el financiamiento de campañas y para el involucramiento de autoridades políticas, policiales e incluso militares en el redituable negocio de las drogas.

Como parece confirmarlo la investigación de Carlos Flores⁵³ Fox no se dio, o más bien no quiso darse cuenta de la situación que se estaba suscitando respecto de las bandas criminales y se limitó a proponer cambios legislativos destinados a consolidar una política criminal de mano dura, a no intervenir en la cada vez mayor presencia del Ejército en la seguridad pública y a permitir la feudalización política, policial y también criminal, lo que dio un nuevo rostro a las relaciones entre las fuerzas del orden, los gobiernos locales y los grupos criminales.

Con distintos niveles de participación, este trinomio parece haberse beneficiado notablemente de la situación: el éxito de la transición económica y el fracaso de la transición política definieron un nuevo *ethos* en el cual se han desarrollado las nuevas relaciones entre autoridades, agentes del orden y criminales bajo el denominador común de la *dinerocracia*.

IV. De la crisis de seguridad a la crisis de derechos humanos: la guerra de Calderón y la debacle de Peña Nieto

Lo cierto es que al inicio del sexenio del expresidente Calderón, los ajustes de cuenta ocuparon paulatinamente el espacio público en muchas ciudades del país y éste, como Estado capaz de garantizar la paz pública y el orden institucional, fue perdiendo terreno de modo notable en importantes ciudades del país, como Tijuana⁵⁴, Ciudad Juárez⁵⁵ y Monterrey⁵⁶, casi todo Tamaulipas, Michoacán, Guerrero y Morelos, sólo por citar los casos más emblemáticos. A la violencia legal, producto entonces del fuego de las policías de todos los niveles, aunadas las del Ejército y la Marina —a la que Calderón incorporó también a su guerra contra los cárteles—, hubo que sumar la violencia

⁵⁰ Flores, C., *Op. Cit.*

⁵¹ Hay que recordar que la presencia del Ejército en materia de seguridad pública data de los años noventa, cuando ante el conflicto zapatista el Presidente Zedillo los incorpora paulatinamente a estas tareas; sin embargo, el interés por que el instituto armado haga de salvaguarda de los intereses del libre comercio frente a la amenaza que para este último representa el narcotráfico, se remonta al sexenio de Miguel de la Madrid y de modo más claro a la presidencia de Carlos Salinas. (Sandoval Palacios, 2000)

⁵² Borrego, G., *Op. Cit.*

⁵³ Flores, C., *Op. Cit.*

⁵⁴ De Mauleón, H., *En la colina del pozolero*, Tijuana, agosto de 2009, Nexos 380, págs. 37-42

⁵⁵ Parra, E., *Tiempo de perros*, Ciudad Juárez, agosto de 2009, Nexos 380, págs. 45-50

⁵⁶ Osorno, D., *Generación Z*, Monterrey, agosto de 2009, Nexos 380, págs. 52-58

ilegalmente producida por las contiendas armadas entre grupos criminales, lo que en no pocos momentos significó la muerte de personas inocentes a las que el entonces Presidente de la República calificó en diversas ocasiones como víctimas colaterales.

El segundo lustro del siglo XXI fue el marco de un México atravesado por una violencia de tal magnitud y alcances que terminó por hacer visibles los nexos entre autoridades y delincuentes, pero de modo más importante aún, el modo en el que esas relaciones funcionaron para producir traslapes entre las organizaciones de narcotraficantes y otros fenómenos y circunstancias que se tornaron funcionales. Este es sin duda el caso de la migración, fenómeno antiguo y en principio independiente, que sin embargo resultó funcional a las organizaciones criminales en la medida en la que el secuestro de personas migrantes resultó para sus miembros usufructos laborales y sexuales no consentidos, cuando no, además, rescates obtenidos de las familias de las víctimas en sus lugares de origen o destino. La denuncia de un sobreviviente que permitió el hallazgo de una fosa con 72 cuerpos sin vida de personas migrantes víctimas de secuestro y maltrato a manos de organizaciones criminales, constató estas nuevas relaciones criminales, potenció el trabajo de organizaciones de sociedad civil a favor de los derechos de las personas migrantes y en ese sentido, abrió un nuevo frente al Estado Mexicano en su guerra contra el crimen.⁵⁷

Una situación similar la han enfrentado quienes se dedican a la libertad de expresión, en su mayoría reporteras y reporteros cuya frágil relación laboral con los medios con los que trabajan les ha colocado en una grave situación a caballo entre las instituciones del estado y los miembros de las organizaciones criminales. Estados como Guerrero, Morelos, pero de modo especial Veracruz, han sido escenario de ejecuciones de reporteras y reporteros, así como de una importante cantidad de violaciones a sus derechos humanos lo que ha sido razón para que México sea considerado el paísmás riesgoso del mundo para ejercer la libertad de expresión, posición en la que superamos, solamente a Irak.⁵⁸

Desde la perspectiva local, estos traslapes han mostrado la capacidad de algunas organizaciones criminales, presumiblemente las que perdieron poder económico para mover drogas hacia los Estados Unidos, para usurpar funciones y servicios que son atribución de los gobiernos municipales, a través de estrategias que combinan, por una parte el terror, y por la otra, una suerte de benevolencia que busca poner de su parte a las y los ciudadanos que quedan a su merced⁵⁹. Los cuerpos colgados de los puentes, así como las narcomantas, son considerados avisos que al mismo tiempo se dirigen a las autoridades y a otras bandas adversarias, a las que demuestran su capacidad de impunidad, su extensión territorial y su poder sanguinario, pero también a las y los pobladores de esos territorios ocupados bajo una lógica de *plata o plomo*.

⁵⁷ De hecho, la tensión abierta por este tema se aprecia en las reacciones del Instituto Nacional de Migración al informe que sobre las violaciones de agentes migratorios sobre las personas migrantes realizó en Instituto para la Seguridad y la Democracia (2013). La nota puede consultarse en <http://www.e-consulta.com/nota/2014-09-02/sociedad/inm-rechaza-abusos-migrantes-denunciados-por-insyde>

⁵⁸ Vale la pena revisar los informes que año con año publica la organización de defensa de la libertad de expresión Artículo 19. Por todos Artículo 19 (2015)

⁵⁹ Maihold, G., *Las comunicaciones criminales, el caso de las narcomantas*. En S. Aguayo, & R. Benitez, *Atlas de la seguridad y la defensa en México 2012*. México, 2012, CASEDE, págs. 83-92

En Michoacán, la presencia de los cárteles de las drogas —*La Familia* inicialmente y después *Los Caballeros Templarios*— hizo corriente las extorsiones y el pago de *derecho de piso*, pero poco a poco significó también ejercer violencia contra a la población civil, contra las familias. En respuesta, a inicios de 2013, pobladores de la zona se levantaron dando forma a un movimiento conocido como *Autodefensas* que decidió enfrentar directamente a los cárteles⁶⁰. En Guerrero, con otra tradición y otras características, se hicieron notar las guardias comunitarias, estructuras policiales tradicionales que en el contexto de amenaza del narcotráfico extendieron sus alcances al combate a grupos criminales, haciendo visible su presencia en la mitad de los municipios de esa entidad, según el informe que sobre el tema publicó la Comisión Nacional de los Derechos Humanos⁶¹.

A finales del sexenio de Felipe Calderón, la cuenta en muertos superaba los 60 mil, y ni el número de desaparecidos ni el de desplazados tenía magnitud conocida. La situación se reveló paradójica: el número de víctimas de la guerra contra el narcotráfico fue —y continúa siendo— muy superior al número de vidas que se hubieran perdido por el consumo de las drogas que se intentó evitar, sin éxito conocido, llegaron a sus destinatarios. Además, a raíz del asesinato del hijo de Javier Sicilia los familiares de todas esas víctimas sin rostro habían encontrado ya en el liderazgo del poeta una dirección para levantar su voz en el seno de lo que se ha conocido como Movimiento por la Paz con Justicia y Dignidad. Muy a pesar de que en junio de 2011 el Congreso de la Unión aprobó la más importante reforma constitucional desde 1910 —la relacionada con los derechos humanos— la realidad dejó en claro que al expresidente Calderón la crisis de seguridad se le había convertido ya en una crisis donde la tortura, la desaparición y las ejecuciones extrajudiciales volvieron a ser tema recurrente en el debate público en torno a su estrategia contra la criminalidad.

Con instituciones como la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas o un sistema ombudsman notablemente debilitado —que no han logrado demostrar su valor para estar al lado de las víctimas—, así como con una reforma penal constitucional esquizoide, que terminó institucionalizando la oposición entre seguridad y derechos al poner juntos, como lo quiso Fox en su momento, al nuevo sistema adversarial y el régimen de excepción para la delincuencia organizada, concluyó Calderón su mandato. Así que cuando Enrique Peña Nieto asumió la Presidencia de la República, lo hizo en un contexto muy complicado. Un país que reportaba cifras de muertos que lo colocaban en una situación similar a aquéllos donde se registraban conflictos armados. Un país calificado como el más peligroso de los países para ejercer la libertad de expresión; un país plagado de feminicidios, de desaparecidos de violaciones graves a los derechos humanos y un país cuyas instituciones están afectadas de corrupción y desconfianza. Esa fue la herencia que recibió Enrique Peña de su antecesor Calderón.

De hecho, el primero de diciembre de 2013, mientras tomaba posesión en un Congreso prácticamente sitiado, las calles de la ciudad de México fueron escenario de protestas múltiples y de la emergencia de un grupo social que, autodenominado, “*los anarcos*” se convirtió en la piedra en el zapato de los gobiernos local y federal en cada manifestación que ha tenido lugar en la capital

⁶⁰ Villafranco, G., *Autodefensas, ¿qué está pasando en Michoacán?*, enero de 2014, Edit. Forbes

⁶¹ Comisión Nacional de los Derechos Humanos. *Informe especial sobre los grupos de autodefensa en el estado de michoacán y las violaciones a derechos humanos relacionadas con el conflicto*. México, 2014, Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH)

de entonces a la fecha. No obstante, el beneficio de la duda otorgó al Presidente Peña espacio para dialogar con el Movimiento por la Paz con Justicia y Dignidad, para reenviar la incitativa de Ley General de Víctimas que el expresidente Calderón se negó a respaldar y finalmente, parecía, para colocar políticamente a su gobierno del lado de las víctimas.

Los primeros años del sexenio que aún corre se caracterizaron por un cambio en el discurso en torno a la inseguridad —que desapareció de la prensa— y por el apoyo al Pacto por México y las reformas estructurales. Sin embargo, apenas iniciado el sexenio y justo después de que una foto del Presidente Peña apareciera en la portada del número de febrero de 2014 de la revista *Time* con la frase *Saving Mexico* frente a él, en septiembre de ese mismo año, un grupo de estudiantes de la Normal Rural de Ayotzinapa en Guerrero, fueron secuestrados y presuntamente asesinados en lo que a la postre ha sido el suceso que mayor impacto ha tenido dentro y fuera del país. A la fecha en la que escribo este artículo, mayo de 2016, no se sabe nada de los normalistas y en cambio, en solo dos años, el descrédito del Gobierno del Presidente Peña ha ido en aumento.

Sin duda, tal descrédito ha crecido ante el mundo debido a una actitud incomprensiblemente reactiva a la solución eficaz del caso, y en cambio, proclive a la descalificación de los informes que en materia de derechos humanos, —donde Ayotzinapa y una cadena más de sucesos, uno previo y los demás posteriores al hecho, son materia de análisis y de recomendación—⁶² han elaborado relatores de Naciones Unidas y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a los reportes que, a invitación del propio gobierno, hicieran primero el Grupo Argentino de Antropología Forense y luego el Grupo Interdisciplinario de Expertos de la propia CIDH, así como al activismo de defensoras y defensores de derechos humanos dentro y fuera del país.

Este caso ha sido el detonante de una estrategia destinada dificultar el esclarecimiento de los nexos que hacen confluír en Iguala Guerrero, acciones en las que se cruzan varias policías municipales, autoridades locales, policías federales y probablemente el Ejército, con bandas criminales que hace tiempo operan en la sierra de Guerrero; ello ocurre en un contexto de elevada desconfianza institucional, de verdades a medias y de un incremento de la violencia asociada al crimen y a su combate. Y lo más lamentable, ha ocurrido de nuevo en Tierra Blanca, Veracruz, donde policías coludidos con criminales detuvieron, desaparecieron y asesinaron nuevamente a cinco jóvenes sin ninguna razón apenas en enero de este año. También ocurre de cara a un movimiento dividido entre quienes reclaman su derecho a ser las legítimas víctimas del delito, encabezadas por las organizaciones SOS y Alto al Secuestro, y quienes desde distintos colectivos buscan hacer valer su derecho a que se reparen los daños que los convirtieron en víctimas del Estado.

Enrique Peña está a la mitad de su mandato y el número de muertos ya sobrepasa los 100 mil,⁶³ hoy se sabe que los desaparecidos superan los 20 mil y el número de personas desplazadas asciende a 1.65 millones de personas contabilizadas entre 2006 y 2011. Todos estos datos han sido

⁶² Antes fue Tlatlaya y después varios eventos similares en Tanguato y Apatzingan, en los que el uso del verbo “abatir” en las órdenes dadas a las patrullas que protagonizaron “enfrentamientos” con supuestos miembros de la criminalidad organizada sugiere inevitablemente ejecuciones extrajudiciales

⁶³ En su columna de *Excelsior* del 11 de mayo de este año, Leo Zuckerman hace notar que, en lo que va del sexenio actual, han tenido lugar 30 mil seiscientos cuatro ejecuciones y que, entre enero y abril de este año, el incremento de las ejecuciones alcanza un 24% más que las contabilizadas a diciembre del año pasado

corroborados por el más reciente informe publicado por varios expertos en salud pública en la revista científica *The Lancet*⁶⁴ quienes han concluido que, en México, ha sido la propia estrategia contra las drogas la que se ha convertido en un problema de salud pública y que esta forma de enfrentar el problema es un ejemplo claro de lo que hay que dejar de hacer si se quiere en serio resolver el problemas de las drogas en el mundo.

Por lo demás, también México Evalúa⁶⁵ ha publicado datos que muestran como el gasto en seguridad pública no se ha visto reflejado, ni en una mejor policía, ni en la disminución de la actividad delictiva, ni en el mejoramiento de la percepción de seguridad, ni en el abatimiento de la impunidad. En otras palabras, estamos peor que como iniciamos pues al final, la crisis de seguridad pública iniciada en los noventa se opaca frente a una mucho más compleja, violenta y dolorosa crisis de derechos humanos.

V. Reflexiones finales

De lo expuesto en este trabajo es posible inferir la influencia que el éxito de la transición económica y el fracaso de la transición política tuvieron en el florecimiento de la violencia, en la desorganización de la política criminal y en la conversión de la crisis de seguridad en una grave crisis de derechos humanos. Sin embargo, quedan por indagar relaciones que han quedado sugeridas en el texto y que motivan preguntas sobre el rol que la corrupción juega en todo este proceso, así como los mecanismos que hace posible que la respuesta social se limite solo a las organizaciones de sociedad civil involucradas. En todo caso, estas constituyen preguntas abiertas cuyo abordaje queda para otras investigaciones.

Por lo pronto, a tres años de que concluya el sexenio, está claro que el regreso del PRI a la presidencia no sólo no resolvió el problema, sino que no pudo evitar que este empeorará, muy a pesar de las estrategias para encubrir los detalles de los casos Ayotzinapa, Tlatlaya, Tanguato o Apatzingan. Preocupa sin duda que la frecuencia de estos graves hechos se haya normalizado en la percepción social y que haya sectores, especialmente entre los empresarios, pero sin duda también en la clase media y media alta y desde luego en el Gobierno Federal y en las Fuerzas Armadas, que estén llamando a pasar por alto estos hechos, con tal de pasar la página, de mejorar el humor social, y de estar en capacidad para apreciar y disfrutar todas las cosas maravillosas que sí se han logrado en este sexenio.

VI. Fuentes consultadas

- Artículo 19. (2015). *Estado de censura*. anual, Artículo 19 México, México
- ASTORGA, L. (2015). *¿Qué querían que hiciera? Inseguridad y delincuencia organizada en el gobierno de Felipe Calderón*. México, México: Grijalbo
- BARDÁN, C., Shirk, D., & Rios, A. (2005). *Análisis técnico de la propuesta de reforma al sistema de justicia mexicano*. México, México: ILSN/UCSD/Senado de la República
- BENITEZ, R. (marzo-abril de 2009). *La crisis de seguridad en México*. *Nueva Sociedad* (220), 173-189

⁶⁴ Cstete, J. e., *Public health and international drug policy*, Marzo de 2016, *The Lancet*

⁶⁵ México Evalúa, *Indicadores para entender y monitorear la Seguridad Pública en México*, México, 2016, México Evalúa

- BORREGO, G. (Octubre de 2011). *Feudalismo y dinerocracia*. *Nexos* (406), 46
- CANALES, R. (october de 2013). *ted.com*. Recuperado el 30 de marzo de 2016, de TED. Ideas Worth Spreading:
http://www.ted.com/talks/rodrigo_canales_the_deathly_genius_of_drug_cartels
- COMISIÓN Nacional de los Derechos Humanos. (2014). *Informe especial sobre los grupos de autodefensa en el estado de michoacán y las violaciones a derechos humanos relacionadas con el conflicto*. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. México: CNDH.
- CSTETE, J. e. (Marzo de 2016). *Public health and international drug policy*. *The Lancet*.
- DE MAULEÓN, H. (agosto de 2009). *Tijuana, En la colina del pozolero*. *Nexos* (380), 37-42.
- FLORES, C. (2009). Organized Crime and Official Corruption in Mexico. En R. Donnelly, & D. Shirk, *Police and Public Security in Mexico* (págs. 87-116). San Diego, California, USA: University Readers.
- GONZÁLEZ, L. (2006). *La política criminal en materia de niñas, niños y adolescentes en conflicto con la ley penal en México*. México, México: INACIPE/UE/PGR.
- GONZÁLEZ, L. (2006 a). *La seguridad pública en un contexto democrático*. En L. González, *Política criminal y sociología del control penal* (págs. 275-300). México, México: INACIPE.
- GONZÁLEZ, L. (Julio de 2006 b). *El secuestro en México*. *La Gaceta*(18), 3-8.
- GONZÁLEZ, L., & Gluyas, R. (2006). *Criminalidad y derechos: paradojas en el contexto de la interacción contemporánea entre estado, individuo y mercado*. En I. Rivera, G. Anitua, & E. Bodelon, *Contornos y pliegues del derecho: homenaje a Roberto Bergalli* (págs. 371-385). Barcelona: Anthropos.
- GONZÁLEZ, S., Lopez Portillo, E., & Yañez, J. (1994). *Seguridad pública en México: problemas, perspectivas y propuestas*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- GONZALEZ, L. (2000). *La concepcion sistémica de la seguridad*. *Nueva Sociedad*(167), 87-98.
- GONZALEZ, L. (2004). *La accidentada relación entre las subculturas académica y mediática en el contexto de la inseguridad*. En M. Lara, & E. Lopez Portillo, *Violencia y medios. Seguridad pública, noticias y construcción del miedo* (págs. 69-92). México: Centro de Docencia e Investigación Económica / Instituto para la Seguridad y la democracia.
- GRANADOS, O. (octubre de 2011). *¿Virreyes o Gobernadores?* *Nexos*(406), 37-40.
- GUERRERO, E. (Agosto de 2010). *Los hoyos negros de la estrategia contra el narco*. *Nexos*.
- GUERRERO, E. (junio de 2011). *La raíz de la violencia*. *Nexos*.
- INSTITUTO para la Seguridad y la Democracia. (2013). *Diagnóstico del Instituto Nacional de Migración. Hacia un sistema de rendición de cuentas en pro de los derechos de las personas migrantes en México*. Instituto para la Seguridad y la Democracia. México: INSYDE.
- INSYDE, I. r. (2013). *e-consulta.com*. Obtenido de <http://www.e-consulta.com/nota/2014-09-02/sociedad/inm-rechaza-abusos-migrantes-denunciados-por-insyde>
- MAIHOLD, G. (2012). *Las comunicaciones criminales. El caso de las narcomantas*. En S. Aguayo, & R. Benitez, *Atlas de la seguridad y la defensa en México 2012* (págs. 83-92). México: CASEDE.
- MÉXICO Evalúa. (2013). *Indicadores para entender y monitorear la seguridad pública en México. Resumen Ejecutivo*. México, México, México: México Evalúa.
- MÉXICO Evalúa. (2016). *Indicadores para entender y monitorear la Seguridad Pública en México*. México Evalúa. México: México Evalúa.
- OSORNO, D. (agosto de 2009). *Monterrey*. Generación Z. *Nexos*(380), 52-58.
- PARRA, E. (agosto de 2009). *Ciudad Juárez*. Tiempo de perros. *Nexos*(380), 45-50.
- RUBIO, L. (octubre de 2011). *De la falsa monarquía al feudalismo imperfecto*. *Nexos*(406), 33-36.

SANDOVAL Palacios, J. (mayo-agosto de 2000). *Militarización, seguridad nacional y seguridad pública en México*. Espiral. Estudios sobre Estado y Sociedad, VI(18), 183-222.

VILLAFRANCO, G. (enero de 2014). *Autodefensas, ¿qué está pasando en Michoacán?* Forbes.

ZUCKERMAN, L. (11 de mayo de 2016). *40 meses del sexenio de Peña: 30 mil 604 ejecuciones*. Excelsior.

CAPITULO III

EL DAÑO MORAL EN MATERIA PENAL. ANÁLISIS RETROSPECTIVO DESDE LA JURISPRUDENCIA MEXICANA

María de Jesús Camargo Pacheco
María Teresa Gaxiola Sánchez

I.- Introducción

En este capítulo se describen los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en relación a la institución del daño moral en materia penal, con el propósito de tener una visión de su aplicación en México. Cabe la aclaración que la reparación del daño es un tema marginal en la doctrina penal, su análisis ocupa unos cuantos párrafos de los tratados en materia sustantiva, siendo en lo procesal donde alcanza una mayor amplitud, pero de ninguna manera suficiente ni se equipara a los espacios destinados en la doctrina civilista. El vacío doctrinal es aún mayor cuando se trata de analizar la reparación del daño derivado del delito, en su modalidad de daño moral; tema en el que priva la incertidumbre y la mayor marginación de la víctima en cuanto el acceso a medios para afrontar las consecuencias negativas del delito.

Con este trabajo se pretende responder a la interrogante siguiente: ¿Cuáles son los criterios que existen en la jurisprudencia mexicana para determinar el contenido y alcance del daño moral en materia penal?

Y como parte de sus objetivos específicos se centrará en ubicar los conceptos que han prevalecido en los últimos tiempos sobre el significado de daño moral, las modalidades que puede adoptar respecto de determinados delitos, los medios probatorios y los mecanismos para su reparación.

Se sostuvo como hipótesis que prevalece en la jurisprudencia un concepto restringido de daño moral que lo encasilla a la protección de la esfera social y aflictiva de la persona, siendo la más común la reparación económica, limitando con ello el acceso a otras formas que contribuyan más adecuadamente a la recuperación de la víctima del delito.

Consiste en un estudio dogmático de los criterios de la Corte relacionados con la tramitación de la reparación del daño moral derivado del delito, su procedencia y reparación. Para tal efecto se revisó la totalidad de las tesis aisladas y jurisprudenciales que se han resuelto, principalmente aquellas dictadas a propósito del derecho penal, bajo una interpretación sistemática y teleológica.

El daño moral derivado del delito es un tema controvertido, en el cual no existe consenso, principalmente respecto a su significado, destacando una férrea oposición entre los teóricos clásicos y contemporáneos de regular su reparación como una modalidad de pena.

Solo a manera de ejemplo, referimos a Hans Kelsen quien ya había rechazado la clasificación de la reparación del daño como pena y en consecuencia a que se le encuadrara como responsabilidad bajo el argumento que la reparación no es en sí misma una obligación, sino un acto coactivo que una norma vincula a una conducta determinada. Refiere que la obligación de reparar

el daño nace, no solo cuando es convertida en condición de una sanción, idea predominante en la dogmática actual; sino también se presenta cuando el hecho de no reparar condiciona la sanción. Lo que da lugar a la reparación no es el daño mismo, sino la negligencia del obligado a asumir el pago correspondiente, y consecuentemente a privarlo de manera coactiva del patrimonio poniéndolo a disposición del afectado. Sin embargo, advierte que la sanción puede evitarse si se realiza el cumplimiento voluntario de la reparación del daño. Concluye el autor en referencia que la obligación de reparar el daño no es una sanción sino una obligación accesoria y que la sanción solamente se presenta cuando no es cumplida tal obligación.⁶⁶

Por su parte Barragán Salvatierra sostiene que la elevación de la reparación del daño como pena pública desdibuja las diferencias entre las sanciones que le corresponden al derecho privado y la pena, debido a que las primeras, en un sentido amplio implican la realización forzada de lo preceptuado en la ley cuando no se haya cumplido de manera voluntaria y la pena representa una disminución de bienes jurídicos como un plus contra la persona del delincuente.⁶⁷

Si bien es cierto, la figura de la reparación del daño tiene su base en la reglamentación civil, se trata de una institución cuya inclusión en lo penal se ha venido manifestando como una tendencia necesaria para reivindicar este derecho fundamental a favor de las víctimas, y que suele ser con frecuencia inalcanzable. Sin embargo, juristas mexicanos se han mostrado renuentes a que se legisle con mayor detalle su contenido en lo penal, por considerar que con ello se tergiversa el fin de la pena. Que, aunque la reparación del daño se ha elevado a categoría de pena, dentro de nuestro máximo ordenamiento jurídico, y se le contempla como tal en la mayoría de las legislaciones penales, ha sido complejo asignarle el status de auténtica pena.

II. Daño moral en materia penal. Un acercamiento a su definición desde lo penal

Esta institución jurídica se encuentra reconocida en los sistemas jurídicos modernos distinguiéndose por la versatilidad de los términos que se utilizan en su identificación: daño extrapatrimonial, inmaterial, psicológico, agravio moral son algunos de ellos. En los países de sistema latino o romano-francés se emplea como denominación común "daño moral",⁶⁸ en Alemania "daño inmaterial" y en Argentina "agravio moral". Sin embargo, a decir de Brebbia, la expresión "daño moral" ha adquirido carta de ciudadanía en el derecho moderno. Hay autores que prefieren referirlo como extra patrimoniales, para evitar las confusiones que la interpretación literal de la expresión "daño moral" propicia. El empleo de la palabra "moral" no deriva de la naturaleza de las afectaciones ya que no solo constituye ataques a la moral, buenas costumbres o reglas sociales; se designó en oposición al de daño patrimonial, para referir a las afectaciones a bienes inmateriales,

⁶⁶ Kelsen, Hans, *La teoría Pura del derecho*, 2002, pág.137

⁶⁷ Barragán Salvatierra, Carlos, *Derecho Procesal Penal*, 2a Ed., México, 2004, Edit. Mc Graw Hill, Pág. 280. Tan significativa como la anterior, encontramos la oposición en las fuertes críticas argumentadas sobre este mismo tema, planteada por Fernando Pantaleón Prieto, en el documento *Perseverare diabólicum (¿Otra vez la responsabilidad civil en el Código Penal?)* 1993

⁶⁸ En los ámbitos del derecho internacional se utiliza el término extrapatrimonial en su connotación más amplia como contrario a los daños patrimoniales, en él se incluyen como su especie a los daños morales y el daño al proyecto de vida. Cfr. Calderón Gamboa, Jorge Francisco, *Reparación del daño al proyecto de vida por violaciones a los derechos humanos*, México, 2005, Edit. Porrúa, pág. 10

incorpóreos o internos de una persona. Aun así, por lo denso de su contenido es frecuente que la doctrina jurídica la señale como una figura borrosa, por la incertidumbre que su definición propicia.⁶⁹

La Suprema Corte refiere mediante jurisprudencia⁷⁰ que su incorporación al derecho obedeció al principio de que junto a los bienes materiales de la vida, objeto de protección jurídica, existen otros inherentes al individuo mismo que también deben ser tutelados y protegidos, bajo el argumento de hacer responsable civilmente a quien afecte a otro, atacando bienes como la moral, la paz pública, el derecho de terceros, o provocar algún delito. Implica la concesión de un ámbito de poder y el señalamiento del deber general de respeto a los demás. Lleva implícito un derecho subjetivo de reparación por afectaciones "contra las legítimas afecciones y creencias de los individuos o contra su honor o reputación".⁷¹

Aunque no referidas propiamente a lo penal, varias tesis han abordado el significado de daño moral. Aquí se analizan a manera de ejemplo algunos criterios, en ellos pueden identificarse acepciones negativas que caracterizan al daño moral en oposición a los daños patrimoniales; otras que le dan un sentido puramente aflictivo; otras se concretan a especificar los bienes que tutelan; y aquellas que lo ubican como violación a los derechos de la personalidad. Veamos cada una de ellas.

a. Acepciones negativas

Las interpretaciones jurisprudenciales que sitúan el concepto negativo del daño moral⁷² lo refieren como una lesión a bienes de naturaleza extra patrimonial o inmaterial que no pueden tasarse en dinero, como el honor y los sentimientos porque conforman la intimidad del sujeto. Los daños morales son definidos en contraposición a aquellos que producen efectos negativos al patrimonio o a bienes materiales, situándolos en los sentimientos como aspecto íntimo de la persona. En el mismo sentido la tesis aislada que enlista a la reputación, integridad sexual, la paz y la seguridad de las personas, bienes de naturaleza subjetiva.⁷³ Asimismo identifica al daño moral como una consecuencia aflictiva del delito, que por su naturaleza interna solo puede caracterizarse en oposición de los bienes materiales que sí son corpóreos y como tal objetivables. Así se ha establecido tanto en jurisprudencia como en tesis aisladas,⁷⁴ que destacan su carácter inmaterial

⁶⁹ Brebbia, Roberto H., *Daño Moral*, México, 1998, Edit. Acrópolis, pág. 85

⁷⁰ En la jurisprudencia: *Daño moral. es la alteración profunda que sufre una persona en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien, en la consideración que de sí misma tienen los demás, producida por hecho ilícito*, registro: 160425, Décima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, libro IV, enero de 2012, t. 5, pág. 4036

⁷¹ *Daño moral. su regulación*, [TA], Séptima Época, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, volumen 217-228, cuarta parte, pág. 98

⁷² *Daño moral*, [TA], Quinta Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. XCIV, pág. 1364

⁷³ *Daño moral*, registro: 302630, [TA], Quinta Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. XCIV, 1947, pág.1964

⁷⁴ *Daño moral. lo constituye el dolor físico producido por una lesión orgánica derivada de responsabilidad objetiva, bastando acreditar la existencia de ambas para que proceda la acción de reparación*, registro:

por recaer en valores espirituales, como una alteración profunda o relevante a los bienes jurídicos que enunciativamente contempla.

En un pronunciamiento más reciente, aunque generado a propósito de la materia civil, se estableció el carácter extrapatrimonial del daño moral en el sentido siguiente:

“Aunque existen diferentes corrientes de opinión en torno al concepto de daño moral, nuestra tradición jurídica se adhiere a aquella que considera que el daño moral se determina por el carácter extra-patrimonial de la afectación; la cual puede tratarse de la lesión a un derecho o a un simple bien o interés de carácter no pecuniario... Así, la conceptualización del daño moral centra su objeto y contenido en los intereses no patrimoniales o espirituales que pueden verse afectados. En tal sentido, las angustias, las aflicciones, las humillaciones, el padecimiento o el dolor constituyen daños a la moral en tanto son afectaciones a intereses no patrimoniales.”⁷⁵

No obstante la insistencia del Máximo Órgano Jurisdiccional de caracterizar a los daños morales por su atributo de no equivalencia en dinero o extrapatrimonial, es reconocido el efecto indirecto que puede ocasionar, lo que permite apreciarlo desde el punto de vista patrimonial: “a veces la alteración psíquica producida en la víctima puede, por ejemplo, reducir el rendimiento en el trabajo, caso en el cual el daño moral influye indudablemente en el patrimonio del ofendido.”⁷⁶

b. Aquellas que expresan contenido aflictivo del daño moral

Es de destacarse la jurisprudencia⁷⁷ que lo asocia a las consecuencias psíquicas negativas experimentadas por la víctima, representan el sufrimiento al que es sometida, constituye un daño intrínsecamente ligado a su experiencia personal.

c. Las que describen los bienes jurídicos tutelados por el daño moral

Las resoluciones judiciales respecto a la definición de daño moral lo hacen en su gran mayoría a partir de la descripción de sus bienes jurídicos, ello es lógico por estar regulada así en un número importante de legislaciones penales mexicanas que reproducen las definiciones típicas de la doctrina civilista. Entre otras se localiza el criterio firme⁷⁸ que acota al daño moral como: “La

175977, [TA], Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. XXIII, febrero de 2006, materia(s): civil, pág. 1795

⁷⁵ *Daño moral. De acuerdo con su concepción en nuestra tradición jurídica, aquél se determina por el carácter extra-patrimonial de la afectación*, Tesis: 1a. CCXXX/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, 2006733, 1 de 1, Primera Sala, Libro 7, junio de 2014, Tomo I, Tesis Aislada (Civil), pág. 444

⁷⁶ *Reparación del daño moral, [ta]*, Quinta Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. XCIV, pág. 1364

⁷⁷ *Responsabilidad por daño moral. cuando la víctima de un acto ilícito fallece, su familia tiene legitimación activa para reclamar el pago de la indemnización relativa, no así sus herederos por medio del albacea de la sucesión (interpretación del artículo 1849 del código civil para el estado de Veracruz)*, registro: 185572, tesis 1a./J. 106/2006, Novena Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. XXV, febrero de 2007, pág. 549

⁷⁸ *Daño moral, derecho a la reparación del. se da en favor de una persona, como consecuencia de una inadecuada atención médica prestada por un centro hospitalario que vulnere o menoscabe su integridad física*

afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás”.

Sustentado también en la doctrina, se localiza otra interpretación judicial de la misma categoría que la anterior⁷⁹ considerándolo como la privación o disminución de bienes con valor notable para el hombre; entre ellos la paz, la tranquilidad del espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor, entre otros; y advierte que se trata de bienes enlistados en la Legislación Civil, pero a título ejemplificativo y no limitativo. Entre este criterio y el anteriormente descrito la diferencia solo se ubica en los bienes jurídicos que éste reconoce, que pueden considerarse más amplios y ambiguos.

Es de destacarse una interpretación reciente que acota los bienes reconocidos en materia civil a esta figura jurídica, dimensionándolos a la parte social y aflictiva del sujeto.⁸⁰

En nuestro ordenamiento jurídico se plantea una distinción en el tratamiento de la responsabilidad por daño al patrimonio moral, dependiendo de su carácter. En efecto, puede sostenerse que el daño moral es un género dividido en tres especies, a saber: (i) daño al honor, el cual afecta a una persona en su vida privada, honor o propia imagen; (ii) daños estéticos, que son los que afectan la configuración y los aspectos físicos de las personas; y, (iii) daños a los sentimientos o a la parte afectiva del patrimonio moral, como se les ha denominado en la doctrina, y que hieren a un individuo en sus afectos.

Del anterior criterio se desprenden tres áreas de manifestación del daño moral: el honor, los daños estéticos y el daño a los sentimientos. Pero en todo caso todos ellos tomando como referentes principales los efectos sociales del daño y su repercusión emocional en la víctima, es decir a sus sentimientos espirituales.

d. Aquellas que lo definen como derechos de la personalidad

La regulación de la institución del daño moral busca la protección de los derechos de la personalidad, así se establece mediante tesis aislada⁸¹ que lo ubica en la corriente civilista contemporánea que persigue garantizar a la víctima en el goce de sus facultades y en el desenvolvimiento de la personalidad tanto física como moral.

o psíquica, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. XVI, noviembre de 2002, pág. 1034.

⁷⁹ *Daño moral. presupuestos necesarios para la procedencia de la acción relativa (legislación del distrito federal)* registro: 167736, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. XXIX, marzo de 2009, materia(s): civil. pág. 2608,

⁸⁰ *Daño moral. su clasificación en cuanto al carácter del interés afectado*. Tesis: 1a. CCXXXI/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, 2006737, 1 de 1, Primera Sala, Libro 7, junio de 2014, Tomo I, Tesis Aislada (Civil), Pág. 449

⁸¹ *Daño moral en el derecho positivo mexicano*, registro: 184505, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. XVII, abril de 2003, materia(s): civil, pág. 1073

El daño moral resulta de la violación de esos derechos que se caracterizan por ser inalienables, imprescriptibles, irrenunciables, ingravables y oponibles a terceros.⁸² Por lo anterior tenemos que cuando se produzca afectación por daño moral de un atributo de la personalidad, específicamente con relación al honor, imagen, etc., con independencia de que no exista una referencia expresa en nuestra norma suprema para su salvaguarda, subsiste la obligación para su protección por derivarse de disposiciones contenidas en tratados internacionales, que son ordenamientos superiores en el sistema jurídico mexicano.⁸³

Respecto de la aplicación del concepto como afectación de los derechos de la personalidad, la Corte ha decidido, por ejemplo que se actualiza al producir una cicatriz en la cara y otras consecuencias físicas que tienen que ver con la imagen o apariencia de la persona.⁸⁴

III. Su valoración respecto de determinados tipos penales

En este apartado se describen los razonamientos que sustentaron la admisión de la reparación del daño moral, en delitos que consisten en afectaciones sexuales, a la integridad física, a la vida e incluso en lo patrimonial.

a. Delitos sexuales.

Resulta curioso cómo en los primeros pronunciamientos que se dictaron por el Poder Judicial Federal, se optó por una interpretación orientada más sobre la moralidad social que por los efectos experimentados en la propia víctima, ponderando de manera excesiva las consecuencias esperadas en su medio social y no por las repercusiones a nivel individual como lo aflictivo, salud física o psíquica.

⁸² Cfr. *Reparación del daño moral. para su condena basta que se acredite que con la comisión del delito se afectaron los derechos de la personalidad de la víctima o del ofendido, con independencia de la naturaleza de aquél (legislación del estado de Puebla)*, [TA], registro:168561, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. XXVIII, octubre de 2008, materia(s): penal, pág. 243

⁸³ La Corte ha sostenido en criterios aislados el alcance del principio *pro persona*, que desde 2011 se aprobó en México, el cual incorporó como un derecho humano en el segundo párrafo del artículo primero. En la tesis, que al rubro dice: *Principio pro persona. criterio de selección de la norma de derecho fundamental aplicable*, se otorga la categoría de fuentes del orden jurídico mexicano tanto a los derechos fundamentales constitucionalizados como a los estipulados en los tratados internacionales suscritos por nuestro país, de donde se desprende que sus contenidos (valores, principios o derechos) impactan a todo nuestro régimen jurídico, siendo de observancia obligatoria para la autoridad, en los casos en donde sea procedente su aplicación. La responsabilidad se extiende a todas las autoridades, independientemente de su nivel jerárquico y solo en los ámbitos de su competencia. El deber implica no solo velar por el cumplimiento de los derechos humanos consagrados en la norma fundamental, sino también por los contenidos en los diversos instrumentos internacionales, siempre y cuando cumplan los requisitos del art. 133, en cuanto a la autoridad que debe emitirlo y ratificarlo, [TA], registro: 200 0126, Décima Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, libro IV, enero de 2012

⁸⁴ *Daño moral. cuándo se actualiza como consecuencia del delito de lesiones (legislación del estado de Campeche)*, [J], registro: 164814, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. XXXI, abril de 2010, pág. 2364

En relación a la violación, delito más brutal en materia de ataques a la libertad sexual se argumentó la comprobación objetiva del daño moral, bajo el argumento que la desfloración es causa suficiente para declarar procedente su reparación, señalando que aunque sus consecuencias no pueden predecirse o anunciarse con exactitud, pueden preverse, tomando en cuenta el criterio moral prevaleciente, conforme a las consideraciones siguientes:

Para la sociedad, la desfloración impuesta violentamente produce en la mujer un sentimiento de devaluación de sí misma, que puede producir variantes en su propia conducta; estas pueden ir desde el aislamiento que podría terminar en la decisión de permanecer soltera o en la dedicación a la vida mística hasta un proceder relajado que puede llevar a la pérdida absoluta de todo sentimiento ético, cuando se piensa que perdida la virginidad en forma censurable ya nada tiene que cuidar.⁸⁵

La Corte estimó bajo los mismos argumentos la condena de reparación en el delito de estupro, reconociendo que la víctima sufre una merma sensible en su reputación ante la sociedad y sobre todo, el acto lesivo perpetrado en su persona le acarrea un sentimiento de devaluación de sí misma, que puede reflejarse en multitud de formas de conducta, desde aislarse (celibato o enclaustramiento pseudo místico), hasta un proceder disipado con la pérdida absoluta de todo sentimiento ético,⁸⁶ con esos elementos reconoce que son daños trascendentes, lo que da lugar a su reparación.

El daño moral⁸⁷ va implícito en la consumación del acto carnal realizado en la persona de la víctima, quien indudablemente resiente perjuicios al ser lesionados su honor y dignidad, valores morales de los más preciados para la mujer ante sí misma y ante la sociedad, que ineludiblemente afectan sus relaciones en la vida

b. Delitos contra la vida, integridad corporal y salud.

Mediante tesis aislada⁸⁸ referida al homicidio, se estableció que el juez debe ponderar el impacto que éste hecho provoca en el seno familiar, sobre todo cuando la víctima es el padre, cuando representa el sostén de la familia y su pérdida ocasiona un sentimiento de desprotección y orfandad que solo puede verse mitigado mediante una indemnización que proporcione a los afectados directa seguridad en la satisfacción de sus necesidades básicas

Esta tesis también resuelve que, si bien es cierto, el dinero no puede desempeñar el mismo papel que el resarcimiento en los daños materiales, debido a lo no equivalencia en dinero para este

⁸⁵ *Daño moral*, [TA], Quinta Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. LXXIX, pág. 1755

⁸⁶ *Estupro, reparación del daño moral causado por el (legislación de tabasco)*, [TA], Quinta Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. CXXIII, pág. 1732

⁸⁷ *Daño moral. su prueba en los delitos sexuales*, [TA], Sexta Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, volumen LXII, segunda parte, pág. 16

⁸⁸ *Daño moral causado por la muerte de una persona, tratándose de responsabilidad civil. el monto de la indemnización debe compensar el dolor sufrido por la pérdida irreparable de un familiar*, registro: 171488, [TA], Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. XXVI, septiembre de 2007, materia(s): civil, pág. 2515

tipo de daños, sí tiene efectos de compensación. No se pretende poner precio al dolor o a los sentimientos humanos sino menguar el grado de afectación por la pérdida del ser querido, buscando mitigar el dolor del vacío sentimental de la pérdida al procurarse satisfactores.

Similar a la anterior, existe otra interpretación jurisdiccional⁸⁹ que reconoce en el homicidio el derecho de los familiares a ser indemnizados por concepto de daño moral, por la afectación a los sentimientos. Esta indemnización deberá ser conforme a los criterios que se establecen en la Ley Federal del Trabajo, para su valoración es importante considerar las circunstancias del hecho, la naturaleza del daño y menoscabo del derecho a la personalidad. Respecto del delito de lesiones, la Corte⁹⁰ admitió su existencia a propósito de la prestación negligente de un centro hospitalario que provocó la incapacidad permanente de un paciente, concluyendo que existe daño moral por la afectación psíquica que éste sufrió y que se traduce en alteración en los sentimientos y afectos.

Mediante tesis aislada se ejemplifica cómo las lesiones pueden producir daño moral en la víctima⁹¹ para que sea resarcible, describe la fractura de una pierna que produce en la víctima un dolor físico o *pretium doloris*, y señala que es indudable daño moral, que implica una afectación tanto a la integridad física como psíquica; porque en mayor grado requieren de una o varias intervenciones quirúrgicas, que en sí mismas son susceptibles de infringir nuevas molestias corporales o de incrementar el dolor, o cuando se requiera operación y no se practica inmediatamente prolongando el sufrimiento orgánico. Aunado a lo anterior, el dolor orgánico producido por la lesión, también puede originar daño psicológico debido a la angustia, temor y ansiedad que produce. También se ha motivado su admisión tomando en cuenta la objetivización del daño, señala que, para producir daño moral, la lesión debe tratarse de aquellas que dejan cicatriz perpetua y notable; producir una enfermedad segura o probablemente incurable; inutilizar un ojo, brazo, mano, pierna u otra función orgánica; provocar impotencia o deformidad incorregible, entre otras. La sola ocurrencia de alguno de esos resultados es suficiente para configurar daño moral, sin importar el tiempo que pueda requerirse para la recuperación de la víctima.

En otra tesis jurisprudencial,⁹² se agrega que no basta el tiempo de sanidad e incapacidad de las lesiones para considerar que se produjo daño moral.

⁸⁹ *Reparación del daño moral, material e indemnización económica. tratándose de los delitos de homicidio o lesiones. diferencias y cuantificación de cada uno de esos conceptos (legislación del estado de puebla)*, registro: 190506, [TA], Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. XIII, enero de 2001, materia(s): penal, pág. 1781,

⁹⁰ *Daño moral, derecho a la reparación del. se da en favor de una persona, como consecuencia de una inadecuada atención médica prestada por un centro hospitalario que vulnera o menoscaba su integridad física o psíquica*, [J], Novena Época, T.C.C., Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. XVI, noviembre de 2002, pág. 1034

⁹¹ *Daño moral. lo constituye el dolor físico producido por una lesión orgánica derivada de responsabilidad objetiva, bastando acreditar la existencia de ambas para que proceda la acción de reparación*, registro:175977, [TA], Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. XXIII, febrero de 2006, materia(s): civil, pág. 1795

⁹² *Daño moral. cuando se actualiza como consecuencia del delito de lesiones (legislación del estado de Campeche)*, registro: 164814, [J], Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. XXXI, abril de 2010, pág. 2364

c. Calumnias.

En otra interpretación jurisdiccional⁹³ se ejemplifica un caso de daño moral cuando se afecte la imagen; señala, específicamente, que se ocasiona este tipo de daños cuando se distorsiona la versión que una persona autoriza para publicarla con respecto a su vida, y se le atribuyen actos, conductas o preferencias, consideradas como ilegales o violatorias de los valores de la sociedad; al hacerlo, se causa un dolor cierto y actual a consecuencia del desprestigio al quedar expuesta la persona a las críticas de la sociedad.

d. Robo.

Existen precedentes respecto al robo de vehículo,⁹⁴ tomando en cuenta el empleo de la violencia moral utilizada contra el conductor por la afectación a sus derechos de personalidad, como son su presencia e integridad físicas, aun cuando se trate de un ilícito cuyo bien jurídico protegido es el patrimonio de las personas, en razón de que dicha afectación se produjo a causa del delito.

IV. Medios probatorios

En algunos criterios de la Suprema Corte se ubica la tendencia sobre mecanismos admitidos en México para la probanza del daño moral. Por un lado se ha resuelto que no requiere comprobación especial por tratarse de un elemento subjetivo⁹⁵ que no es susceptible de probarse en forma objetiva⁹⁶ debido a la dificultad en demostrar la existencia del dolor y del sentimiento herido; en cambio existen criterios que obligan al juzgador a determinar los medios a través de los cuáles llegó a la convicción de la existencia del daño y el monto de la misma. Sin embargo, sigue como criterio prevaleciente la discrecionalidad judicial tanto para la procedencia como el monto resarcitorio. Existen legislaciones que expresamente establecen criterios de comprobación que se consideran obligatorios para acreditar el daño y su monto⁹⁷ pero su procedencia depende de las pruebas obtenidas durante el proceso. Es innegable la imposibilidad de condenar a su pago cuando no se rindió ninguna prueba para demostrarlo. Existen soluciones diversas respecto de la forma en la que debe valorarse el daño moral, por un lado se ha resuelto que no requiere comprobación especial por tratarse de un elemento subjetivo⁹⁸ no susceptible de probarse en forma objetiva,⁹⁹ debido a la dificultad en demostrar la existencia del dolor y del sentimiento herido.

⁹³ *Daño moral. caso en que se causa*, [TA], Séptima Época, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, volumen 217-228, cuarta parte, pág. 98

⁹⁴ *Daño moral, reparación del. en el delito de robo de vehículo calificado. procede a favor del conductor por afectar sus derechos de personalidad, si al cometerse el ilícito se empleó la violencia moral en su contra*, [ta], Décima Época T.C.C., Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, libro XIV, noviembre de 2012, t. 3, pág. 1934

⁹⁵ *Daño moral*, [TA], Quinta Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. LXXVI, pág. 3543

⁹⁶ *Daño moral. prueba del mismo [ta]*, Sexta Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, volumen CII, segunda parte, p. 40

⁹⁷ *Daño moral, reparación del*, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. LXXIX, p. 1755, 26 de enero de 1944

⁹⁸ *Daño moral*, [TA], Quinta Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. LXXVI, pág. 3543

⁹⁹ *Daño moral. prueba del mismo, [ta]*, Sexta Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, volumen CII, segunda parte, pág. 40

Para delitos sexuales, agrega¹⁰⁰ que como no es posible probarlo, ni mucho menos estimar su monto mediante elementos de prueba corpóreos, tangibles, comunes como los establecidos por la ley procesal, debe considerarse probado; de esta manera, el juez puede apreciarlo a su prudente arbitrio, y como consecuencia, imponer la sanción pecuniaria que estime adecuada.

Prevalece la comprobación objetiva del daño¹⁰¹ en el sentido de que no se tiene la obligación de demostrar la intensidad o la magnitud del daño, sino que éste se tendrá por comprobado desde el momento en que se acredite la ilicitud de la conducta y la realidad de la afectación, requisitos que quedarán demostrados con la vinculación jurídica entre agresor y agraviado.¹⁰²

En sentido antagónico que al anterior criterio, el Colegiado de Circuito resolvió mediante tesis aislada, la posibilidad de acreditar mediante pruebas periciales la intensidad del daño moral, advirtiendo que aunque no está sujeto por su naturaleza a la prueba pericial,¹⁰³ aun así son susceptibles de comprobarse diversas circunstancias que permitan al juzgador fijar un monto de indemnización, tales como el temperamento de la víctima, su posición social, su educación e ilustración, su estado orgánico, etcétera; de estas, unas pueden probarse por peritajes médicos y otras por otros medios probatorios admitidos por la ley. Concluye que cuando la legislación penal exija que su cuantificación vaya de acuerdo con las pruebas ofrecidas en el proceso, ante su ausencia en el proceso procede absolver al inculpado de su condena.

La Corte también refiere que para cuantificar la condena al pago de la reparación del daño moral, deben ponderarse los factores de las circunstancias objetivas del ilícito, las subjetivas del delincente y las repercusiones del delito sobre el ofendido, a fin de ubicar al sentenciado en un grado de punición, el cual no está ligado con el grado de culpabilidad para la individualización de la pena, pues son distintos para la aplicación de las sanciones, ya que en este último, en términos del numeral 57 del código en comento, deben considerarse la gravedad del delito y el grado de

¹⁰⁰ *Reparación del daño moral, fijación del monto de la. delitos sexuales* [TA], Sexta Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, volumen XC, segunda parte, pág. 19

¹⁰¹ La Corte adoptó ese modelo de prueba retomando la exposición de motivos del decreto de reformas publicado en el Diario Oficial de la Federación del treinta y uno de diciembre de mil novecientos ochenta y dos, que fundamentaba la reforma al artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal. *Daño moral en el derecho positivo mexicano. prueba del*, registro: 174916, [TA], Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XXIII, junio de 2006, materia(s): civil, pág. 1147

¹⁰² En otra tesis la Corte realiza una interpretación literal a la parte final del artículo 1916 del Código Civil Federal señalando que el daño moral se presume cuando se acredita la afectación ilegítima de los atributos de la personalidad, entre ellos la libertad y la integridad física o psíquica, por lo que demostrada la materialidad de la afectación se presume que se produjo el daño moral sin que pueda exigirse la determinación exacta del detrimento sufrido o la intensidad. Asimismo, en esta tesis se expresa el criterio de la comprobación objetiva del daño moral, ello exige como presupuesto la demostración de la relación jurídica entre activo y agraviado y, por otro lado, la existencia de un hecho u omisión que lesione alguno de los bienes tutelados por la figura del daño moral. *Daño moral, presunción de existencia por la ilegítima afectación a la libertad, integridad física o psíquica de una persona, conforme a la parte final del artículo 1916 del código civil para el distrito federal* [TA], Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. XXV, marzo de 2007, materia(s): Civil, pág. 1661

¹⁰³ *Daño moral, reparación del*, [TA], Décima Época, T.C.C., Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, libro XIII, octubre de 2012, t. 4, pág. 2419

culpabilidad del sentenciado, de lo que se aprecia que en ambos casos se analizan elementos diversos, pues en el daño moral son factores externos de la víctima y en la individualización de la pena, lo son en relación con el justiciable.¹⁰⁴

Se ha resuelto¹⁰⁵, también que para la prueba del daño moral deben ponderarse el daño causado, su magnitud y trascendencia; el criterio describe específicamente, en qué consiste el daño moral en delitos determinados, entre ellos un accidente de tránsito. Se origina por la afectación a la capacidad motriz, debido a que la víctima quien sufre el dolor de verse incapacitada en su salud (magnitud y afectación específica), habiéndose originado una discapacidad en virtud de la cual tendrá que usar aparatos para continuar su desarrollo en sociedad, con la incomodidad que ello implica, debido a que no podrá realizar sus actividades de manera normal; el sentimiento será permanente y se prolongará por toda su vida (trascendencia).

Concretamente, respecto del homicidio establece que no debe sujetarse a reglas especiales de valoración, por lo que de manera imperativa obliga al juzgador a condenar a ella al tener por acreditada la comisión del delito; por lo tanto, en principio, no es necesario que el ministerio público o los interesados aporten mayores pruebas para acreditar el daño causado, salvo que se consideren de magnitud superiores a los previstos en la legislación laboral.¹⁰⁶

V. Reparación del daño moral. Posibilidades para la víctima (Mecanismos de reparación)

La Corte establece que el responsable de un daño moral tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, es decir, en cantidad monetaria,¹⁰⁷ como una forma de compensación por las afectaciones físicas y emocionales que sufrió la víctima, para enmendar, corregir o remediar en lo posible, el perjuicio que se le profirió; por esta razón, deberá otorgarse en una cantidad concreta y única, con el fin de resarcirla de inmediato por el menoscabo en su integridad física y psíquica; no deberá hacerlo en forma periódica, como ocurriría con una pensión en los supuestos de jubilación, viudez, orfandad, incapacidad u otras análogas, que se ubican como derechos de seguridad social y que deben satisfacerse en forma temporal o vitalicia.

El papel que desempeña la indemnización económica a favor del afectado en este caso es para proporcionar compensación o satisfacción. Sin embargo, señala que como es imposible poder fijar una cuantía a través de medios objetivos como ocurre cuando se trata de los materiales, en donde sí existen parámetros para su determinación, en estos queda al prudente arbitrio.

¹⁰⁴ Legislatura del Estado de México, Código Penal del Estado de México, publicado 2000, (última reforma 2020)

¹⁰⁵ *Daño moral. aspectos que deben ponderarse para cuantificar su monto*, [TA], Décima Época, T.C.C., Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, libro XVII, febrero de 2013, t. 2, pág. 1339

¹⁰⁶ *Reparación del daño en el delito de homicidio. para que se condene a ella basta que el juzgador tenga por acreditada la comisión del ilícito*, (legislación del Distrito Federal), registro: 920299, [J], Novena Época, Primera Sala, Jurisprudencia, Apéndice (actualización 2001), t. II, Penal, SCJN, materia(s): penal, tesis: 44, pág. 63

¹⁰⁷ *Indemnización por daño moral. su monto debe cuantificarse con base en los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable y de la víctima, así como las demás circunstancias del caso, en una cantidad de dinero concreta y única, con el fin de resarcir a esta, de inmediato, por el menoscabo en su integridad física y psíquica* (legislación del estado de Querétaro), [TA], Décima Época, T.C.C., Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, libro XXIV, septiembre de 2013, t. 3, pág. 2589

En el mismo sentido que la anterior se encuentra otra tesis¹⁰⁸ que refiere el papel, no de equivalencia de la reparación del daño moral sino de compensación, porque no se trata de poner precio al dolor o a los sentimientos humanos, puesto que no pueden tener equivalencia en el aspecto monetario, sino lo que se pretende es suministrar una compensación a quien ha sido lesionado en su personalidad, a fin de menguar el grado de afectación.¹⁰⁹

El espíritu de esta disposición es, según la doctrina elaborada al respecto por diversos autores, antiguos y modernos, la necesidad de que los daños de carácter moral se resarzan, aunque sea en ínfima proporción por medio de una prestación económica a favor de la parte ofendida; por tanto, la sentencia que así lo declare y que señale como monto de tal reparación el cincuenta por ciento de la cantidad fijada previamente en el propio fallo como indemnización del daño material, teniendo en cuenta, principalmente para ello, el importe de tal indemnización y las demás circunstancias peculiares del caso, no puede ser violatoria de garantías individuales.¹¹⁰

El máximo órgano jurisdiccional¹¹¹ ha resuelto que el daño moral sólo podrá cubrirse si existe la posibilidad material del responsable, si éste ya fue condenado a la reparación del daño material pero si sus ingresos son muy reducidos, resulta excesivo agregarle otra por concepto de reparación del daño moral si no es congruente con la capacidad económica del obligado. La ley estableció la procedencia de la indemnización pecuniaria tratándose de los daños morales, independientemente de la circunstancia de que se hayan causado o no daños materiales, es decir, instituyó la autonomía del daño moral.¹¹²

Existen jurisprudencias que han otorgado menor relevancia a la capacidad económica del obligado, como criterio orientado al momento de decidir el monto resarcitorio del daño moral, resolviéndose¹¹³ por un lado que la solvencia del responsable solo es un criterio orientador, porque para estos daños el juzgador no tiene otra base que el prudente arbitrio judicial. Por otro lado se ha establecido como obligatoria,¹¹⁴ precisando la falta de comprobación de la capacidad económica del inculpado, hace improcedente su reparación. Asimismo, establece que la simple manifestación del

¹⁰⁸ *Daño moral causado por la muerte de una persona, tratándose de responsabilidad civil. el monto de la indemnización debe compensar el dolor sufrido por la pérdida irreparable de una familia*, registro: 171488, [TA], Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVI, septiembre de 2007, materia(s): civil, pág. 2515

¹⁰⁹ *Indemnización por daño moral y resarcimiento por daños materiales. distinción entre su finalidad y cuantificación*, registro:173279, [TA], Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. XXV, febrero de 2007, materia(s): civil., pág.1798

¹¹⁰ *Daño moral. su reparación*, registro: 813346, [TA], Quinta Época, Primera Sala, Informe de 1940, materia(s): penal, pág. 29

¹¹¹ *Daño moral*, [TA], Quinta Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. LXXVI, pág. 3543

¹¹² *Daño moral. fundamentación de su cuantificación*, registro: 223193, [TA], Octava Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación, t. VII, abril de 1991, materia(s): civil, tesis: I.3o.C. 346 C, pág. 169

¹¹³ *Reparación del daño, fijación de la*, registro: 803818, [J], Sexta Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, segunda parte, t. CXIV, materia(s): penal, pág.49

¹¹⁴ *Reparación del daño moral. improcedente (legislación del estado de Yucatán)*, [ta], Séptima Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, volumen 103-108, segunda parte, pág. 110

inculpado, sin otra prueba que la corrobore, de que percibía cierta cantidad como promedio mensual de ingresos en su calidad de empleado, no es suficiente para demostrar su capacidad económica.

La Corte señala que la cuantificación se hará libremente por el juzgador teniendo que apreciar los hechos conforme a la lógica y experiencia, y sobre la base de las reglas establecidas en la legislación civil para determinar una compensación pecuniaria, prudente y equitativa. Además, se hará conforme a las reglas establecidas en la legislación civil: los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable y la víctima, y demás circunstancias del caso.¹¹⁵

Por otro lado,¹¹⁶ se establece que la capacidad del juzgador para determinar la cuantía de la reparación del daño moral es discrecional y que se tiene por comprobado el daño moral con la sola materialidad del ataque; de ahí se desprende que la huella o secuela de él constituirá no solo la prueba exigida en ese caso por la ley penal, para que el ministerio público pueda exigir su pago de oficio, sino también porque constituye una de las circunstancias que deberá tomar en cuenta el juzgador para establecer el monto que por ese concepto queda a título de indemnización.

En una tesis derivada del derecho civil¹¹⁷ se expresa que esta figura jurídica no impone al actor la carga de acreditar necesariamente el total del monto pedido, ya que no se tienen bases predeterminadas o seguras que permitan establecer de antemano la cuantía en este tipo de daños; por consiguiente, estos afectan bienes intangibles como sentimientos, decoro, honor, afectos, creencias, aspecto físico, etcétera; y aunque la ley permite su resarcimiento a través de indemnización pecuniaria, en la determinación de su monto influyen diversos elementos que el juez valorará a su prudente arbitrio.

En otro criterio reciente¹¹⁸ la Corte establece que la posibilidad económica del demandado debe tomarse en consideración sin que ello implique que a mayor posibilidad será mayor la condena, ya que para llegar a una justa cuantificación deben ponderarse diversos elementos que en realidad están al margen de la situación económica que, sin embargo, deben considerarse a fin de verificar y establecer la viabilidad del monto de la condena.

¹¹⁵ *Indemnización por daño moral y resarcimiento por daños materiales. distinción entre su finalidad y cuantificación*, registro: 173279, [TA], Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. XXV, febrero de 2007, materia(s): civil., pág. 1798

¹¹⁶ *Reparación del daño moral. para su condena el juez debe tomar en cuenta la mayor o menor gravedad de las lesiones causadas a la víctima en sus derechos de la personalidad, sin atender a la capacidad económica del sentenciado ni a la necesidad del beneficiario de recibir el pago (legislación del Estado de Puebla)*, registro: 169053, [J], Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. XXVIII, agosto de 2008, materia(s): penal. pág. 943

¹¹⁷ *Daño moral. la cuantía de la indemnización debe determinarse por el juez, independientemente de la cantidad pedida en la demanda*, registro: 167941, [TA], Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. XXIX, febrero de 2009, pág. 1849

¹¹⁸ *Daño moral. aspectos que deben ponderarse para cuantificar su monto*, [TA], Décima Época, T.C.C., Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, libro XVII, febrero de 2013, t. 2, pág. 1339

La Corte otorga plena vigencia a los derechos consagrados en la convención americana sobre derechos humanos, en materia de derechos para las víctimas del delito,¹¹⁹ los cuales están relacionados con la reparación del daño; estos específicamente, se localizan en los artículos 8, numeral 1 y 25 del referido instrumento internacional. En ellos se reconoce a favor de la víctima u ofendido de un ilícito, el derecho a la reparación económica de los perjuicios sufridos, así como también que se aclare la verdad de los hechos y se haga justicia, porque el principio de dignidad impide que la protección a las víctimas y perjudicados por un delito, sea exclusivamente de naturaleza económica.

Son escasas las interpretaciones judiciales que se han elaborado respecto del contenido de la reparación del daño moral, especialmente las referidas a reparaciones no económicas, sin embargo de las existentes pueden citarse las que se exponen en los párrafos siguientes; aunque no constituyen jurisprudencia han establecido precedentes interesantes que muestran interés por la víctima al recalcar la importancia de que le sea respetado y atendido su derecho fundamental, en un esquema amplio de interpretación. Cabe mencionar que todos ellos son criterios recientes.

Un pronunciamiento muy significativo por lo que aporta en la comprensión del alcance de la reparación del daño moral, lo constituye el que al rubro alude a lo siguiente: “*Reparación del daño de la víctima u ofendido del delito. Contenido de este derecho fundamental (legislación del Estado de Chiapas)*”¹²⁰. En su contenido el Poder Judicial Federal haciendo una interpretación sistemática, recoge los fundamentos del principio pro persona contenidos en el artículo 1 y el derecho de la víctima a la reparación del daño, previsto en el artículo 20 apartado B, fracción IV ambos de la Norma Suprema y el artículo 8 en sus numerales 1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos; para señalar que el contenido de este derecho fundamental tiene como propósito la preservación de las personas en contra de acciones que busquen violentarlos. Que la afectada no solo tiene el derecho a que se le reparen los daños desde el punto de vista económico, sino también se llegue a la verdad y se haga justicia. Argumenta que el principio de dignidad humana impide que la protección humana sea exclusivamente desde el punto de vista monetario. Luego entonces señala que la víctima goza de tres derechos: 1. Conocer la verdad, la realidad de las cosas; 2. Que se haga justicia, es decir que el hecho no quede impune; y obtener reparación de los daños, mediante una compensación económica, que es la forma tradicional que se ha otorgado, o conforme a las formas previstas en las leyes correspondientes, que además contemplan: restitución, restablecimiento de la situación anterior, resarcimiento, reparación del daño material y moral, pago de tratamientos curativos a la víctima y pensiones en caso de homicidio o lesiones que la incapaciten.

En el mismo sentido se pronunció en la tesis¹²¹ que remite al artículo 20, apartado B, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos respecto a la reparación del

¹¹⁹ *Reparación del daño de la víctima u ofendido del delito. contenido de este derecho fundamental (legislación del estado de Chiapas)*, [TA], Décima Época, T.C.C., Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, libro XXIV, septiembre de 2013, t. 3, pág. 2660

¹²⁰ *Reparación del daño de la víctima u ofendido del delito. Contenido de este derecho fundamental (legislación del Estado de Chiapas)* Registro: 2004579. XXVII.1o.(VIII Región) 22 P (10a.), Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XXIV, Septiembre de 2013, Pág. 2660

¹²¹ *Reparación del daño moral a favor del menor de edad víctima u ofendido del delito. Si conforme a las condiciones especiales del inculpado, éste se encuentra imposibilitado para cubrirlo materialmente, a fin de*

daño, señalando que debe imponerse al inculpado siempre que se dicte sentencia condenatoria. Interpretándolo en correlación con el numeral 4o., párrafo octavo, del mismo Cuerpo Legal que prevé el interés superior del menor, bajo la directriz de garantizar el pleno respeto, satisfacción y ejercicio de los derechos que les corresponde a niños y niñas. Además, tomando en consideración la dignidad humana y las condiciones propias de la niñez señala que cuando se condene a la reparación del daño moral debe incluirse el pago de tratamientos curativos que el menor requiera para la recuperación de la salud tanto física o psíquica. En congruencia con lo anterior, es enfático al señalar que si se desprende de las actuaciones jurisdiccionales la imposibilidad del enjuiciado para cubrirlo, por su condiciones personales (que en el caso particular que se cita en la tesis consistió en que se trataba de una persona de origen indígena, no contaba con ingresos económicos, ni ocupación laboral, o cualquier otra característica), por lo que resolvió procedente remitir al Estado el otorgamiento del resarcimiento mediante tratamientos curativos que posibiliten hacer realidad el principio del interés superior del menor.

VI. Reflexiones finales

Después del análisis del tema, es pertinente referir que la figura jurídica del daño moral y su correspondiente reparación en el marco del derecho penal entraña tres cuestiones controvertidas: su definición, ya que no hay un concepto universal que delimite sus alcances y su esencia; los medios para su acreditación, ya que legislativamente constituye una facultad discrecional del juzgador, quien goza de libertad para decidir las condiciones para su comprobación y; finalmente, en relación los mecanismos de reparación, ya que en la actualidad se limitan exclusivamente a lo económico, y en el mayor de los casos no responden a las necesidades más apremiantes para las víctimas del delito.

Las ejecutorias revisadas en su mayor parte corresponden a tesis aisladas en las que pueden localizarse puntos de vista divergentes, solo en casos excepcionales se cuenta con tesis jurisprudenciales, asimismo los pronunciamientos no corresponden en su totalidad a la materia civil, aun cuando versaban sobre daño moral derivado del delito, fueron resueltos dentro de procedimientos civiles.

Por todo lo antes expuesto, considero que la evolución de la figura penal en el ámbito de la judicatura federal, se distingue por los siguientes aspectos:

Primero: Respecto de la precisión del concepto de daño moral no se localizan bases que resuelvan la problemática de su indefinición respecto de la materia penal, su análisis se hace a partir del concepto civilista. Básicamente el daño se ubica como el sufrimiento originado por el delito a cualquiera de los bienes jurídicos reconocidos por el derecho a la víctima.

Segundo: Prevalece la idea de una comprobación objetiva del daño que consiste básicamente en que se sobreentiende en todos los casos en que se haya dañado un bien jurídico relacionado con la

hacer efectivo el interés superior del menor, previsto en el artículo 4o. De la constitución federal, corresponde al estado resarcirlo subsidiariamente”, Tesis: I.5o.P.26 P (10a.), [TA]; 10a. Época; T.C.C.; Gaceta S.J.F.; Libro 6, mayo de 2014, Tomo III; I.5o.P.26 P (10a.). Pág. 2118

personalidad, sin embargo, reconoce la discrecionalidad judicial para decidir sobre su procedencia, modalidad y monto. No obstante, encontramos criterios en el sentido de que en algunos de ellos se establece la necesidad de probar la cuantía del daño moral como una condición para que el juez penal pueda condenar a una cantidad líquida, en otros casos queda al prudente arbitrio del juzgador.

Tercero: En relación a los límites que se establecen respecto a la indemnización del daño moral tenemos que impera el criterio que debe tomarse en cuenta para su determinación, la posibilidad económica del obligado e incluso de la víctima, de tal forma que la insolvencia del primero lo exime de la obligación de reparar el daño moral, no así tratándose de los daños materiales, los cuales son objeto de mayores garantías para su cumplimiento. Aunado a lo anterior existen criterios jurisprudenciales que dan al daño moral un menor valor que tratándose de los materiales, en este caso, porque lo condiciona a la posibilidad económica del obligado, mientras que el daño material no está sujeto a condición alguna.

Cuarto: El principal mecanismo que en la práctica jurisdiccional se utiliza para su reparación es el económico, otorgándole valor inferior respecto del material, propiciando en mayor grado una visión minimalista al fijar cantidades ridículas para su reparación; no se han intentado formas de reparación proporcionales a la dimensión y magnitud de daño moral sufrido, ignorando que el marco jurídico mexicano incluidos los Tratados Internacionales, la Norma Fundamental, las leyes especializadas para la atención a víctimas y otros, contemplan procedimientos para la atención de víctimas cuya aplicación puede contribuir a disminuir los efectos del delito y concretamente a su recuperación.

Quinto: Los más recientes criterios de la Suprema Corte establecen la obligación de las autoridades de todos los órdenes, de acatar los lineamientos previstos en cualquier instrumento internacional suscrito y ratificado por México, si ello representa una ampliación de la esfera de derechos de la persona, de donde se desprende la responsabilidad del Estado mexicano su cumplimiento para favorecer la reparación integral de las víctimas de la delincuencia, retomando los mecanismos que contribuyan con mayor eficacia a la reparación del daño moral, entre ellas las de tipo económico, asistenciales y de apoyo.

VII. Fuentes consultadas

BARRAGÁN Salvatierra, Carlos, *Derecho Procesal Penal*, 2a ed., México, Mc Graw Hill, 2004.

BREBBIA, Roberto H., *Daño moral*, México, Acrópolis, 1998.

CALDERÓN Gamboa, Jorge Francisco, *Reparación del daño al proyecto de vida por violaciones a los derechos humanos*, México, Porrúa, 2005.

KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, 12ª ed., México, 2002, pág. 137

SUPREMA Corte de Justicia de la Nación, Organización de las Naciones Unidas, *Compilación de Instrumentos Internacionales sobre Protección de la Persona Aplicables en México*, Tomo I, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, México, 2013, retomado el 14 de junio de 2014, disponible

en:<https://www.scjn.gob.mx/libro/InstrumentosConvencion/PAG0259.pdf>

-----, Jurisprudencia y tesis aisladas, retomado el 14 de mayo de 2015, disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/>

PANTALEÓN Prieto, Fernando, *Jueces para la Democracia. Información y debate*, Volumen 19, febrero de 1993, Madrid, disponible: www.juecesdemocracia.es/revista%2019%20febrero%201993.pdf, retomado el 14 de junio de 2014.

CAPITULO IV

LA NUEVA INVESTIGACIÓN DEL DELITO: ASPECTOS ESENCIALES A LA LUZ DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

Germán Guillén López

*El modo de contener los delitos y fomentar las virtudes
es castigar al delincuente y proteger al inocente.*

Manuel Belgrano (1770-1820)

I.- Consideraciones previas

Nuestro país está experimentando una transición de un modelo procesal del corte inquisitivo-mixto a uno preponderantemente acusatorio¹²². Este cambio del modelo procesal tradicional —que privilegia la verdad del expediente— a un formato de enjuiciamiento del delito acusatorio y oral —que imparte justicia tomando en cuenta la información que se desahoga durante la audiencia (art. 20 CPEUM)— ha generado, en la doctrina garantista, entre defensores públicos y privados, así como por los impulsores de derechos humanos— la afirmación de que el cambio de modelo procesamiento era necesario,¹²³ pues con esta decisión —de política criminal— se podrían resolver inconsistencias y debilidades que —desde hace varias décadas¹²⁴— muestra el modelo de procesamiento penal. Con relación a esta afirmación, algunas de estas inconsistencias —del modelo de enjuiciamiento penal tradicional— se describen a continuación:

- ✓ Por lo que toca al sistema inquisitivo-mixto (tradicional), según atestigua la experiencia empírica documentada, el procedimiento —históricamente— fue lento y burocrático;

¹²² Se describe como sistema “preponderante acusatorio” porque difícilmente se puede afirmar que, en México, se cuenta con un sistema penal acusatorio químicamente puro, ya que nuestro modelo constitucional —por citar un ejemplo— prevé en su texto la controversial figura del *arraigo*, para casos de delincuencia organizada (art. 16 CPEUM), y prisión *preventiva oficiosa* para ciertos delitos graves y de alto impacto (art. 16 CPEUM), dispositivos legales que, por lo menos, contradicen a un principio esencial de este modelo de enjuiciamiento criminal: el *principio de presunción de inocencia*.

¹²³ Es indiscutible la desconfianza de la ciudadanía y la nula credibilidad en las instituciones públicas. Asimismo, hay que recordar los fuertes cuestionamientos que existen en las materias de procuración e impartición de justicia. De estos señalamientos y reclamos destacan: 1) lentitud en los procesos, 2) falta de transparencia en la tramitación de los mismos, 3) costo del litigio, 4) una averiguación previa, escrita y secreta, de la que estaban excluidos o limitados, los principios de contradicción y defensa fundamentalmente, 5) la corrupción de algunos funcionarios e incluso de la defensa. Fromow Rangel, María de los Ángeles, “Aspectos relevantes del Código Nacional de Procedimientos Penales y su impacto en leyes federales y estatales”, México, DF Año 2, número 8, agosto de 2014, Nova Iustitia. Revista digital de la Reforma Penal, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal/Unidad Especial para la Implementación de las Reformas Constitucionales en Materia Penal, págs. 44 y 45

¹²⁴ México, en comparación de otros países de América Latina, inició tarde este proceso de cambio modelo procesal penal. En este sentido, se espera que el gobierno mexicano aproveche las experiencias exitosas que se han tenido al respecto y obvie los errores que se han cometido en la implementación del sistema penal acusatorio de otras naciones. Vid. Guillén López, Raúl, *Breve estudio sobre los intentos por establecer en México juicios orales en materia penal*, México, 2012, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM/Instituto de Formación Profesional (IFP), pág. 6

- ✓ Un gran número de juzgadores, en la mayoría de los casos, condenaban o absolvían tomando como única base el expediente;
- ✓ Tal y como se desarrolló en nuestro país, el sistema de justicia criminal tradicional no generó las condiciones necesarias para el adecuado ejercicio del derecho de defensa;
- ✓ Existió, en muchos de los supuestos, poca o nula transparencia en el desarrollo de algunas etapas del proceso, especialmente, en la averiguación previa, lo que propició que concurrieran, frecuentemente, irregularidades, malas prácticas, corrupción y violaciones de Derechos Humanos;
- ✓ En la práctica forense, resultó común que se presentara un gran rezago y dilación durante el trámite de averiguaciones previas y resolución de juicios penales;
- ✓ Por haber ponderado la legalidad frente a otros principios político criminales y procesales, como el de proporcionalidad, se recurrió a soluciones costosas para las partes que bien podrían haberse solucionado por otras vías más rápidas y menos onerosas, tanto para las víctimas u ofendidos, como para el Estado;
- ✓ Demasiados informes demostraron que se presentó, en muchas de las ocasiones, trato poco digno de las autoridades tanto para la víctima, como para el imputado.¹²⁵

Sumado a los anteriores pronunciamientos, en la práctica forense, los resultados del modelo inquisitivo-mixto nunca lograron acercarse a niveles de eficiencia aceptables, por lo contrario, la experiencia empírica documentada y los resultados que arrojaron diversos estudios que valoraban su desempeño, como modelo de enjuiciamiento criminal, lo han reprobado y lo muestran como procedimiento que ha favorecido la impunidad, altas tasas de corrupción y la violación sistemática de los derechos procesales y humanos de los investigados.¹²⁶

El nuevo modelo de justicia penal genera la expectativa de reducir y combatir —en la medida de lo posible— gran parte de las carencias, arbitrariedades y debilidades —ya precisadas en los párrafos anteriores— que han caracterizado al sistema inquisitivo-mixto y/o tradicional. Tal reto, necesariamente, implica grandes cambios en cada uno de los elementos esenciales, así como en las diversas etapas del procedimiento penal.

Con profunda relación a lo precisado en el párrafo precedente, es evidente que sí una etapa del procedimiento requería una significativa modificación en su estructura, y en todos sus aspectos, era la relativa a la investigación del delito. Con relación a este punto —que será sobre lo que versará el presente capítulo— se puede comenzar afirmando que son reveladoras las diferencias que existen entre la averiguación previa y la nueva etapa de investigación. En este sentido —por precisar ejemplos que resulten significativos y que respalden esta primera aseveración— se señalan los dos siguientes:

1º. En la averiguación previa predomina la escritura, mientras que, en la etapa de investigación, con independencia de la construcción de la carpeta de investigación, concurre, por parte de los intervinientes, debate oral en audiencias preliminares sobre los avances de la investigación;

¹²⁵ Guillén, Germán y Alvarado, Israel, *Formación Jurídica de los Abogados frente al SPA*, México, marzo de 2011, Revista Defensa Penal. Interpretación y Análisis Jurídico, págs. 13 y 14

¹²⁶ *Ídem*

2º. En la nueva etapa de investigación, a diferencia de lo que ocurría en averiguación previa, las actuaciones no adquieren valor de prueba, salvo en las excepciones previstas por la ley.

Las disposiciones que el CNPP tiene en lo relativo a la investigación del delito, y su fase correspondiente, necesariamente —por naturales exigencias del sistema penal— deberán tomar en cuenta aspectos sustanciales al momento de esclarecer una verdad penalmente relevante a fin de que esta pueda ser tomada como referencia probatoria en las siguientes fases de un juicio criminal.¹²⁷ Entre estos elementos, que habrán de considerarse se destacan —por su trascendencia— los siguientes:

- 1º. Vincularse a los *principios y exigencias procesales* de las etapas posteriores, pues las omisiones o descuidos pueden ser sancionados en las etapas ulteriores;
- 2º. Se requiere de rigurosos cuidados —durante el desarrollo de la investigación— en lo concerniente a la *licitud y veracidad de los medios de convicción*;
- 3º. La investigación debe de estar apegada a los requerimientos vinculados al *respeto de los Derechos Humanos*.¹²⁸

¹²⁷ El artículo 211 del CNPP, establece que el procedimiento penal comprende tres fases, la primera de ellas es la de investigación, que a su vez se subdivide en investigación inicial e investigación complementaria. La primera de éstas, la investigación inicial, se inicia con la presentación de la denuncia, querrela u otro requisito equivalente. En este período el Ministerio Público (MP) podrá decidir, con base en su criterio de oportunidad, si procede investigar o bien no investigar (arts. 221, y 253 CNPP), enviar a archivo, ejercer o no ejercer la acción penal (arts. 254, 255 y 256 CNPP), misma que concluye cuando el inculpado se pone a disposición del Juez de control para que se le formule la imputación. Es necesario precisar que, procesalmente, esta etapa comienza con el conocimiento que tiene el MP de un hecho señalado como delito, con lo que tendría que abrir una investigación penal inmediata, eficiente, exhaustiva, profesional e imparcial, libre de estereotipos y discriminación, orientada a explorar todas las líneas de investigación posibles (art 212 CNPP). En este sentido, debe reunir los medios de convicción necesarios para el ejercicio de la acción penal, la acusación y la reparación del daño (art 213 CNPP) y las partes pueden proponer pruebas y líneas de investigación (art 216 CNPP). Vid. Paredes Calderón, Ricardo, *La investigación complementaria en el proceso penal acusatorio*, México, 2014, Edit. Bosch, págs. 53 y 54.

Por su parte, la etapa complementaria inicia una vez que el juez ordena la vinculación a proceso del imputado y le fija medidas cautelares (art. 307 CNPP). El plazo de investigación complementaria no podrá ser mayor de seis meses si el delito se castiga con pena máxima que exceda de dos años de prisión y tiene como finalidad que el MP continúe realizando actos de investigación para lograr una mejor preparación del caso. Al final del plazo de investigación complementaria, el fiscal podrá hacer tres cosas: solicitar el sobreseimiento, la suspensión del procedimiento o formular acusación (artículos 307 al 319 CNPP). Vale la pena precisar que resulta un cambio significativo para nuestra tradición jurídica el hecho de que el MP prolongue la investigación cuando ya ha tenido intervención el juez de control; hay que recordar que, en el procedimiento tradicional, el MP, una vez que el juez se pronunciaba sobre el auto de formal prisión —y resolvía la situación jurídica del imputado—, dejaba de ser autoridad investigadora y, por ende, se constituía como parte procesal

¹²⁸ En esencia, la filosofía del cambio en el modelo de procesamiento penal puede interpretarse mediante las disposiciones jurídicas que aparecen en el CNPP; especialmente, al momento de valorar los principios que lo rigen: 1) publicidad, las audiencias serán públicas salvo las excepciones previstas en la ley; 2) contradicción, derecho de ambas partes de contra examinar y objetar los medios probatorios presentados por la contraparte; 3) concentración, que el desahogo de medios probatorios, así como el debate de las partes y la emisión de la resolución deban efectuarse, de preferencia, en un mismo acto procesal; 4) continuidad, la presentación, recepción y desahogo de medios probatorios se tendrá que hacer en presencia del juez y las partes en la audiencia, la que deberá ser continua, sucesiva y secuencial, 5) inmediación, exige que el juzgador valore,

4º. Los actos de investigación deben tener de referencia o guía —aunque sea de manera preliminar— una *teoría del caso*.¹²⁹

II.- La investigación del delito en el nuevo proceso penal

La investigación del delito debe ser concebida como aquella serie de pasos y acciones que llevan a cabo las instituciones de procuración de justicia para descubrir los hechos constitutivos de un delito que se ha cometido en una demarcación o lugar determinado. En este sentido, dichos pasos —y/o acciones— implican llevar a cabo —según las atribuciones de tales autoridades— las diligencias necesarias para comprobar el delito y descubrir al delincuente, así como reconocer —y/o identificar— todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito, de cuya desaparición hubiere peligro, para poner tales hallazgos a disposición de la autoridad judicial.

Desde la doctrina nacional¹³⁰ se han presentado interpretaciones, planteamientos y diversas preguntas, sobre ¿en qué consiste la investigación de un hecho presuntamente delictivo? Y hay quienes han llegado, desde su perspectiva, a la conclusión de que existen —por lo menos, en esencia— tres maneras distintas de expresarlo:

1ª. Como la actividad que se realiza para la obtención de indicios que sirven para construir prueba y que dan cuenta sobre las circunstancias de modo, tiempo y el lugar donde se llevan a cabo la o las conductas que se presumen delictivas, así como los medios empleados para la ejecución de las mismas;

2ª. Como el proceso que es útil para acreditar los elementos “objetivos” y “subjetivos” del tipo penal, en el entendido de que los “normativos” facilitan la comprensión de la descripción típica de la conducta contenida en la disposición penal, en tanto indicaciones sobre la acepción con que debe tomarse alguno de los términos incluidos en esa descripción cuando su significado no sea fácilmente entendible —desde el sentido común—, por ser un vocablo técnico o de uso poco frecuente. De manera que, en estricto sentido, los elementos “normativos” no se acreditan porque son indicaciones que sirven para entender bajo que

directamente, los medios probatorios presentados por las partes. Vid. Guillén López, Germán, *Aproximación al Código Nacional de Procedimientos Penales: Especial referencia a las disposiciones comunes a la investigación del delito*, México, Nueva Época. Año 1. N°. 2. enero-diciembre de 2014, Revista Reconstitución (RI), pág. 23

¹²⁹ Desde la doctrina se ha concebido a la teoría del caso como: “el planteamiento que las partes hacen sobre los hechos penalmente relevantes, las pruebas que los sustentan y los fundamentos jurídicos que lo apoyan y se empieza a construir desde el primer momento en que se tiene conocimiento de los hechos”. También, como: “... la estrategia a seguir y la visión que tiene cada parte en relación al hecho ilícito a justificar, con medios probatorios, cuya narración verbal expone cronológicamente ante el juzgador como tema de la litis, para que éste tome conocimiento del suceso”. Por ello, la teoría del caso puede ser comprendida como: “...la estrategia a seguir y la visión que tiene cada parte en relación al hecho ilícito a justificar, con medios probatorios, cuya narración verbal expone cronológicamente ante el juzgador como tema de la litis, para que éste tome conocimiento del suceso”. Valadez, Manuel et. al., *La defensa adecuada en Juicio oral*, México, Poder Judicial del Estado de Durango, 2012, pág. 58; Polanco Braga, Elías, *Nuevo diccionario del Sistema Procesal Penal Acusatorio Juicio oral*, México, 2014, Edit. Porrúa, pág. 301

¹³⁰ Ramírez Saavedra, Beatriz Eugenia, *22 Aspectos básicos de la investigación del delito*, México, 2010, UBIJUS, pág. 9

acepción se ha usado algún o alguno de los términos utilizados en un contexto de significación específico, en este caso, en la descripción típica de una conducta contenida en una norma penal;

3ª) Como el metódico proceso que tiene como finalidad el comprobar el cuerpo del delito, en tanto concreción del daño ocasionado a un bien jurídico tutelado al tener lugar la conducta investigada, así como la responsabilidad y la personalidad del responsable, este último punto para efectos de la individualización de la pena.¹³¹

En el contexto del proceso penal acusatorio la investigación del delito se materializa cuando, desde un marco de legalidad y conforme a las reglas procesales, se han practicado una serie de diligencias y actuaciones a lo largo de la etapa de investigación¹³² orientadas a la acumulación de un conjunto de información que puede servir para determinar, conforme a derecho, si es posible someter a una persona determinada (imputado-acusado) a juicio.¹³³

a. Técnicas de investigación en el CNPP

Si bien el CNPP, en su Capítulo III relativo a Técnicas de Investigación, se refiere a diversas figuras instrumentales en la indagación del delito [Aseguramiento de bienes, instrumentos, objetos o productos del delito (art. 229 CNPP), Aseguramiento de bienes o derechos relacionados con operaciones financieras (art. 242 CNPP)...] resalta, por su trascendencia, la Técnica de Cadena de Custodia (art. 227 CNPP).¹³⁴

En términos generales, en esta denominada técnica se concentran una serie reglas, normas, procesos y procedimientos que permiten acceder a niveles de gran efectividad para asegurar las propiedades originales de los elementos materia de prueba —o evidencias físicas— desde el

¹³¹ Autores definen a la etapa de investigación como: “...el momento procesal en el cual el MP ha hecho una investigación preliminar respecto de los hechos que fueron denunciados y ejerce la acción penal por tener los elementos necesarios que constituyen el hecho que la ley establece como delito y dictado el auto de vinculación, este período comprende desde ese momento hasta que se decreta cerrada la investigación, para realizar la acusación a proceso”. Vid. Polanco Braga, Elías, *Nuevo diccionario del Sistema Procesal Penal Acusatorio Juicio oral*, op. cit., pág. 120

¹³² Básicamente, la etapa de investigación es la primera de las fases, es decir, es el inicio de todo proceso. En esta fase el agente de MP realizara todos los actos de investigación necesarios para descubrir la verdad sobre los hechos materia de la denuncia o querrela. En los supuestos en que la misma se encuentre bajo control jurisdiccional, en los actos que así lo requieran, vigilará que la policía respete y cumpla con los requisitos de la legalidad de los actos de investigación que lleve a cabo. Bardales Lazcano, Erika, *Guía para el estudio de la reforma penal en México*, 2da. ed., México, 2009, Edit. MaGister, pág. 90

¹³³ Binder, Alberto M., *Introducción al Derecho Procesal*, Buenos Aires, 1993, Edit. AD-HOC, pág. 223

¹³⁴ El CNPP en su art. 227 define a la cadena de custodia como: “... el sistema de control y registro que se aplica al indicio, evidencia, objeto, instrumento o producto del hecho delictivo, desde su localización, descubrimiento o aportación, en el lugar de los hechos o del hallazgo, hasta que la autoridad competente ordene su conclusión”. También el numeral establece que con su puesta en marcha se busca: “...corroborar los elementos materiales probatorios y la evidencia física...”, así como que en su implementación: “... se aplicará teniendo en cuenta los siguientes factores: identidad, estado original, condiciones de recolección, preservación, empaque y traslado; lugares y fechas de permanencia y los cambios que en cada custodia se hayan realizado; igualmente se registrará el nombre y la identificación de todas las personas que hayan estado en contacto con esos elementos”

momento de la recolección en el lugar de intervención —ya sea el lugar de los hechos o del hallazgo— hasta su disposición en la bodega de evidencias.¹³⁵

Por otra parte, un correcto funcionamiento de la cadena de custodia¹³⁶ implica que el órgano encargado de la investigación criminal y sus auxiliares optimicen sus propios recursos para la realización de sus funciones y con la particular responsabilidad que les compete.¹³⁷ De tal forma que el correcto manejo de la cadena de custodia sobre los elementos materiales probatorios y evidencia física es fundamental para la acertada validación o descarte de las líneas de investigación.¹³⁸

b. Actuaciones de investigación en el CNPP

Es pertinente advertir que el CNPP establece una serie de actuaciones de investigación para favorecer el esclarecimiento de hechos criminales. En este sentido, divide en dos grupos a tales actuaciones, las que no requieren algún tipo de control por el órgano jurisdiccional (art. 251) y las que, por el nivel de afectación que representan para el ciudadano investigado requieren la aprobación y seguimiento de un juez de control (art. 252). Dichas actuaciones o actos de investigación, se enuncian en los listados que se presentan a continuación:

Actuaciones en la investigación que no requieren autorización previa del Juez de control (art. 251 CNPP):

- La inspección del lugar del hecho o del hallazgo;¹³⁹
- La inspección de lugar distinto al de los hechos o del hallazgo;¹⁴⁰

¹³⁵ Guillén López, Germán, *La investigación criminal en el sistema penal acusatorio*, México, 2014, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Instituto de Formación Profesional (IFP), colección Juicios Orales, pág. 58

¹³⁶ El Consejo Nacional de Seguridad Pública, en *El Primer Respondiente. Protocolo Nacional de Actuación* del año 2015, define a la cadena de custodia como: “Sistema de control y registro que se aplica al indicio o elemento material probatorio, desde su localización, descubrimiento o aportación, en el lugar de intervención, hasta que la autoridad competente ordene su conclusión”. Vid. <http://www.secretariadoejecutivo.gob.mx/docs/pdfs/normateca/protocolos/ProtocoloPrimerRespondiente V1.pdf>

¹³⁷ Fiscalía General de la Nación, *Manual de Procedimientos para Cadena de Custodia*, Bogotá, Colombia, 2004, págs. 9 y ss.

¹³⁸ Guillén López, Germán, *La investigación criminal en el sistema penal acusatorio*, op. cit., pág. 59.

¹³⁹ La inspección, en una primera aproximación, puede ser entendida como el examen u observación junto con la descripción de personas, cosas o lugares. Ésta, cuando se hace en el marco de una investigación criminal, tiene por objetivo verificar hechos, acciones, ubicar, evaluar y coleccionar indicios o evidencias, recaudar datos y testimonios vinculantes, que permitan hacer una apreciación reconstructiva —y preliminar— del caso materia de persecución penal. Vid. Guzmán, Carlos A., *El examen en el escenario del crimen. Método para la reconstrucción del pasado*, Buenos Aires, 2010, LBdeF, pág. 3

¹⁴⁰ El Acuerdo número A/002/10, mediante el cual se establecen los lineamientos que deberán observar todos los servidores públicos para la debida preservación y procesamiento del lugar de los hechos o del hallazgo y de los indicios, huellas o vestigios del hecho delictuoso, así como de los instrumentos, objetos o productos del delito. Publicado en Diario Oficial de la Federación (DOF) el miércoles 3 de febrero de 2010, define al lugar del hecho como: “... el espacio material o escena del crimen, donde presuntamente se cometió el delito que se investiga y que por ello puede contar con evidencias relacionadas con la investigación” y al lugar del hallazgo

- La inspección de personas;¹⁴¹
- La revisión corporal;¹⁴²
- La inspección de vehículos;¹⁴³
- El levantamiento e identificación de cadáver;¹⁴⁴
- La aportación de comunicaciones entre particulares;
- El reconocimiento de personas;

como: “Es el espacio material, donde se encuentran elementos que pueden ser considerados como evidencias, en la integración de una investigación por la comisión de un delito”. Vid. http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5130194&fecha=03/02/2010

¹⁴¹ Durante la investigación de los delitos, la policía puede realizar la inspección sobre una persona y sus posesiones en los supuestos de flagrancia, o cuando existan indicios de que esconde entre sus ropas o que lleva adheridos a su cuerpo instrumentos, objetos o productos vinculados con el hecho considerado como delito y que es investigado. Esencialmente, dicha revisión consistirá en una exploración externa de la persona y sus posesiones. Cualquier otra inspección que involucre una exploración de partes íntimas del cuerpo requerirá autorización del juez de control. Previo a comenzar la inspección, la policía tendrá que informar a la persona sobre las razones por las que se está llevando a cabo dicha revisión, respetando durante el tiempo que dure la misma la dignidad de ésta (art. 268 CNPP)

¹⁴² Al momento de efectuarse una investigación penal la policía o, en su caso el MP, podrán solicitar a cualquier persona la aportación voluntaria de los elementos siguientes: a) muestras de fluido corporal, b) vello o cabello, c) exámenes corporales de carácter biológico, d) extracciones de sangre u otros análogos, e) imágenes internas o externas de alguna parte del cuerpo, mientras esto no conlleve riesgos para la salud y la dignidad del investigado. Se deberá informar previamente a la persona el motivo de la aportación y del derecho que tiene a negarse a proporcionar dichas muestras. Por otro lado, cuando se trate de delitos en los que existió violencia contra las mujeres —en los términos de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia— la inspección deberá realizarse con pleno cumplimiento del consentimiento informado de la víctima y con respeto de sus derechos. Asimismo, las muestras o imágenes deberán ser recabadas por personal especializado que deberá ser del mismo sexo o, en su caso, del sexo que la persona elija, con pleno respeto a la dignidad y a los derechos humanos y conforme a los protocolos que al efecto expida la Procuraduría. Por último, las muestras o imágenes recabadas serán analizadas y dictaminadas por el personal especializado en la materia (art. 269 CNPP)

¹⁴³ Los vehículos, al ser objetos de gran tamaño —considerados de esa manera, junto con naves, aeronaves, vehículos automotores, máquinas, grúas y otros similares—, posterior a ser examinados por peritos para recabar indicios que se encuentren en ellos, podrán ser videograbados o fotografiados en su totalidad y se registrarán del mismo modo los sitios en donde se hallaron huellas, rastros, narcóticos, armas, explosivos o similares que pudieran ser objeto o producto de delito (art. 236 CNPP). Por otro lado, en lo concerniente a su aseguramiento, después de que sean examinados, fotografiados, o videograbados éstos podrán ser devueltos, con o sin reservas, al propietario, poseedor o al tenedor legítimo según corresponda al caso concreto, previa demostración de la calidad invocada, siempre y cuando no hayan sido medios eficaces para la comisión del delito (art. 237 CNPP).

¹⁴⁴ Levantamiento e identificación de cadáver es una diligencia que tiene por objeto el examen del cadáver en el lugar de los hechos. En lo particular, el proceso del levantamiento del cadáver engloba el estudio que realizan conjuntamente la Policía y el médico forense de todo lo existente en el lugar de los hechos o del hallazgo, incluyendo los restos cadavéricos o cadáver, con el propósito de establecer las causas de la muerte. Robledo, María del Mar, Páez, Natalie, et al., *La guardia civil en el levantamiento del cadáver*, Gaceta Internacional de Ciencias Forenses, Madrid, No. 8, julio-septiembre, 2013, págs.26-27.

- La entrega vigilada¹⁴⁵ y las operaciones encubiertas,¹⁴⁶ en el marco de una investigación y en los términos que establezcan los protocolos emitidos para tal efecto por el Procurador;
- La entrevista a testigos,¹⁴⁷
- Otras en las que expresamente no se prevea control judicial.

Actos de investigación que requieren autorización previa del Juez de control (art. 252 CNPP):

- La exhumación de cadáveres;
- Las órdenes de cateo;
- La intervención de comunicaciones privadas y correspondencia;
- La toma de muestras de fluido corporal, vello o cabello, extracciones de sangre u otros análogos, cuando la persona requerida, excepto la víctima u ofendido, se niegue a proporcionar la misma;

¹⁴⁵ El inciso “i” del artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000), conocida también como Convención de Palermo, define la entrega vigilada como: “... la técnica consistente en permitir que remesas ilícitas o sospechosas salgan, atraviesen y entren al territorio de uno o más Estados con el conocimiento y la supervisión de la autoridad competente, con la finalidad de investigar delitos e identificar a las personas involucradas en la comisión del mismo”. Este concepto también se precisa en la Convención de Viena contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (1988), en el inciso “g” de su artículo 1^a, como: “... la técnica de permitir que remesas ilícitas o sospechosas salgan, atraviesen e ingresen al territorio de uno o más países diversos, con el conocimiento y la supervisión de las autoridades competentes para identificar a los responsables del delito. Básicamente, esta técnica policial consiste en: “... permitir que las sustancias prohibidas, equipos y materiales que pueden ser objeto de la misma —al igual que los bienes y ganancias procedentes de las actividades delictivas— transiten de un territorio a otro”. Guillén López, Germán, *La circulación y entrega vigilada en el ordenamiento jurídico español*, Libro Homenaje a Néstor Raúl Luna Hernández, México, 2007, Universidad de Guanajuato, pág. 212

¹⁴⁶ Las operaciones encubiertas son medios extraordinarios de investigación en el que se apoyan las autoridades de investigación para conseguir mejores resultados en el combate contra la criminalidad. Esencialmente, el agente encubierto se erige como la figura de referencia en este segmento de investigación, esta fórmula de investigación permite la penetración o infiltración del Estado, por medio de un agente de policía que oculta su verdadera identidad, a un grupo de delincuencia con el propósito de obtener información sobre sus miembros, estructura, modus operandi, campos de operación, así como para obtener medios de prueba sobre la ejecución de hechos criminales, para que sus integrantes puedan ser sentenciados en una causa penal por los delitos que hubiesen cometido. Guillén López, Germán, *El agente encubierto*, Derecho penal y política criminal. Libro Homenaje al Maestro Álvaro Bunster Briseño, México, UBIJUS/Publicaciones del Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 2010, pág. 425. Desde la doctrina comparada hay quienes interpretan esta técnica como: “...una medida legal especial que permite a los miembros de la policía judicial participar en el entramado organizativo de un grupo criminoso, detectar la comisión de delitos e informar sobre sus actividades, con el fin de obtener pruebas inculpatorias y proceder a la detención de sus autores”, Cardoso Pereira, Flavio, *El agente infiltrado, desde el punto de vista procesal penal*, 2 ed., Edit. Jurua, 2016, pág. 456

¹⁴⁷ La entrevista es definida como: “... la conversación informal, sin citación oficial y espontánea, generada entre el funcionario de policía investigadora y los que pueden tener conocimiento sobre personas, hechos o circunstancias que interesan en una investigación penal, ya se trate de la víctima o de un tercero, y a través de la cual procura obtenerse información relevante”. Vid. Corrales, Jesús, *20 aspectos sobre la prueba en el sistema acusatorio para el policía de investigación*, México, 2010, UBIJUS, pág. 12

- El reconocimiento o examen físico de una persona cuando aquélla se niegue a ser examinada;
- Las demás que señalen las leyes aplicables.

III.- La Etapa de investigación en el CNPP

Desde la doctrina¹⁴⁸ se ha precisado que la etapa de investigación tiene como principales objetivos:

- 1º) Juntar o producir los antecedentes probatorios que fundamenten la interposición de la acusación en contra de una persona por un delito y asegurarlos hasta su presentación al juicio;
- 2º) Impedir que transiten a la etapa de preparación del juicio oral los casos de sospechas infundadas de comisión de un delito, convirtiéndose en un primer filtro del procedimiento, y;
- 3º) Promover —cuando esto sea factible— la terminación anticipada del procedimiento en aquellos supuestos en que una solución alternativa del conflicto jurídico-penal permita prescindir del juicio y de la sentencia.

La etapa de investigación es la fase del proceso penal acusatorio que tiene como finalidad el consignar y asegurar —dentro del marco de la legalidad y seguridad jurídica— aquello que pueda ser útil para la comprobación de un hecho presuntamente ilícito,¹⁴⁹ así como para la identificación de quienes hayan participado en tal acontecimiento, para que el órgano público de persecución penal pueda decidir si sostienen acusación en contra de una determinada persona o, en su caso, para que la defensa solicite su absolución dentro de un enjuiciamiento criminal oral, público, contradictorio, con todas las garantías y en los márgenes del debido proceso.¹⁵⁰

Para comprender de forma sintética y sintetizada la Etapa de Investigación en el CNPP se puede tomar de referencia la propuesta presentada por la doctrina especializada¹⁵¹ en la que las dos fases en que se divide la etapa de investigación es descrita en la manera siguiente:

¹⁴⁸ Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno. Principios. Sujetos Procesales. Medidas Cautelares. Etapa de Investigación*. Tomo I. Santiago, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2002, págs. 443 y ss

¹⁴⁹ Desde la doctrina se ha señalado que, en la etapa de investigación del delito, la principal función del MP y de sus auxiliares directos es: “encontrar todas las evidencias que se convertirán en medios probatorios, los cuales nos permitirán, no sólo determinar si existe una conducta delictuosa y un probable responsable, sino también dar fundamentación a todas las decisiones que se deben tomar durante el proceso”. Romero Guerra, Ana Paula, *La importancia de la etapa de investigación del delito en el sistema acusatorio*, México, 2016, Opinión Penal. Instituto Nacional de Ciencias Penales, http://www.inacipe.gob.mx/investigacion/INACIPE_opina/memorias_inacipe/memorias_pamela_romero/La%20importancia%20de%20la%20etapa%20de%20investigacion%20del%20delito%20en%20el%20sistema%20acusatorio.php#

¹⁵⁰ Carocca Pérez, Alex, *El Nuevo Sistema Procesal Penal*, 3a. ed., Chile, 2005, Lexis Nexis, pág. 113

¹⁵¹ Benavente, Hesbert, *Estudio y comentarios al Código Nacional de Procedimientos Penales*, México, Edit. Flores, 2014, pág. 36 y 37

A) Investigación preliminar:

A.1.- *Inicio*: denuncia o querrela (artículo 221 CNPP) o por detención por delito flagrante (artículo 146 CNPP).

A.2.- *Integración de la carpeta de investigación*:

- Acuerdo de inicio de carpeta/ Acuerdo de facultad de abstenerse de investigar (artículo 253 CNPP) /Acuerdos reparatorios producto de la mediación o conciliación (artículo 187 CNPP).
- Técnicas de investigación que no requieren autorización judicial (artículo 251 CNPP).
- Técnicas de investigación que si requieren autorización judicial (artículo 252 CNPP).
- Medidas de protección (artículo 137 CNPP).
- Providencias precautorias (artículo 138 CNPP).

A.3.- *Decisiones del MP*:

- Acuerdo de reserva de la investigación (artículo 254 CNPP).
- Acuerdo de no ejercicio de la acción penal (artículo 255 CNPP).
- Acuerdo de aplicación de criterios de oportunidad (artículo 256 CNPP).

A.4.- *Formas de conducción del imputado a proceso*:

- Detención por caso urgente (artículo 150 CNPP).
- Orden de comparecencia u orden de aprehensión (artículo 141 CNPP).

B) Investigación complementaria:

- Audiencia inicial (artículos 307 al 319 CNPP);
- Control de la detención;
- Formulación de la imputación;
- Declaración del imputado;
- Solicitud de auto de vinculación a proceso;
- Solicitud de medida cautelar;
- Plazo judicial de cierre de la investigación.

Para finalizar el análisis de este apartado, y concentrando los esfuerzos en el tema que ocupa, desde la doctrina,¹⁵² de forma sintética, han sido enlistadas y analizadas todas las ordenaciones previstas en el Título III de Etapa de investigación, Capítulo I, relativo a las Disposiciones comunes a la investigación del CNPP. En este sentido, dicha propuesta metodológica de agrupación se comparte a continuación:

- 1) Deber de investigación penal.** En los supuestos en que el MP tenga conocimiento de la existencia de un hecho que la ley señale como delito, dirigirá la investigación penal, sin que pueda suspender, interrumpir o hacer cesar su curso, salvo en los casos autorizados en la misma. La investigación deberá hacerse de forma inmediata, eficiente, exhaustiva, profesional e imparcial, libre de estereotipos y discriminación, orientada a allegarse de datos para el esclarecimiento del hecho que la ley señala como delito, así como la identificación de quien lo cometió o participó en su comisión (art. 212 CNPP).

¹⁵² Guillén López, Germán, *Aproximación al Código Nacional de Procedimientos Penales: Especial referencia a las disposiciones comunes a la investigación del delito*, op. cit., págs. 20 y ss

- 2) **Objeto de la investigación.** Que el MP reúna indicios para el esclarecimiento de los hechos y, en su caso, los datos de prueba —entendidos como la referencia al contenido de un determinado medio de convicción aún no desahogado ante el Órgano jurisdiccional, que se advierta idóneo y pertinente para establecer razonablemente la existencia de un hecho delictivo y la probable participación del imputado (art. 261 CNPP)—, para sustentar el ejercicio de la acción penal, la acusación contra el imputado y la reparación del daño (art. 213 CNPP).
- 3) **Principios que rigen a las autoridades de la investigación.** Las autoridades se regirán por los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez, lealtad y respeto a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados (art. 214 CNPP).
- 4) **Obligación de suministrar información.** Toda persona o servidor público está obligado a proporcionar oportunamente la información que requieran el MP y la Policía en el ejercicio de sus funciones de investigación de un hecho delictivo concreto. En el supuesto de ser citados para ser entrevistados por el MP o la Policía, tienen obligación de comparecer y sólo podrán excusarse en los casos expresamente previstos en la ley. En caso de incumplimiento, será sancionado de conformidad con las leyes aplicables (art. 215 CNPP).
- 5) **Proposición de actos de investigación.** Durante la investigación tanto el imputado, cuando haya comparecido o haya sido entrevistado, como su Defensor, así como la víctima u ofendido, podrán solicitar al MP todos aquellos actos de investigación que consideraren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos. El MP ordenará que se lleven a cabo aquellos que sean conducentes. La solicitud deberá resolverse en un plazo máximo de tres días siguientes a la fecha en que se haya formulado la petición al MP (art. 216 CNPP).
- 6) **Registro de los actos de investigación.** El MP y la Policía deberán dejar registro de todas las actuaciones que realicen en la investigación de los delitos, echando mano de cualquier medio que permita garantizar que la información obtenida sea completa, íntegra y exacta, así como el acceso a la misma por parte de los sujetos tuvieren derecho a exigirlo —conforme a la ley—. Cada acto de investigación se registrará por separado, y será firmado por quienes hayan intervenido. Si no quisieren o no pudieren firmar, se imprimirá su huella digital. En los supuestos que no sea posible o la persona se niegue a imprimir su huella, se hará constar su razón. El registro de cada actuación tendrá que incluir la indicación de la fecha, hora y lugar en que se haya efectuado, identificación de los servidores públicos y personas que hayan intervenido, así como una breve descripción de la actuación y, cuando sea posible, de sus resultados (art. 217 CNPP).
- 7) **Reserva de los actos de investigación.** Los registros de ésta, así como todos los documentos, independientemente de su contenido o naturaleza, los objetos, los registros de voz e imágenes o cosas que le estén relacionados, son estrictamente reservados. El imputado y su Defensor podrán tener acceso a ellos cuando se encuentre detenido, o sea citado para comparecer como imputado, y se pretenda recibir su entrevista. Desde este momento ya no podrán mantenerse en reserva los registros para no afectar el derecho de defensa del imputado. En ningún supuesto la reserva de los registros podrá hacerse valer una vez dictado el auto de vinculación a proceso, salvo lo previsto en este Código o en las leyes especiales (art. 218 CNPP).

- 8) Acceso a los registros y la audiencia inicial.** Una vez convocados a la audiencia inicial (307 CNPP), el imputado y su Defensor tienen derecho a consultar los registros de la investigación y a obtener copia, con tiempo de antelación suficiente que permita preparar la defensa. En caso que el MP se niegue a permitir el acceso a los registros o a la obtención de las copias, podrán acudir ante el Juez de control para que resuelva lo conducente (art. 219 CNPP).
- 9) Excepciones para el acceso a la información.** El MP podrá solicitar excepcionalmente al Juez de control que determinada información se mantenga bajo reserva aún después de la vinculación a proceso, cuando: a) sea necesario para evitar la destrucción, alteración u ocultamiento de pruebas, la intimidación, amenaza o influencia a los testigos del hecho; b) se estime necesaria para asegurar el éxito de la investigación; c) se requiera para garantizar la protección de personas o bienes jurídicos. Si el Juez de control valora procedente la solicitud, así lo resolverá y determinará el plazo de la reserva, siempre que la información que se solicita sea reservada, sea oportunamente revelada para no afectar el derecho de defensa. También, podrá prorrogarse cuando sea necesario, sin que pueda prolongarse hasta después de la formulación de la acusación (art. 220 CNPP).

II. Trilogía investigadora en el CNPP

La trilogía investigadora tiene su aparición en la etapa durante la cual el MP —como líder de este trinomio— realiza todas aquellas diligencias que considera necesarias para estimar:

- 1º) La existencia de un hecho delictuoso;
- 2º) La probable intervención delictiva del sujeto;
- 3º) Optar por formular la imputación o no.

Todo lo anterior, y auxiliándose para tal fin, de policías y de un especializado cuerpo de peritos.

La trilogía investigadora como grupo *multi e inter* disciplinario se une con la finalidad de representar los intereses del Estado en una investigación que atañe un hecho presuntamente delictuoso.¹⁵³ En este sentido, los elementos que identifican con mayor claridad a cada uno de sus integrantes, de manera sintética, se señalan a continuación:

a. Ministerio Público / Fiscal

Al MP de la Federación o al de las Entidades Federativas —como así lo denomina en su art. 3º el CNPP, fracción 9ª—, para los efectos de la investigación: “Le compete la conducción y mando de la investigación de los delitos, para lo cual, deberá coordinar al Primer Respondiente, Policía de Investigación, Policía con Capacidades para Procesar y a los Peritos”¹⁵⁴. También, este operador puede ser concebido como la parte acusadora necesaria— de carácter público— encargada por el Estado —a quien representa— de liderar la pretensión punitiva y de resarcimiento y, en los casos

¹⁵³ Rivera, Camilo y Bardales, Erika, *Procedimientos penales especiales*, México, 2013, MaGister-Consorcio Jurídico Penal a la Vanguardia, pág.18

¹⁵⁴ Consejo Nacional de Seguridad Pública, *El Primer Respondiente. Protocolo Nacional de Actuación*

que así se requiera, presentar la formal acusación dentro de un proceso penal.¹⁵⁵ Dicho en otras palabras, es la institución dependiente del Estado —perteneciente al Poder Ejecutivo—, que actúa en representación del interés social en el ejercicio de la acción penal y la tutela social, en todos aquellos casos que le asignan las normas jurídico-punitivas.¹⁵⁶

b. Perito

Del latín *perītus*, el perito es una persona experimentada, hábil o con pleno entendimiento de una ciencia o arte. Es decir, el perito es el experto en una determinada materia que, gracias a sus conocimientos, actúa como fuente de consulta para la resolución de conflictos¹⁵⁷ Recientemente, desde una perspectiva institucional especializada en el contexto de la investigación penal —y la seguridad pública—,¹⁵⁸ se visualiza e interpreta a la figura del perito como:

“... la persona con conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, técnica u oficio, que ejecuta las actividades del procesamiento de los indicios o elementos materiales probatorios y emite recomendaciones para su traslado. Asimismo, recibe y analiza los indicios o elementos materiales probatorios en las instalaciones de los servicios periciales y emite el informe, requerimiento o dictamen correspondiente.”

c. Policía

Inicialmente, la policía puede ser concebida como el órgano que tiene la función primordial de mantener el orden en la comunidad, así como el ente encargado de prestar auxilio a la procuración y administración de la justicia penal en cuanto al descubrimiento del delito y la identificación del delincuente.¹⁵⁹ Expresado en otras palabras, la policía es un servicio a cargo del Estado, encaminado a mantener y garantizar el orden público, el libre ejercicio de los derechos y libertades públicas, la convivencia pacífica de los habitantes, así como el auxiliar directo del MP en la persecución del delito (art. 21 CPEUM).¹⁶⁰

En lo concerniente a la investigación del delito, el CNPP, en su art. 3º, fracción 11ª, define a la policía como:

Los cuerpos de Policía especializados en la investigación de delitos del fuero federal o del fuero común, así como los cuerpos de seguridad pública de los fueros federal o común, que en el ámbito de sus respectivas competencias actúan todos bajo el mando y la conducción del

¹⁵⁵ Vid. Fenech, Miguel, *El proceso penal*, 3a ed., Madrid, 1978, Edit. Agesap, Pág. 64

¹⁵⁶ Colín, Guillermo, *Derecho mexicano de procedimientos penales*, 9a. ed., México, 1983, Edit. Porrúa, pág. 230

¹⁵⁷ La primera definición de perito en el diccionario de la real academia de la lengua española es entendido, experimentado, hábil, práctico en una ciencia o arte.

¹⁵⁸ *El Primer Respondiente. Protocolo Nacional de Actuación*, Consejo Nacional de Seguridad Pública

¹⁵⁹ Vid. Polanco Braga, Elías, *Nuevo diccionario del Sistema Procesal Penal Acusatorio Juicio oral*, op. cit., pág. 231

¹⁶⁰ Vid. Delgado, Víctor, *Policía, derechos humanos y libertades individuales*, Revista IIDH, México, 1993, Vol. 17, enero-junio, págs. 87-109.

MP para efectos de la investigación, en términos de lo que disponen la Constitución, este Código y demás disposiciones aplicables.

Por su parte, El Protocolo de Primer Respondiente,¹⁶¹ en lo concerniente a la figura del policía en el ámbito de la investigación del delito, abona nuevas denominaciones que se presentan a continuación:

Primer respondiente: Le compete corroborar la denuncia, localizar, descubrir o recibir aportaciones de indicios o elementos materiales probatorios y realizar la detención en caso de flagrancia.

Policía con capacidades para procesar: Es la unidad o persona especializada dentro de una institución policial, que desarrolla la observación, fijación, procesamiento, traslado y entrega de los indicios a la autoridad competente.

Policía de investigación: le corresponde acudir, recibir y hacerse cargo del lugar de intervención, para realizar las investigaciones conducentes.

Analizados los párrafos que anteceden, es más que notorio que la correcta implementación de las nuevas exigencias procesales en materia penal requiere, necesariamente, la obligada concurrencia de profesionales de la investigación del delito. No resulta aventurado afirmar que se debe de contar con mayor perfil de profesionalización que en el pasado, ya que el nuevo investigador se enfrenta a un proceso penal más transparente, apegado al debido proceso, así como a las altas exigencias en materia de Derechos Humanos que caracterizan, históricamente, a los sistemas acusatorios.

IV.- Conclusiones

Son significativas las diferencias entre la Averiguación Previa (tradicional) y la denominada Etapa de Investigación. En este sentido, se identifican como principales diferencias:

- 1ª) En la averiguación previa impera el texto escrito, lo que aparece en el expediente; mientras en la etapa de investigación, con independencia de la construcción de la carpeta de investigación, se desarrolla un debate oral en audiencias preliminares sobre los avances de la investigación, por parte de los intervinientes;
- 2ª) En la Etapa de Investigación, a diferencia de lo que ocurría con su antecesora, la Averiguación Previa, las actuaciones no adquieren valor de prueba, salvo excepciones de ley;
- 3ª) El hecho de que sólo se exija la existencia de un hecho delictuoso y la probable intervención delictiva del sujeto, tanto su imputación y posterior vinculación a un proceso penal, deja claro que el estándar probatorio para un procesamiento penal actual es mínimo en comparación al Auto de Formal Prisión del procedimiento penal tradicional.

El actual modelo de investigación del delito puede ser interpretado como un procedimiento metodológico que, apegado a la norma procesal penal, emplea una serie de pasos para el

¹⁶¹ Consejo Nacional de Seguridad Pública, *El Primer Respondiente, Protocolo Nacional de Actuación*

descubrimiento de hechos que pueden tener relevancia para el sistema de justicia penal, así como para la identificación del probable responsable y, en algunos casos, de la víctima del delito. Expresado de otra manera, la investigación del delito puede ser definida como un instrumento técnico, legalmente regulado, que determina las formas legalmente aceptadas que ha de seguir el investigador para descubrir hechos, circunstancias, indicios, evidencias y personas implicadas en un acontecimiento que pueden resultar de interés para la justicia criminal.

V.- Fuentes consultadas

BARDALES Lazcano, Erika, *Guía para el estudio de la reforma penal en México*, 2da. ed., México, 2009, Edit. Magister, pág. 90

BENAVENTE, Hesbert, *Estudio y comentarios al Código Nacional de Procedimientos Penales*, México, Edit. Flores, 2014, pág. 36 y 37

BINDER, Alberto M., *Introducción al Derecho Procesal*, Buenos Aires, 1993, Edit. AD-HOC, pág. 223

CARDOSO Pereira, Flavio, *El agente infiltrado, desde el punto de vista procesal penal*, 2 ed., Edit. Juruá, 2016, pág. 456

CAROCCA Pérez, Alex, *El Nuevo Sistema Procesal Penal*, 3a. ed., Chile, 2005, Lexis Nexis, pág. 113

CÓDIGO Nacional de Procedimientos Penales

COLÍN, Guillermo, *Derecho mexicano de procedimientos penales*, 9a. ed., México, 1983, Edit. Porrúa, pág. 230

CONSEJO Nacional de Seguridad Pública, en *El Primer Respondiente. Protocolo Nacional de Actuación del año 2015*, <http://www.secretariadoejecutivo.gob.mx/docs/pdfs/normateca/protocolos/ProtocoloPrimerRespondienteV1.pdf>

CORRALES, Jesús, *20 aspectos sobre la prueba en el sistema acusatorio para el policía de investigación*, México, 2010, UBIJUS, pág. 12

DELGADO, Víctor, *Policía, derechos humanos y libertades individuales*, Revista IIDH, México, 1993, Vol. 17, enero-junio, págs. 87-109.

DIARIO Oficial de la Federación (DOF)
http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5130194&fecha=03/02/2010

EL PRIMER Respondiente. Protocolo Nacional de Actuación, Consejo Nacional de Seguridad Pública

FENECH, Miguel, *El proceso penal*, 3a ed., Madrid, 1978, Edit. Agesap, Pág. 64

Fiscalía General de la Nación, *Manual de Procedimientos para Cadena de Custodia*, Bogotá, Colombia, 2004, págs. 9 y ss.

- FROMOW Rangel, María de los Ángeles, *“Aspectos relevantes del Código Nacional de Procedimientos Penales y su impacto en leyes federales y estatales”*, México, DF Año 2, número 8, agosto de 2014, Nova Iustitia. Revista digital de la Reforma Penal, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal/Unidad Especial para la Implementación de las Reformas Constitucionales en Materia Penal, págs. 44 y 45
- GUILLÉN López, Germán, *Aproximación al Código Nacional de Procedimientos Penales: Especial referencia a las disposiciones comunes a la investigación del delito*, México, Nueva Época. Año 1. N°. 2. enero-diciembre de 2014, Revista Reconstitución (RI), pág. 23
- GUILLÉN López, Germán, *El agente encubierto*, Derecho penal y política criminal. Libro Homenaje al Maestro Álvaro Bunster Briseño, México, UBIJUS/Publicaciones del Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 2010, pág 425
- GUILLÉN López, Germán, *La circulación y entrega vigilada en el ordenamiento jurídico español*, Libro Homenaje a Néstor Raúl Luna Hernández, México, 2007, Universidad de Guanajuato, pág. 212
- GUILLÉN López, Germán, *La investigación criminal en el sistema penal acusatorio*, México, 2014, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Instituto de Formación Profesional (IFP), colección Juicios Orales, pág. 58
- GUILLÉN López, Raúl, *Breve estudio sobre los intentos por establecer en México juicios orales en materia penal*, México, 2012, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM/Instituto de Formación Profesional (IFP), pág. 6
- GUILLÉN, Germán y Alvarado, Israel, *Formación Jurídica de los Abogados frente al SPA*, México, marzo de 2011, Revista Defensa Penal. Interpretación y Análisis Jurídico, págs. 13 y 14
- GUZMÁN, Carlos A., *El examen en el escenario del crimen. Método para la reconstrucción del pasado*, Buenos Aires, 2010, LBdeF, pág.3
- HORVITZ Lennon, María Inés y López Masle, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno. Principios. Sujetos Procesales. Medidas Cautelares. Etapa de Investigación*. Tomo I. Santiago, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2002, págs. 443 y ss
- PAREDES Calderón, Ricardo, *La investigación complementaria en el proceso penal acusatorio*, México, 2014, Edit. Bosch, págs. 53 y 54.
- POLANCO Braga, Elías, *Nuevo diccionario del Sistema Procesal Penal Acusatorio Juicio oral*, México, 2014, Edit. Porrúa, pág. 301
- RAMÍREZ Saavedra, Beatriz Eugenia, *22 Aspectos básicos de la investigación del delito*, México, 2010, UBIJUS, pág. 9

RIVERA, Camilo y Bardales, Erika, *Procedimientos penales especiales*, México, 2013, MaGister-Consorcio Jurídico Penal a la Vanguardia, pág.18

ROBLEDO, María del Mar, Páez, Natalie, et al., *La guardia civil en el levantamiento del cadáver*, Gaceta Internacional de Ciencias Forenses, Madrid, No. 8, julio-septiembre, 2013, págs.26-27.

ROMERO Guerra, Ana Paula, *La importancia de la etapa de investigación del delito en el sistema acusatorio*, México, 2016, Opinión Penal. Instituto Nacional de Ciencias Penales, http://www.inacipe.gob.mx/investigacion/INACIPE_opina/memorias_inacipe/memorias_pamela_romero/La%20importancia%20de%20la%20etapa%20de%20investigacion%20del%20delito%20en%20el%20sistema%20acusatorio.php#

VALADEZ, Manuel, *La defensa adecuada en Juicio oral*, México, Poder Judicial del Estado de Durango, 2012, pág. 58

CAPITULO V
LA CONSTITUCIÓN Y EL DERECHO PENAL.
BAJO EL ENFOQUE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES¹⁶²

Javier Quenta Fernández

I.- Introducción

La propuesta de un diálogo constitucional y penal a partir de los derechos fundamentales, dentro de la relación existente entre el Estado Constitucional de Derecho y el Derecho penal adoptado conforme a ese modelo constitucional de Estado, hace que el nexo entre Constitución y Derecho penal sea trascendental. Esta relación aparentemente ortodoxa, tratándose de los derechos fundamentales, obliga a considerar una Constitución material dentro del Estado constitucional de derecho, como el que se tiene en Bolivia¹⁶³, producto de corriente denominada neoconstitucionalismo, que en el contexto de la vida social y jurídica de la colectividad, orienta la concepción de un derecho penal conforme a los fundamentos ideológicos y políticos de aquel modelo de Estado y que, en términos del garantismo ferrajoliano, defiende al individuo ante el creciente ejercicio del poder punitivo del Estado, precisamente a partir de los derechos fundamentales y las garantías contenidas en la Constitución material, cuando se quiere enfrentar la criminalidad.

Por tanto, Constitución y derecho penal en el Estado constitucional de derecho, no es más que la relación necesaria que existe entre delito y Constitución, entre el Derecho penal y la ideología que procede de la Constitución para justificar apropiadamente la protección de los derechos fundamentales, los procesos de criminalización primaria y los procesos de criminalización secundaria en el Estado constitucional de derecho, en su lucha contra la criminalidad mediante el creciente ejercicio del poder punitivo del Estado.

II.- Exigencias del estado constitucional de derecho frente al derecho penal

En el Estado constitucional de derecho, la Constitución Política es la expresión del sistema de valores y del conjunto de principios fundamentales que sustentan cualquier ordenamiento jurídico, en particular del derecho penal, porque en la base constitucional se anida la concepción ideológica y política del derecho, es la razón esencial por la que se exige que ante los cambios, reformas o modificaciones constitucionales, también se tienen que realizar reformas en el ordenamiento jurídico de un país, particularmente en la legislación penal, cuando se trata de proteger eficazmente derechos fundamentales en el Estado Constitucional de Derecho. En Bolivia, pese a los cambios trascendentales en materia de derechos fundamentales, operados con la Constitución del 2009¹⁶⁴, existió un intento de transformación del sistema normativo penal, al

¹⁶² El presente trabajo tiene como referencia el modelo constitucional del Estado boliviano, establecido en la Constitución Política del Estado de 2009 que se afirma bajo la corriente del neo constitucionalismo.

¹⁶³ Martínez Dalmau, Rubén; *El proceso constituyente boliviano*, La Paz 2008, Edit. Oxfam, Gran Bretaña, pág. 60

¹⁶⁴ La Constitución Política del Estado de 2009 que se encuentra vigente en Bolivia tiene una significativa versión o catálogo normativo de derechos fundamentales, incorporándose además de los derechos civiles y políticos, los derechos sociales, económicos y culturales

proponerse una reforma del Código Penal y del Código de Procedimiento Penal, planteando un denominado “Código del Sistema Penal”¹⁶⁵ a mediados del 2017; sin embargo, esa propuesta resultó ser sólo un texto refundido de la legislación penal y la legislación procesal penal existente antes de la Constitución del 2009 que pretendió ser impuesto por el poder político, al margen de la dimensión y los contenidos del Estado constitucional de derecho. Se esperaba que los procesos de criminalización primaria en Bolivia se realicen bajo la lógica de la pluralidad, bajo un principio democrático propio del Estado Constitucional, que aprecie las diversas maneras de percibir e interpretar los problemas de la criminalidad en Bolivia, los diversos problemas de la administración de justicia penal para adecuarse aceptablemente, a una convivencia armónica y pacífica conforme a la filosofía del “vivir bien”, base filosófica del Estado Constitucional de derecho de Bolivia.

Al contrario, el *Código del sistema penal*, se acogió al pensamiento lineal, reduccionista e individual, que ha entrado en crisis en el mundo, únicamente compatible con los modelos de Estado liberales y no concurrentes con los postulados del citado Estado constitucional de derecho; pues se apartó notoriamente del principio democrático de la participación y control social previstos en la carta política nacional, tornando inútil la participación de la colectividad social institucional y judicial; pero sobre todo, se apartó del principio democrático que expresa la voluntad del constituyente en la construcción jurídica del *Código del sistema penal* que luego fue abrogado completamente por el mismo poder político, reconociendo que no podía imponerse autoritariamente sin considerar el principio democrático constitucional, pues como bien lo afirmaba Negri, *el poder constituyente es la máxima expresión de la democracia*¹⁶⁶; por eso es que, la participación democrática de la colectividad es la condición de legitimidad para cualquier instrumento jurídico penal bajo la nueva metodología en la construcción de leyes, eso es lo que propone el Estado constitucional de derecho.

El derecho penal al proveer normas que regulan el uso de la potestad punitiva del Estado, establece también los bienes jurídicos más importantes para hacerlos objeto de tutela penal, así se deduce sencillamente la importancia del principio democrático en relación con los derechos fundamentales, dentro de cualquier sociedad civilizada, por eso el Código Penal al definir los delitos y las penas como expresión del poder punitivo del Estado, tiene un lugar privilegiado en el ordenamiento jurídico, porque al mismo tiempo que tutela valores y derechos de la sociedad, ha de afectarlos o limitarlos cuando se fija una pena, y en esa particular función, el Código penal se presenta como una especie de “Constitución negativa” como refiere en general la doctrina penal.

El Estado constitucional de derecho afirma criterios para que el derecho penal se adapte positivamente al conjunto de principios, al sistema de valores y al conjunto de derechos y garantías constitucionales establecidos por la voluntad jurídica y política del Constituyente como mandato constitucional para promover la convivencia armónica y pacífica, así el derecho penal se encuentra estrechamente ligado a la Constitución porque es la disciplina que en mayor medida afecta los derechos fundamentales del individuo, pero también se encuentra limitado por la propia

¹⁶⁵ El Código del Sistema Penal, representó simplemente una conjunción o integración de normas penales sustantivas y normas procesales penales distribuidos en títulos y capítulos. Fue sancionado, publicado y luego de 45 días de vigencia, abrogado en el 2017

¹⁶⁶ Negri, Antonio, *El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*, Editorial Libertarios/Prohufi, Madrid 1994, pág. 17

Constitución, precisamente por los mismos derechos fundamentales, por tanto, no puede tener mayor vigencia la afirmación del Profesor Juan Carlos Carbonell cuando señalaba que “(...) *la Constitución es la norma que define y escoge los valores. Por eso no solamente delimita el campo de acción del derecho penal, sino que además fundamenta y limita la actuación de los poderes públicos*”¹⁶⁷, y aunque las nuevas necesidades de tutela penal se contraponen a los principios limitativos del poder punitivo y en particular al principio de intervención mínima y al principio de prohibición de exceso, precisamente por las nuevas formas de delincuencia que van apareciendo, es indudable que debe existir una subordinación entre Constitución y derecho penal, no solo para justificar el principio de primacía constitucional o de jerarquía normativa, sino para posibilitar un control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes penales cuando se trata de proteger derechos fundamentales.

III.- Contenido constitucional de la norma jurídica penal

Sin duda alguna, sobre la premisa clásica y universal de que el derecho aspira a la justicia, la norma jurídica tiene un contenido ideológico que es expresión del fundamento filosófico, político y constitucional del Estado, que a su vez, como en el caso de Bolivia, direcciona los fines y las funciones estatales hacia la construcción de una “*sociedad justa y armoniosa*” como se expresa en el numeral 1 del Art. 9 de la carta fundante boliviana, por tanto, la estructura lógica del sistema normativo penal también debe responder al sistema ideológico y político de un Estado, que en buena parte se expresa en aquellos principios ético, morales y valores constitucionales como el de igualdad, dignidad, libertad, respeto, armonía, equilibrio, bienestar común, responsabilidad; entre otros, para “vivir bien”, filosofía acordada por el constituyente en el Art. 8 de la Constitución boliviana y que representa la base fundamental del Estado, el bien humano y el bien común, como el último armazón o si se quiere, la camisa de fuerza para contener las discrecionalidades, arbitrariedades o excesos de poder en la concepción y elaboración de las leyes penales, logrando que el derecho si pueda aspirar a la justicia y contribuir al bienestar general; no sin razón el Profesor Rodolfo Vigo, señala que, “*el orden de lo jurídico y su saber respectivo, se inscribe en el orden de lo ético social y del saber práctico (...) El derecho se ubica en el campo del bien humano, del bien debido, y en la determinación de ese bien se computará siempre, -de manera directa o indirecta- el bien común*”¹⁶⁸. Vinculado a su contenido ideológico emerge el sentido teleológico de las leyes penales, que propone el debate entre, tener normas penales “*más efectivas*” o “*funcionales*” con penas más graves o con nuevos delitos, utilizando procedimientos para realizar procesos penales más expeditos con la finalidad de encerrar a los “*delincuentes*” en las cárceles y lograr con ello, una mayor eficiencia preventiva o generar una mejor eficacia disuasiva para reducir la criminalidad; sin embargo, teleológicamente también se debe proponer una reflexión sobre la efectividad de las funciones de control social que suponen las normas penales, que no corresponden exclusivamente al derecho penal, sino también a todas las instituciones de la sociedad que no son necesariamente instituciones jurídicas¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Carbonell Mateu, Juan Carlos, *Derecho penal, concepto y principios constitucionales*, Valencia 1996, Edit. Tirant lo Blanch, pág. 80

¹⁶⁸ Vigo, Rodolfo Luis, *Las causas del derecho*, Buenos Aires 2010, Editorial Abeledo Perrot S.A. pág. 17

¹⁶⁹ "El Derecho penal constituye uno de los medios de control social existentes en las sociedades actuales. La familia, la escuela, la profesión, los grupos sociales, son también medios de control social..." Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, Barcelona 2005, Editorial Reppertor, pág. 49

Precisamente, de la mano de aquellos principios y valores constitucionales, que necesariamente deben servir a la construcción de las bases del derecho penal, es que podemos dotar de mejores mecanismos de control social mediante la formulación de políticas públicas del Estado, asegurando los insumos necesarios para la inversión pública en la filosofía del “vivir bien”. En efecto, una sociedad con un buen sistema escolar producto de la ejecución de políticas educativas, con situaciones familiares estables e integradas, sin carencias sociales o económicas, derivadas de la ejecución de políticas sociales y económicas; es innegable que va a crear mejores modelos de comportamiento humano y social, y esas políticas públicas, tendrán resultados más eficaces que las que se pueda conseguir con la gestación y aplicación de leyes penales puramente represivas, populistas, que responde a procesos de inflación legislativa penal, así se puede afirmar que es el propio Estado y la propia sociedad, la que consigue que los ciudadanos persigan cánones de conducta social y principios ético morales de acuerdo a lo esperado por cada uno de ellos, el respeto a las normas básicas del orden social, y al final, frente a la pretensión social de mayor punitivismo, es la propia sociedad la que asume su responsabilidad junto al Estado sobre su seguridad ciudadana, y aquí es pertinente recordar la célebre frase de Lacassagne: “*Las sociedades tienen los delincuentes que merecen...*”.¹⁷⁰

Por eso la relación entre Constitución y derecho penal toca las bases racionales del sistema constitucional y del Estado constitucional de derecho, y no se encuentra otra herramienta que justifique y legitime el poder punitivo y su ejercicio, con la aplicación de la pena como “castigo” antes que como una herramienta que sirva a los fines y funciones del propio Estado, la construcción de una sociedad armoniosa y pacífica con respeto de los derechos fundamentales del ciudadano. Ensayar razones ético-políticas para proponer soluciones alternativas a un derecho penal populista, ciertamente evocan elementos de racionalidad en el Estado Constitucional de derecho, para oponerse y rechazar la criminalización y penalización desmedidas o desproporcionales, una racionalidad en la que por supuesto no es posible dejar de lado el carácter democrático y representativo que tiene el legislador, dentro del Estado Constitucional de Derecho, cuando alude a los intereses de la mayoría para justificar la ley penal popular bajo el principio democrático; sin embargo, lo que no se evidencia es que las leyes penales, en el marco del ejercicio democrático, representan expresiones de la hegemonía del poder político, que tienen como objetivo, la natural conservación del poder con la aceptación popular y no necesariamente los cambios de mentalidad o secundariamente la prevención efectiva de los delitos, Esto traería consigo una distorsión de la función del Derecho penal, porque como lo ha señalado el Profesor Zaffaroni,

La función del derecho penal de todo estado de derecho (de la doctrina penal como programadora de un ejercicio racional del poder jurídico) debe ser la reducción y contención del poder punitivo dentro de los límites menos tradicionales posibles. Si el derecho penal no logra que el poder jurídico asuma esta función, lamentablemente habrá fracasado y con él habría caído el estado de derecho¹⁷¹.

¹⁷⁰ Lacassagne, Alexandre, médico francés y criminólogo, en la tesis principal de su obra “*La Mort de Jean-Jacques Rousseau*” de 1913, declaró: “El entorno social es el caldo de cultivo de la criminalidad. El germen es el criminal, un elemento que no tiene ninguna importancia hasta el día donde encuentra el caldo que hace fermentar. Para el fatalismo que sigue inevitablemente de la teoría antropológica, nos oponemos a la iniciativa social. La justicia marchita, corrompe la prisión y la sociedad tiene los delincuentes que se merece”.

¹⁷¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El enemigo en el derecho penal*. Buenos Aires 2006. Edit. Ediar. Pág. 168.

Lo cierto es que, pregonando la conservación de la paz y la tranquilidad de la sociedad, con las leyes penales populares se pretende justificar un alejamiento de los derechos y garantías constitucionales que el constituyente ha impulsado en la Constitución como una decisión ideológica y política contenida en los valores humanos y en el desenvolvimiento de la dignidad humana como fuente inquebrantable de los derechos fundamentales, axiomas propios del constitucionalismo actual, que como lo señala Mark Tushnet, “no hace más que describir gobiernos no totalitarios.”¹⁷²

Por eso, la norma jurídica penal también debe estar conectada con el contexto social, político e ideológico del Estado Constitucional de derecho, a los fines de resguardar los derechos fundamentales, elementos que le dotaran de la racionalidad necesaria para justificar la formulación de políticas criminales, las demandas de seguridad ciudadana como exigencias vitales del constituyente a la par del respeto incólume de los derechos humanos del ciudadano, de este modo, se limitarían los discursos político-normativos a los ámbitos de propuesta político criminal que combinen las exigencias de mayor seguridad ciudadana y las medidas adecuadas para lograr el control social deseado en el Estado Constitucional de Derecho con los niveles de racionalidad necesarios apoyados en el respeto a los derechos humanos.

IV. La crisis del derecho penal y la crisis de los derechos fundamentales en el estado constitucional de derecho

Como el derecho penal, en el Estado constitucional de derecho, es un instrumento de respeto a los derechos fundamentales, entonces aquél es constitucional, pero también tiene que ser científico, tiene que ser racional y profundamente humano, al ser respetuoso de los derechos fundamentales; el derecho penal, no puede justificar un discurso punitivo exacerbado para desarrollar más ampliamente el poder de castigar que tiene el Estado, al contrario, el Derecho penal es un verdadero dique de contención para evitar la amplificación punitiva porque es un instrumento de respeto de los derechos fundamentales.

Sin embargo, bajo la justificación de luchar contra la criminalidad, domina actualmente la tendencia hacia la inflación legislativa de las leyes penales, alejándose paulatinamente, no solo de los principios penales, sino también de los principios constitucionales, aparece un concepto oscurantista de “seguridad ciudadana” que promueve un "Derecho penal de la seguridad ciudadana" en contraste con los propios derechos y garantías que el ciudadano exige para tener seguridad ciudadana.

Es posible que sea solamente una visión política de la criminalidad o una visión filosófica del poder, circunscrita a desarrollar los alcances y las funciones de una determinada estructura del poder político; sin embargo, aún en esa prospectiva política o filosófica, se pretende “dogmatizar” la seguridad ciudadana, concibiendo un derecho penal a su servicio, aproximándonos al origen del llamado “populismo punitivo”, enclaustrando al derecho penal, dentro de una concepción puramente represiva, impulsada por la pretensión de lograr una mayor certidumbre y seguridad en el resguardo de derechos fundamentales, más allá de lo racionalmente necesario o permitido.¹⁷³

¹⁷² Tushnet, Mar, *Constitucionalismo y Judicial Review*. Lima 2013. Edit. Palestra Editores. Pág. 57

¹⁷³ “...si no hubiera tutela de nuestros intereses, estos quedarían sometidos a la ley del más fuerte, si en definitiva no pudiéramos defender lo que es nuestro y más queremos: la vida, la libertad, la propiedad, etc.,

Se descubren así, paradojas y contradicciones, cuando frente al desarrollo económico, tecnológico o social que experimentan los países, que debería traernos mayor progreso, mayor bienestar, una mejor convivencia entre los seres humanos, una efectiva capacidad reguladora del sistema normativo, un mayor respeto a los derechos humanos o a los derechos fundamentales, parece ocurrir lo contrario, cuando en el mundo se amplía más la brecha entre ricos y pobres, se genera una mayor crisis en las estructuras de poder, un mayor debilitamiento institucional, una crisis de la capacidad regulativa del Derecho, una crisis de legalidad como señala Luigi Ferrajoli¹⁷⁴; en su obra "Derecho y Razón, la Ley de más débil" o como señalaba Niklas Luhmann en su obra "Teoría política en el estado de bienestar"¹⁷⁵, una ineficiencia de los controles normativos del Estado, generando la incoherencia o ineficacia del sistema jurídico, ¿cómo?, confundiendo el derecho con la realidad, las normas con los hechos, haciendo que el sistema político se aleje más de su objetivo principal, dotar a la sociedad de un mínimo de mecanismos para asegurar la aplicación de los derechos fundamentales.

Estamos experimentando una crisis del Derecho penal en el Estado constitucional de derecho, cuando la percepción social de la violencia,¹⁷⁶ que trae consigo el delito y el sentimiento de inseguridad ciudadana de la colectividad, pretenden un derecho penal más "eficiente" y, por ello, una mayor represión a la violencia del delito, con una violencia institucionalizada por el Estado mediante la ley penal, particularmente cuando se trata de delitos graves como el asesinato, la violación, la corrupción, el terrorismo, el tráfico internacional de estupefacientes, el crimen organizado, el tráfico de órganos, la trata de personas, la pornografía infantil, etc.

Si a la crisis del derecho penal, sumamos la crisis de la justicia penal a partir de su falta de mayor capacidad funcional y todos sus problemas de corrupción y retardación, entonces hay más consecuencias para el derecho penal, mayor violencia penal institucionalizada, más criminalización primaria, más agravamiento de penas, en una sociedad en la que contradictoriamente aceptamos vivir bajo un modelo de Estado constitucional de derecho, gozando de las reglas impuestas por la misma voluntad general de la sociedad cuando fue poder constituyente, al aprobar la Constitución material para sentar la presencia hegemónica de valores, principios y un exquisito catálogo de derechos y garantías. ¿Qué significa y por qué esta paradoja? Las leyes penales encuentran serias dificultades para afirmarse con fundamentos constitucionales vinculados al respeto de los derechos fundamentales, generando una crisis del derecho penal en el Estado constitucional de derecho, cuando atienden solo el clamor popular en vez de buscar otras alternativas menos lesivas para los derechos fundamentales y libertades; este es un recurso del poder político que ha sido perfectamente aprovechado en los últimos tiempos en Bolivia y ha generado desproporciones frente a valores tan significativos como la libertad y la dignidad,¹⁷⁷ que funcionan como límites

carecerían de valor, cualquiera podría destruirlos o apropiárselos con violencia, engaño o de cualquier otro modo. Y la experiencia demuestra que eso sucedería inexorablemente. La vida en sociedad sería imposible y aún la individual sumamente precaria" Carbonell Mateu, Juan Carlos, Ob. Cit., Pág. 26

¹⁷⁴ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y garantías. La ley del más débil*, Madrid, España, 2001. Edit. Trotta, Pág. 17

¹⁷⁵ Luhmann, Niklas, *Teoría política en el estado de bienestar*, Madrid, España, 2007, Alianza Editorial

¹⁷⁶ Hassemer, Winfried, *Crítica al Derecho penal de hoy*, Bogotá, Colombia, 1997, Universidad Externado de Colombia. Pág. 46

¹⁷⁷ "La dignidad y la libertad de la persona son inviolables. Respetarlas y protegerlas es deber primordial del Estado", Art. 22 de la Constitución boliviana.

constitucionales del poder punitivo del Estado, Michel Foucault señalaba que, “...*la objeción no recae en el abuso de soberanía sino en el exceso de quienes gobiernan, ante la cultura del peligro, que se traduce en procedimientos de control, coacción y coerción que van a constituir la contrapartida y el contrapeso de las libertades*”¹⁷⁸.

Surge así una falsa concepción del derecho penal alejado de la Constitución y alimentado con consignas políticas y mediáticas sobre la inseguridad ciudadana, nutrida con los sentimientos de incertidumbre subjetiva y vulnerabilidad ciudadana ante el delito, extendido hacia todos los sectores sociales; esta es la estimulación del fenómeno de la inflación legislativa en el que las decisiones legislativas en materia penal son para *otorgar mayor seguridad al ciudadano*, pretendiendo calmar ilusoriamente los sentimientos de inseguridad, así aparecen las leyes penales populares y *simbólicas*, nada efectivas para la prevención de la criminalidad y nada eficientes para otorgar una respuesta eficaz ante la comisión de un hecho delictivo, forzando la función del Derecho penal al atender e incorporar los sentimientos de venganza de las víctimas, el clamor de justicia de la colectividad, apartándose de las bases constitucionales del Estado y de la efectiva realización de los derechos fundamentales.

V. La constitución material como límite del derecho penal

Para construir el Estado constitucional de derecho, se necesita una justificación sólida del poder constituyente, instituido en un poder real y originario del pueblo, que sirve para evolucionar en el constitucionalismo y respaldar su voluntad, merced a la concurrencia de dos elementos significativos: la legitimidad del poder constituyente y la convicción sobre la necesidad de armonizar nuestra convivencia social en un marco de seguridad jurídica-política constitucional, que no atente contra los valores supremos o fundamentales que sostiene el ordenamiento constitucional: la dignidad, la libertad, la igualdad y la justicia; sobre todo, si estos dos últimos elementos gravitan en la construcción de aquél, entonces se podría justificar la evolución del constitucionalismo y la vigencia de un verdadero Estado constitucional de derecho, más allá de su retórica formulación.

Por tanto, los postulados de la voluntad jurídica y política del constituyente incorporados en la Constitución material, superaron el concepto de Constitución formal, como simple limitadora del poder constituido, para ser una Constitución donde el poder constituyente expresa su voluntad, este es el alcance de los principios, valores, derechos y garantías constitucionales, que justifican a la Constitución suprema, democrática y normativa que tenemos dentro de la concepción material de la Constitución en el Estado constitucional de derecho.

Un derecho penal que se aparta de una Constitución material o del Estado constitucional de derecho, contradice la voluntad jurídica y política del poder constituyente y puede revertir sus bases de legitimidad, terminando por otorgar una ilusión o espejismo social de lucha contra la criminalidad, generando ficticiamente seguridad ciudadana, aislándose de los factores que hacen a esa criminalidad, factores que también deben ser atendidos por otros subsistemas de control social; por ejemplo, cuando estamos frente a personas que proceden de familias desestructuradas, debido a la pobreza en la que se han desenvuelto, déficits educativos, afectivos o de carácter laboral con la

¹⁷⁸ Foucault, Michel, *El nacimiento de la biopolítica*, Curso en el Collège de France: (1978-1979), Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, trad. Horacio Pons, 2007, p. 87

inexistente formación laboral o la falta de integración a un mercado de trabajo; todos estos factores señalan la necesidad de que hay que trabajar sobre ellos para lograr la pretensión constitucional de la “*sociedad justa y armoniosa*”, y esta tarea no corresponde únicamente al derecho penal, sino a la implementación de políticas públicas económicas, sociales, educativas, laborales, etc., postulados esenciales que también se encuentran en la voluntad jurídica y política del constituyente.

VI. El surgimiento del derecho penal constitucional

Por último, la relación entre el derecho penal y la Constitución no se agota solamente en la vinculación del Derecho penal con los contenidos valorativos, principios y derechos fundamentales del Estado constitucional de derecho, sino que también se acude al derecho penal para proteger la Constitución, cuando se construyen tipos penales que sancionan el incumplimiento de fallos emergentes de acciones de tutela constitucional como en el caso del Código Penal boliviano¹⁷⁹, que sanciona con pena privativa de libertad de dos a seis años y pena pecuniaria a quien no de cumplimiento a las resoluciones dictadas en una acción de libertad, una acción de amparo constitucional, una acción de protección de privacidad, una acción de cumplimiento, una acción popular o en acciones de inconstitucionalidad; está claro que la voluntad del legislador penal se dirige a tutelar o proteger la autoridad de las decisiones jurisdiccionales constitucionales como bienes jurídicos propios de los Tribunales de tutela constitucional, y esta es otra forma muy significativa de entender la vigencia del Estado Constitucional de Derecho exigiendo que nuestros actos se ajusten a la Constitución aprobada democráticamente, precisamente para proveer seguridad a los ciudadanos que recurrentemente exigen el respeto a sus derechos fundamentales.

VII.- Conclusiones

Primera: En esa relación penal-constitucional, cuando las constituciones son progresivas en la realización de los derechos fundamentales, y pese al carácter normativo conferido a éstos, que en el marco del constitucionalismo rígido ha introducido un conjunto de límites y vínculos para el legislador penal, aumenta la incongruencia entre la ley penal y la Constitución, cuando se encuentra desorbitado el ejercicio del poder punitivo corriendo el riesgo de socavar su racionalidad con el expansionismo del Derecho penal, por esa razón, los postulados y principios del Derecho penal justificados constitucionalmente se constituyen en los diques de contención y de racionalidad para evitar una creación y configuración arbitraria, discrecional o autoritaria de los tipos penales, así el Derecho penal (en su faceta científica y normativa) se constituye en un límite eficaz del ejercicio del poder punitivo del Estado.

Segunda: Es un retroceso, una *involución* la pretensión de construir una sociedad “justa y armoniosa”, cuando existe la paradoja de la exigencia de un derecho penal popular, de un derecho penal de “emergencia” ,que traslada el poder del soberano a las élites políticas para “detener” el avance de la criminalidad y “resolver” la inseguridad ciudadana, desvalorizando los derechos fundamentales del ser humano bajo pretextos de “amplificación necesaria” del ejercicio del control social punitivo para proveer seguridad ciudadana.

¹⁷⁹ El art. 179 bis Código Penal boliviano (Desobediencia a Resoluciones en acciones de defensa y de inconstitucionalidad), establece que lo comete: *La Servidora, Servidor Público o personas particulares que no cumplan las resoluciones emitidas en acciones de defensa o de constitucionalidad, serán sancionadas o sancionados con reclusión de dos a seis años y con multa de cien a trescientos días.*

Tercera: Es un espejismo creer que el Derecho penal sea la solución de los problemas de la criminalidad, así como es una ilusión creer que este fenómeno pueda desaparecer, es una ficción acabar con la inseguridad ciudadana, porque esta pervivirá mientras existan las sociedades y sus carencias, la inseguridad ciudadana existirá siempre y cualquier transformación de la sociedad debe realizarse con la fuerza del constitucionalismo, con un ordenamiento jurídico penal constitucionalizado, donde la Constitución solo es un instrumento, no un fin para que el carácter científico y humano del Derecho penal, dentro de las exigencias de una Constitución material, sea un imperativo para generar cultura constitucional, para abrazar los postulados y principios del Derecho penal justificados constitucionalmente, para hacer de esa disciplina un verdadero instrumento de defensa de los derechos fundamentales.

VIII.- Fuentes consultadas

CARBONELL, Juan Carlos; *Derecho penal, concepto y principios constitucionales*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996

Código Penal de Bolivia, Bolivia, 2010

Constitución Política del Estado de Bolivia, Bolivia, 2009

FERRAJOLI, Luigi; *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Edit. Trotta S.A. Madrid, 2001

FOUCAULT, Michel; *El nacimiento de la biopolítica*, Curso en el Collège de France: (1978-1979), Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, trad. Horacio Pons, 2007

HASSEMER, Winfried; *Crítica del derecho penal de hoy*, Traducción de Patricia S. Ziffer, Universidad Externado de Colombia, Primera reimpresión de la primera edición, Bogotá, Colombia, 2001

LUHMANN, Niklas; *Teoría política en el estado de bienestar*, Madrid, España, 2007, Alianza Editorial

MARTÍNEZ Dalmau, Rubén; *El proceso constituyente boliviano*, Edit. Oxfam, Gran Bretaña, La Paz, Bolivia, 2008

MIR PUIG, Santiago; *Derecho penal, parte general*, Editorial Reppertor, Barcelona, 2005

NEGRI, Antonio; *El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*, Editorial Libertarios/Prohufi, Madrid 1994

TUSHNET, Mar; *Constitucionalismo y Judicial Review*, Edit. Palestra Editores, Lima 2013.

VIGO, Rodolfo Luis; *Las causas del derecho*, Edit. Abeledo Perrot S.A., Buenos Aires, 2010

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; *El enemigo en el derecho penal*, Edit. Ediar, Buenos Aires, 2006

CAPITULO VI UNA APROXIMACIÓN A LA LIBERTAD RELIGIOSA, LIBERTAD DE CONCIENCIA Y OBJECCIÓN DE CONCIENCIA SANITARIA EN MÉXICO

**José de Jesús Chávez Cervantes
Rogelio Barba Álvarez**

I.- Introducción

Uno de los temas pendientes en la agenda del Estado mexicano en sus tres poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) y en las entidades federativas, es sin duda el crear las herramientas jurídicas e interpretaciones del artículo 24° Constitucional en lo referente a la libertad de conciencia, religión y objeción de conciencia, dejando el tema a debate ante el pluralismo de posibilidades que pueden suscitarse ante la colisión de derechos fundamentales, aunado a que la *Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público* deja muy poco margen para las posibles objeciones de conciencia ante un mundo de posibilidades.

Por lo anterior, nace la inquietud de realizar el presente trabajo con el propósito de exponer el problema jurídico y resaltar la falta de disposiciones jurídicas que permitan certeza y seguridad jurídica en el sistema normativo mexicano en torno a la objeción de conciencia, centrándonos en las objeciones del ámbito sanitario en el tan controvertido tema del aborto.

En un primer momento, tenemos que abordar un marco conceptual referente a las nociones de libertad religiosa, libertad de conciencia y objeción de conciencia, teniendo en cuenta desde un inicio el problema a enfrentar desde las diversas acepciones que podemos encontrar en la investigación; por otro lado, se expondrá la evolución del marco jurídico mexicano del derecho fundamental de la libertad religiosa, acentuando la última reforma al artículo 24° Constitucional del pasado 2013.

En otro apartado, nos enfocaremos (por cuestiones metodológicas) a la objeción de conciencia médica (sanitaria), analizando las únicas 6 regulaciones estatales vigentes en México (Aguascalientes, Colima, Distrito Federal, Jalisco, Querétaro y Tlaxcala) que dan luz a los límites de la objeción de conciencia, plasmando algunos supuestos y determinando, en qué casos no se justificará el abandonar la actividad médica en el tópico del aborto.

En este punto nos situaremos en el caso de *Paulina del Carmen Ramírez Jacinto*, quién la Comisión Interamericana de Derechos Humanos emitió una solución amistosa al Estado México durante el 2007 por la vulneración de sus derechos sexuales y reproductivos en colisión con la objeción de conciencia al aborto.

Una vez abordados los epígrafes anteriores, nos estaremos en condiciones de plasmar algunas conclusiones en torno al tema de objeción de conciencia sanitaria, que de entrada manifestamos que, la falta de reconocimiento a tan fundamental derecho, propicia vulneración de derechos humanos.

II.- Concepto de libertad religiosa, libertad de conciencia y objeción de conciencia

Como en todo debate teórico, es imprescindible señalar que existen una gama importante de nociones sobre el concepto de libertad religiosa, libertad de conciencia y de objeción de conciencia; por ahora, solo nos limitaremos a comentar algunos, sin que esto signifique que sean los únicos y correctos, ya que el objeto de la investigación no es un estudio sobre las diversas teorías de la concepción del tema propuesto; con ello, el presente apartado sirva de preámbulo para la mejor comprensión conceptual del presente estudio.

La libertad religiosa y de conciencia, nace en la modernidad mediante la idea de tolerancia religiosa en el contexto de los violentos conflictos religiosos que sacuden en Europa tras la ruptura de la unidad cristiana. En tales circunstancias, el reconocimiento de autonomía moral de los individuos y la idea de tolerancia no eran simples virtudes políticas, sino una exigencia a favor del orden y de la paz social¹⁸⁰.

Hablar de libertad religiosa, nos remite forzosamente a comentar ¿qué se entiende por libertad? para Peces-Barba la libertad *“es una condición imprescindible para la acción, que permite alcanzar a cada individuo los objetivos y fines morales que persiga, y que son la expresión de la dignidad humana, de su consideración como fin en sí, como algo valioso”*¹⁸¹. Es de destacar que Peces-Barba considera la libertad como fundamento de los derechos humanos, considerándola como la clave de bóveda de la fundamentación de los derechos, por su engarce o vinculación con la moralidad.

En este mismo sentido de importancia, Stuart Mill en su obra *sobre la libertad* señala que *“no es libre ninguna sociedad, cualquiera que sea su forma de gobierno, en la cual estas libertades no estén respetadas en su totalidad; y ninguna es libre por completo si no están en ella absoluta y plenamente garantizadas. La única libertad que merece este nombre es la de buscar nuestro propio bien, por nuestro camino propio, en tanto no privemos a los demás del suyo o les impidamos esforzarse por conseguirlo”*¹⁸².

¹⁸⁰ Carpdeviell, Pauline, *Laicidad y libertad de conciencia*, Colección de cuadernos Jorge Carpizo. Para entender y pensar la laicidad, núm. 23, México, 2013, Instituto de investigaciones Jurídicas de la UNAM, Biblioteca Virtual, pág. 5

¹⁸¹ Peces-Barba, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, Madrid, 1999, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, págs. 215 y 216. La libertad como fundamento de los derechos humanos es consecuencia de la existencia de mecanismo de organización en la vida social que permita al hombre buscar y, en su caso alcanzar, la autonomía, independencia o libertad moral, conseguir la comunicación que desee a través del lenguaje, y reflexionar sin trabas en la construcción de conceptos generales.

¹⁸² Stuart Mill, John, *Sobre la libertad*, Tercera edición, Alianza Editorial, España, 2013, págs. 84 y 85. La libertad humana comprende, primero, el dominio interno de la conciencia; exigiendo la libertad de conciencia en el más comprensivo de los sentidos; la libertad de pensar y sentir; la más absoluta libertad de pensamiento y sentimiento sobre todas las materias, prácticas o especulativas, científicas, morales o teológicas. La libertad de expresar y publicar las opiniones puede parecer que cae bajo un principio diferente por pertenecer a esa parte de la conducta de un individuo que se relaciona con los demás; pero teniendo casi tanta importancia como la misma libertad de pensamiento y descansando en gran parte sobre las mismas razones, es prácticamente inseparable de ella. En segundo lugar, la libertad humana exige libertad en nuestros gustos y

La importancia del término de libertad tanto para Peces-Barba como para Mill, es de suma relevancia ya que engrana directamente con el fundamento de los derechos y lo jerarquizan como la máxima aspiración de toda sociedad. En el mismo argumento Mill señala que *“cada uno es el guardián natural de su propia salud, sea física, mental o espiritual. La humanidad sale más gananciosa consintiendo a cada cual vivir a su manera que obligándolo a vivir a la manera de los demás”*¹⁸³.

Ahora bien, teniendo en cuenta la dimensión de la libertad, el derecho fundamental de libertad religiosa, lo define Vicente Cantín haciendo referencia que si el derecho ha de ser verdaderamente humano, se deben de abarcar dos supuestos, en primer lugar, *“exige que todas las personas tengan libertad jurídica para seguir la voz de su conciencia, que obviamente entraña el derecho de libertad religiosa, que garantizará a todo hombre la libertad de tener o no tener religión, de tener esta religión o la otra, de ejercer o practicar la religión o de no ejercerla o practicarla”*, y el segundo *“el de permanecer en la misma religión o de abandonarla, cambiando la religión o suprimiéndola de su vida, si así lo prefiere en su conciencia”*¹⁸⁴.

Por otro lado Alvear Téllez, propone 4 conceptos desde el ámbito jurídico de lo que él considera que es la libertad religiosa desde la dimensión normativa¹⁸⁵:

La libertad religiosa es la capacidad de cuestionar, a partir del propio itinerario, el mensaje de una tradición religiosa, en cuanto en ello se expresa la representación de la libertad, entendida como realización de la persona humana.

La libertad religiosa protege la existencia de un claustro íntimo de creencias, y por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual. Junto a esta determinación interna, la libertad religiosa incluye también una dimensión externa de *agerelicere* que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus convicciones y mantenerlas frente a terceros.

La libertad religiosa tiene como manifestación esencial el derecho a profesar las creencias libremente elegidas o no profesar ninguna y el derecho a cambiar de creencias. En otros términos, es la facultad de elegir libremente sus propias creencias, la facultad de optar por no profesar ninguna creencia en particular (agnosticismo) y el derecho de rechazar toda creencia religiosa (ateísmo)

La libertad religiosa es la facultad del individuo de creer aquello que más le place, o de no creer, si ello le place, en nada.

en la determinación de nuestros fines; libertad para trazar el plan de vida según nuestro propio carácter para obrar como queramos, sujetos a las consecuencias de nuestros actos, sin que nos lo impidan nuestros semejantes en tanto no les perjudiquemos, aun cuando ellos puedan pensar que nuestra conducta es loca, perversa o equivocada. En tercer lugar, de esta libertad de cada individuo se desprende la libertad, dentro de los mismos límites, de asociación entre individuos: libertad de reunirse para todos los fines que no sean perjudicar a los demás; y en el supuesto de que las personas que se asocian sean mayores de edad y no vayan forzadas ni engañadas.

¹⁸³ Ídem.

¹⁸⁴ Vicente Cantín, Luis, *Naturaleza, contenida y extensión del derecho de libertad religiosa*, Madrid, 1999, Cuadernos Cívitas, pág. 18

¹⁸⁵ Alvear Téllez, Julio, *La libertad moderna de conciencia y de religión. El problema de su fundamento*, Madrid, 2013, Marcial Pons, pág. 28

La libertad religiosa se concibe desde distintos ángulos tal como se aprecia en los diferentes conceptos propuestos, identificando un común denominador entre los distintos puntos, es, sin duda, la libertad de cada persona a elegir de manera individual y no coaccionada la religión y conciencia que crea conveniente; cabe la posibilidad de que no exista alguna convicción que desee ejercer la persona (ateísmo). Es de resaltar que la libertad religiosa puede llevarse a cabo desde dos dimensiones: la primera (que en lo personal no hay límites para su ejercicio) tiene que ver con la dimensión interna, que se lleva a cabo desde lo más íntimo de la persona, sin exteriorizar su creencia; por otro lado, aquella que se lleva a cabo desde una dimensión externa, que como veremos adelante, puede tener algunos límites.

Prieto Sanchís, en su artículo “*Libertad y objeción de conciencia*”, señala que junto con el derecho a la vida y a la integridad, tal vez uno de los derechos fundamentales más primarios o radicales sea aquel que corresponde a toda persona para escoger o elaborar por sí misma las respuestas que estime más convenientes a los interrogantes que plantea su vida personal y social, para comportarse de acuerdo con tales respuestas y comunicar a los demás lo que considere verdadero¹⁸⁶. La libertad religiosa como derecho fundamental es pues, la inmunidad de coacción en el terreno religioso, según el dictamen de cada conciencia.¹⁸⁷ Ahora bien, nos topamos con un concepto tan polémico como abstracto, nos referimos pues a ¿qué es la conciencia?

En el caso que nos ocupa, debemos de entender el qué se entiende por libertad de conciencia, ésta se puede considerar como derecho público subjetivo, concerniente a las cuestiones radicales de la personalidad individual, aquellas ineludibles para su libre desarrollo, en las que su consideración hace de la dignidad personal algo concreto. De este modo, debemos referirnos a ideas, creencias, convicciones, opiniones personales que han de ser respetadas como libertades¹⁸⁸. La libertad de conciencia coincide con una parte de la libertad religiosa, la diferencia entre ambos conceptos, puede ser explicado con el siguiente ejemplo:

Comprender que el aborto es moralmente malo puede ser objeto de ideología o religión. Sólo es cuestión de conciencia cómo por ejemplo, cuando al profesional sanitario se le solicita su cooperación con un aborto en una situación determinada¹⁸⁹.

Coincidimos plenamente con el concepto de Duran y Pich, quien señala que la libertad de conciencia se refiere al ámbito en el que la persona juzga sobre la bondad o maldad de sus actos y exige al Estado abstenerse de señalar cuál es la moral que deben seguir o la conducta que deben elegir los ciudadanos. Esto debe ser así porque la conciencia es el ámbito más sagrado y debe ser respetado por todos¹⁹⁰.

¹⁸⁶ Prieto Sanchis, Luis, *Libertad y objeción de conciencia*, en: *El constitucionalismo de los derechos*, Prieto Sanchis, Madrid, 2013, Trota, pág. 277

¹⁸⁷ Díaz Moreno, José María, *La libertad religiosa. Consideraciones desde la Declaración Conciliar y la Declaración de los Derechos Humanos*, en: *Libertad religiosa hoy en España*, Coordinador Corral Salvador, Carlos, Madrid, 1992, Universidad Pontificia Comillas, pág. 40

¹⁸⁸ Peralta, Ramón, *Libertad de conciencia y Estado constitucional*, Servicio de publicaciones, facultad de derecho, Madrid, 2010, Universidad Complutenses de Madrid, pág. 20

¹⁸⁹ Mucientes Sieria, Sara, *La objeción de conciencia sanitaria*, Madrid, 2000, Dykinson, pág. 34

¹⁹⁰ Durany Pich, Ignasi, *Objeciones de conciencia*, España, 1998, Cuadernos del Instituto Martín Azpilcueta, pág.13

Cuando existe una objeción de conciencia, a esa esfera tan íntima del ser humano para no llevar a cabo alguna actividad o responsabilidad, es el punto donde se puede suscitar el conflicto de derechos, y máxime, cuando de esa objeción dependerá la causa-efecto para la vulneración a otros derechos humanos.

Ahora bien, ¿qué entendemos por objeción de conciencia? En este punto se considera que desgranar o separar el concepto es de valía para el apartado conceptual. La vigésimo tercera edición de la Real Academia Española, define objeción como:

Objeción.

(Del lat. *obiectio*, -ōnis).

1. f. Razón que se propone o dificultad que se presenta en contra de una opinión o designio, o para impugnar una proposición.

~ de conciencia.

1. f. Especialmente en el servicio militar, negativa a realizar actos o servicios invocando motivos éticos o religiosos.¹⁹¹

La objeción, en otras palabras, es dejar de hacer algo, o impugnar alguna actividad u opinión, a su vez, la RAE define la objeción de conciencia en los casos al servicio militar, invocando dos concepciones que nos vienen bien señalar, éticos y religiosos.

Por conciencia la RAE define la siguiente:

Conciencia.

(Del lat. *conscientia*, y este calco del gr. *συνείδησις*).

1. f. Propiedad del espíritu humano de reconocerse en sus atributos esenciales y en todas las modificaciones que en sí mismo experimenta.

2. f. Conocimiento interior del bien y del mal.

3. f. Conocimiento reflexivo de las cosas.

4. f. Actividad mental a la que solo puede tener acceso el propio sujeto.

5. f. Psicol. Acto psíquico por el que un sujeto se percibe a sí mismo en el mundo¹⁹².

Se destacan de la concepción de conciencia los términos de propiedad del espíritu humano, conocimiento del interior del bien y del mal, actividad que solo puede tener acceso el propio sujeto. Sin duda la complejidad que es definir el vocablo conciencia, nos remite a varios estudios de índole filosófico; por el momento, nos es claro que la conciencia se determina de forma individual, sin descartar que en algún momento pueda existir un acuerdo ante una posible conciencia colectiva, y que fruto de este acuerdo se puedan determinar criterios y lograr algún tipo de consenso sobre un proyecto común como sociedad.

Peralta, define a la objeción de conciencia, como el derecho resultante de esa posición privilegiada de la libertad de conciencia en el seno del ordenamiento constitucional, pretende, pues, conciliar la obligación ética individual que surge del imperativo de la norma de conciencia, con la

¹⁹¹ Vigésimo Tercera Edición de la Real Academia Española, ver: <http://www.rae.es/>

¹⁹² *Ibidem*.

obligatoriedad jurídica objetiva propia de la comunidad política constituida. La objeción de conciencia surge frente a determinados deberes legales frente a los que no está prevista ninguna exención legal¹⁹³.

Puede confundirse objeción de conciencia con desobediencia civil. Para matizar un poco el posible conflicto conceptual, la diferencia radica en cuanto a los medios que se desarrollan, así como los fines que pretende cada acción en particular; al respecto, Mucientes Sieria define la objeción de conciencia como una desobediencia necesariamente directa, esto es, se dirige contra un deber jurídico que produce un conflicto de conciencia, sin embargo, la desobediencia civil, tiene como fin, perseguir un cambio en la legislación, recurriendo a la violación de otra norma que por su mayor repercusión social o por resultar más fácilmente vulnerable, sea preferible como instrumento de presión política¹⁹⁴.

Ahora bien, es acertada la aportación que realiza Trejo Osorno sobre el concepto de objeción de conciencia, entendida como *“una postura individual contraria a la ley, actos de autoridad e incluso autoridades laborales. Esta postura de discrepancia normalmente es generada por creencias religiosas, ideológicas, principios éticos o morales y tiene como finalidad la no aplicación de la ley o acto en cuestión o su sanción”*¹⁹⁵.

El mismo autor expone cuatro elementos con respecto a la noción de objeción de conciencia, señalando lo siguiente:

1. Estado: por excelencia, es el sujeto pasivo en la objeción de conciencia. Es el elemento supra personal del Estado contra el que se enfrenta el individuo que objeta determinada ley o acto de autoridad.
2. Objeto: es aquel individuo que tiende a desobedecer determinada ley o mandato por considerarlo contrario a sus ideales, sus creencias o su ideología. La objeción de conciencia es un derecho que necesita ser ejercitado mediante un procedimiento, es decir, de un derecho adjetivo que permita su pleno ejercicio y de este modo el objeto de conciencia adquiere tal carácter.
3. Ley objetada: la objeción de conciencia depende de la existencia de un ordenamiento o un acto de autoridad, mismos que el objeto considera contrarios a sus creencias.
4. Causa de la objeción: reside en la inconformidad de un individuo con determinado ordenamiento jurídico o acto de autoridad, que implica un detrimento moral en su contra.

En línea argumentativa similar, nos encontramos a Prieto Sanchís, que señala:

Objetar en conciencia supone desobedecer una norma jurídica y, por tanto, constituye de entrada un delito o infracción como otro cualquiera, es decir, forma parte de aquellas cosas que el Derecho no reconoce, sino que sanciona o castiga. Desde esta perspectiva, puede

¹⁹³ Peralta, Ramón, Op. Cit., pág. 374

¹⁹⁴ Mucientes Sieria, Sara, *La objeción de conciencia sanitaria*, Madrid, 2000, Dykinson, pág. 29

¹⁹⁵ Trejo Osorno, Luis Alberto, *La objeción de conciencia en México*, México, 2010, Edit. Porrúa. pág. 29

decirse sencillamente que la objeción constituye el incumplimiento de un deber jurídico cuya peculiaridad reside en los motivos morales o de conciencia que animan al infractor.¹⁹⁶

De manera general, se entiende la objeción de conciencia como la pretensión pública de un individuo en evadir el cumplimiento de un mandato jurídico con base en los motivos morales, entendidos en sentido amplio como ético, filosófico, políticos o religiosos. Pero nunca dejar de lado que la objeción de conciencia debe tener los límites previstos, y definir como una concreción de la libertad de conciencia que dentro de los justos límites, lleva a un individuo a incumplir una determinada disposición legal que le obliga – bajo sanción o privación de un beneficio— a obrar en contra de su conciencia o le impide obrar conforme a ella¹⁹⁷. Pues bien, en la presente investigación, se exponen dos conceptos de objeción sanitaria; la primera se define como la objeción de tratamientos médicos, consistiendo esencialmente en la negativa de determinados individuos a someterse a un determinado procedimiento médico¹⁹⁸; la segunda acepción, (coincidente con la primera) se puede definir la objeción de conciencia sanitaria como la negativa de los profesionales del sector sanitario a cooperar o a ejecutar materialmente alguna intervención concreta que choca con sus imperativos de conciencia¹⁹⁹.

En el caso de la objeción de conciencia al aborto, se considera ésta como prototípica de la objeción médica (sanitaria) general ya que de manera concurrente se presenta. Al respecto Mucientes Sieria, destaca tres características que detallan los componentes de dicha objeción:

La objeción de conciencia al aborto tiene:

Como objeto. - la realización de la intervención abortiva, y las actividades preparatorias y subsiguientes a la misma, hasta cierto grado.

Como sujeto. - los profesionales sanitarios en sentido amplio, esto es, personal sanitario y personal no sanitario pero auxiliar en cualquiera de sus formas, que prestan sus servicios en el sector sanitario, y también, hay que ver en qué medida, los hospitales o clínicas (personas jurídicas), sin perjuicio del análisis de otras objeciones derivadas. (jueces)

Como motivo, que justifica el rechazo la convicción de que el aborto directamente procurado es grave e intrínsecamente inmoral (pese a hallarse despenalizado o liberalizado por la ley), y por ello resulta inaceptable para la conciencia²⁰⁰.

En el último apartado, veremos los límites a la derecho fundamental de la objeción de conciencia sanitaria al aborto, donde se fijará postura al respecto; por ahora, pasemos a revisar el marco jurídico mexicano, donde expondremos que, la ausencia del derecho a la objeción de conciencia es severamente notable, sin embargo, suele considerarse que se encuentra de manera implícita en el ordenamiento generando varias dudas al respecto; y en cuanto a su aplicación, pero sobre todo, tener claro, cuáles son los límites que lleva consigo la objeción de conciencia en México.

¹⁹⁶ Prieto Sanchís, Op. Cit., pág. 280

¹⁹⁷ Sierra Madero, Dora María, *La objeción de conciencia en México. Bases para un adecuado marco jurídico*, Universidad Autónoma Nacional de México, México, 2012, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pág.17

¹⁹⁸ Trejo Osornio, Luis Alberto, *La objeción de conciencia en México. El derecho a disentir*, México, 2010, Edit. Porrúa, pág. 43

¹⁹⁹ Mucientes Sieria, Op. Cit., pág. 29

²⁰⁰ *Ibidem* pág. 55

III.- Marco jurídico de la libertad religiosa en México

El constitucionalismo mexicano una vez independiente de la corona española, ha tenido una vasta cantidad de ordenamientos jurídicos. Algunos de ellos nunca entraron en vigor quedando como proyectos constitucionales. De los que destacan por su temporalidad e importancia, (dejando a un lado el debate histórico que cada uno ellos puedan tener) los siguientes:

Durante el proceso de Independencia, la Constitución decretada en Cádiz el 18 de marzo de 1812 y, para algunos, la decretada en Apatzingán el 22 de octubre de 1814. A partir de la vida independiente, el Acta Constitutiva de la Federación Mexicana, de 31 de enero de 1824, la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, de 4 de octubre de 1824; las centralistas Siete Leyes Constitucionales, de 29 de diciembre de 1836 y las Bases Orgánicas de 12 julio de 1843; el Acta de Reformas, de 18 de mayo de 1847, en tanto modificó la Constitución de 1824, restablecida el 22 de agosto de 1846; las Bases para la Administración de la República, de 22 de abril de 1853; la Constitución Federal, de 5 de febrero de 1857; el Estatuto Orgánico expedido durante el breve imperio de Maximiliano, y nuestra actual Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 5 de febrero de 1917 redactada y publicada en Querétaro, entrando en vigor el 1 de mayo del mismo año²⁰¹.

En las últimas dos constituciones antecesoras de 1917, aún es claro el paso de la Inquisición y conquista española, siendo la religión católica única a profesar por mandato constitucional, basta con mencionar los propios preámbulos de las constituciones de 1824 y 1857.

Constitución de 1824, “*en el nombre de Dios todo poderoso, autor y supremo legislador de la sociedad. El congreso general constituyente de la nación mexicana, desempeño de los deberes que le han impuesto sus comitentes, para fijar su independencia política, establecer y afirmar su libertad, y promover su prosperidad y gloria, decreta la siguiente Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*”²⁰².

Por su parte de la Constitución de 1857 al igual que en la de 1824 inicia “*en el nombre de Dios y con la autoridad del pueblo mexicano*”. Como se observa el paso de la conquista española se ve sedimentada en lo ordenamientos constitucionales, reflejando una intolerancia a los demás dogmas religiosos en México.

No fue sino hasta la Constitución de Querétaro de 1917 donde en el artículo 24 Constitucional, se plasma la tolerancia religiosa y libertad de culto, manifestándose como un derecho fundamental:

Art. 24.- Todo hombre es libre para profesar la creencia religiosa que más le agrade y para practicar las ceremonias, devociones o actos del culto respectivo, en los templos o en su domicilio particular, siempre que no constituyan un delito o falta penados por la ley.

²⁰¹ Cossio Díaz, José Ramón, *Los preámbulos de las constituciones mexicanas: contenidos y funciones*, México, 2001, Revista del Instituto de la Judicatura Federal, número 8, pág. 65, Ver: <http://www.ijf.cjf.gob.mx/Rev8.aspx>. Un excelente estudio al respecto Vid., Tena Ramírez, F., *Leyes fundamentales en México. 1808-2005*, Vigésimo Quita edición, México, 2008, Edit. Porrúa

²⁰² Ídem, pág. 66

Todo acto religioso de culto público, deberá establecerse precisamente dentro de los templos, los cuales estarán siempre bajo la vigilancia de la autoridad²⁰³.

Es de señalar, que en la Constitución de 1857 ya se suscitaba un proceso de separación de la iglesia y el Estado, hecho que no quedaba muy claro con el propio preámbulo de la Constitución.

El artículo 24 constitucional, desde su entrada en vigor, se ha reformado en 2 ocasiones: en 1992 y el pasado 2013. En lo que respecta a la reforma de mi 1992, se refuerza aún más lo que posiblemente no estaba muy claro en el artículo original, quedando de la siguiente manera:

Todo hombre es libre para profesar la creencia religiosa que más le agrade y para practicar las ceremonias, devociones o actos del culto respectivo, siempre que no constituyan un delito o falta penados por la ley.

El Congreso no puede dictar leyes que establezcan o prohíban religión alguna.

Los actos religiosos de culto público se celebrarán ordinariamente en los templos que extraordinariamente se celebren fuera de éstos se sujetarán a la ley reglamentaria²⁰⁴.

Con respecto al artículo original se adiciona un segundo párrafo, manifestando que el parlamento mexicano no podrá en ningún momento crear o discutir leyes que atenten contra la libertad religiosa; por otro lado, el anterior precepto pugnaba con prohibir los actos religiosos fuera de los templos o lugares preestablecidos para el culto; con la reforma, se abre la posibilidad de celebrar ritos religiosos fuera de las estructuras físicas, sujetándose a la ley reglamentaria.

Sin duda lo anterior, es un paso sumamente importante por parte del Estado mexicano en dar mayor amplitud al culto fuera de los templos y a su vez, dejar en claro que el Estado no permitirá que ni incluso el Congreso dicte leyes contrarias al derecho fundamental de libertad de conciencia y religión. El pasado 2013, como ya se mencionó, el precepto 24° constitucional, sufre una nueva y última reforma, señalando lo siguiente:

Toda persona tiene derecho a la libertad de convicciones éticas, de conciencia y de religión, y a tener o adoptar, en su caso, la de su agrado. Esta libertad incluye el derecho de participar, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, en las ceremonias, devociones o actos del culto respectivo, siempre que no constituyan un delito o falta penados por la ley. Nadie podrá utilizar los actos públicos de expresión de esta libertad con fines políticos, de proselitismo o de propaganda política.

...

Los actos religiosos de culto público se celebrarán ordinariamente en los templos. Los que extraordinariamente se celebren fuera de éstos se sujetarán a la ley reglamentaria²⁰⁵.

²⁰³ Cámara de Diputados, H. Congreso de la Unión, LXII Legislatura, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_orig_05feb1917_ima.pdf.

²⁰⁴ Cámara de Diputados, H. Congreso de la Unión, LXII Legislatura http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_121_28ene92_ima.pdf

²⁰⁵ Cámara de Diputados, H. Congreso de la Unión, LXII Legislatura http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/proceso/cpeum/CPEUM_209_DOF_19jul13.pdf

De entrada podemos observar que se derogó lo concerniente a que el Congreso pueda expedir leyes contrarias a la libertad de conciencia y religión; por otro lado, se plasma un catálogo de derechos que giran en torno a la libertad de conciencia y religión: la libertad de convicciones éticas, de conciencia y de religión, el participar individual o colectivamente, tanto en el ámbito público o privado; se prohíbe que se utilice los actos públicos de expresión de la libertad religiosa, a favor de fines políticos.

Existen posiblemente varias interpretaciones al precepto actual; por un lado, tenemos una mayor amplitud a la tolerancia en cuanto a su práctica; posiblemente, encontramos una mayor apertura al ejercicio del derecho fundamental, sin embargo, se considera que se corre el riesgo de que en la participación individual o colectiva, en el ámbito público o privado, se incorpore las clases de religión en las escuelas públicas, lo cual es alarmante que se extienda en la esfera pública aunque el enunciado constitucional no señale expresamente la obligación de extender la enseñanza, sin embargo, puede existir una exclusión en la educación. Puede que demostrar lo anterior es complejo, pero existe el riesgo latente, ya que bajo interpretación se pueda legitimar la incorporación del culto religioso en escuelas públicas.

Sin duda lo anterior es un tema interesante, ya que toca la esfera privada de toda persona, y, además, se puede correr el riesgo de atentar con el principio del Estado laico. Tema que se escapa al propósito de este modesto estudio.

El artículo 24°, como se mencionó en párrafos anteriores, se reformó el pasado 2013, sin embargo, todo el recorrido jurídico que hasta aquí se ha realizado, no se hace expreso lo referente a la objeción de conciencia, dejando a la interpretación lo que el enunciado jurídico pugna. Por otro lado, en el proceso legislativo por parte del Congreso de la Unión, aun no tenían muy claro el tema de la objeción de conciencia, tal como lo expresan los diversos documentos en debate con respecto a la reforma del artículo.

Con relación a otros países, como Suecia, Noruega, Alemania, Holanda y Portugal, subsiste en nuestro sistema una limitante adicional, con respecto a las disposiciones que derivan de los tratados internacionales y sería la relativa a la falta de regulación expresa de la objeción de conciencia, sin embargo, como este es un tema que requiere una regulación autónoma que rebasa con mucho las pretensiones de la presente iniciativa, sólo se enuncia, para señalar que existen mecanismos jurídicos instaurados por otros países, para garantizar la objeción de conciencia que implica también la objeción por motivos religiosos, como expresión de la libertad religiosa, pero que en la presente iniciativa se deja a salvo la facultad de cada orden de gobierno, *para que cuando lo considere conveniente, con la profundidad que requiere el caso, pueda establecer los citados mecanismos en los instrumentos jurídicos que estime pertinentes*²⁰⁶.

Es de destacar el documento mostrado, ya que se sede la potestad legislativa a las entidades federativas para que den vida las leyes que crean convenientes.

²⁰⁶ Cámara de Diputados, Proceso Legislativo, INICIATIVA con proyecto de decreto que reforma el artículo 24 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Presentada por el Diputado José Ricardo López Pescador, Comisión de Puntos Constitucionales, Diarios de los Debates, 18 de marzo de 2010, pág. 9

Lo alarmante del Congreso de la Unión, es que tienen conocimiento de la problemática que existe en torno a la objeción de conciencia en México, y solamente se limitan a mencionar que, por el momento, sólo existen condiciones para concretar la reforma del artículo 24° tal como quedó reformada.

La objeción de conciencia sólo tiene cabida cuando existe una razón ética o religiosa imprescindible para el sujeto y corresponde a un juez ponderar si éste es el caso y los bienes jurídicos en conflicto. Lo importante es que la objeción de conciencia pierda su trasfondo de ilegalidad de modo que su legitimidad se acepte de inicio salvo que se demuestre lo contrario, caso por caso, en el ámbito jurisprudencial²⁰⁷.

En el mismo dictamen se hace saber a los legisladores en debate que la presente reforma *“no implica el establecimiento de un sistema legal que permita la objeción de conciencia. Cada legislador, cuando lo considere conveniente, podrá establecerlo en las leyes que lo considere oportuno”*²⁰⁸.

Con lo anterior podemos vislumbrar el problema jurídico que merece ser fruto de investigaciones a la figura de la objeción de conciencia en México, donde permea la falta de voluntad política y desinterés por parte del Congreso de la Unión, e inclusive, por parte del Ejecutivo y Judicial, ya que, desde sus esferas, no existe algún documento en propuesta y ninguna interpretación jurídica que ayude a propiciar la certeza y seguridad jurídica en torno al tema.

Como se ha mencionado en este pequeño recorrido histórico-jurídico, dentro del artículo 24 constitucional, se menciona que la actividad religiosa fuera de los templos, se regirá por la ley especial o reglamentaria correspondiente, denominada: *Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público*, publicada el 15 de julio de 1992, fruto de la reforma al artículo 24 constitucional del mismo año.

La ley en sus 36 epígrafes contiene la reglamentación sobre las diversas manifestaciones religiosas y las formalidades que deberán de cumplir a favor de tener el respaldo necesario por parte del Estado. Es de resaltar, el segundo párrafo del artículo primero, donde las convicciones religiosas no eximen en ningún caso del cumplimiento de las leyes del país, señalando que *“nadie podrá alegar motivos religiosos para evadir las responsabilidades y obligaciones prescritas en las leyes”*²⁰⁹.

En el derecho internacional de los derechos humanos, por mencionar que es marco jurídico vigente para el Estado mexicano, una vez que el Presidente firme un tratado internacional y que a su vez el Senado de la República ratifique el acuerdo, se convierte en derecho aplicable en la nación. Al tema que nos ocupa, como protector a la libertad de conciencia y religión resaltan los artículos 12, numerales 1 y 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2, 3 y 4, de la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas; 1 y 6, inciso f), de la Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas

²⁰⁷Idem, pág.15

²⁰⁸Ídem, pág.16

²⁰⁹ Cámara de Diputados, H. Congreso de la Unión, LXII Legislatura <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/24.pdf>

de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones (ambas declaraciones de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas); Es de mencionar, que las declaraciones no son vinculantes pero pueden utilizarse como criterios orientadores a través de la interpretación por parte del Poder Judicial de la Federación.

Sin duda el debate académico y político, versará en cuáles serán los límites que se deberán imponer a los dogmas religiosos, que, sin duda, las barreras jurídicas serán los derechos fundamentales. La pregunta a responder será, ¿qué derecho fundamental deberá prevalecer en caso de colisión de derechos? la respuesta o las múltiples respuestas tendrán que ver sin duda por los contextos sociales y los derechos fundamentales en colisión, materia de otra investigación.

IV. La objeción de conciencia en México (sanitaria)

En la objeción de conciencia, los postulados más clásicos – rechazo del servicio militar, a rendir los honores a los símbolos patrios, transfusiones sanguíneas- el tema ha adquirido mayor complejidad con casos novedosos, tal como el rechazo a los matrimonios entre personas de mismo sexo, el trato a personas transgénero o la convivencia entre hombres y mujeres, por citar algunos ejemplos. Cabe mencionar, que, a pesar de este aumento y diversificación, tales situaciones resultan excepcionales en el marco de sociedades que protegen los ideales de libertad e igualdad mediante un sistema de garantías. Pero no por ello se irán resolviendo por sí mismas, de no ser atendido seriamente, pueden provocar daños graves tanto a las personas como a la sociedad en su conjunto.

En el tema que nos ocupa, veremos un caso que es acorde para exponer la deficiencia legislativa que se vive en México por falta de ordenamientos jurídicos que detallen el cómo y en qué casos se puede invocar la objeción de conciencia médica en casos de aborto²¹⁰.

La reflexión es, el desafortunadamente famoso “*Caso Paulina*”. Paulina del Carmen Ramírez Jacinto, contaba con trece años de edad cuando fue víctima de violación, en julio de 1999, en su propia casa por un drogadicto. Ante la noticia de su embarazo, se tomó la decisión por parte de su familia de someterse a una interrupción de embarazo de acuerdo con la legislación del Estado de Baja California, que autoriza el aborto en caso de violación. La autorización y la orden de proceder a la intervención fue otorgada por la Agencia de Ministerio Público Especializada en Delitos Sexuales, girando oficios tanto para el director del Sector Salud y al Hospital General de Mexicali. Paulina, se presenta al Hospital para realizarse la intervención y sin explicaciones por parte del Hospital, se le niega la atención para someterla a practicarle el aborto, por lo que el Ministerio Público reitera órdenes para que sea lleve a cabo lo antes posible. Unos días más tarde, el director cita a Paulina para que se realice la intervención, la adolescente ingresa de nuevo al hospital, sin embargo, la

²¹⁰ Es de mencionar, algunos de los casos médicos donde se puede objetar en conciencia en el ámbito sanitario de los que destacan: el aborto provocado, la contracepción, especialmente la pos-coital y la esterilización voluntaria, la reproducción asistida, la investigación destructiva de embriones y la selección preconcepcional del sexo, la eutanasia, la ayuda médica a suicidio y la suspensión de tratamientos médicos, la alimentación forzada de huelguistas de hambre, la participación en la ejecución de la pena capital, la transfusión de sangre y el trasplante de órganos, algunas intervenciones de psicocirugía y determinados experimentos sobre hombres y animales. Muciente Sieria, Sara, *La objeción de conciencia sanitaria*, Madrid, 2000, Dykinson, pág. 53

abordan dos mujeres del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia para que renunciará al aborto, dichas mujeres le mostraron videos violentos de maniobras abortivas con el objetivo de persuadirla para que decidiera no someterse a un aborto. Ese mismo día, el director del hospital se reúne con la madre de Paulina y le asegura que, de practicarse la intervención, la niña podría perder la vida o quedarse estéril, por lo que la familia desiste en practicar el aborto por el momento.

El 25 de octubre de 1999, se presentó la queja ante la Procuraduría de los Derechos Humanos y Protección Ciudadana del Estado de Baja California (PDHPCB), cuando Paulina aún estaba dentro del término legal para practicar la interrupción del embarazo. El 29 de octubre de 1999, concluyó el término de 90 días de gestación que establece el artículo 136 del Código Penal del Estado de Baja California para la práctica sin riesgo del aborto. Posteriormente, la familia denuncia por violaciones a los derechos humanos de la menor a Ismael Ávila Iñiguez, el director del hospital, el cual se justificó con base en su derecho a la objeción de conciencia, al considerar la orden del Ministerio Público como un “abuso de autoridad”, ya que obligaba a los médicos a practicar una intervención en contra de sus principios²¹¹.

El caso, fue recibido mediante demanda ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual dio lugar a una solución amistosa al Gobierno de Baja California para la reparación del daño hacía Paulina en el año de 2007.

El caso expuesto, es el problema que viven las mujeres víctimas de violación en México, ya que, en la mayoría de las entidades federativas, no se encuentra regulado jurídicamente el cómo se debe de actuar en caso de objeción de conciencia a practicar el aborto, y, por ende, se causan laceraciones a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.

La ausencia legislativa en México es palpable, ya que sólo en Aguascalientes, Colima, Distrito Federal, Jalisco, Querétaro y Tlaxcala se encuentra regulada la objeción de conciencia en términos médicos. La siguiente legislación, nos muestra aun así la deficiencia que existe en tan importante tema:

Ley de salud del Estado de Jalisco

Artículo 18 ter. - Los profesionales, técnicos, auxiliares y prestadores de servicio social que forman parte del Sistema Estatal de Salud, podrán hacer valer la objeción de conciencia y

²¹¹ Organización de Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Solución Amistosa “Paulina del Carmen Ramírez Jacinto” México*, 9 de marzo de 2007, ver: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2007sp/Mexico161.02sp.htm>

El 13 de abril de 2000, nació el hijo de Paulina, Isaac de Jesús Ramírez Jacinto. El 14 de julio del 2001, se dictó sentencia dentro de la causa penal 514/99 al agresor de Paulina por los delitos de violación equiparada y robo con violencia, imponiéndose una pena de 16 años de prisión y 340 días de multa. En el caso de los médicos e institución pública el 13 de agosto del 2001 el MP determinó el no ejercicio de la acción penal en la averiguación previa 488/99/104, dada la falta de elementos para acreditar conductas ilícitas por parte de los servidores públicos por la comisión de los delitos de abuso de autoridad, coalición de servidores públicos, infidelidad en la custodia de documentos, violación de secretos y tortura.

excusarse de participar en todos aquellos programas, actividades, prácticas, tratamientos, métodos o investigaciones que contravengan su libertad de conciencia con base en sus valores, principios éticos o creencias religiosas.

Cuando la negativa del objetor de conciencia implique poner en riesgo la salud o vida del paciente, sin que éste pueda ser derivado a otros integrantes del sistema de salud que lo atiendan debidamente, el objetor no podrá hacer valer su derecho y deberá aplicar las medidas médicas necesarias; en caso de no hacerlo, incurrirá en causal de responsabilidad profesional.

La Secretaría de Salud emitirá las disposiciones y lineamientos para manifestar la objeción a que se refiere este artículo, sin que estas disposiciones puedan limitar el ejercicio de este derecho o generar discriminación en el empleo hacia quien lo haga valer²¹².

Ley de salud del Distrito Federal

Artículo 59.- El médico a quien corresponda practicar la interrupción legal del embarazo y cuyas creencias religiosas o convicciones personales sean contrarias a tal procedimiento, podrá ser objetor de conciencia y por tal razón excusarse de intervenir en la interrupción del embarazo, teniendo la obligación de referir a la mujer con un médico no objetor. Cuando sea urgente la interrupción legal del embarazo para salvaguardar la salud o la vida de la mujer, no podrá invocarse la objeción de conciencia. Es obligación de las instituciones públicas de salud del Gobierno garantizar la oportuna prestación de los servicios y la permanente disponibilidad de personal de salud no objetor de conciencia en la materia²¹³.

En Colima, el Distrito Federal y Tlaxcala sólo se regula en relación con la interrupción legal del embarazo, mientras que los estados restantes, consideran la objeción de conciencia para servicios médicos generales. Las entidades en las que se encuentra una mejor regulación son: el Distrito Federal y Tlaxcala.

La Ley Estatal de Salud de Jalisco, no establece lo referente a la interrupción legal del embarazo, ya que en la entidad aún se encuentra penalizada, no obstante, expone en general algunos supuestos médicos. Por su parte, el Distrito Federal regula la libertad para los médicos de objetar en conciencia de la siguiente manera: a) no puede ser invocada la objeción en conciencia cuando la vida de la mujer comporte un riesgo inmediato; b) el objetor debe orientar a la mujer hacia otro médico no objetor, y c) la institución tiene la obligación de organizarse de manera de garantizar la disponibilidad constante de la persona no objetora. Por ende, el derecho a la objeción de conciencia de los médicos no se ejerce de manera absoluta, pues depende que otros médicos no objetores en la institución pública se encuentren laborando, además, el derecho a la objeción se ve subordinado en los casos que marca la ley.

Aun así, solo tres estados de 32 que hay en México tienen las medidas legislativas correspondientes y, otros tres, se encuentran en caso de servicios médicos generales sin tocar de

²¹² Poder Legislativo de Jalisco, LX Legislatura Congreso del Estado de Jalisco, ver: <http://www.congreso.jalisco.gob.mx/congreso/legislatura/LX/>

²¹³ Asamblea Legislativa del Distrito Federal, LI Legislatura, ver: <http://www.aldf.gob.mx/archivo-6bbeb489960b6c5c8fac6038efd40974.pdf>

fondo el tema del aborto legal, por el contrario, el resto de las entidades (26) no tienen regulada la objeción de conciencia en los casos mencionados, trayendo consigo claras vulneraciones de derechos fundamentales como el caso Paulina en Baja California.

El derecho a la objeción de conciencia debe ser regulado, y así, evitar que sigan infringiendo derechos humanos. En el caso Paulina, está claro que fue víctima de una violación y, fruto de la misma, un embarazo el cual quería interrumpirse tanto por la víctima como por la familia. Pero, al encontrarse con instituciones públicas que objetan en conciencia y no tener el personal no objetor, se cuarta el derecho fundamental a la víctima. Ante la problemática aquí expuesta, el Estado mexicano en el total de sus 32 entidades federativas, debe, en primer lugar, legislar en sus respectivos ordenamientos a favor de tener los presupuestos para la actuación de la objeción de conciencia, delimitando cuidadosamente los supuestos y alcances; y, en segundo lugar, contar con médicos e instituciones no objetoras de conciencia para que puedan acudir casos similares como el de Paulina.

Por último, se considera pertinente mencionar algunos comentarios en referencia al tema de los límites de la objeción de conciencia sanitaria (aunque ya se mencionó brevemente al revisar la legislación). Carlos Santiago Nino, sostiene que el único límite a la libertad de conciencia y de religión es el daño a terceros, pero si el ejercicio de un culto implica una conducta perniciosa para terceros que no pueden expresar su consentimiento, ello justifica la interferencia estatal para proteger a tales terceros²¹⁴.

Nino aclara, que no se puede aducir como daño a terceros la molestia que ellos sufren al presenciar el ejercicio de cultos que no comparten a causa de su actitud de intolerancia respecto de tales cultos. Por tanto, nos encontramos entonces ante la colisión de derechos. Por un lado, tenemos la pretensión de la madre gestante a utilizar los mecanismos que le ofrece la ley para abortar y, por otro lado, surge el derecho a la persona objetora a actuar según los dictados de su conciencia y a no ser discriminada por su actitud, el derecho a la vida del niño y el interés del Estado por conservar la integridad ética de la profesión médica²¹⁵. Es claro, que cuando una persona objeta su participación al aborto, pide respeto a su conciencia, fundamentando su pretensión sobre el grave daño que ésta sufriría de realizarlo. En nuestra opinión, esta gravedad debe basarse en la convicción de que con la interrupción del embarazo se produce la muerte de un ser humano. Dicho esto, puede verificarse sobre la misma fundamentación distintas posiciones del sujeto objetor, que varían según los conocimientos o perspectivas que se tenga del hecho objetado²¹⁶. Ante la ausencia de médicos objetores en una institución médica pública, se lacera rotundamente la libertad de conciencia del médico y del personal que indirectamente participa en el tratamiento, por tanto, se necesita personal no objetor para poder llevar a cabo las operaciones sin ver perjudicado algún derecho fundamental. Lo anterior traería consigo posiblemente algunos casos de discriminación laboral a los médicos o un tipo de segregación.²¹⁷

²¹⁴ Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional*, 3ª edición, Buenos Aires, 2005, Astrea, pág. 281

²¹⁵ Durany Pich, Op. Cit., pág. 36

²¹⁶ Cantín, Vicente, Op. Cit., pág. 56

²¹⁷ Otra muestra de segregación contra los objetores es el ocurrido en los años 70 en el Reino Unido donde, en contra de lo establecido por la ley del aborto de 1967, se ponían graves impedimentos a la carrera

IV.- Conclusiones

Primera. Las objeciones de conciencia han podido revelar que, en México, y de manera general en Latinoamérica, la expresión del conservadurismo y de la resistencia de algunos sectores religiosos en contra de avances sociales, tales como el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y de las personas con orientaciones sexuales diferentes de la heterosexual.

Segunda. En tal contexto de reacción y de resistencia frente a los cambios sociales y al incipiente reconocimiento de la libertad de las mujeres sobre su propio cuerpo, las objeciones de conciencia aparecen también como una estrategia colectiva de lucha en contra de los derechos reconocidos, tal como lo muestran los llamados de la iglesia a ejercer el derecho de objeción de conciencia en materia de interrupción de embarazo. Asimismo, Juan Pablo II, en la encíclica *Evangelium vitae*, afirmaba el deber para los católicos, de oponerse al aborto y a la eutanasia “*una ley intrínsecamente injusta, como es la que admite el aborto o la eutanasia, nunca es lícito someterse a ella porque las leyes de este tipo no sólo no crean ninguna obligación de oponerse a ellas mediante la objeción de conciencia*²¹⁸” bajo amenaza de excomunión. En estas condiciones, la objeción de conciencia deja de ser utilizada a fines de exención personal, y se convierte en un arma política en el contexto más general de la resistencia de las fuerzas religiosas en materia de sexualidad en México y en la región.

Tercera. No se puede concebir un Estado democrático pleno, sin el reconocimiento de la libertad de pensamiento en todas sus dimensiones. Por esta razón, para el Estado, la objeción de conciencia entendida en su justo valor y con sus respectivas limitantes, más que representar un problema, debe ser una necesidad.

Quinta. La libertad de conciencia, pues, en términos de Peralta, determina en gran medida el sistema constitucional de los derechos fundamentales cuya garantía efectiva es la finalidad exigible a los poderes públicos democráticos. El Estado, debe mostrarse como garante y protector de esta pluralidad emanada de la sociedad civil como resultado de la acción de la personalidad libre y consciente. Asimismo, ser estrictamente neutral en lo ideológico y religioso si de verdad queremos considerarlo un Estado constitucional, fundado en el principio de libertad individual, hasta el punto de que las ideas que definen constitucionalmente a ese Estado conformen una conciencia cívica, el verdadero amparo social de aquella libertad, de aquel pluralismo, de esta democracia política²¹⁹.

Sexta. La opinión pública se encuentra dividida en torno a la objeción de conciencia. Algunos se inclinan que, una vez despenalizadas ciertas acciones, como el aborto o la esterilización, es injusto

profesional a los objetores, sobre todo de enfermeras y médicos jóvenes, y se impedía el acceso a las Escuelas de Medicina a los candidatos contrarios al aborto. Un ejemplo de discriminación sufrida en 1976 por los médicos ingleses que, rechazados por su objeción al aborto, no pudieron acceder a trabajar en el Servicio Nacional de Salud y se vieron obligados a cambiar de especialidad o emigrar a otro país. DURANY PICH, Op. Cit., pág. 40

²¹⁸ Encíclica del 25 de marzo de 1995. Véase en: http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae_sp.html

²¹⁹ Peralta, Ramón, Op. Cit., 375.

que el médico niegue la atención a quien la solicita, en especial si se cuentan entre las prestaciones sanitarias ofrecidas o subvencionadas por los servidores públicos de salud. En esta opinión, el médico y la enfermera, son técnicos asalariados cuyos valores morales han de someterse al dinamismo legal. Otros sostienen que, en una sociedad avanzada constituida por hombres libres y responsables, cuidadosa de los derechos y libertades de sus ciudadanos, nadie puede ser obligado legítimamente a ejecutar una acción que repugna seriamente a su conciencia moral, pues ello equivaldría a infligirle una tortura moral²²⁰. Ante la tensión señalada, se encuentra la difícil tarea de ponderar el caso concreto, donde el choque derechos como lo hemos visto a lo largo del presente trabajo, es el dilema por resolver.

Séptima. De lo anterior, la delicada tarea legislativa y jurisprudencial que lleve consigo un proyecto de sociedad que nos sea más libertario, igualitario y solidario. Que la tragedia de Paulina nos lleve a reflexionar por la búsqueda del reconocimiento de los derechos fundamentales abierto a toda una gama de posibilidades.

V.- Fuentes consultadas

ALVEAR Téllez, Julio, *La libertad moderna de conciencia y de religión. El problema de su fundamento*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

CARPDEVIELL, Paulina, Laicidad y libertad de conciencia, "Colección de cuadernos Jorge Carpizo. Para entender y pensar la laicidad, núm. 23, Instituto de investigaciones Jurídicas de la UNAM, Biblioteca Virtual, México, 2013.

COSSIO Díaz, José Ramón, *Los preámbulos de las constituciones mexicanas: contenidos y funciones*, Revista del Instituto de la Judicatura Federal, México, número 8, 2001.

DÍAZ Moreno, José María, "La libertad religiosa. Consideraciones desde la Declaración Conciliar y la Declaración de los Derechos Humanos", en: *Libertad religiosa hoy en España*, Coordinador CORRAL SALVADOR, Carlos, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1992.

DURANY Pich, Ignasi, *Objeciones de conciencia*, Cuadernos del Instituto Martín Azpilcueta, España, 1998.

HERRANZ, Gonzalo, "La objeción de conciencia ante el aborto. Ética, deontología y profesionalidad", en: TOMAS y GARRIDO, Gloria María, *Entender la objeción de conciencia*, Jornadas de bioética de la universidad católica de San Antonio, Fundación Universitaria San Antonio, España.

MUCIENTES Sieria, Sara, *La objeción de conciencia sanitaria*, Dykinson, Madrid, 2000.

²²⁰ Herranz, Gonzalo, "La objeción de conciencia ante el aborto. Ética, deontología y profesionalidad", en: Tomas y Garrido, Gloria María, *Entender la objeción de conciencia*, Jornadas de bioética de la universidad católica de San Antonio, Fundación Universitaria San Antonio, España, p. 186.

NINO, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional*, 3° edición, Astrea, Buenos Aires, 2005.

PECES-Barba, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999.

PERALTA, Ramón, *Libertad de conciencia y Estado constitucional*, Servicio de publicaciones, facultad de derecho, Universidad Complutenses de Madrid, Madrid, 2010.

PRIETO Sanchís, Luis, "Libertad y objeción de conciencia", en: *El constitucionalismo de los derechos*, PRIETO SANCHÍS, Trota, Madrid, 2013.

SIERRA Madero, Dora María, *La objeción de conciencia en México. Bases para un adecuado marco jurídico*, Universidad Autónoma Nacional de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.

STUART Mill, John, *Sobre la libertad*, Tercera edición, Alianza Editorial, España, 2013.

TENA Ramírez, F., *Leyes fundamentales en México. 1808-2005*, Vigésimo Quita edición, Porrúa, México, 2008.

TREJO Osorno, Luis Alberto, *La objeción de conciencia en México*, Porrúa, México 2010.

VICENTE Cantín, Luis, *Naturaleza, contenida y extensión del derecho de libertad religiosa*, Cuadernos Cívitas, Madrid, 1999.

Otras fuentes

ASAMBLEA Legislativa del Distrito Federal, LI Legislatura, ver: <http://www.aldf.gob.mx/>
CÁMARA de Diputados, H. Congreso de la Unión, LXII Legislatura, ver:
<http://www.diputados.gob.mx/inicio.htm>

ENCÍCLICA del 25 de marzo de 1995, ver:
http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae_sp.html

PODER Legislativo de Jalisco, LX Legislatura Congreso del Estado de Jalisco, ver:
<http://www.congreso.jalisco.gob.mx/congreso.jalisco/V2/LX/>

ORGANIZACIÓN de Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ver:
<http://www.oas.org/es/cidh/>

VIGÉSIMO Segunda Edición de la Real Academia Española, ver: <http://www.rae.es/>

SEMBLANZA CURRICULAR DE LOS AUTORES

BARBA ÁLVAREZ ROGELIO

Licenciado en derecho por la Universidad de Guadalajara, Especialista Universitario en Criminología por la Universidad Complutense de Madrid, doctor en derecho por la misma universidad, Máster en Gestión Pública por el Instituto Ortega y Gasset, profesor investigador de la Universidad de Guadalajara, Miembro del Sistema Nacional de Investigadores nivel II, Profesor perfil Prodep, Coordinador editorial de la Revista Letras Jurídicas de la Universidad de Guadalajara, Secretario técnico del Instituto Universitario de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, jefe de departamento de derecho privado de la Universidad de Guadalajara.

CAMARGO PACHECO MARÍA DE JESÚS

Licenciada en Derecho por la Universidad de Sonora (UNISON), con maestría en Derecho Penal por la Universidad Autónoma de Chihuahua y doctorado en Derecho dentro del programa interinstitucional de posgrado en Derecho de la Universidad de Sonora y la Universidad Autónoma de Baja California. Se ha desempeñado como directora de varios proyectos de vinculación y de investigación jurídica en el área del derecho penal. Miembro activo de la Academia de Derecho y de los cuerpos académicos “Dogmática jurídica y procesos educativos” y “Tendencias actuales del derecho”, ambos de la Unison. Autora del libro *“La teoría de la ley penal, del delito y de la pena conforme a la legislación penal sonorensis”*; ha publicado capítulos de libros y artículos científicos en diversas revistas tanto nacionales como internacionales, así como sustentado ponencias a nivel nacional e internacional en las líneas de investigación Ciencias penales y Victimología.

CHÁVEZ CERVANTES JOSÉ DE JESÚS

Es abogado por el Centro Universitario de la Ciénega de la Universidad de Guadalajara, Maestro en Derecho Constitucional por el Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades de la misma Universidad, defendiendo la tesis denominada: “La tortura en Jalisco” en junio de 2013; Máster Universitario en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid, titulándose con la tesis denominada “Una aproximación al concepto de Constitución Material”, presentada en junio de 2015. En el periodo de 2010 a 2013 fungió como asesor de la Coordinación de Estudios y Proyectos en Derechos Humanos en la presidencia de la Comisión Estatal de Derechos Humanos de Jalisco; actualmente es alumno de la Universidad Carlos III de Madrid España, cursando el Doctorado en Estudios Avanzados en Derechos Humanos en el Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”.

GAXIOLA SÁNCHEZ MARIA TERESA

Licenciada en Derecho por la Universidad de Sonora, con maestría en Amparo y doctora en Derecho por la Universidad de Sonora. Docente e Investigadora del Departamento de Ciencias Sociales UNISON, Profesora perfil PRODEP, actualmente desarrolla la línea de investigación “Garantismo, ciencias penales y victimológicas” y “Contribuciones al proceso educativo del derecho”. Miembro del cuerpo académico en consolidación: “Dogmática jurídica y proceso educativo: Tendencias actuales” (Unison-CA-165). Ex asesor jurídico del Bufete Jurídico de la Universidad de Sonora,

Unidad Sur, Ponente nacional e internacional. Ha ejercido los cargos de Presidenta de la Academia de Derecho, Coordinadora de Prácticas Profesionales de la División de Ciencias Económicas y Sociales. Ha publicado artículos en revistas arbitradas e indexadas en las ciencias jurídicas a nivel nacional e internacional, autora y coautora de capítulos de libros en diversas obras colectivas.

GONZÁLEZ PLACENCIA LUIS

Licenciado en psicología por la UNAM, Máster in Law Magna Cum Laude Aprobatur, por el International Institute for the Sociology of Law, con sede en Oñati, España y Doctor en política criminal por el Instituto Nacional de Ciencias Penales. Es director fundador de ConectaDH, consultor en política pública y derechos humanos y Director Ejecutivo del Centro para el Desarrollo de la Justicia Internacional. Es profesor investigador Titular B de tiempo completo en el Centro de Investigaciones Jurídicas y Políticas de la Universidad Autónoma de Tlaxcala. Es autor de libros, artículos especializados publicados en revistas mexicanas y extranjeras. Profesor invitado del Instituto Nacional de Ciencias Penales, del Instituto de la Judicatura Federal. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores. En 2009-2013 se desempeñó como Ombudsman de la ciudad de México.

GUILLÉN LÓPEZ GERMÁN

Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España); Maestro en Ciencias Penales con Especialización en Criminología por el Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE); Obtuvo nombramiento de Agente del Ministerio Público en la Federación en la Procuraduría General de la República (PGR) y fue Jefe de Departamento en Programas de Prevención del Delito en el Sistema Nacional de Seguridad Pública; ha sido docente en más de 200 cursos entre Doctorados, Maestrías, Especialidades, Diplomados, Licenciaturas y Capacitación Especializada impartidos tanto en México como el extranjero; Cuenta con más de 50 publicaciones científicas que han sido divulgadas en México, América Latina, Estados Unidos y Europa orientadas a temas de Seguridad Pública, Criminología y Justicia Penal; Miembro del Registro CONACYT de Evaluadores Acreditados (RCEA) del Sistema Nacional de Evaluación Científica y Tecnológica (SINECYT). Investigador Nacional Nivel 1 del Sistema Nacional de Investigadores (CONACYT), Docente Certificado por SETEC (SEGOB), Profesor Investigador de la Universidad de Sonora (UNISON).

HUERTAS DÍAZ OMAR

Doctor en Ciencias de la educación de la Universidad Simón Bolívar Barranquilla - Colombia. Doctor en Derecho Universidad Nacional de Colombia. Magister en Derecho penal de la Universidad Libre - Colombia. Magister en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica Universidad Alcalá de Henares -Madrid, España. Magister en Educación Universidad Pedagógica Nacional. Socio de la Fundación Internacional de Ciencias Penales FICP. Miembro de honor de la Fundación de Victimología. Miembro Honorario de la Asociación Colombiana de Criminología. Abogado de la Universidad Nacional de Colombia. Miembro de la Asociación Colombiana para el Avance de la Ciencia. Profesor Asociado de tiempo completo de la Universidad Nacional de Colombia. Investigador Senior reconocido por MINCIENCIAS y par Académico del Ministerio de Educación Nacional – CONACES. Conjuez de la Sala de Primera Instancia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia. E-mail: ohuertasd@unal.edu.co

MOLINA GONZÁLEZ MARÍA DEL ROSARIO

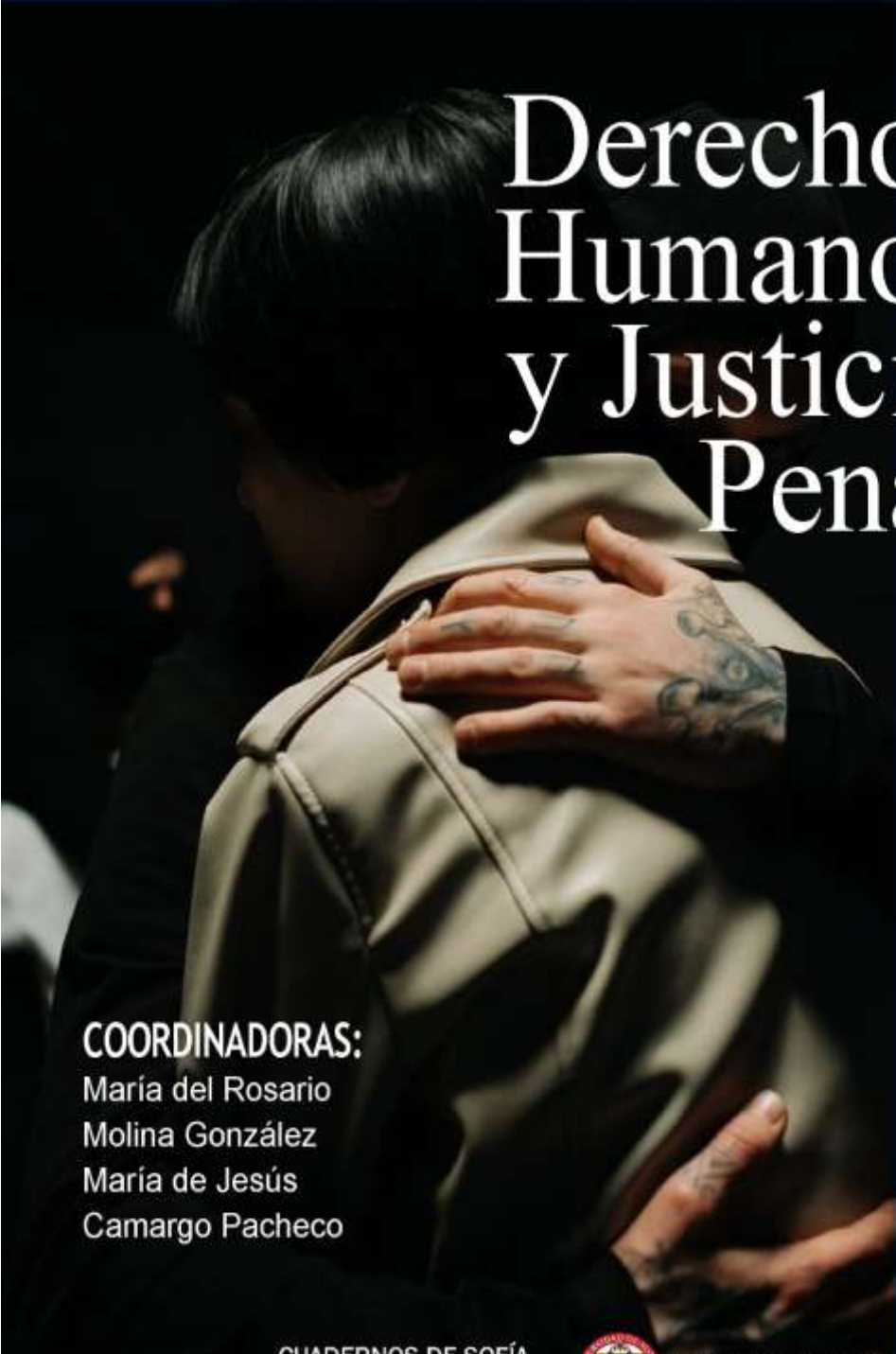
Licenciada en Derecho por la Universidad de Sonora, con maestría en Amparo por la Universidad Autónoma de Durango y doctora en Derecho dentro del programa interinstitucional de posgrado en Derecho por la Universidad de Sonora y la Universidad Autónoma de Baja California. Titular del proyecto de vinculación “Genero, derecho y justicia” y de la comisión divisional de “Equidad de género”. Actualmente coordina investigaciones en la línea de “Garantismo, ciencias penales y victimológicas” y “Tendencias actuales del derecho”. Líder del cuerpo académico “Dogmática jurídica y proceso educativo: tendencias actuales” (Unison-CA-165). Ponente nacional e internacional. Ha publicado artículos en revistas arbitradas en las ciencias jurídicas y es autora de capítulos de libros en diversas obras colectivas publicadas por Editorial Académica Española, Facultad de Derecho de la Habana, Universidad de Sonora y Unison/Universidad de Guadalajara, Editorial Pearson, Editorial Fontamara.

PESQUEIRA LEAL JORGE

Doctor en Derecho, Criminología y Sociología, con maestría en Políticas de Seguridad Pública. Cuenta con Licenciatura en Derecho, graduado en criminología, cuenta con especialización en Psicoterapia Familiar Sistémica, en Antropología Criminal y en Sociología Política. Participa como investigador en diversos organismos nacionales e internacionales, es coordinador de Posgrado en Derecho de la Universidad de Sonora; coordinador General del Instituto Mexicano de Investigación, Capacitación y Desarrollo Humano, S.C; Secretario General del Centro Internacional de Estudios sobre Democracia y Paz Social y Presidente de la Academia Mexicana de Justicia Restaurativa y Oralidad, A.C. Entre sus publicaciones es autor de estudios de Filosofía, Sociología, Derecho, Criminología y Mediación, difundidas en España, Argentina y México, entre las que destacan: Cultura y Alienación; Las Tres Instancias del Ser; La Pena de Muerte; Mediación y Menores en Riesgo e Infractores en el Contexto de la Seguridad Pública en México; y El Ocaso de un Pueblo Humillado y Ofendido.

QUENTA FERNÁNDEZ JAVIER

Licenciado en Derecho de la UMSA La Paz-Bolivia. Maestría en Ciencias Penales y Criminológicas, Universidad de la Habana y la UMSA. Diplomado en Ciencias Penales UMSA, Diplomado en Educación Superior UMSA. Cursos en Maestría de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional, UMSA. Candidato doctoral, Doctorado en Derecho Penal y Derecho Constitucional. UMSA y Universidad de Valencia. Docente de Post-Grado en Universidades Públicas y privadas de Bolivia. Programas de Maestría en Derecho penal y Derecho procesal penal. Docente titular de la UMSA en Derecho Penal I (Parte general), Derecho penal II (Parte Especial) y Derecho Procesal Penal. Producción intelectual: *“La constitucionalidad de las normas penales en blanco”* 2003. *“Los Principios del Derecho Penal”* 2008 y *“Punición real y política criminal en los delitos de robo de vehículos motorizados”* 2009. Varias publicaciones de artículos en revista especializada de la carrera de derecho y de la gaceta jurídica. expositor, conferencista y panelista sobre temas de derecho penal, derecho procesal penal, criminología, política criminal y derecho constitucional, en varios eventos académicos nacionales e internacionales.



Derechos Humanos y Justicia Penal

COORDINADORAS:

María del Rosario
Molina González
María de Jesús
Camargo Pacheco

CUADERNOS DE SOFÍA
EDITORIAL

Colección Las Lecturas de Amandamaría



UNIVERSIDAD DE SONORA

"El Saber de mis Hijos hará mi Grandeza"