TÓPICOS DE LA JUSTICIA PENAL EN MÉXICO





Tópicos de la Justicia Penal en México
Rafael Santacruz Lima
Coordinador

Primera edición 2021

Copyright © 2021 Con depósito que marca la ley.

Queda totalmente prohibida la reproducción parcial o total de esta obra.

Derechos reservados.

Diseño de portada: Eduardo Torres

ISBN: 978-607-8393-57-2

IMPRESO EN MÉXICO/PRINTED IN MÉXICO

TÓPICOS DE LA JUSTICIA PENAL EN MÉXICO

Rafael Santacruz Lima
Coordinador

Autores:

Carlos Alberto Macedonio Hernández

Christian Norberto Hernández Aguirre

Cynthia Estela Hernández Solís

Jessica Mendívil Torres

Raymundo Miranda Ramírez



Res Pública ofrece un espacio de difusión e investigación en torno a publicaciones relacionadas con Ciencia Política, Derecho, Educación, Sociología, Filosofía, Artes. La etimología latina de la palabra alude al *asunto público*, la *cosa pública* o *esfera pública*. La reconstrucción y transformación de la esfera pública en México supone un reto y desafío inaplazable e urgente, sobre todo, cuando nos encontramos inmersos en un fuerte proceso de democratización política, social y ciudadana. En este sentido, no debemos soslayar ni menospreciar o negar la enorme importancia que juega la esfera pública como espacio de deliberación ciudadana en la transición y consolidación democrática. La esfera pública constituye el lugar privilegiado donde la ciudadanía, desde el legítimo ejercicio de sus derechos fundamentales y libertades públicas, demanda, reclama y discute cualquier decisión que concierne a sus intereses. La esfera pública es el espacio central y fundamental donde los ciudadanos desde prácticas democráticas forman la opinión pública.

ÍNDICE

Presentación 9
Rafael Santacruz Lima

Hacia un mejor razonamiento probatorio ante el esclarecimiento de los hechos en el proceso penal acusatorio mexicano 11
Christian Norberto Hernández Aguirre
Cynthia Estela Hernández Solís

I. Introducción 12

II. Perspectivas sobre la noción de prueba y utilidad de la epistemología jurídica en el proceso penal 14

III. Los principios procesales en las decisiones judiciales 20

IV. Conjeturas 27

V. Fuentes de información 29

La creación de un protocolo para la formulación de la teoría del caso del ministerio público en el nuevo sistema de justicia penal 31
Jessica Mendivil Torres

I. Introducción 31

II. La teoría del caso 33

III. Concepto y formalidades de la teoría del caso 39

IV. La función del ministerio público en la teoría del caso y la procuración de justicia 47

V. Conclusiones 51

Bibliografía 54

El populismo penal en México. Un estudio desde la enseñanza 57
Raymundo Miranda Ramírez

Introducción 58

I. ¿Qué es el populismo? 61

II. Consideraciones epistémicas del populismo 65

III. Populismo penal y castigo penal 69

IV. Populismo y control social 73

V. Derecho y control social 76

VI. Castigo y control social 79

VII. Metodología 80

VIII. Resultados 81

IX. Limitaciones 82

X. Conclusiones 83

Referencias 84

La justicia transicional, ¿una respuesta a la impunidad y la protección de los derechos humanos en México? 87
Carlos Alberto Macedonio Hernández

I. Antecedentes generales 88

II. La justicia transicional 89

III. Los principios de la justicia transicional 92

IV. ¿Se necesita en México la implementación de una justicia transicional? 99

V. Conclusiones 104
Fuentes de información 107

PRESENTACIÓN

Hace diez años, el 18 de junio de 2008 en México, surgió la reforma en materia de justicia penal y seguridad pública en México, y se estableció todo un sistema procesal penal moderno, donde la justicia penal desarrolló un rostro diferente denominado acusatorio con tendencia adversarial, con ello, surge una forma distinta de estudio, y compromisos institucionales, sobre todo de las Universidades para su explicación.

En ese sentido, la justicia penal y el derecho penal requiere de una interpretación y estudio que permita encontrar explicaciones diferentes a las ya conocidas. En tal sentido, sus estudios deben estar enfocados al conocimiento entorno al dinámico desarrollo del enjuiciamiento penal, con la firme intención de estudiar la reconstrucción del hecho presuntamente estimado como delito. Por lo tanto, se busca, desde un punto de vista operativo, explicar ciertos fenómenos que permitan una mejor comprensión de la realidad penal.

Por ello, la presente obra, se reflexiona sobre temas como la prueba en un sistema penal acusatorio, la creación de un protocolo para la formulación de la teoría del caso del Ministerio Público, el populismo penal en México, la justicia transicional. Lo anterior, permitirá que los tópicos analizados, otorguen una nueva explicación a la justicia penal y al propio derecho penal de nuestros días, con la firme intención que sea de utilidad para la comunidad jurídica.

Rafael Santacruz Lima

Doctor en Derecho, profesor investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México

Miembro del Sistema Nacional de Investigadores nivel 1.

HACIA UN MEJOR RAZONAMIENTO PROBATORIO ANTE EL ESCLARECIMIENTO DE LOS HECHOS EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO MEXICANO

Christian Norberto Hernández Aguirre[*]
Cynthia Estela Hernández Solís[**]

RESUMEN

En esta monografía, se reflexiona sobre la prueba en un sistema penal acusatorio y su materialización como derecho fundamental dentro de la epistemología judicial como ámbito autónomo de la investigación, donde se requiera llegar al esclarecimiento de los hechos; por lo que en particular, se toma la legislación seguida por el estado mexicano, lo que no quiere decir que no pueda abarcar otros países, ya que, se analizan diversos métodos, principios procesales y acciones mediante las cuales puede ser posible un mejor impacto probatorio en beneficio del mejor resultado de un proceso judicial, independientemente de la naturaleza del sistema penal que se siga pero con límites racionales y razonables.

Abstract

In this monograph, we reflect on the evidence in an accusatory criminal system and its materialization as a fundamental right within judicial epistemology as an autonomous field of investigation, where it is required to arrive at the clarification of the facts; so in parti-

[*]Profesor-investigador de la Universidad Autónoma de Baja California, Facultad de Ciencias Administrativas y Sociales, campus Ensenada, integrante del cuerpo académico "Estado de Derecho y Justicia" (UABC-CA-247) y miembro del Sistema Nacional de Investigadores, nivel I, christian8879@uabc.edu.mx

[**]Maestra en Ciencias Jurídicas de la Universidad Autónoma de Baja California, Facultad de Ciencias Administrativas y Sociales, campus Ensenada, cynthia.hernandez@uabc.edu.mx.

cular, the legislation followed by the Mexican state is taken, which does not mean that it cannot cover other countries, since, different methods, procedural principles and actions are analyzed through which a better probative impact may be possible for the best result of a judicial process, regardless of the nature of the criminal system that is followed but with rational and reasonable limits.

I. INTRODUCCIÓN

En el presente tema, no solamente se analizará el término o finalidad de una prueba y su oportunidad para su posible valoración judicial, sino también, posibles razonamientos e iniciativas que se pueden desprender dentro de la actividad probatoria judicial penal hacia un mejor razonamiento probatorio y resolución del conflicto completo y efectivamente, independientemente de los momentos procesales en que puedan ser posibles y naturaleza del sistema penal que se siga; por lo que nos referiremos también a la epistemología jurídica (judicial) con ello, el objeto de la prueba y sus límites instrumentales, lo que no puede ser considerado un obstáculo ante la averiguación de la verdad ni siquiera en un sistema acusatorio que se centre en la iniciativa y aportación de la pruebas por las partes y no en el juez, donde sí se persigue el esclarecimiento de los hechos se debe reflexionar e interpretar sin afectar derechos fundamentales sobre los límites probatorios hacia el acceso a una verdad aproximativa jurídica y la posibilidad de un juez activo.

Siendo que, en concordancia con Vázquez, más allá de preocuparnos por cuidar naturalezas inexistentes, deberíamos ocuparnos por un funcionamiento adecuado del siste-

ma.[1] Ya que, se considera que no debiera para llegarse al esclarecimiento de los hechos el presuponer que un juez pasivo contribuye a ello, sino más bien, un juez activo que con base en los conocimientos obtenidos en el proceso mediante la actividad probatoria, inclusive, a partir y no tan solo de su iniciativa probatoria se pueda razonar de mejor manera para un mejor resultado cognoscitivo y, así se pueda encontrar el juez en mejores posibilidades de comprender el conflicto para fundar y motivar de manera completa e imparcial, como también las partes pueden contribuir a ello, con ciertos límites, matices o dimensión posible y compartida.

Respecto a la posible iniciativa del juzgador ante un sistema penal aún de corte acusatorio, en palabras de Joan Picó i Junoy,

> El órgano jurisdiccional penal cuando decide llevar a cabo dicha iniciativa, no se decanta ni a favor ni en contra de la acusación o de la defensa, infringiendo de esta manera su deber de imparcialidad pues, antes de practicar la prueba, no sabe a qué parte puede beneficiar o perjudicar, sino que su único objetivo es cumplir eficazmente la función jurisdiccional que la Constitución le asigna. Así por ejemplo, si ordena una prueba testifical ignora la declaración que el testigo pueda efectuar. La razón o fundamento de esta iniciativa probatoria únicamente puede encontrarse en la búsqueda de la debida convicción judicial para así poder otorgar una efectiva tutela de los intereses en litigio, por lo que debe obviarse cual-

[1] Vázquez, Carmen, "Los retos de las pruebas periciales a partir del nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales. Apuntes desde la epistemología jurídica" Revista Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho, Número 11, enero-diciembre, 2017, p. 368. Disponible en: https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/filosofia-derecho

> quier otra inquietud del juzgador, como podría ser la ayuda a la parte más débil.[2]

Así mismo, ante la necesidad de una prueba pericial que no fue ofrecida por las partes y la requiera el juzgador (a iniciativa del mismo juez) para la mejor comprensión de la controversia respetando el principio procesal de contradicción e imparcialidad. Por lo que se analizan los principios procesales y mecanismos que pueden contribuir a ser mejores medios o vías para llegar a una verdad aproximativa y esclarecimiento de los hechos, que facilite ser además de racional razonable, hacia una mejor solución de la problemática planteada.

II. PERSPECTIVAS SOBRE LA NOCIÓN DE PRUEBA Y UTILIDAD DE LA EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA EN EL PROCESO PENAL

En este apartado, se reflexiona sobre la posibilidad de que un juzgador pueda ordenar la práctica de medios de prueba o pruebas de oficio mediante la reflexión epistemológica, es decir, no solo legal y ante la posibilidad de servir los medios de prueba o pruebas no solicitadas por las partes hacia una mejor valoración judicial, en donde no solo mediante la orientación del juzgador se induzca a las partes a ofrecerla (s), sino también, mediante su reflexión, interpretación y argumentación de derechos humanos y fundamentales, con lo ofrecido o no, en favor de una verdad aproximativa jurídica y con el afán de proteger derechos en el proceso judicial, armonizarlos o dependiendo el caso planteado o colisión de derechos hasta ponderarlos, al respecto Robert Alexy ha señalado

[2] Picó i Junoy, Joan, *El juez y la prueba*, Bogotá, D.C., Colombia, Pontificia Universidad Javeriana-Grupo editorial Ibáñez, 2011, p. 368.

que *interpreting constitutional rights in light of the principle of proportionality is to treat constitutional rights as optimization requirements…principles are norms requiring that something be realized to the greatest extent possible, given the factual and legal possibilities.*[3] Método que puede ayudar a solucionar la problemática haciendo posible su allegamiento y contribuyendo en concordancia con Jordi Ferrer a mitigar una desvirtuación del material probatorio y, en ese sentido, acercar la prueba judicial a la noción general de prueba.[4] Sin tratar de sustituir la actividad dialéctica de las partes o dialéctica en la misma ni la imparcialidad del juzgador, sino en favor de una mejor solución dentro del proceso judicial. De acuerdo con Giulio Ubertis en consecuencia, las expresiones "prueba de un hecho", solo podrán reputarse correctas si entendidas como fórmulas abreviadas de "prueba de la verdad de la afirmación de existencia de un hecho.[5]

Por lo que, en concordancia con Michele Taruffo, el paso de los medios de prueba a la demostración de los hechos puede ser sencillo o complejo, dependiendo de los rasgos específicos de la causa, de la cantidad y calidad de las pruebas presentadas, así como del número y la naturaleza de los hechos que tengan que determinarse.[6] Por lo que su obtención y valoración completa, si bien no pudiera presentar algún problema con lo ofrecido por las partes en casos sencillos o cuando sean ofrecidas las pruebas de manera completa

[3] Alexy, Robert, "Balancing, constitutional review, and representation", I-Con, Vol. 3, Number 4, 2005, pp. 572-573.
[4] Ferrer Beltrán, Jordi, *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 58.
[5] Ubertis, Giulio, *Elementos de epistemología del proceso judicial*, Bologna, Italia, Trotta, 2017, p. 21.
[6] Taruffo, Michele, *La prueba*, Marcial Pons, Barcelona (Filosofía y Derecho), 2008, p. 132.

por las partes, la actividad del juzgador pudiera resultar trascendente para el mejor resultado ante un proceso que resulte complejo o al considerar que las pruebas de los hechos presentadas por las partes pueden resultar incompletas o a partir de las mismas que se ofrezcan de su desahogo se ocupen otras para el mejor esclarecimiento de los hechos (como por ejemplo, en el caso de un testigo de referencia que sea necesario para el mejor el esclarecimiento del dicho del deponente una prueba testimonial o una confesional) que mejor que llamar a un testigo referido que no se ofrezca por alguna de las partes y, que mucho pudiera ayudar a la valoración del caso al juzgador. Es decir, lo anterior sobre lo ya ofrecido por las partes y respetando el principio de contradicción y siguiendo la imparcialidad que debe tener un juzgador.

En palabras de Ubertis, sobre las posibles intervenciones judiciales, adquisición probatoria o iniciativa probatoria, el mismo ha analizado que estas deben limitarse al ejercicio de una función integradora dirigida a aclarar o profundizar anteriores resultancias procesales.[7] Como por ejemplo, de lo derivado del supuesto resultado del proceso probatorio de la hipótesis delictiva presentada o de las pruebas presentadas por las partes, como ante un testigo referido y no ofrecido por las partes, en el desahogo de una prueba testimonial o hasta para otra pericial.

Ahora bien, de acuerdo a Ostos, la prueba se puede definir como la actividad (normalmente, en la etapa del enjuiciamiento, conforme al CNPP "etapa de juicio" o coloquialmente llamada de "juicio oral") mediante la cual se persigue lograr la convicción del tribunal sobre unos hechos previamen-

[7] Ubertis, *op. cit.*, nota 7, p. 111.

te alegados por las partes (lo que constituye su objeto procesal.[8]

Lo anterior, es coincidente con lo que se busca en el proceso constitucional penal acusatorio mexicano, al perseguirse procesalmente que el tribunal de conocimiento llegue a la convicción de manera libre y lógica con la totalidad de lo debatido, más allá de toda duda razonable.[9] Pero no tan libre, es decir, tendrá que llevarla a cabo de manera lógica y racionalmente además de resultar razonable, por lo que se aduce que deberá valorarse todo lo ofrecido, ya sea por las partes o en su caso posible por el juzgador, en favor no de las partes sino del mejor resultado o comprensión de lo sucedido y explicable dentro de una sentencia imparcial y completa. Partiendo de lo que aduce Ferrer:

> Lejos de ser necesario desterrar la noción de verdad para obtener frutos en el análisis de la noción de prueba, es imprescindible

[8] Ostos Martín, José, *La Prueba en el Sistema Penal Acusatorio*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2014, p. 7.

[9] *Cfr.* Artículo 402 del Código Nacional de Procedimientos Penales en cuanto que: "Convicción del Tribunal de enjuiciamiento El Tribunal de enjuiciamiento apreciará la prueba según su libre convicción extraída de la totalidad del debate, de manera libre y lógica; sólo serán valorables y sometidos a la crítica racional, los medios de prueba obtenidos lícitamente e incorporados al debate conforme a las disposiciones de este Código.

En la sentencia, el Tribunal de enjuiciamiento deberá hacerse cargo en su motivación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo. Esta motivación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia.

Nadie podrá ser condenado, sino cuando el Tribunal que lo juzgue adquiera la convicción más allá de toda duda razonable, de que el acusado es responsable de la comisión del hecho por el que siguió el juicio. La duda siempre favorece al acusado.

No se podrá condenar a una persona con el sólo mérito de su propia declaración.

> comprender adecuadamente las relaciones entre ambos conceptos para captar muchos de los aspectos problemáticos que rodean al segundo en el ámbito del derecho. Otra cosa es que la prueba de una proposición sobre un hecho no exija la verdad de la proposición. ¡Pero de que la prueba y la verdad no sean hermanas no se deduce que no tengan una estrecha relación de parentesco![10]

Por lo que la prueba de donde provenga con límites ayudará mucho a dilucidar mejor la problemática planteada por las partes.

Así mismo, al conceptualizar el término de prueba, nos referimos a su definición en un sentido amplio pero no confundiendo los conceptos de prueba y verdad, por lo que se aduce que si bien la verdad o el esclarecimiento de los hechos puede ser parte del objeto de la prueba, no solo ello, sino también, el concepto de verdad desde la perspectiva que se puede desprender del enunciado fáctico que se debe pretender probar hasta epistemológicamente con límites, independientemente si es verdadero o falso el enunciado planteado por las partes, lo que pudiera parecer justo y razonable independientemente de las razones epistemológicas, donde se deba tomar en cuenta cierta dimensión o límites normativos y, los que pretendan perseguir o probar las partes, diferente al objeto general de una prueba de los hechos o verdad, pero distinguiendo principalmente, la función del juez en relación con el objeto que sigue en el proceso, como la resolución de la problemática planteada de la mejor manera y completamente, con los elementos posibles con límites idóneos y necesarios en favor de derechos humanos y fundamentales.

[10] Ferrer, *op. cit.*, nota 6, pp. 100-101.

En concordancia, con Taruffo, la prueba se puede concebir como herramienta epistémica, donde su función es el conocimiento de los hechos y, como herramienta retórico-persuasiva, donde su función no es determinar conocimientos de un hecho sino de crear una creencia en el juez sobre algo.[11] La primera perspectiva es la que se presupone debe seguir un juez, no necesariamente las partes, que pueden perseguir la segunda pero la motivación de una autoridad no solamente la judicial debe ser racional y se aduce correspondiente a la verdad aproximativa al mundo, no tan solo del proceso o tener como objetivo la verdad independientemente de lo que las partes prueben, que podría ser una falsa verdad, pero independientemente se deberán atender límites enmarcados en derechos fundamentales, que en algunos casos, parecen ser o sean ambiguos pero que procesalmente se puedan aclarar, limitar u operativizar racionalmente, no necesariamente para su mejor operación o progreso hasta su posibilidad, aunque no corresponda a lo sucedido sino a la mejor probabilidad, y no para sobre limitarlos o dar libertades de más, que ambas posibilidades pueden suceder en un proceso judicial, sino para su mejor resultado, siendo que los límites procesales pueden repercutir negativamente en cuanto al progreso de derechos humanos y fundamentales de las partes.

Por lo que se aduce que prueba y verdad no son sinónimos, sino que, se complementan en un proceso judicial para llegar a la segunda aproximadamente hasta respetando dere-

[11] Para mayor información sobre estas perspectivas escúchese a Taruffo, Michele, en Cuartas Jornadas de Derecho Chilótas, "Cuestiones sobre la admisibilidad de las pruebas", Castro, Chiloé, 2017. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=YCWRMdFjZzE. Fecha de consulta 25 de mayo de 2017.

chos fundamentales o donde se persiga cierta dimensión ante la presentación de la prueba, la admisión de la prueba, con ello, la fuente de información de la prueba que podría ser inducida por las partes o por un juzgador sin recaer en parcial parcialidad, siendo que, la valoración de la prueba queda en manos de éste último; lo que podría devenir no necesariamente desde la norma procesal, en donde el legislador en las entidades federativas pudieran sobre limitar el progreso de medios de prueba o pruebas desde los instrumentos jurídicos por reglas que pudieran perjudicar al mejor resultado del proceso judicial.

Por eso, más allá de revisar la legislación procedimental, se debe tener en cuenta la posibilidad de una mejor interpretación y argumentación en la valoración que se haga para llegar a una resolución jurisdiccional, haciendo posible quizás, hasta los medios de prueba o pruebas de oficio ante la problemática que se plantee, que pudiera resultar más compleja e inacabada si se limita tal facultad o se llegue al punto de que no conste en el proceso la explicación y valoración del juzgador (como por ejemplo, al solicitar extraprocesalmente la aclaración de lo referido en una prueba o medio de prueba no ofrecido por las partes para un mejor razonamiento del tribunal). Por lo que a continuación se analizan algunos principios procesales que podrían ayudar a la mejor concreción de la valoración del problema planteado judicialmente.

III. LOS PRINCIPIOS PROCESALES EN LAS DECISIONES JUDICIALES

Inicialmente, se pudieran separar a los principios procesales en las decisiones judiciales dependiendo el sistema procesal penal que se siga, pero seguiremos los que pueden ayudar a

una verdad aproximativa jurídica y convencimiento judicial, en general, en uno de corte acusatorio,[12] o independientemente del sistema penal que se siga (inquisitivo o acusatorio) aunque se desarrollan más o menos dependiendo las reglas procesales que pueden sobre limitar su allegamiento, con ello, la certeza de los hechos, pruebas y del derecho en su conjunto, por lo que con los principios procesales, métodos y técnicas se busca que puedan ayudar al mejor resultado, valoración y solución del conflicto, independientemente de la naturaleza del sistema, de cómo y por qué medios se busquen, lo anterior, sin dañar derechos humanos sino en favor del proceso mismo.

En México, en concordancia con Carmen Vázquez:

> Hubiera sido ideal que el legislador se informara sobre muchas cuestiones relevantes, desde distinciones conceptuales hasta el desarrollo jurisprudencial en la materia o el reconocimiento de principios procesales en diversos tratados internacionales firmados por México, a efectos de dotarnos de un mejor ordenamiento procesal penal.
>
> Quizá ello hubiera evitado, por ejemplo, la absurda y confusa distinción (incluso para el propio legislador) entre datos de prueba, medios de prueba y pruebas, cuando hubiera sido suficiente con especificar que toda decisión tomada en las diferentes etapas co-

[12] En ese sentido Picó, aduce "verdad", o mejor dicho "convencimiento judicial", se encuentra mediatizada, en virtud del principio acusatorio, por los relatos fácticos de los respectivos escritos de calificación de las partes, por lo que el juez debe buscar su convencimiento sólo sobre tales hechos." Picó i Junoy, *op. cit.*, p. 169. Siendo que, en sentido contrario o complementario, se aduce que además de los hechos ofrecidos por las partes, no se debiera limitar su consecución a solo lo que ofrezcan las partes, ya que, si no se violan derechos fundamentales, se pudieran buscar esclarecer por medio del juez, ante la posibilidad de ordenar algún medio de prueba que contribuya a lo mismo, inclusive, para el mejor resultado, interpretación y argumentación de la resolución judicial.

> rrespondientes debería estar fundada en elementos de juicio suficientes.[13]

Lo anterior, se observa desde la posición del juzgador como sujeto que tendrá que tener por probada o desestimada la acusación en un momento procesal concluyente independientemente de cómo se le llame a aquello que busca una verdad aproximativa, por lo que no se observa solamente la posición del juzgador como ente pasivo, es decir, al considerarlo imparcial y más bien, garante activo, ante la problemática planteada. Siendo que, en palabras de Aguilar,

> La certeza de la culpabilidad o inocencia del imputado, ha de estar sustentado en pruebas. Conectores que racionalmente sirven para alcanzar el convencimiento sobre la certeza de un hecho, y su adecuación a la descripción típica (principio de tipicidad); de ahí la exigencia de que existan pruebas suficientemente aportadas por la acusación, para que pueda dictarse la resolución condenatoria. Además, al ser la prueba la vinculación que el juzgador tiene respecto del conocimiento de los hechos que debe valorar conforme a las máximas de la experiencia que posee con base en su formación especial, donde se debe imponer la absolución del inculpado si la prueba no queda suficientemente demostrada. Características propias de un sistema judicial acusatorio.[14]

Por lo que tanto la acusación como la defensa se pudieran ver beneficiadas de una actividad probatoria completa o lo más completa posible. Por ello, el razonamiento que se debe

---

[13] Vázquez, *op. cit.*, nota 3, p. 344.

[14] Aguilar López, Miguel Ángel, "La prueba en el sistema acusatorio en México (prueba ilícita; eficacia y valoración)" Curso de Derecho Penal, Modulo VII, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2012, p. 17, [en línea]. Dirección URL:http://www.sitios.scjn.gob.mx/cursoderechopenal//?q=lecturas

de desarrollar referente a la prueba, a veces suele ser mínimo, ya que no se cuenta con el nivel de elementos adecuados por medio de los cuales se le otorgue una categoría elevada, que es un reto en relación al tema de la prueba, esto debe de ir de la mano con el ejercicio de la argumentación después de haber realizado el razonamiento, la dialéctica utilizada debe de ser la correcta y acorde, las cuales deben de estar entrelazadas y tener coherencia entre sí.

Por otro lado, se puede considerar que para llegar a una igualdad de partes en el proceso como principio, en concordancia con Santacruz, este puede comprenderse, como prerrogativas que gozan los sujetos del procedimiento penal, con la finalidad de que puedan contar con las mismas oportunidades para aportar, ofrecer, materializar y desahogar las pruebas, y algo importante, para poderlas debatir e impugnarlas.[15]

Ahora bien, en palabras de San Martín Castro, por ejemplo, en Perú:

> Sólo es de aceptarse la "prueba complementaria" destinada a contrastar o verificar otras pruebas ya aportadas por las partes, distinguiendo entre las pruebas de la existencia de los hechos y la comprobación de si la prueba sobre ellos es o no fiable, al igual que se reconoce al Tribunal una disminuida intervención en el interrogatorio de los órganos de prueba en el acto oral (estrictos fines de aclaración de lo expuesto por aquellos, no de lograr nuevos datos) esto último en buena cuenta, está vinculado a otro principio, reflejo de la naturaleza y características del Derecho Penal, y cuya dis-

[15] Santacruz Lima, Rafael, "El principio de igualdad entre las partes en el proceso penal en México", Revista Ciencia Jurídica, Año 6, Número 11, enero-junio, 2017, p. 144. Disponible en: http://www.ddpg.ugto.mx/images/stories/revistas/cienciajuridica/no11.pdf

> cusión se centra en el par dialéctico "aportación de parte Vs. Investigación oficial.[16]

En ese sentido "la búsqueda de la verdad" justifica en todo caso, la iniciativa probatoria de oficio, lo que se expresa en los artículos 244-2 de la O.P.P. alemana, 81 del C.P.P. francés y 340 – 1 del C.P.P. portugués."[17] Así mismo, la Corte Constitucional colombiana, sobre las pruebas de oficio en el sistema acusatorio ha dicho que están limitadas al juez de control de garantías, al expresar lo siguiente sobre ello:

> La prohibición del decreto y práctica oficiosa de pruebas hace parte de la estructura del sistema penal acusatorio y está concebida, de un lado, como un principio procesal dirigido a determinar el rol de los intervinientes en el proceso penal y, de otro, como una garantía sustancial de eficacia del deber del Estado, de aproximarse a la verdad de lo sucedido dentro de los parámetros señalados por las garantías y libertades individuales de orden constitucional y legal. De esta manera, la Sala concluye que no es correcto ligar, por sí sólo, el concepto de verdad con la búsqueda de oficio de aquélla, pues esa regla probatoria debe ser mirada en su contexto y a partir de su finalidad sustancial.[18]

En palabras del anterior autor Cano:

---

[16] San Martín Castro César, *Introducción General al estudio del Nuevo Código Procesal Penal*, Instituto de Ciencia Procesal Penal Revista Institucional N° 7, AMAG, Lima, 2006, p. 6.

[17] Hurtado Poma, Juan "¿Son convenientes las pruebas de oficio en el sistema penal acusatorio peruano?" 2009, Disponible en: http://www.incipp.org.pe/archivos/publicaciones/convenientespruebasdeoficio.pdf

[18] Cano Jaramillo, Carlos Arturo, *Procedimiento penal acusatorio, oralidad, debate y argumentación*, Colombia, ediciones jurídicas Andrés Morales, 2013, p. 438.

> En casos excepcionales tanto el juez de control como el de conocimiento podría ordenar la práctica de pruebas en favor de la verdad, igualdad y justicia. Además, que no hay una incompatibilidad ostensible entre la imparcialidad y esa participación del juez para esclarecer los hechos. Es mejor no adoptar posiciones extremas, pues no se puede contar con un juez que es imparcial, pero con una actitud alerta para resolver de la manera más justa los asuntos que genera el juicio.[19]

Por lo que se aduce, que se hace deseable que las partes recaben y ofrezcan datos y medios de prueba, como pruebas posibles en relación a su teoría del caso independiente de la que ofrezca su contraparte (por ejemplo, que el defensor presente pruebas de descargo sobre los elementos del delito en discusión, sobre la falta de responsabilidad de su defendido, hábitos, carácter, lugar y quizás tiempo en que estuvo a la hora del hecho delictivo en el lugar de los hechos o en otro lugar, Etc.) y así, no solamente se presente una hipótesis del caso que acuse y que el defensor se dedique solamente a tratar de improbar o desacreditar la misma. Aunque en algunos casos, por estrategia de la defensa fuera idóneo una defensa pasiva, además de no estar obligada en el proceso acusatorio mexicano a presentar medios de prueba o pruebas de descargo o contraprueba alguna ni a intervenir activamente en juicio; por lo que no necesariamente se podría contribuir por las partes al esclarecimiento de los hechos o a la verdad aproximativa en un proceso judicial y el juzgador podría hacerlo posible sin ser parcial.

Desde la óptica del juzgador ante un caso en concreto y en relación con las pruebas allegadas o no por las partes, precisa

[19] *Ibídem*, p. 439.

hacer un ejercicio interpretativo y argumentativo mediante la adopción de algún canon o método y técnicas que jurídicamente sean realizables, como con el empleo de la contradicción o cualquiera que fuese posible entre las partes como mediante una ponderación racional, con lo que se pueda contribuir a un mejor esclarecimiento de los hechos y a una mejor decisión judicial, respectivamente, y con lo que se ayudará a formar su convicción, lo anterior, sin una fórmula metafísica, como se pudiera hacer, al analizar cada prueba en relación a los hechos y su nexo causal, así como, con los derechos o principios sometidos a una dialéctica procesal, de manera individual y en su conjunto al análisis y discernimiento del juzgador como emisor, haciendo uso de razonamientos complejos justificables tanto interna como externamente sin limitarse a una presunción pre establecida por el legislador, con lo que se llegue a una mejor resolución fundada y motivadamente, como a una comunicación más accesible a las partes y sociedad al ser sus receptores.

Siendo que, la búsqueda de una verdad aproximativa y el llegar a una decisión judicial puede o debe verse limitada por ciertos factores, principios y derechos humanos y fundamentales pero no sin su mejor interpretación y tampoco derivar en un detrimento de otro u otros en mayor medida sin una ponderación (como por ejemplo, al transgredirse un derecho a la libre y lógica valoración de pruebas y su suficiencia que ayudará a formar convicción[20] y a consolidar el derecho a una

[20] El imperativo a que la formación de la convicción del tribunal se funde en "la prueba producida en el juicio oral", niega posibilidad a que la convicción se funde en presunciones tasadas establecidas por el legislador, por lo que inclusive la presunción de inocencia no puede ser del todo apropiada o necesaria en un código ni siquiera el establecerla en la valoración de pruebas como presupuesto o con lo que se pueda derrotar pruebas, ya que esta presunción es un estado jurídico de inocen-

tutela judicial efectiva). Por lo que independientemente de las reglas procesales, tiempos para ofrecer pruebas y límites establecidos en códigos se deberá ponderar entre derechos cuando se encuentren en colisión y donde su resultado sea hacia la mejor valoración del caso en concreto e imparcialmente, es decir, sin tomar en cuenta el beneficio o perjuicio de alguna de las partes sino como ya se ha venido analizando, en aras del mejor resultado del proceso judicial.

IV. CONJETURAS

Primera. Se precisa ante la reflexión del mejor resultado de una prueba o medio de prueba, la tutela y progreso de los derechos humanos y fundamentales mediante una interpretación y argumentación racional lógica y razonablemente, siendo que, se podrán poner en discusión diferentes hipótesis delictivas presentadas en un proceso judicial donde se pudieran afectar sino se hace la valoración completa, como la que resulte de la hipótesis presentada por el agente del ministerio público o fiscal, como de la presentada por el defensor e imputado, así mismo, de la posible por el asesor de una víctima y la misma víctima, proceso judicial en donde se deberán discernir por el juzgador entre los elementos que posiblemente las comprobarán, entre métodos y técnicas empleadas para su análisis, dilucidación y valoración integral del caso para una mejor justificación y garantía de la solución a partir de todo lo planteado y allegado.

---

cia en un sistema penal y más en el de corte acusatorio o de partes, en el que la valoración de las pruebas será libre (no tan libre, al deber ser la prueba valorada racionalmente) y lógicamente.

Segunda. Un juez activo mediante su iniciativa probatoria puede contribuir a resolver un conflicto judicial de manera racional y razonablemente, como posiblemente completa o profunda para generar una mejor solución del problema planteado y no necesariamente así un juez pasivo que solo valore lo posiblemente ofrecido por las partes ante un caso complejo que le genere dudas, lo anterior, en la medida de lo posible y, con límites alejados de lo absoluto y, de la naturaleza del sistema procesal que se siga, como el del sistema acusatorio, donde se quiere dejar al arbitrio de las partes la actividad probatoria y sin la reflexión de la importancia de ir más allá de una supuesta imparcialidad.

Además, un aspecto importante es la valoración de la prueba, la cual es considerada como operación fundamental por parte del Órgano Judicial, pues de esto depende que el Juez cuente con la certeza para poder emitir en su caso un fallo completo, siendo una sentencia absolutoria o de carácter condenatoria, según lo que las pruebas presentadas le hayan brindado para la mejor solución de la problemática ya disipada cualquier duda razonable.

V. FUENTES DE INFORMACIÓN

Aguilar López, Miguel Ángel, *La prueba en el sistema acusatorio en México (prueba ilícita; eficacia y valoración)*. Curso de Derecho Penal, Modulo VII, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2012, [en línea]. Dirección
URL:http://www.sitios.scjn.gob.mx/cursoderechopenal//?q=le ctu-ras

Alexy, Robert, "*Balancing, constitutional review, and representation*", I-Con, Vol. 3, Number 4, 2005, pp. 572-573.

Cano Jaramillo, Carlos Arturo *Procedimiento penal acusatorio, oralidad, debate y argumentación*, ediciones jurídicas Andrés Morales, Colombia, 2013.

Carbonell, M., Fix-Fierro, H., Vázquez, R., *Jueces y Derecho. Problemas Contemporáneos*, Porrúa-UNAM, México, 2004.

Código Nacional de Procedimientos Penales. Actualizado a 17 de junio de 2016.

Ferrer Beltrán, Jordi, *Prueba y verdad en el derecho*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2005.

Hurtado Poma, Juan, "¿Son convenientes las pruebas de oficio en el sistema penal acusatorio peruano?", 2005. Disponible en:
http://www.incipp.org.pe/archivos/publicaciones/convenientespruebasdeoficio.pdf

Ostos Martín, José, *La Prueba en el Sistema Penal Acusatorio*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2014.

Picó i Junoy, Joan, *El juez y la prueba,* Bogotá, D.C., Pontificia Universidad Javeriana-Grupo editorial Ibáñez, Colombia, 2011.

San Martín Castro César, *Introducción General al estudio del Nuevo Código Procesal Penal*, Instituto de Ciencia Procesal Penal Revista Institucional Nº 7, AMAG, Lima, 2006.

Santacruz Lima, Rafael, "El principio de igualdad entre las partes en el proceso penal en México", Revista Ciencia Jurídica, Año 6, Número 11, enero-junio, 2017, pp. 137-146. Disponible en:

http://www.ddpg.ugto.mx/images/stories/revistas/cienciajuridica/no11.pdf

Taruffo, Michele, *La prueba*, Marcial Pons, Barcelona (Filosofía y Derecho), 2008.

_____, Cuartas Jornadas de Derecho Chilótas, "Cuestiones sobre la admisibilidad de las pruebas", Castro, Chiloé, 2017. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=YCWRMdFjZzE. Fecha de consulta 25 de mayo de 2017.

Ubertis, Giulio, *Elementos de epistemología del proceso judicial*, Trotta, Bologna, Italia, 2017.

Vázquez, Carmen, "Los retos de las pruebas periciales a partir del nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales. Apuntes desde la epistemología jurídica" Revista Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho, Número 11, enero-diciembre, 2017, pp. 341-378. Disponible en:

https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/filosofia-derecho

LA CREACIÓN DE UN PROTOCOLO PARA LA FORMULACIÓN DE LA TEORÍA DEL CASO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN EL NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL

Jessica Mendivil Torres*

Resumen

Una de las tareas del Ministerio Público es la correcta administración de justicia, y debe observarse en la investigación, procedimiento y castigo de los delitos, para aclarar los hechos, proteger a los inocentes, asegurar que el culpable no quede impune y que el daño está siendo reparado y por lo tanto garantizar el acceso a la justicia en la aplicación de la ley y resolver el conflicto derivado de los crímenes.

Abstract

One of the tasks of the Public Prosecutor's Office is the proper administration of justice, and must be observed in the investigation, procedure and punishment of crimes, to clarify the facts, protect the innocent, ensure that the guilty party does not go unpunished and that the damage is being repaired and therefore ensure access to justice in the application of the law and resolve the conflict arising from the crimes.

I. INTRODUCCIÓN

Desde la creación del Código Penal Federal y su ley adjetiva en 1934, transcurrieron más de setenta años en la era con-

* Profesora de la Universidad Autónoma de Baja California, Facultad de Ciencias Administrativas y Sociales, campus Ensenada, integrante del cuerpo académico "Estado de Derecho y Justicia" (UABC-CA-247) y miembro del Sistema Nacional de Investigadores (Candidata).

temporánea de la vida nacional en los cuales se vivió un sistema penal inquisitivo donde la máxima autoridad investigadora, el agente del Ministerio Público representante social del pueblo, contaba con poder absoluto en la etapa de investigación para disponer a su antojo al personal de la procuraduría y donde, al ser el representante de la víctima u ofendido, muchas de las veces no arrojaba resultados favorables para éste último.

Debido a las presiones de los organismos internacionales como la Organización Mundial de Comercio, la Organización de las Naciones Unidas, la Corte Internacional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos entre otros, es que desde la década de los años noventa se venían impulsando importantes reformas a la constitución en materia penal y de derechos humanos, culminando con las reformas penal del 18 de junio de 2008 y la constitucional en materia de derechos humanos del 06 de junio de 2011 que terminó por otorgar mayor protección y alcance a la ciudadanía al ser afectados por la delincuencia.

En orden de lograr la optimización en el desempeño de su labor, el Ministerio Público al mismo tiempo debe integrar la carpeta de investigación y al momento de recabar los medios de prueba para sustentar su trabajo, debe también formular una estrategia que vaya consolidando su labor investigativa a lo largo de las etapas del proceso y que lo lleve al objetivo deseado de lograr se condene al imputado. Esa estrategia de la que se habla es la teoría del caso, la cual sirve como lineamiento y guía para lograr el objetivo a perseguir. Siendo ésta vital para que como parte acusadora, pueda comprobar su dicho sustentándose en dicha teoría.

A pesar de ya contar con tan importantes reformas constitucionales no se cuenta con un protocolo oficial de la teoría citada ni un reglamento para llevar a cabo la elaboración de la misma. Los agentes del ministerio público se han visto rebasados en su desempeño debido a la falta de una guía que sustente la elaboración y la conformación de la teoría del caso.

II. LA TEORÍA DEL CASO

Con la reforma del año 2008, se dio un cambio dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cambiando el sistema procesal penal, buscando implementar nuevos mecanismos con el fin de que la justicia sea implementada de una manera más eficaz y con resultados favorables.

Es así que el artículo 20 de nuestra Carta Magna dispone "*El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación*". Lo anterior podría denominarse los principios rectores del nuevo sistema de justicia penal[1] y básicamente los que rige la procuración de justicia en nuestro país, cumpliendo con el gran objetivo de garantizar a la sociedad una vida verdaderamente democrática al interior de las instituciones judiciales. [2]

A raíz de dicha reforma, México se ha enfrentado a una serie de cambios procesales y de nuevos preceptos que no se conocían, derivado a que el nuevo sistema implementado dentro del país y el sistema tradicional, surgen de distintas

[1] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Artículo 4o. Características y principios rectores.*
[2] Código Nacional de Procedimientos Penales: *Artículo 2o. Objeto del Código*

corrientes jurídicas. El sistema tradicional mexicano[3] nace como producto de la conquista de España a nuestro país en el siglo XVI y es a partir de aquí donde se impone el sistema conocido como tradicional o inquisitorio, mismo que surge con métodos tanto religiosos como relacionados con el derecho romano.

En el mismo sentido dentro de las distintas corrientes jurídicas, se cuenta con el *Common Law*[4], implementado en Norteamérica, sin embargo éste fue concebido de una manera muy particular con rasgos similares al *Common Law* inglés, ya que derivaba de éste, toda vez que los primeros habitantes en los actuales Estados Unidos de Norteamérica eran originarios de Inglaterra y quienes llevaron a cabo el proceso de colonización en el Nuevo Mundo.

Otra institución que se adoptó en suelo americano fue la figura conocida como *writ of habeas corpus*[5], el cual nació como un medio de defensa en contra de las detenciones arbitrarias y ordenes de aprehensión, figura que con el paso del tiempo

---

[3] Sustentado en el extinto Código Federal de Procedimientos Penales publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 30 de agosto de 1934.

[4] Burgoa Orihuela, Ignacio. El Juicio de Amparo. Editorial Porrua. Vigésima Edición. México. 1983.

[5] Burgoa Orihuela, Ignacio. El Juicio de Amparo. Editorial Porrua. Vigésima Edición. México. 1983.

"Por otra parte, el writ of habeas corpus, que "era el procedimiento consuetudinario que permitía someter a los jueces el examen de las órdenes de aprehensión ejecutada y la calificación de la legalidad de sus causas", fue elevado a la categoría de ley en el año de 1679, en virtud de un suceso ocurrido: Hampden y otros fueron reducidos a prisión por expresa orden del rey, pues se habían mostrado reacios a pagar un préstamo forzoso que el parlamento no había decretado, acudiendo al mencionado recurso en defensa de su libertad; se estimó que la orden real era la causa legal suficiente para determinar la aprehensión de que se quejaban y entonces el parlamento hizo una declaratoria en la que asentaba que "el writ of habeas corpus no puede ser negado, sino que ,debe ser concedido a todo hombre que sea arrestado o detenido en prisión o de otra manera atacado en su libertad personal, por orden del rey, de su consejo privado o de cualquier otra autoridad".

seria pilar en la creación del juicio de amparo. Es así que el sistema acusatorio y adversarial mexicano con el que se cuenta actualmente nace precisamente de la unión del sistema inquisitorio y el denominado *Common Law* norteamericano así como el *writ of habeas corpus*, es por este motivo que podemos hablar de figuras disímbolas en el mismo precepto jurídico como la prisión preventiva y la presunción de inocencia.[6]

Tal y como lo refiere José Alberto Ortiz Ruiz, es de suma importancia aclarar que para poder conocer el origen de nuestro sistema adversarial es necesario remontarnos hasta el siglo XIII, en el que Juan Sin Tierra dio inicio a un sistema garantista, *la Magna Charta*, en el que su fin era precisamente resarcir al ciudadano un ejercicio del poder que se basara en la legalidad y la justicia[7].

Ahora bien, en lo que hace al nuevo sistema de justicia penal, en la opinión pública se aduce que ha sido creado para favorecer a la delincuencia, sin embargo, esto también ocurre derivado a la resistencia a la que nos enfrentamos día a día con los cambios, el traer apegado o practicar dentro de un sistema ya establecido y tener que realizar cambios desde términos jurídicos así como enfrentarse a un sistema de oralidad, cuando la praxis consistía en todo realizarlo mediante escritos.

El diseño del nuevo sistema procesal penal se apoya en la idea de un modelo acusatorio dentro de la que se contempla una fase que es de investigación, misma que será realizada

[6] Ortiz Ruiz José Alberto, *"La teoría del caso en las etapas procesales del Sistema Acusatorio". Análisis y aplicación práctica.* Ed. Flores. Segunda edición. 2015. Pág. 2.

[7] Ignacio Burgoa Orihuela menciona en su libro "Juicio de Amparo" respecto de la Magna Charta…

por un órgano administrativo, quien es a cargo del Ministerio Público que cumple con la función de representar los intereses de la sociedad en general, así como la persecución de los hechos delictivos. Contrario sensu, se cuenta con la figura de la defensa penal, que precisamente intenta cubrir la figura constitucional, para ser exacto, la del artículo 20 de los derechos del imputado, donde se señala la figura de la defensa, donde la constitución otorga como derecho proveer a un abogado que represente de manera profesional los intereses de un imputado ante un proceso penal.

La fase de investigación está constituida por el espacio donde los litigantes, Ministerio Público y Defensa, se harán llegar de diversos medios de prueba, con las que utilizarán estrategias a fin de que una vez que lleguen al juicio oral, puedan revelar dichas estrategias así como sus puntos de vista, señalando la información obtenida durante la investigación, puntos de vista que serán expuestos ante un tercero en condiciones de total imparcialidad y quien será el que resolverá el conflicto penal. Para ello el Código Nacional de Procedimientos Penales establece filtros para una adecuada valoración de los medios de prueba, desde su admisión, desahogo e incorporación a la carpeta de investigación, requiriendo sobre todo que dichas probanzas sean ofrecidas lícitamente para que puedan ser admitidas y que contribuyan al esclarecimiento de los hechos.[8]

Ante esto, podemos señalar que el juicio oral y el proceso penal, representan un escenario en el que las partes o los litigantes van a competir con sus relatos, intentando cada uno de ellos explicar, fundamentar y sostener una determinada pretensión de culpabilidad o inocencia. Los relatos son reali-

[8] *Código Nacional de Procedimientos Penales. Artículo 259.*

zados directamente ante quien tiene la atribución y función de dirimir el conflicto entre las partes.[9] Es así, que las partes que integran el juicio oral deberán de verter sus dichos y relatos de competencia, pues al estar ante un tercero imparcial, esto es el órgano jurisdiccional, tendrán que persuadirlo a fin de que éste vierta un resultado favorable, dicho resultado sólo puede ser para una de las partes. Por lo que, al momento de emitir sus versiones, se topan con una serie de reglas, sin embargo, dependerá de las habilidades y estrategias que cada uno de los litigantes ejerzan, así como la base de argumentaciones y antecedentes que cada uno de éstos lleve al juicio para intentar persuadir a la autoridad a fin de obtener una resolución favorable. Cuando las partes emitan su versión de los hechos deberá de ir debidamente fundamentado, ya sea con documentos, testigos, peritos y todo aquello que les sea factible a fin de corroborar su versión.

La versión que rinda la defensa, puede ser basada sobre medios de prueba que éste haya recopilado durante su investigación, sin embargo, también puede valerse de lo que el Ministerio Público haya recabado, información que la defensa utilizará para desvirtuar la versión que aquél rinda y así persuadir a la autoridad que su dicho es el real. Sin embargo, resulta importante mencionar que en la etapa de juicio oral se hará una presentación de la teoría del caso, misma que no se elabora hasta esa etapa, sino que ésta surge dese la etapa de la investigación.

Es de suma importancia conocer, estudiar y analizar el contenido y las formalidades de este nuevo proceso penal y la teoría del caso no es la excepción, pues se le ha dado una

[9] Blanco Suárez y otros. *Litigación Estratégica en el nuevo proceso penal.* Ed. Lexix Nexis. 2005. Chile. Pág. 17

formación jurídica de una mezcla de diversos sistemas, que contempla rasgos norteamericanos, figuras del derecho alemán y nuestra apreciación del derecho penal mexicano. Los países que ya cuentan con un sistema procesal acusatorio, entre las diversas instituciones jurídicas que informan y sirven al proceso penal, la *teoría del caso* surge como un instrumento de suma importancia para el desenvolvimiento y eficaz desarrollo del proceso.

La concepción propuesta de la teoría del caso tiene su fundamento en los principios generales del proceso penal establecidos en nuestra carta magna en su artículo 20, al señalar que el *"proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen.*[10] Esto es, que cada teoría del caso deberá ser debidamente demostrada fáctica y de manera probatoria.

Así como el sistema mexicano con el que se cuenta se podría considerar como una figura híbrida por la combinación de sistemas, así es como se ha conformado la teoría del caso. Pues ha sido concebida como el proceso de "investigación e incorporación de elementos probatorios, pero que debe confirmarse en la etapa intermedia que se configura a partir de que las partes toman conocimiento jurídico del hecho delictuoso"[11]. Esto es, que una vez que se tiene conocimiento de un hecho delictivo, el ministerio público iniciará su investigación para construir su teoría del caso, seguido de la víctima u ofendido, así como el imputado lo hará en coordinación con su defensor.

---

[10] Díaz Aranda, Enrique. Claus Roxin. *Teoría del Caso y del delito en el proceso penal acusatorio.* Straf, IIE, México 2015, pág. 513.

[11] Ortiz Ruiz, José Alberto, "*La etapa intermedia y la teoría del caso" Segunda edición,* Editorial Flores, México 2016, pág. 193.

Baytelman y Duce dentro de su obra señala que "litigar juicios orales es un ejercicio profundamente estratégico"[12], pues cuando ocurre un hecho delictivo no tenemos la certeza de lo que realmente ocurrió en ese hecho, y probablemente jamás sepamos que ocurrió, lo cierto es que las partes cuentan con un conjunto de versiones acerca de lo que realmente pasó, interviene la versión del imputado, la víctima, los policías, y los testigos y en este caso pueden ser varios, y cada uno de ellos con su dicho, completo o incompleto, según sea el caso.

Aún así, se debe de investigar qué fue lo que ocurrió en el hecho delictivo, pues al tener diversidad de versiones, se debe de construir una versión, para exponer que fue lo que "verdaderamente ocurrió en el hecho delictivo", al exponer ante la autoridad esa versión, éstos rendirán un fallo sobre la versión que tenga mayor aceptación y convicción, sin embargo, esto nos lleva a analizar, que la autoridad cuando sanciona un hecho delictivo lo hace sobre versiones convincentes, comprobadas con diversos medios de prueba, y no sobre lo que realmente ocurrió, pues como ya lo mencionamos, realmente nadie sabe qué fue lo que en realidad sucedió el día de los hechos, por la diversidad de versiones existentes, que depende del número de testigos ese día.

III. CONCEPTO Y FORMALIDADES DE LA TEORÍA DEL CASO

La teoría del caso ha sido analizada y conceptualizado por diversos autores y estudiosos del presente tema, entre ellos se podría resaltar lo aportado por Benavente Chorres, quien señala que la teoría del caso "es el método de análisis para

[12] Baytelman, Andrés y Duce, Mauricio, Litigación penal. Juicio oral y prueba, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2009.

probar si un hecho está prohibido por el derecho penal y quien o quienes deben ser sancionados por su comisión o participación".[13]

En el mismo sentido Díaz Aranda señala que la teoría del caso no sólo es la narración de una historia que va a exponer el Ministerio Público o el defensor ante el juez para convencerlo con el fin de que dicte una sentencia a su favor, sino que es mucho más, y eso más se refiere precisamente a que la misma está compuesta por diversos elementos, como lo son los fácticos, jurídicos y probatorios.

> "Una buena teoría del caso debe poder explicar de una manera cómoda y consistente la mayor cantidad de hechos de la causa, incluyendo aquellos que aporte la contraparte. La teoría del caso es nuestra simple, logia y persuasiva narración de lo ocurrido".[14]

> "También la definen como conocimientos especulativos que cada una de las partes aportara dentro de un juicio, orientados a la comprobación del delito, o bien a desvirtuar en forma total o parcial los mismos".[15]

> "La teoría del caso es la idea básica y subyacente a toda nuestra presentación en juicio, que no sólo explica la teoría legal y los hechos de la causa, sino que vincula la evidencia tanto como es posible dentro de un todo coherente y creíble. Sea que se trate de una idea simple y sin adornos o de una compleja o sofisticada, la teoría del ca-

[13] Benavente Chorres, Hesbert, *La aplicación de la teoría del caso…."* Esp. Pág. 69-71.

[14] Baytelman A, Andrés y Duce J, Mauricio. *Litigación penal. Juicio oral y prueba.* Ibáñez, Santiago, Chile, 2007. Pág. 102

[15] Aguilar Fregoso, Violet. *"Análisis comunicativo de la teoría del caso."* Iter Criminis. Revista de ciencias Penales. Instituto nacional de ciencias penales. México, Cuarta Época, No. 21., Mayo-junio 2011, pp.17

> so es un producto del trabajo del abogado. Es el concepto básico alrededor del cual gira todo lo demás".[16]

Son diversos los conceptos que se tienen acerca de la teoría del caso, pero dentro de la variedad de conceptos realizados por los distintos autores, se puede señalar que la teoría del caso es muy simple. La teoría del caso intenta constituirse en una suerte de plantilla a través de la cual el litigante invita a los jueces a mirar la realidad, los hechos del caso, explicarles lo sucedido. Es la explicación de lo que realmente sucedió según las partes. El Ministerio Público como la defensa, cada uno de ellos mostrará a la autoridad su propia versión, por lo que habrá el choque de dos versiones que permitirán al tribunal llegar a una conclusión, según los medios probatorios ofrecidos. Para la conformación de la teoría del caso será posible cuando se cumpla con dos expectativas:

- Que el hecho se encuentre contemplado como delito por la ley secundaria.
- Que de los elementos probatorios obtenidos no exista más allá de toda duda razonable la posibilidad que se atribuya al imputado.[17]

Si bien, el Ministerio Público es quien tiene la carga probatoria, ocurre que la defensa en el mismo sentido debe dar cumplimiento con los requisitos de la teoría del caso, considerando aportar la versión explicativa de los hechos para contrarrestar la versión fáctica proporcionada por el Ministerio Público, controvertir el fundamento jurídico y, en la parte

[16] Baytelman, Andrés y Duce J. Mauricio, *Litigación penal. Juicio oral y prueba.* Ibáñez, Santiago, Chile, 2007. Pág. 89

[17] Ortiz Ruiz, José Alberto, "*La teoría del caso en las etapas procesales del sistema acusatorio" Segunda edición,* Editorial Flores, México 2015, pág. 6.

probatoria, por el principio de presunción de inocencia puede controvertir los medios de prueba aportados por su contraparte o aportar medios de prueba que apoyen su teoría sobre el caso.[18]

Es así, como la teoría del caso deberá estar integrada por tres criterios de suma importancia, tales como los elementos fácticos, elementos probatorios y elementos jurídicos.[19]

La regla es básica en toda teoría del caso, la historia que se haya creado es la que dominará el proceso, todas las pruebas que se presenten deberán ser funcionales y útiles para dicho proceso, por ello, se debe ser muy cuidadoso con las proposiciones fácticas y probatorias que se presenten y que integren la teoría del caso. Ésta vendrá a explicarle a la autoridad la teoría legal, los hechos que hayan ocurrido en el delito que se anunció y vinculará todos los medios de prueba con los que cuente, dentro de una narración coherente, sencilla y creíble. A partir de esta narración girará todo el proceso, sin embargo, basta con que la autoridad no crea en la teoría del caso presentada por alguna de las partes, para que ésta pierda el juicio.

Cuando la Teoría del Caso va a ser expuesta por las partes que están dentro de un litigio, ésta debe de formularse de una manera sencilla y eficaz, a fin de evitar confundir al tribunal o bien no lograr la convicción del juzgador. Por ello, como lo señala Isabel Maldonado Sánchez la Teoría del Caso se va construyendo en la medida en que se van presentando diversos sucesos o noticias de carácter penal, esto es desde la

[18] González Obregón, Diana Cristal, *Manual práctico del Juicio Oral*, Tercera edición, Editorial INACIPE, México, pág. 115.

[19] Blanco Suárez y otros. *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal".* Ed. Lexis Nexis. 1ª Edición. Chile, 2005. Pág. 19

noticia criminal (ya sea a través de una denuncia o querella)[20]. A partir de que el Ministerio Público tiene conocimiento de la noticia de un hecho que posiblemente configura una conducta delictiva, éste comienza a formular una hipótesis de sobre lo que ocurrió en esa noticia criminal así como indagar quien o quienes pudieron ser los responsables de dicha acción u omisión, así como deberá existir una relación entre los hechos y la norma a fin de que los mismos lleguen a crear plena convicción, debiendo el Ministerio Público cuidar el principio de legalidad al emitir su acusación.

Benavente, señala *"como se aprecia, la teoría del caso no consiste en solamente narrar una historia, desde la óptica de la parte expositora, con la finalidad de persuadir al juzgador; sino que, es, por un lado, la herramienta metodológica por excelencia que tienen las partes para poder construir, recolectar, depurar y exponer su posición estratégica frente a los hechos materia de proceso; y por otro lado, es un sistema o aparato conceptual que permite la articulación de tres niveles de análisis: fáctico, jurídico y probatorio"* los cuales no solamente benefician a las partes, sino también al juez, dado que, se le brindará una carga informativa tal que le permitirá contar con los elementos de juicio y decisión para resolver el conflicto de interés jurídico – penal al cual ha tomado conocimiento.[21]

En el mismo sentido se describe que "La teoría del caso no es simplemente la narración de una historia que expone el Ministerio Público o el defensor para convencer al juez con el fin de que dicte una sentencia conforme a sus

[20]García Herrera, Catarino en Maldonado Sánchez, Isabel. *Litigación en Audiencias Orales y Juicio Oral Penal.* Palacio del Derecho, México, p. 88.

[21] Benavente Chorres, Hesbert. *La aplicación de la Teoría del Caso y la Teoría del Delito en el Proceso Penal Acusatorio y Oral.* Flores Editor y Distribuidor. México 2011. Pág. 31

intereses, ¡es mucho más!, y se conforma de tres elementos: *Teoría fáctica; Teoría jurídica, y Materia probatoria*.[22]

Es así como diversos autores coinciden en que para la construcción de la Teoría del Caso es necesario contar con tres elementos, *Fáctico, Probatorio y Jurídico*, mismos que nos llevarán a construir una teoría real y convincente para el tribunal y obtener el resultado deseado. Describiendo cada uno de estos:

- ***Elemento Fáctico.***

Es el primer elemento para la construcción de la Teoría del Caso, consistente en los hechos que dan cuenta del caso a plantear, permitiendo analizar las distintas circunstancias de tiempo, espacio y modo que concurren en el caso particular. Aquí se debe de hacer hincapié en la necesidad de identificar aquellos hechos que son jurídicamente relevantes y susceptibles de ser verificados y comprobados en juicio.[23]

Es aquella afirmación que haremos para la creación de la Teoría del Caso, con la cual se puede corroborar los diversos medios de pruebas que se vayan a ofrecer dentro del juicio, la finalidad es transmitir credibilidad al momento de la exposición de la teoría del caso, no obstante, acreditar lo que se argumenta con medios probatorios. El lenguaje del juicio, en sus partes más relevantes, es la prueba,[24] por ello cada elemento fáctico, deberá ser probado debidamente a fin de que logremos acreditar el argumento que estemos brindando.

---

[22] Díaz Aranda, Enrique. Claus Roxin. *Teoría del Caso y del delito en el proceso penal acusatorio.* Straf, IIE, México 2015, pág. 512.

[23] Sánchez Lugo, Carlos Felipe en Moreno Holman, Leonardo, *Teoría del Caso,* Ubijus, Argentina, 2012, p. 42.

[24] Baytelman A., Andres y Duce J. Mauricio, *Litigación Penal y Juicio Oral y prueba,* INACIPE, México, 2005, p. 92.

- ***Elemento Probatorio.***

El segundo elemento para la creación de la Teoría del Caso es el *Probatorio*, mismo que está integrado por todos los indicios, evidencias, así como objetos materiales y todos aquellos elementos que nos brinden la convicción para el tribunal acerca de nuestra Teoría del Caso, es decir, todas aquellas periciales que se practiquen sobre los hechos, testimonios, documentos, informes policiales, denuncia o querella y la propia confesión del imputado.[25] Esto es, que todos aquellos medios de prueba que tengan a su alcance tanto el Ministerio Público así como la defensa, serán considerados como elementos probatorios, a fin de sustentar lo que se expone dentro de la teoría del caso, pues si bien es cierto dentro de ésta se desarrolla lo que ocurrió en el hecho delictivo, también lo es, que se deberá de acreditar con medios probatorios lo que se está argumentando dentro de la teoría del caso; no es necesario contar con muchos medios de prueba para obtener un resultado favorable, sino que deberán ser los suficientes y que brinden más fortalezas que debilidades para el convencimiento del Tribunal.

No sirve de nada tener una buena historia de los hechos y un fundamento jurídico completo y bien explicado, si éstos no se relacionan con medio de pruebas que puedan apoyarlos.[26]

- ***Elemento Jurídico.***

[25] Maldonado Sánchez, Isabel. *Litigación en Audiencias Orales y Juicio Oral Penal.* Palacio del Derecho, México, p. 103.

[26] González Obregón, Diana cristal, *Manual Práctico del Juicio Oral*. Segunda edición. Ubijus. 2010. México. p.249.

El tercer elemento para la creación de la teoría del caso, es el *Jurídico*, mismo que alude a todo el derecho aplicable a los hechos del caso en particular.[27]

Es aquí donde se le otorga un cauce legal a la teoría en sí misma.[28]

Será necesario primeramente analizar al tipo penal, el cual deberá ser desglosado en elementos a fin de que con los diversos medios de prueba que cuenta la parte que esté realizando su teoría del caso logre acreditar cada uno de los elementos que va a desglosar del tipo, esto es, que una vez que se tiene conocimiento de la conducta delictiva, el abogado que se encuentra formulando su teoría, deberá de explicarle al tribunal en qué tipo penal es en el que se está fundamentando su versión, así como los elementos del mismo, y cada uno de los elementos deberá acreditarlos de manera fehaciente con los diversos medios probatorios que cuente.

Para la preparación y representación del fundamento jurídico, se debe de seguir un análisis de los siguientes ítems:

> a) Explicar brevemente a qué se refiere el elemento del tipo penal.
> b) Explicar con qué hecho(s) se materializa el elemento del tipo penal y
> c) Explicar con qué medio(s) de prueba se acredita el elemento del tipo penal.[29]

Lo anterior implica, que cualquiera de las partes que se encuentre involucrado dentro de un hecho delictuoso, para la

---

[27] Moreno Holman, Leonardo, *Teoría del Caso,* Editorial Didot, Ediciones Ubijus, Argentina, 2012, p. 42.

[28] Maldonado Sánchez, Isabel. *Litigación en Audiencias Orales y Juicio Oral Penal.* Palacio del Derecho, México, p. 103.

[29] González Obregón, Diana cristal, *Manual Práctico del Juicio Oral*. Segunda edición. Ubijus. 2010. México. p. 250.

creación de la teoría del caso, deberá primero explicar al tribunal lo que el tipo penal implica, para así sustentar con medios de pruebas si se dan los elementos del tipo penal o no, aduciendo cada uno de los medios probatorios con los que se cuenta para acreditar cada uno de los elementos del tipo penal, sin olvidar que sobre la parte acusadora –ya sea la víctima u ofendido o el Ministerio Público- es quien recae la carga de la prueba.[30]

Las partes lo que hacen es basarse en lo que se encuentra descrito por el legislador dentro de la norma, a fin de que la conducta de la que tuvo conocimiento como probable hecho delictivo se encuentra realmente configurada como tipo penal o no, en caso de ser encontrada la conducta establecida como tipo penal, el Ministerio Público o la defensa según sea el caso, deberán de desglosar los elementos del tipo penal y con cada uno de los medios de prueba con los que cuenten deberán de hacer su teoría del caso, donde cada uno argumentará si se da la conducta delictiva o no, explicando en ese momento cada uno de los elementos así como con qué medios de pruebas acredita dichos elementos.

IV. LA FUNCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO EN LA TEORÍA DEL CASO Y LA PROCURACIÓN DE JUSTICIA

En orden de entender el funcionamiento del proceso penal acusatorio y conocer cuáles son las partes que intervienen en el mencionado procedimiento, el artículo 105 de nuestra normatividad adjetiva nacional, señala quienes son las partes que forman parte del proceso penal. La institución del Minis-

[30] Código Nacional de Procedimientos Penales. *Artículo 130. Carga de la prueba: La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal.*

terio Público tal y como lo hacía en el procedimiento penal tradicional continúa como la institución principal persecutora de los delitos, de la investigación de los mismos y del ejercicio de la acción penal, mismo que tiene su creación y fundamento en el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, quien será la encargada de dirigir la investigación de los delitos para acreditar la responsabilidad de los delincuentes y así poder imputar y posteriormente acusar en las etapas correspondientes.

Ahora bien, dentro del Código Adjetivo nacional se crean nuevas obligaciones para la citada representación social, obligaciones fundamentadas en derechos humanos y protección a la víctima u ofendido. El filósofo y jurista John Rawls afirma que "*su propósito es indicar los grandes pasos mediante los cuales una persona puede alcanzar una comprensión y una adhesión a los principios de la justicia, a medida que va desarrollándose en esta forma particular de sociedad bien ordenada*".[31] Y es aquí donde justamente se busca al interior de las corporaciones policiales y a las agencias del ministerio público esa adhesión por la justicia pero, si no se procuran primeramente los cambios en las legislaciones para sentar las bases y principios que habrán de seguirse, podría tornarse difícil el alcanzar ese gran objetivo.

Ese objetivo también quedó plasmado en nuestro Código Nacional de Procedimientos Penales como un deber de lealtad[32] por parte del Ministerio Público y sus auxiliares, de realizar sus funciones de investigación e integración de la carpeta de investigación con estricto apego a la ley, de recibir

[31] Rawls, John. *"Teoría de la Justicia".* Fondo de Cultura Economica. Sexta Reimpresion. Mexico, 2006. P. 417.
[32] *Artículo 128. Deber de lealtad*

y valorar las pruebas aportadas por la víctima y no desperdiciarlas para darle ventaja al imputado, de actuar con toda la transparencia posible, siendo además un factor de avance y no de retroceso al actuar de conformidad con los principios de objetividad y debida diligencia.[33]

En orden de poder entender el desempeño del Ministerio Público dentro del procedimiento adversarial acusatorio, los legisladores tuvieron a bien cuidar que, al tratarse de un sistema que rompe por completo la modalidad en la que se había venido trabajando dentro del sistema tradicional inquisitivo, la redacción de los distintos artículos fuera comprensible y de fácil acceso para todos[34].

El Código Nacional de Procedimientos Penales además de que establece como facultad al Ministerio Público, la investigación y la persecución del delito, lo denomina como un deber de esa representación social hacia la sociedad, quien debe obtener el beneficio de contar con un organismo que lo cobije y proteja de la delincuencia, en orden de poder lograr sancionar al imputado y pueda repararse el daño a la víctima u ofendido. La víctima en el procedimiento penal ha sido siempre la llave que abre los procesos de persecución e integración de los delitos en los cuales se ha visto afectada. Esta figura ha sufrido las consecuencias de dichos procesos al tener que aceptar los resultados que el Estado le ha conseguido,

---

[33] *Artículo 129. Deber de objetividad y debida diligencia.*

[34] Dictamen de las Comisiones Unidas de Justicia y de Estudios Legislativos, Segunda por el que se expide el Código Nacional de Procedimientos Penales, *"Entre las consecuencias más importantes de este método de construcción legislativo estuvo la de distinguir entre proceso y procedimiento penal dentro del Código Nacional de Procedimientos Penales. Lo anterior, a fin de separar las etapas procesales entre aquellas que se rigen por los principios constitucionales establecidos en el artículo 20 constitucional y aquellas que pertenecen a la fase de investigación inicial".*

que, muchas veces no han sido muy favorables hacia su integridad.

Sin la presencia de la figura de la víctima no tendría razón de existir la persecución de los delitos, misma que no se le ha otorgado el lugar que merece ya que las teorías más importantes del delito van enfocadas con mayor frecuencia al imputado. Las circunstancias negativas que afectan a las víctimas aunadas al nuevo sistema adversarial acusatorio, han originado confusión social en aquellas por el desconocimiento de cómo proceder en cuanto a la denuncia, máxime que el delincuente no es aprehendido y si lo es, sale libre por falta de elementos aun tratándose de los delitos anteriormente denominados graves, llegando a decepcionarlas, a cuestionar que los fiscales y policías ministeriales no están haciendo bien su trabajo. Estas situaciones anómalas terminan por convertir a la víctima en víctima de la autoridad misma, al no ser atendida como se debe, al no habérsele reparado el daño que se le ocasionó o simplemente sufrir la indiferencia de la burocracia de las autoridades, dejando de garantizar la protección de sus derechos fundamentales que le son inherentes por su simple condición de ser humano. Sin dejar de mencionar que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 20 apartado C, contempla un apartado específico sobre los derechos de las víctimas, tema que resulta de importancia, pues debe garantizarse durante un proceso penal los derechos fundamentales de las mismas.

Así mismo con la reforma, dicho artículo sufre modificaciones importantes obligando a que el Ministerio Público en su carácter de autoridad se encuentra ahora facultado para la investigación de los hechos delictivos y velando por los derechos fundamentales de las víctimas, tales como la reparación

del daño, de conocer la verdad y procuración de justicia eficaz, así como que sus resoluciones deben ser debidamente fundadas y motivadas, entre otras. Cabe mencionar que estas modificaciones se impulsan con la finalidad de obtener un equilibrio y un apego al principio de igualdad entre los sujetos procesales, específicamente entre el ofendido y el imputado.

Ahora bien, es necesario resaltar la importancia de una bien estructurada teoría del caso, ya que si ésta es deficiente en su contenido, perjudica la función del Ministerio público llegando a violentar los derechos humanos de una procuración de justicia garante, determinando el no ejercicio de la acción penal, la no existencia del hecho delictivo imputabilidad, y más aún cuando realiza actos dilatorios para evitar que se llegue al conocimiento de la verdad fomentando así la impunidad, pues en muchas ocasiones a pesar de tener la posibilidad de hacerse llegar de pruebas fehacientes para integrar la carpeta de investigación y la consecuente imputabilidad por no contar con una teoría del caso bien fundamentada, llega a emitir resoluciones del no ejercicio de la acción penal, resoluciones que inclusive no están debidamente fundadas y motivadas.

V. CONCLUSIONES

Como es manifiesto y que se desprende del código adjetivo nacional, los agentes del Ministerio Público tienen la carga de la prueba y aún bajo el principio de legalidad deben de ejercer la acción penal así como investigar los hechos constitutivos del delito basándose en criterios que permitan llevar a múltiples circunstancias que ayuden a imponer un fin al conflicto penal. Es entonces que el agente del Ministerio Público

es quien debe de coordinarse de manera muy estrecha con los bandos policiales y de peritajes para la rápida obtención de medios de prueba lícitos y que consecuentemente debe analizar cada uno de estos para la adecuada elaboración, depuración y desahogo de su teoría del caso.

No es fácil dirigir y coordinar una labor investigativa que contribuya a construir una teoría del caso eficiente, el deshacerse de los medios de prueba que no necesita y al mismo tiempo contar con el conocimiento para desahogar cada uno de los medios de prueba fundamentado en el sistema acusatorio, las técnicas de litigación y la argumentación objetiva, son solo algunos de los nuevos atributos con los que debe contar en esta nueva era el agente del Ministerio Público. Lo anterior debe de reflejarse en la capacidad de respuesta y que otorgue soluciones ante una sociedad hambrienta de buenos resultados.

Tal y como deriva de las reformas constitucionales en materia de procuración y administración de justicia publicadas en el Diario Oficial de la Federación de fecha 18 de junio de 2008 y 8 de octubre de 2013, se publicó el Código Nacional de Procedimientos Penales el día 5 de marzo de 2014, el cual inició su implementación en todo el territorio mexicano desde el día 18 de junio de 2016 y al mismo tiempo que estableció las normas que han de observarse en la investigación, el procedimiento y la sanción de los delitos, para esclarecer los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que se repare el daño, y así asegurar el acceso a la justicia en la aplicación del derecho y resolver el conflicto que surja derivado de los delitos.

Es así como se analiza que en cuanto a la procuración de justicia podría ser factible la elaboración de un protocolo para

la integración de la teoría del caso para los agentes del Ministerio público e intervinientes en el nuevo sistema de justicia penal, la cual debe ser clara y aplicable y sobre todo debe estar basada en los elementos esenciales del delito, tales como:

I.- Analizar la conducta del imputado o el hecho delictivo. II.- Tipicidad. III.-Antijuricidad. IV.- La Culpabilidad. V.- La Punibilidad.

Es así, como con la creación de un protocolo para la integración de la teoría del caso para los agentes del ministerio público, permitiría favorecer y agilizar la procuración de justicia en favor de la víctima u ofendido, tarea propia de ésta autoridad, en la que permitiría una debida integración de un hecho delictivo y evitar la violación de los derechos fundamentales.

Aunado a lo anterior, será importante establecer que dentro de la integración de la teoría del caso, se tome en cuenta que se debe de realizar una debida interpretación y argumentación jurídica de los hechos que forman parte de la integración de la misma. No obstante de que se deberá vigilar la debida fundamentación para así con ello lograr la persuasión de la autoridad, logrando obtener resultados favorables, en el mismo sentido no se daría materia a que la contraparte debilite la integración debida, siendo de suma importancia que el ministerio público se prepare debidamente en cuanto a temas relacionados con la oralidad, argumentación, interpretación y todo lo que conlleve enfrentar a la contraparte, así como un público que será exigente al que deberá de convencer con su actuar y expresión tanto física como verbal.

BIBLIOGRAFÍA

Aguilar Fregoso, Violet. "Análisis comunicativo de la teoría del caso." Iter Criminis. Revista de ciencias Penales. Instituto nacional de ciencias penales. México, Cuarta Época, No. 21., Mayo-junio 2011.

Baytelman, Andrés y Duce, Mauricio, Litigación penal. Juicio oral y prueba, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2009.

Baytelman A, Andrés y Duce J, Mauricio. Litigación penal. Juicio oral y prueba. Ibáñez, Santiago, Chile, 2007.

Baytelman A, Andrés, et al. en Maldonado Sánchez, Isabel, Litigación en Audiencias Orales y Juicio Oral Penal. Palacio del Derecho, México.

Baytelman A., Andres y Duce J. Mauricio, Litigación Penal y Juicio Oral y prueba, INACIPE, México, 2005.

Benavente Chorres, Hesbert. La aplicación de la teoría del caso y la teoría del delito en el proceso penal acusatorio y oral. México 2012.

Blanco Suárez y otros. Litigación Estratégica en el nuevo proceso penal. Ed. Lexix Nexis. 2005. Chile.

Burgoa Orihuela, Ignacio. El Juicio de Amparo. Editorial Porrúa. Vigésima Edición. México. 1983.

Castellanos, Fernando. "Lineamientos Elementales de Derecho Penal". Editorial Porrúa. México, 1977.

Díaz Aranda, Enrique, *Teoría del Delito (Doctrina, jurisprudencia y casos prácticos)*, Straf, México 2006.

Díaz Aranda, Enrique. Claus Roxin. Teoría del Caso y del delito en el proceso penal acusatorio. Straf, IIE, México 2015.

García Herrera, Catarino en Maldonado Sánchez, Isabel. Litigación en Audiencias Orales y Juicio Oral Penal. Palacio del Derecho, México.

González Obregón, Diana Cristal, Manual práctico del Juicio Oral, Tercera edición, Editorial INACIPE, México. 2014.

Lorenzo Leticia. *Manual de litigación*. Editorial Didot. Argentina. 2012.

Maldonado Sánchez, Isabel. Litigación en Audiencias Orales y Juicio Oral Penal. Palacio del Derecho, México.

Martínez Bastida, Eduardo. *Manual para litigantes del procedimiento nacional acusatorio y oral.* Editorial Raúl Juárez Carro. México. 2014

Martínez Garnelo, Jesús. Derecho Procesal Penal en el Sistema Acusatorio y su Fase Procedimental Oral. Editorial Porrúa. 2011. México.

Moreno Holman, Leonardo, Teoría del Caso, Editorial Didot, Ediciones Ubijus, Argentina, 2012.

Ortiz Ruiz, José Alberto, "Teoría del caso". Análisis y aplicación en los Juicios Orales en México. Editorial Flores. Editorial Flores. 2014.

Ortiz Ruiz, José Alberto, "La etapa intermedia y la teoría del caso" Segunda edición, Editorial Flores, México 2016.

Ortiz Ruiz, José Alberto, "La etapa intermedia y la teoría del caso" en el contexto del Código Nacional de Procedimientos Penales. El éxito o el fracaso del juicio oral. Editorial Flores.

Rawls, John. "Teoría de la Justicia". Fondo de Cultura Económica. Sexta Reimpresión. México, 2006.

Sánchez Lugo, Carlos Felipe en Moreno Holman, Leonardo, Teoría del Caso, Ubijus, Argentina, 2012.

"La teoría del caso", documento preparado por Ana Montes Calderón, PEYAJ USAID y tomado del libro Manual Práctico del Juicio Oral de González Obregón Dina Cristal.

Legislación.

- Código Nacional de Procedimientos Penales.
- Código Federal de Procedimientos Penales.
- Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California.
- Dictamen de las Comisiones Unidas de Justicia y de Estudios Legislativos, Segunda por el que se expide el Código Nacional de Procedimientos Penales.

Páginas electrónicas.

- Diccionario Real Academia de la Lengua Española www.rae.es.

El populismo penal en México. Un estudio desde la enseñanza

Raymundo Miranda Ramírez*

Resumen

Objetivo. Determinar la trascendencia del populismo penal en la realidad social emergente además de conocer la importancia que posee en el ámbito educativo, considerando la diversidad de constructos categóricos conceptuales. Metodología. Se realizó un análisis documental considerando la cartografía conceptual del populismo penal en México tomando en consideración la cartografía conceptual del Derecho. Resultados. La trascendencia del populismo penal en México, es lograr el esclarecimiento de los refrentes conceptuales desde las diferentes perspectivas epistemológicas, además de las consideraciones teleológicas del objeto de estudio. Implicaciones. Considerando las tres últimas décadas del tiempo ordinal, el populismo penal es un referente demagógico en el acontecer de la realidad social, en sentido tal que, la doctrina es limitativa para un esclarecimiento conceptual acerca del fenómeno en comento. Originalidad. Un texto inédito, una vez que, se trata de un estudio individualizado de un fenómeno en particular, tomando en consideración los refrentes conceptuales del mismo. Conclusiones. A partir del estudio, es de reconocer que el populismo penal debe abandonar del discurso demagógico e incrustado en los espacios áulicos, a fin de garantizar que las propuestas legislativas en materia penal, se fundan y motivan en la cartografía conceptual del derecho penal.

* Doctorante en Derecho en la Universidad de Ixtlahuaca CUI, Estado de México. Maestro en Criminología, y profesor de asignatura en el Centro Universitario Atlacomulco, de la Universidad Autónoma del Estado de México.

Abstract

Objective. Determine the importance of criminal populism in the emerging social reality as well as knowing the importance it has in the educational field, considering the diversity of conceptual categorical constructs. Methodology. A documentary analysis was carried out considering the conceptual mapping of criminal populism in Mexico taking into account the conceptual mapping of Law. Results The importance of criminal populism in Mexico is to clarify the conceptual references from the different epistemological perspectives, in addition to the teleological considerations of the object of study. Implications Considering the last three decades of ordinal time, criminal populism is a demagogic reference in the occurrence of social reality, in such a way that, the doctrine is limiting for a conceptual clarification about the phenomenon in question. Originality. An unpublished text, once, is an individualized study of a particular phenomenon, taking into account the conceptual references of the same. Conclusions From the study, it is to be recognized that criminal populism must abandon demagogic discourse and embedded in the aulic spaces, in order to guarantee that legislative proposals in criminal matters are founded and motivated in the conceptual mapping of criminal law.

INTRODUCCIÓN

El fenómeno del populismo penal no es un problema de una zona geográfica determinada o específica, se trata de una situación apremiante en el sur y norte, abarcado el occidente sin descuidar el oriente, lo que atrae el interés generalizado de los actores sociales, debido a la trascendencia generalizada en las diferentes esferas sociales, esto derivado de las implementaciones publicas adoptadas por parte de las autoridades,

debido a que lo emplean como una faceta de impacto social e incluso con un interés político, consagrándolo como una situación demagógica, dejando en el olvido el interés social.

No obstante, el populismo no se presenta de forma similar en todos los casos, ello depende de la integración de y relación de las fuerzas políticas dentro de un Estado. En tanto el discurso debe ser analizado en función de las particularidades de cada país, en relación con las necesidades que pueden observarse en la constitución de la visión sistémica y en la adopción de un determinado lenguaje actuarial.[1] de tal manera, que el populismo no se trata de una situación real, sino de una situación discursiva, que permea la realidad de la nación, de forma peculiar, México.

En este sentido, el populismo penal es una auténtica epidemia en el mundo… en todo Occidente se ha empotrado el populismo penal de modo generalizado. Tampoco es un fenómeno de ahora: al menos desde la década de los ochenta comenzó a hacer una carrera indetenible en Europa y América, y desde entonces llegó para quedarse. [2]En el caso especifico de México, desde finales del siglo XX, encrudecio la fijación por el interés demagógico, al considerar que una promesa de campaña electoral mejora la realidad social preexistente.

Por tal motivo, el populismo constituye un mito que pretende resolver los problemas por la sola magia del discurso y sus representaciones. Promete un supuesto acercamiento del

[1] Arteaga Botello, Nelson. Administrar la violencia: racionalidad, populismo y desincorporación de la punición en México. Revista Espiral. Estudios sobre Estado y sociedad, México, Vol. VIII, Núm. 24, 2002. P- 38.

[2] Velandia Montes. Rafael. Del populismo penal a la punitividad: la política penal en Colombia en el siglo XXI. Revista Colección Jus penal. Colombia. Núm. 16, 2017, p. 5.

pueblo al poder político, garantizando lo imposible: la esperanza de representarlo todo, de encarnar el pasado, la tradición, la nación, la continuidad histórica, involucrando al mismo tiempo el cambio y la modernización plena hacia el futuro. [3]lo que constituye un discurso apegado esencialmente a la realidad de México, en cuanto a la serie discursiva empleada por los actores políticos.

Extrapolando este término al espacio disciplinar de la seguridad ciudadana, se han venido encontrando con mayor frecuencia análisis con respecto al interés de políticos y gobernantes por mantener su popularidad en encuestas o en aumentar la preferencia de voto a su favor por medio de propuestas consistentes a castigos más fuertes y represión que se resumen en medidas como el incremento de penas, la eliminación de la prisión preventiva, la reducción de la edad de imputabilidad penal, el encarcelamiento a autores de delitos menores, la eliminación de los mecanismos de caducidad penal, la reducción de penas y el visado a extranjeros o la pena de muerte.[4]

Por ende, el pluralismo penal se manifiesta como un constructo categórico conceptual en el ámbito penal, en este sentido, el Derecho penal, es científico, racional, pero profundamente humano, sin embargo, a partir de la inflación legislativa de las leyes penales producto del poder hegemónico legislativo en la construcción de leyes, que además tiene un carácter eminentemente político, poco a poco se ha ido alejando de sus propios principios y fundamentos, gradualmente deja de

[3] Muñoz Tejada, Julián Andrés. Populismo punitivo y una nueva verdad construida. Revista Nuevo Foro Penal. Núm 72, 2009, p. 26.

[4] Goméz, Andrés, ¿Populismo penal o falta de creatividad? URVIO, Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana, Programa de Estudio de la Ciudad. Núm, 11. Ecuador, 2012, p. 7.

ser un instrumento garantizador de los derechos fundamentales.[5]

I. ¿QUÉ ES EL POPULISMO?

Las investigaciones desarrolladas durante el siglo XXI, sobre la importancia del populismo penal como refrente de la ciencia jurídica, de manera especifica del Derecho Penal, se han implementado acciones politico-electorales que manifiestan de forma inmediata, el interes de lograr el poder punitivo y de alcance proximo el lograr un triunfo en una contienda electoral, mediante manifestaciones demagógicas convivncetes hacia las masas sociales, por lo que es indispensable, la manifestación de propuestas reales y concretas en cuanto a las penas, medidas de seguridad y sanciones que se han de imponer a los infractores de la ley penal, salvaguardando lo fundamentado en la Carta Magna, a fin de garantizar los bienes juridicos tutelados.

Es posible efectuar alguna clasificación provisoria de las características de estos movimientos. En primer lugar, muestran una pérdida de vinculación entre los contenidos simbólicos y operativos de las leyes penales. En segundo lugar, existe un resultado de suma cero en los propósitos del castigo penal. Por último se percibe "una paradójica política de desconfianza en la legislación penal".[6] Lo que trae consigo solo un serie discursiva, basada en la demogogia partidista, dejando de lado la punicion del Estado, para el

[5] Quenta Fernández, Javier. El populismo del Derecho penal. (La necesidad de racionalizar las leyes punitivas federales. Revista Jurídica de Derecho. Vol. 5. Núm. 6, p. 134.

[6] Beade, Gustavo. A. El populismo penal y el derecho penal todoterreno en la Argentina, en la obra Inculpación y castigo. Argentina, sin fecha, p. 113

logro del anhelo social, la reinserción social del opositor de la ley penal.

Al respecto, Laclau (1987) refiere que si el populismo es aquella dimensión de ciertos discursos políticos que los construye sobre la base de dicotomizar ciertos espacios sociales, ella puede ser adscripta a los contenidos ideológicos más diversos. Hay populismo siempre que las identidades colectivas se construyen en términos de una frontera dicotómica que separa a "*los de arriba*" de "*los de abajo*".[7] No obstante, la realidad afronta la situacion gerencial de lo discursivo, lo que permea al momento de poner en movimiento a los actores sociales frente al Estado ante una situacion de conflicto o bien, de una cuestion de control social.

Un tópico remanido en los trabajos dedicados al populismo aconseja comenzar diciendo que es un término resbaladizo, polisémico, poco claro, confuso, porque se refiere a un fenómeno no bien delimitado ni fácilmente delimitable, enigmático, con muchos elementos convergentes y difíciles de discriminar. Quizá la expresión que resumiría, sintéticamente, estas dificultades sería: ambigüedad. Y es que la ambigüedad constituye característicainherente a los fenómenos y a la retórica populista. Por ende, afecta directamente a la terminología y a la dimensión ideológica correspondiente. Ambigüedad en cuanto a la transformación efectiva de la situación socio-política o pura apariencia. Ambigüedad en cuanto a la exigencia de participación de la ciudadanía en la vida política o pura apariencia.

[7] Retamozo, Martín, La teoría del Populismo de Ernesto Laclau. Una introducción. Revista Estudios políticos. Novena época. Núm. 41. 2017, p. 165.

Afirma BOTTOMS que se puede hablar de populismo punitivo, cuando el uso del derecho penal por los gobernantes parece guiado por tres asunciones: que mayores penas pueden reducir el delito; que las penas ayudan a reforzar el consenso moral existente en la sociedad; y que hay unas ganancias electorales producto de este uso.[8] De esta concepción, se derivan dos vertientes, la política criminal, que busca una resocialización y la segunda, una corriente de control social, que ghace valer el Estado para consolidar su poder y su marcacipon social, en cuanto a la dominación preexistente, al interior de la sociedad.

Es importante señalar que un cambio de paradigma en cuanto al Derecho punitivo, permea en las aristas de la sociedad actual, trayendo consigo la importancia de las (Velandia, 2012)propuestas legislativas reales y dejar de lado las pretensiones demagógicas de los diferentes actores enfatizando las potencialidades de las personas, las expectativas sociales con respecto a la convivencia y el aporte a la justicia social. Para ello construye la categoría de distancia social, que permite focalizar los efectos de la diferencia social en el entendimiento "moral", como zona inestable y variable, que refleja la desigualdad y la fragilidad de la identidad social: [...] mientras que la frustración, el miedo y la ansiedad son elementos que potencian la agresividad [...] Cuando la dinámica de la violencia ha sido puesta en marcha, la distancia social se acentúa, con lo que el ciclo vuelve a comenzar

[8] Castaño. Pablo. ¿Otra política de penal es posible? Un estudio sobre la viabilidad de una política criminal alternativa al populismo penal. Revista de Estudios penal y criminológicos. Vol. XXXIV, 2014, p. 569.

profundizando el miedo y expandiendo los recursos disponibles para enfrentarla, paradójicamente, con más violencia.[9]

Actualmente hay un uso recurrente del Derecho Penal como instrumento estatal para enfrentar conflictos sociales variados. Modificaciones legislativas son hechas sin consideración a su necesidad y eficacia y se busca satisfacer intereses particulares, no la solución de conflictos sociales. Un actor de primer orden, aunque no el único, en el uso excesivo del Derecho Penal está constituido por los políticos, que, en busca de prestigio político con fines electorales, continuamente formulan propuestas de reforma legal que aumentan el campo de acción del Derecho Penal. Este aumento genera consecuencias negativas como sobrecarga de trabajo y un mayor desprestigio a una ya congestionada y bastante desacreditada justicia penal. Esta tendencia, denominada populismo penal.[10]

En este sentido, se refieren a que el Derecho penal ha dejado de lado su fín último, la reparación del daño, el establecimiento de una pena real y justa, por lo que, el término de populismo penal, se ha empleado para referirse a una de las particularidades del tratamiento de la cuestión criminal en nuestra modernidad tardía, específicamente destacan la forma en que la política criminal irrumpe en la escena electoral como coto de caza a la hora de dirimir contiendas políticas. Efectivamente, los discursos de mano dura y tolerancia cero posicionan a ciertos actores políticos, mediáticos, judiciales y académicos y traccionan la discusión

[9] Massé Narvaéz, Carlos. En busca de la seguridad perdida. Revista Espiral. Estudios sobre Estado y Sociedad. Vol. XI. Núm 33. 2005, p. 204.

[10] Velandia, Rafael. Delincuencia sexual y populismo penal en Colombia. URVIO. Revista Latinoamericana de seguridad ciudadana. Quinto. Núm. 11. Ecuador, p. 19.

en torno a las cuestiones referidas a la inseguridad, un tema controversial de carácter multicultural que tiene su etiologia en el mismo pluralismo jurídico vigente.

Lo anterior atiende al fenómeno en estudio, el populismo penal en México, toda vez que se trata de una situación compleja ante la situación jurídica por la que atraviesa la sociedad mexicana, ante situaciones emergentes en las que el discurso no concuerda con las acciones, además de solo perseguir una situación mediática a los problemas reales o incluso en el que las sanciones y penas están situadas a encrudecer la situación del problema e incluso se emplea el discurso para generar un convencimiento en la sociedad, sin remediar de fondo el conflicto presentado.

II. CONSIDERACIONES EPISTÉMICAS DEL POPULISMO

Las líneas de investigación coincidentes con el populismo penal en países como España, Colombia, Argentina y Costa Rica en los que investigadores como Beade (s/f); Fernández (2018) Montes (2018); Narvaéz (2005); Tejada (2009),entre otros más, han desarrollado investigaciones respecto al populismo penal, el Derecho penal y el poder punitivo del Estado, considerando que se trata de una replica del populismo político existente, que es empleado por los acrtores políticos que mediante el discurso demagógico, aspiran a ocupar un espacio dentro del Estado, mediante una contienda electoral.

Aportar una visión de conjunto del fenómeno del populismo punitivo, poniéndolo en relación con otros modelos de política criminal y con especial referencia a nuestro país. A este objetivo dedicaremos la primera parte de nuestro estudio, en la que presentamos una tipología de los principales

modelos de política criminal que coexisten en los países occidentales en la actualidad. Para definir los modelos tendremos en cuenta, por un lado, la vertiente procedimental de la política criminal; quién la diseña y cómo y por otro, la vertiente sustantiva, es decir, qué contenido tiene esa política.[11]

De esta forma, los referentes categóricos conceptuales del populismo penal radican, esencialmente, en el discurso conferido en los políticos que aspiran a ocupar una cargo de elección popular, lo que transforma una necesidad social en una bandera de credibilidad revestida de falacias, que establecen realidades sociales creíbles, trayendo consigo un conformismo social heterogéneo, consolidando una categorización de necesidades que son empleadas por los actores de la política para generar un compromiso social infundado, como bandera de una contienda política,

El primer modelo lo denominamos, correccionalismo tecnocrático, es la política criminal propia del Estado del bienestar, en la que los expertos tienen un papel protagonista en el diseño de una política criminal teóricamente orientada a la resocialización de los delincuentes. (Castaño, 2014, pág. 565), es decir, creer en el sistema, es lo de hoy, el propio Estado crea las instituciones de gobernabilidad para la sociedad, mediante las cuales se genera un control social estandarizado, que permite al Estado, confrontar la realidad mediante programas, políticas y estrategias de dominación general, ahuyentando la rebelión y el motín, consolidando con ello la pasividad y conformismo social.

A continuación, estudiamos el populismo punitivo, al que ya nos hemos referido; los gobernantes emplean continuamente conceptos como alarma social e inseguridad ciudada-

[11] Castaño. Pablo. Op. Cit. Nota 9 p. 565

na para justificar las sucesivas reformas que endurecen la política criminal, con la intención de obtener beneficios electorales y con un destacado protagonismo de los medios de comunicación de masas.[12] Empleado por los actores políticos del Estado para referenciar sus compromisos electorales, generando un vacío eminente, en su realidad de contienda, lo que ha generado un hartazgo social homogéneo, logrando una ambigüedad bivalente en la realidad social preexistente.

El populismo punitivo se puede entender como las propuestas de aumento de penas o creación de tipos penales con fundamento en argumentos materialmente persuasivos, pero inadecuados frente a los principios penales de un Estado social y democrático de derecho. (Moya, 2014, pág. 19) resultando la necesidad de interrogarse sobre ¿Cuáles son las consecuencias del populismo punitivo?, lo que trasciende, de forma significativa, al determinar qué es populismo punitivo, el uso de éste en los medios de comunicación y las consecuencias que acarrea como la inseguridad, expansionismo y desproporcionalidad de las penas, generando un incremento de penas o creación de nuevos tipos penales en la legislación, propiamente en México.

En este sentido, el populismo punitivo, es un referente categórico habilitado durante l siglo XX en México, a partir de situaciones político-electorales a través de compromisos de campaña que se traducen una realidad social al momento de confrontarse con el poder, por lo que el Estado y sus actores hacen uso del sentir de la sociedad para escudarse en promesas que no han de cumplir, *contrario sensu*, se cumplen haciendo un sistema inquisitorio, rígido, sin miras a la protección de los derechos humanos, máxime si se encuentra en

[12] Castaño. Pablo. Op. Cit. p. 566

un Estado de Derecho como el sistema jurídico penal de México.

Finalmente, definimos el modelo de la justicia restaurativa, que se caracteriza por la participación de diversos sectores sociales en una política criminal caracterizada por una reducción del uso de la prisión, el desarrollo de las penas no privativas de libertad y el recurso a métodos alternativos de resolución de conflictos.[13] En *lato sensu*, desde una perspectiva sistémica, la sociedad mexicana cree en el sistema de justicia a través de las diferentes aristas de la realidad social, por ende, desde una perspectiva globalizadora, el populismo penal, encuentra sus raíces en la idiosincrasia de la sociedad mexicana.

Desde esta perspectiva Wacquant expone en varias de sus obras referidas que el populismo punitivo es uno de los factores sustentadores clave de la racionalidad sistémica del neoliberalismo, e incluso lo analiza no como una consecuencia de éste, sino como una imperiosa necesidad estructural para su implementación, desarrollo y supervivencia. Se trata de consolidar un determinado proyecto político para un mundo globalizado y transnacional. Gobernado, indirectamente, por una tecnoestructura que ha edificado, con el auxilio entusiasta de élites políticas e instituciones reguladoras tipo FMI[14], unas concretas relaciones económicas y políticas entre mercados, Estados y ciudadanía.[15]

[13] Ibidem. p. 568.

[14] Fondo Monetario Internacional, Se trata de una entidad de carácter internacional que busca impulsar la cooperación financiera y el comercio a nivel mundial.

[15] Anton Mellon, José y Anton Carbonell, Elisenda. Populismo punitivo, opinión pública y leyes penales en España (1965-2016). Revista Internacional de Pensamiento Político. Vol. 12. Primera época, 2017, p. 136.

En concordancia, con lo anterior, es necesario establecer que fenómeno del populismo penal, no es reciente, más bien ha encontrado su auge en los últimos treinta años en nuestro país, incluso organismos internacionales, apoyan la idea un populismo como brecha para remediar la situación de la nación, e incluso generan inversiones millonarias para la aparente solución del problema o conflicto n particular, un ejemplo claro en nuestro país, es el haber colocado un género, a la privación de la vida, e incluso endureciendo las penas y sanciones (feminicidio), trayendo consigo un incremento a la comisión de dicho fenómeno, incrementar a 70 años para el mismo actuar, siempre y cuando se configuren los elementos positivos y negativos de la conducta e incluso penas que rebasan las tres cifras y no funcionan e incluso se ha llegado a escuchar, el renacer la pena de muerte, un discurso populista, movedor de grandes masas, nada cambia todo sigue igual.

III. POPULISMO PENAL Y CASTIGO PENAL

Entonces, el populismo penal, busca castigar y control a la sociedad; el populismo punitivo busca volverse más severo contra el crimen, da un papel protagónico a las víctimas y propone medidas populistas y politizadas, con el objetivo de hacerle frente al delito liderando la adopción de leyes penales. Estas medidas son populistas porque privilegian la opinión pública por encima de las visiones de expertos y elites profesionales. Son politizadas, al ser formuladas por comités de acción y consejeros políticos en vez de haber sido propuestas por investigadores y académicos.

Si se piensa que el populismo penal representa un ataque al vinculo establecido desde hace mucho tiempo en la razón y el castigo moderno, esta ha sido el preludio de la forma en el

que un populismo político más fluido ahora a amenaza con poner fin a la razón, piedra angular de la modernidad penal. Este cambio del populismo penal al político ha sido acelerado por dos factores interconectados, la crisis global del 2008 y el movimiento masivo de los pueblos en todo el mundo, así que el debate sobre el populismo en la edad moderna continuara derivado de las consecuencias que trae consigo, atendiendo al castigo y las implicaciones del discurso político.[16]

Como referente categórico el populismo penal, encuentra diversas bifurcaciones en cuanto al sentido de interpretación, máxime, si se trata de una postura de castigo social, en este sentido se deben analizar en detalle tres factores ideológicos y políticos consustanciales al populismo punitivo; a saber: (1) la transformación del papel asignado a la cárcel de una institución rehabilitadora a otra exclusivamente represora; (2) la magnificación de la importancia de la opinión de las víctimas, y (3) la politización y el uso electoral del tema de la inseguridad. Esto se ilustra con ejemplos paradigmáticos de crímenes mediáticos, opinión pública y reformas penales.[17]

Ante esta situación, el populismo penal, no busca el castigo del infractor, sino endurecer las penas a través de un proceso legislativo exprés, el cual reviste sus motivos en una realidad existente, pero infundada encontrando motivos en un acontecer diario, pero dejando de lado una verdadera reforma, máxime en materia penal, naturaleza ríspida y escabrosa, debido al precedente existente sobre el sistema de jus-

[16] Pratt, John y Miao, Michelle. Populismo penal: el fin de la razón. Revista Nova Criminis. Vol. 9. Núm. 13. 2017, p. 34.

[17] Anton Mellon, J. A, Alvarez, G Y Rotshtein.P.A. populismo punitivo en España (1995-2015): presión mediática y reformas legislativas. Revista Española de Ciencia Política. Núm. 34. España. 2017, p. 13.

ticia mexicanos, plagado de arbitrariedades, corrupción e inoperancia, lo que trae consigo, solo palabras y no hechos.

Razón por la cual, el populismo penal debe abandonarse de tajo, en las cuestiones político electorales y situar al populismo como base en la exposición de motivos de las reformas en materia penal, por lo que es menester contrastar las siguientes interrogantes, ¿Son las estrategias políticas que usan el castigo como bandera electoral? ¿Es el impacto de teorías conservadoras sobre la necesidad de controlar la sociedad usando la seguridad y el Derecho Penal como herramienta? ¿Es una persecución política intencionada contra las clases más pobres? ¿es fruto de los cambios que ha traído consigo la modernidad tardía?[18]

De tal manera que el populismo punitivo, emerge como una necesidad de la sociedad que es empleado por actores políticos como estandarte electoral, en verdad el populismo se puede interpretar de otra manera. ¿No se debería plantear que con o sin el carisma de un líder, y cualquiera fuese su relación efectiva con la idea de un gobierno del pueblo por el pueblo, tomado según las circunstancias en una acepción hostil a las élites o en una perspectiva de simple parecido étnico entre gobernados y gobernantes, el populismo sólo se distingue netamente de las otras corrientes políticas, por prestar un oído particularmente complaciente y por el eco poderoso que otorga al sueño popular de abolir, finalmente, la barrera que siempre separó a los de abajo, los gobernados, de los de arriba, los gobernantes? Se trata lamentablemente de una ilusión adicional. Ilusión del analista, quien asume que el

[18] León Tamayo, Fernando. La limitada capacidad dl concepto de populismo punitivo como herramienta de interpretación del sistema penal colombiano. Revista Criminalidad. Vol. 3. Núm. 58, Colombia, 2016, p. 23.

grueso de la humanidad aspira a ejercer el poder que la democracia le promete, o al menos influenciarla de cerca.[19]

Es indispensable que nuestro debate se extienda hacia la identificación de las condiciones de esta tendencia penal, que han generado los escenarios latinoamericanos y cuáles son los efectos. Estos pueden verificarse en los cambios en la forma de sentenciar o en el cambio de población encarcelada. Las únicas referencias que se tienen de esos efectos es el volumen del encarcelamiento. Por otro lado, respecto a las condiciones que han hecho posible el surgimiento del populismo penal, encontramos una especie de enfoque bastante limitado.[20]

El populismo penal, busca revertir la perspectiva disuasoria que el Estado mexicano ha confrontado por décadas ante la sociedad, sus integrantes han confiado plenamente en su actuar, sin embargo, ante la realidad que se vive, los mexicanos critican dicha actuación, expresando que se trata de un acontecer politizado, en el que los gobernantes emplean su estandarte para convencer a las masas.

Hay muchas interrogantes que van desde las relaciones de partidos políticos en el contexto de la transición a la democracia en nuestros países, o del problema del delito y la pena, hasta preguntas acerca de la transformación de los medios de comunicación de la mano de su mercantilización y privatización. Por ende, la manera en que los medios de comunicación se relacionan con el problema del delito y la pena. Creo que

[19] Hermet, Guy. El populismo como concepto. Revista de ciencia política. Vol. XXIII. Núm. 1, 2003, p. 10.

[20] Gómez, Andrés y Proaño, Fernanda. Entrevista a Máximo Sozzo: ¿Qué es el populismo penal? URVIO, Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad. Núm. 11. 2012, p. 119.

ahí hay otros campos de exploración que son igualmente importantes para determinar en qué consiste esta tendencia. [21]

IV. POPULISMO Y CONTROL SOCIAL

Uno de los contextos especializados de la sociedad moderna es la discrepancia entre el comportamiento de los sujetos y las normas reguladoras, considerando que se trata de una realidad emergente, en el que la practica legislativa en materia penal, se encuentra bajo las bases de la demagogia partidista, además de un sólido posicionamiento del populismo, el cual es empleado como bandera de aceptación social, lo cual propicia un control social, debido a que cautiva el interés de los mismos, convenciendo a los hombres de que endurecer las penas o estereotipar al que comete una conducta antisocial o bien establecer un género en un delito para cambiar la realidad, pero, se trata de solo una serie discursiva, basadas en el populismo.

Resulta casi inevitable que el canal institucional por el que se instrumentan las pretensiones punitivas de una sociedad se encuentre en una constante inestabilidad, con signos de permanente provisionalidad. Esta cuestión se ve reflejada como una crisis del derecho penal contemporáneo, que parece no cuestionar la idea rectora sobre los límites del ius puniendi, sino que se deriva de la tensión expansiva a que se está sometiendo el derecho penal para afrontar exitosamente la lucha contra una criminalidad que se afirma en franca expansión.[22]

---

[21] Idem.

[22] Traverssa, Ramiro. Neopunitivismo y control social. Reflexiones sobre la represión selectiva de la política populista. Revista Panorama. Vol. 8. Núm. 15, 2014, p. 133.

Conllevando, a una realidad en la que endurecer una pena o establecer medidas de seguridad drásticas cambiara el panorama social, quedando en una situación de indiferencia y dominación por parte del Estado, que lejos de un desplazamiento absoluto de su significación, el significante populismo deviene polisémico porque una amplia serie de situaciones han sido sucesivamente designadas con tal nombre. De allí que al lanzar nuevamente al ruedo el término estemos evocando un contradictorio conjunto de ideas que se ha ido sedimentando con el transcurso del tiempo, ideas que siempre pueden ser unilateralmente actualizadas.[23]

Emerge una realidad, en la que el Estado convence a la sociedad a través de endurecer penas y castigos, tipificando conductas delictivas estableciendo un genotipo o bien proponer leyes que restringen un derecho o bien una determinación de actuar, por lo que el sendero es difuso, además de generar oscurantismo en la ciencia jurídica penal, derivado de las implicaciones que tiene el control social ejercido por parte del Estado a partir de sus instituciones y el marco normativo vigente, dejando de lado la naturaleza del *ius puniendi*, es decir, claridad y certeza al momento de aplicar lo que dicta la adjetividad penal.

En este sentido, la ley penal creada por el Estado mexicano, durante los últimos 20 años, ha sido postulada a partir del populismo y la demagogia existente, generando un control social estandarizado entre los sujetos, porque más que un ideal legislativo reformador, se cimenta en ideas ambiguas y poca claras que convencen a la población mexicana, de una

[23] Aboy Carles, Gustavo. Repensando el populismo. Ponencia preparada para el XXIII Congreso Internacional, departamento de Política y Gobierno. CONICET. Washington DC. 2001, p.2.

situación particular, quebrantar la ley penal, con pleno conocimiento de causa, estableciendo una desobediencia estándar hacia el derecho penal y concibiendo al delito con normalidad y alejándose de la prevención social.

De igual forma, Salazar Ugarte menciona que al término populismo dificulta su utilización sin reservas para referirse de manera conjunta a los fenómenos políticos que, en alternativa a la democracia real han cobrado fuerza (con formas y matices variados) en la región, pero tengo la impresión que es el término que se ha venido imponiendo para denominarlos.[24], así la dominación del Estado emerge *contra natura*, debido a que se olvida de la naturaleza humana y se convierte en una realidad opresora, represiva, violadora de derechos humanos, situándose en una realidad punitiva demagógica estandarte de las elites políticas que buscan el triunfo una contienda electoral

Generando consigo un hartazgo social, que busca las limitantes con las que sirve el Estado, con la salvedad de involucrar a los actores sociales en cada una de sus actuaciones, haciendo posible la creencia en las instituciones judiciales, garantizando, de esta manera que el Estado es quien protege y salvaguarda los intereses de la sociedad, logrando con ello, que el carácter polisémico del populismo se adentre al Derecho penal a fin de garantizar que se están protegiendo los bienes jurídicos tutelados de forma fáctica, dejando de lado, la cuestión formal de carácter sustantivo y adjetivo de la ley

[24]Salazar Ugarte, Pedro. La democracia enjaulada (entre el populismo y el elitismo) en Aibar, Julio y Vázquez, Daniel. (coordinadores) Política y sociedad en México entre el desencuentro y la ruptura. Editor FLACSO. Facultad Latinoamericana de Ciencias sociales, México, 2008, p 102.

penal, e incluso, imposibilitando la correcta aplicación de los ordenamientos en comento.

El uso que se pretende hacer aquí no es el de una forma de gobernar o una estrategia política basada en la descalificación global de toda la clase política anterior, y en el propósito de gobernar para el pueblo realizando una política económica estatista y redistribuidora que a menudo toma una forma clientelar.[25] Más bien, se trata de estudiar la trascendencia que tiene la tendencia populista con relación al derecho penal, en razón de las propuestas legislativas que abanderan a los candidatos a una elección popular.

V. DERECHO Y CONTROL SOCIAL

El populismo como una corriente de pensamiento pretende ser explicado desde diferentes aristas lo que conlleva a realizar una análisis exhaustivo que permita dirimir la realidad del derecho penal en razón de la vertiente populista que pretende consolidar un marco normativo represor de las conductas antisociales mediante el incremento de penas y sanciones para delitos de alto impacto o incluso separar las conductas por género (feminicidio), realidad que no ha cambiado, *contrario sensu*, se encrudeció la comisión de estos delitos, no importando la penalidad impuesta por su comisión.

En este sentido, Laclau refiere que todo proceso de cambio social rápido y pronunciado disrumpe la institucionalidad vigente, procura reconfigurar una nueva sobre la cual apoyarse y legitimarse y reordenar el campo político. La ruptura populista, en el sentido que le atribuye Ernesto Laclau, vendría a constituir aquel fenómeno que se despliega como

[25] Paramio, Ludolfo. El regreso del Estado: entre el populismo y la regulación. Revista del CLAD. Reforma y Democracia. Núm. 42. 2008, p. 36.

resultado de la dislocación del orden social, la sobrecarga de demandas insatisfechas y la incapacidad del sistema institucional vigente para absorberlas,[26] generando con ello una transversalidad ante la oleada de criminalidad que acosa al país, por lo que es necesario dejar las propuestas demagógicas y aclarar la norma penal vigente.

El problema es que esta estrategia política conduce de forma natural a tratar de redefinir las reglas del juego político, a través de una Asamblea Constituyente, para crear nuevas instituciones democráticas, supuestamente más representativas de los intereses

populares, y para, en el mismo movimiento, eliminar las posiciones de poder que los partidos anteriores conservaban en las existentes. Hacer tabla rasa de las instituciones anteriores, sin embargo, tiene varios riesgos.[27]

En este sentido, el Derecho en general busca la armonía y la paz social como razón teleológica, el derecho es, primordial y principalmente, obrar humano social rectificado por la justicia y las leyes, facultades, decisiones o saberes que con él se vinculan merecen esa denominación a causa de su intrínseca vinculación con esa realidad primaria14. Se puede apreciar que la obra justa del ser humano es el fundamento de cualquier otro concepto relacionado al Derecho. El núcleo esencial del Derecho no sería, entonces, las leyes, sino los hechos de la realidad, la eficacia real.[28]

---

[26] Stoessel, Soledad. Los claroscuros del populismo. En Laclau, Ernesto. La razón populista, Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires, 2005, p. 39.

[27] Paramio, Ludolfo. Op. Cit. Nota 25, p. 40.

[28] Comisión De Publicaciones. La influencia del populismo en los modelos tradicionales de creación y aplicación del Derecho. Revista Derecho y Sociedad. Núm. 48. 2017, p.260.

Lo que dirime, una razón esencial en cuanto a la realidad jurídica penal y las implicaciones que trae consigo el populismo como una vertiente del pensamiento jurídico, con relación al actuar del hombre en un contexto social en el que está presente un acaloramiento de las masas sociales, a fin de consolidar el actuar del Estado frente a las conductas delictivas protagonizadas por los sujetos activos, por consiguiente, se debe reflexionar sobre la justicia penal en virtud de la seguridad pública.

Entre el sentido común y los populistas habría una unitaria y orgánica concepción del pueblo: una comunidad cuya original armonía y coherencia habrían sido violentadas por sus enemigos. Tenemos entonces que, en esta retórica, el pueblo, entendido como las masas populares de clase baja, tiene un enemigo, los opresores de la clase alta. Los populistas nacionalistas además incluyen a las grandes potencias como enemigos que usurpan nuestra soberanía. En sí, el pueblo es visto como un grupo noble y moralmente correcto, en oposición a sus enemigos, por lo que su lucha es correcta.[29]

Derivado de lo anterior, el populismo comparte la desconfianza marxista en la democracia representativa. Los populistas siempre han prometido devolver el poder al pueblo y ven la democracia representativa como falsa y al servicio de las élites que gobiernan en nombre del pueblo, pero sirviendo a sus intereses particulares,[30] por lo tanto, para el logro de un estado de derecho se debe estar frente a un a estado de bienestar que genere la confianza de la sociedad hacia las instituciones de administración de la justicia en México.

[29] Ibidem. p. 261.

[30] Arenas, Nelly. Carlos de la Torre: populismo y democracia. Cuadernos del CENDES. Vol. 27. Núm. 73. 2010, p. 171.

VI. CASTIGO Y CONTROL SOCIAL

En la sociedad disciplinaria surge una economía política del cuerpo en la que se deja el castigo de las sensaciones y se pasa a un castigo del alma de los individuos. De singular importancia son los análisis de Foucault sobre casos institucionales, cómo la modernidad les dio a las instituciones un papel fundamentalmente organizativo de la sociedad y construyó el cimiento para la vigilancia continua de las personas alojadas en ellas. Evidencia el estudio de la metamorfosis de los métodos punitivos a partir de una tecnología política del cuerpo, en la que pueda leerse una historia común de las relaciones de poder y de las relaciones de objeto.

La conducta humana se encuentra sometida al control social, entendiendo por este los mecanismos que operan desde la definición hasta la supresión de comportamientos calificados como delictivos o desviados. La activación de agencias formales e informales con relación a conductas desaprobadas y la respuesta sancionatoria implica una forma de castigo, en la medida en que llevan aparejado algún tipo de privación, en el proceso de socialización se fijan la valoración de las conductas y los tipos de respuesta para graduar el castigo, lo cual sugiere alguna forma de estandarización de las conductas censurables y de los castigos en los procesos de control social. [31]

Lo que trae consigo que la percepción de la sociedad respecto de la finalidad del Estado en cuanto a la imposición de penas y medidas de seguridad, atiende esencialmente, al po-

[31] Monsalve Briseño, Yoana. Control social y castigo: percepción del castigo en funcionarios policiales venezolanos. Cuaderno CRH. Vol. 23. Núm. 60. 2010, pp. 511-523.

pulismo penal, pues encierra un número considerable de paradigmas y constructos categóricos, sin enfatizar que las reformas en los últimos 20 años en materia penal han atendido lo relacionado al movimiento social masivo, lo que le ha permitido a la ciencia jurídica penal, estar en la observancia de las miradas internacionales.

Lo anterior, esta fundado en las reformas que se hacen no solo en materia penal, objeto de este estudio, sino en todas áreas del Derecho, lo que permite estudiar las implicaciones que trae consigo el populismo penal, salve, casos en contrario, en los que se determina el incrementar las penas y sanciones, dejando de lado lo establecido por Foucault, con relación al castigo por la comisión de una falta, es decir, atender el principio de proporcionalidad y estricto derecho en cuanto a la comisión de un ilícito y la sanción que debe aplicarse por dicha falta.

VII. METODOLOGÍA

Para la presente investigación, se implementó un estudio cualitativo bajo un análisis documental, el cual es conjunto de operaciones encaminadas a representar un documento y su contenido bajo una forma diferente de su forma original, bajo un proceso de comunicación, transformación y analítico-sintético en el cual intervienen el documento, el sujeto y el proceso para realizar la abstracción de la información. En este sentido, el análisis documental consiste en buscar y seleccionar documentos que se abordasen en el populismo penal en México a partir del Google Académico y otras plataformas digitales para su posterior análisis bajo los ejes claves del estudio. En este sentido, en el presente estudio se analiza la información bajo un enfoque analítico-sintético referente a las

implicaciones relacionadas con el populismo penal en México desde el enfoque de la enseñanza.

VIII. RESULTADOS

Derivado del análisis documental en cuanto al estudio del populismo penal en México, es determinante considera la trascendencia del fenómeno estudiado en cuanto a que de dicho trabajo de investigación se retoman aportes epistemológicos, teóricos y académicos de tratadistas que enuncian cual es la importancia del empleo del populismo en las diferentes esferas sociales, en este sentido, la consideración en la enseñanza, nos remite a las consideraciones entre los actores de la educación, máxime cuando el estudiante, focaliza su atención en una reforma por adición, dejando al olvido las repercusiones que tiene una problemática de esa naturaleza.

Las políticas de modernización conservadora en educación son el resultado de la alianza entre neoliberalismo y neoconservadurismo, consolidada en la última década. Estas políticas utilizan un discurso populista y banalizador que despolitiza las decisiones educativas y evitan la deliberación y el debate público ignorando contribuciones como las aportadas por la sociología de la educación. En torno a las reformas impulsadas por la modernización conservadora y las propias singularidades del caso español. Por último, propone la potenciación de la sociología de la educación como instrumento democrático capaz de fortalecer nuevos espacios deliberativos que sean impulsores de una nueva agenda educativa progresista comprometida con una mayor justicia social.[32]

[32] martínez celorrio, Xavier. Política educativa sin sociología. Populismo y cierre social en las reformas conservadoras. Revista Sistema. Núm. 173. 2003, pp. 63-76.

En este sentido, el populismo penal en México, debe entenderse, como la practica social encaminada a generar reformas políticas legislativas, que traen consigo las bases jurídicas de las nuevas controversias penales, amén de lo que establece el marco jurídico es importante resaltar que las bases de las reformas no deben ser al calor de posturas individualizadas a fin de considerar que la motivación constriñe al hacer de la sociedad y no al capricho de un hombre.

IX. LIMITACIONES

La naturaleza que sustenta al populismo, es una de las principales coacciones para sus estudio, derivado que se basa en cuestiones de subjetividad e individualidad, por lo que, las iniciativas de reforma en materia penal, no deben situarse bajo principios de hartazgo, género o empoderamiento, sino que deben surgir de los espacios académicos en los cuales se concentre la atención en los problemas sociales emergentes y se estudien de forma objetiva y sin cortes a la ciencia jurídica, es decir, las aulas de estudio del Derecho, son los espacios donde nacen las ideas de reforma con fundamentación y motivación concreta.

En otro sentido, la limitante primordial, sobre el populismo penal en México, es el uso desmedido del discurso demagógico a fin de convencer a las masas populares, dejando de lado la multiculturalidad y el pluralismo jurídico existente, a fin de garantizar solo a un bloque social, se circunscribe al Derecho Penal del Enemigo, olvidando el etnocentrismo y solo aplicando un Derecho liberal, por ende, los académicos del Derecho penal deben apegarse a las necesidades y realidades sociales a finde garantizar el Estado de Derecho, que se establece como carácter teleológico del Derecho general.

X. CONCLUSIONES

El populismo penal en México es una realidad eminente de carácter demagógico pluripartidista, empleado como estandarte de las elecciones populares a fin de garantizar el triunfo en un comicio electoral.

La enseñanza del Derecho penal, deberá estar apegada a las necesidades colectivas, dejando de lado los intereses particulares y peculiares de una irracionalidad y una ambición de poder.

En esencia el populismo penal en México, es la bandera que abriga las contiendas electorales, toda vez, que se busca endurecer, incrementar, estereotipar una conducta con la conciencia teleológica que se erradicará o disminuirá dicha conducta, *contrario sensu,* se incrementa y agudiza el hecho delictuoso.

Finalmente, *lato sensu*, el populismo penal debe ser estudiado en los claustros a fin de consolidar su fundamentación y motivación con la perspicacia de consolidar el Estado de Derecho y abandonar la praxis de la reforma por adición en la instrucción académica derivado a que los estudiantes del Derecho, deben percibir la realidad en la que se desarrolla como una situación emergente de lo que acontece en su contexto.

REFERENCIAS

Aboy Carles, Gustavo. Repensando el populismo. Ponencia preparada para el XXIII Congreso Internacional, departamento de Política y Gobierno. CONICET. Washington DC. 2001, p.2.

Anton Mellon, J. A, Alvarez, G Y Rotshtein.P.A. populismo punitivo en España (1995-2015): presión mediática y reformas legislativas. Revista Española de Ciencia Política. Núm. 34. España. 2017, p. 13.

Anton Mellon, José y Anton Carbonell, Elisenda. Populismo punitivo, opinión pública y leyes penales en España (1965-2016). Revista Internacional de Pensamiento Político. Vol. 12. Primera época, 2017, p. 136.

Arenas, Nelly. Carlos de la Torre: populismo y democracia. Cuadernos del CENDES. Vol. 27. Núm. 73. 2010, p. 171.

Arteaga Botello, Nelson. Administrar la violencia: racionalidad, populismo y desincorporación de la punición en México. Revista Espiral. Estudios sobre Estado y sociedad, México, Vol. VIII, Núm. 24, 2002. P- 38.

Beade, Gustavo. A. El populismo penal y el derecho penal todoterreno en la Argentina, en la obra Inculpación y castigo. Argentina, sin fecha, p. 113

Castaño. Pablo. ¿Otra política de penal es posible? Un estudio sobre la viabilidad de una política criminal alternativa al populismo penal. Revista de Estudios penal y criminológicos. Vol. XXXIV, 2014, p. 569.[1] Massé Narvaéz, Carlos. En busca de la seguridad perdida. Revista Espiral. Estudios sobre Estado y Sociedad. Vol. XI. Núm 33. 2005, p. 204.

Comisión De Publicaciones. La influencia del populismo en los modelos tradicionales de creación y aplicación del Derecho. Revista Derecho y Sociedad. Núm. 48. 2017, p.260.

Gómez, Andrés y Proaño, Fernanda. Entrevista a Máximo Sozzo: ¿Qué es el populismo penal? URVIO, Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad. Núm. 11. 2012, p. 119.

Goméz, Andrés, ¿Populismo penal o falta de creatividad? Urvio, Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana, Programa de Estudio de la Ciudad. Núm, 11. Ecuador, 2012, p. 7.

Hermet, Guy. El populismo como concepto. Revista de ciencia política. Vol. XXIII. Núm. 1, 2003, p. 10.

León Tamayo, Fernando. La limitada capacidad dl concepto de populismo punitivo como herramienta de interpretación del sistema penal colombiano. Revista Criminalidad. Vol. 3. Núm. 58, Colombia, 2016, p. 23.

Martínez Celorrio, Xavier. Política educativa sin sociología. Populismo y cierre social en las reformas conservadoras. Revista Sistema. Núm. 173. 2003, pp. 63-76.

Monsalve Briseño, Yoana. CONTROL SOCIAL Y CASTIGO: percepción del castigo en funcionarios policiales venezolanos. Cuaderno CRH. Vol. 23. Núm. 60. 2010, pp. 511-523.

Muñoz Tejada, Julián Andrés. Populismo punitivo y una nueva verdad construida. Revista Nuevo Foro Penal. Núm 72, 2009, p. 26.

Paramio, Ludolfo. El regreso del Estado: entre el populismo y la regulación. Revista del CLAD. Reforma y Democracia. Núm. 42. 2008, p. 36.

Pratt, John y Miao, Michelle. Populismo penal: el fin de la razón. Revista Nova Criminis. Vol. 9. Núm. 13. 2017, p. 34.

Quenta Fernández, Javier. El populismo del Derecho penal. (La necesidad de racionalizar las leyes punitivas federales. Revista Jurídica de Derecho. Vol. 5. Núm. 6, p. 134.

Retamozo, Martín, La teoría del Populismo de Ernesto Laclau. Una introducción. Revista Estudios políticos. Novena época. Núm. 41. 2017, p. 165.

Salazar Ugarte, Pedro. La democracia enjaulada (entre el populismo y el elitismo) en Aibar, Julio y Vázquez, Daniel. (coordinadores) Política y sociedad en México entre el desencuentro y la ruptura. Editor

FLACSO. Facultad Latinoamericana de Ciencias sociales, México, 2008, p 102.

Stoessel, Soledad. Los claroscuros del populismo. En Laclau, Ernesto. La razón populista, Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires, 2005, p. 39.

Traverssa, Ramiro. Neopunitivismo y control social. Reflexiones sobre la represión selectiva de la política populista. Revista Panorama. Vol. 8. Núm. 15, 2014, p. 133.

Velandia Montes. Rafael. Del populismo penal a la punitividad: la política penal en Colombia en el siglo XXI. Revista Colección Jus penal. Colombia. Núm. 16, 2017, p. 5.

Velandia, Rafael. Delincuencia sexual y populismo penal en Colombia. Urvio. Revista Latinoamericana de seguridad ciudadana. Quinto. Núm. 11. Ecuador, p. 19.

LA JUSTICIA TRANSICIONAL, ¿UNA RESPUESTA A LA IMPUNIDAD Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO?

Carlos Alberto Macedonio Hernández*

RESUMEN

La justicia transicional se origina en aquellos conflictos que ocasionan violaciones masivas a los derechos humanos, lo que permite la intervención internacional para sancionar y buscar la verdad, teniendo además como fin: la reparación integral de las víctimas y garantizando que no se vuelva a repetir estos actos de barbarie. Pero si bien, los antecedentes de la justicia transicional derivan de conflictos armados donde la autoridad viola los derechos humanos, cabe preguntarse, si en el caso específico de nuestro país que se encuentra inmerso en una guerra contra la delincuencia organizada desde hace más de diez años, en donde indudablemente se violan derechos humanos, es necesario implementar la justicia transicional como una política pública.

ABSTRACT

Transitional justice originates in those conflicts that cause massive violations of human rights, which allows international intervention to punish and seek the truth, also having as an end: the integral reparation of the victims and ensuring that they do not return to Repeat these acts of barbarism. But while the history of transitional justice derives from armed conflicts where the authority violates human rights, it is worth asking, if in the specific case of our coun-

*Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Tlaxcala, Especialista y Maestro en Derecho Penal, Profesor de Carrera Titular "C" en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Yucatán, Miembro del Sistema Nacional de Investigador Nivel I.

try that is immersed in a war against organized crime for more than ten years , where human rights are undoubtedly violated, it is necessary to implement transitional justice as a public policy.

I. ANTECEDENTES GENERALES

Durante la evolución de la sociedad, nos hemos encontramos ante diversos conflictos originados por los seres humanos, conductas que atentan contra las normas establecidas por la colectividad y que conocemos como delitos; y a pesar de que ahora se dice que estamos ante la cuarta revolución industrial, lo cierto es que los delitos siguen produciendo violaciones a derechos humanos no se solucionan de manera satisfactoria para las víctimas ni para la sociedad, sino todo lo contrario, el delito y la violación a los derechos humanos se incrementan causando más daño que reparación. Ejemplo de ello, es lo que sucede en países como Venezuela, Chile o Colombia en su momento, en donde se han dado violaciones sistemáticas a los derechos humanos.

México, enfrenta hoy en día un conflicto armado, pero no de las fuerzas del Estado contra la violación civil, sino de las fuerzas estatales contra la delincuencia organizada específicamente, en donde los homicidios, desapariciones, violación de derechos humanos se realiza entre organizaciones criminales por el control del país, y la respuesta del Gobierno es violencia. ¿No sucede en ese caso violencia en contra la población civil aun cuando no tiene que ver con la delincuencia organizada?, desde luego, la violencia en ocasiones victimiza no a los delincuentes ni al ejército, marines, policías o la recién creada Guardia Nacional, va más allá, la violencia alcanza a los familiares de las víctimas primarias, ¿Es esto un conflicto armado que trastoca a la sociedad y rompe con la es-

tructura del gobierno afectando la economía del país?, sentimos que sí.

Ante lo anterior, nos formulamos las siguientes preguntas: ¿Por qué la autoridad o la sociedad en general no ha encontrado la fórmula adecuada para solventar e impedir la violación de derechos humanos?, ¿Debe buscarse la respuesta en el derecho penal? ¿El derecho penal retributivo será la única respuesta adecuada?, ¿Un país puede ser considerado como un Estado de Derecho si no garantiza y actúa protegiendo los derechos humanos?, ¿Qué tipo de justicia debe aplicarse?

Continuando con nuestra reflexión nos cuestionamos: ¿Qué es la justicia?,¿Cuáles son los tipos de justicia que existen en la actualidad? ¿Qué son los Derechos Humanos?, ¿Qué es la Justicia Transicional y cuando se aplica?, ¿En México, existen las condiciones para aplicar la Justicia Transicional?, son reflexiones que surgen cuando nos encontramos en problemas complejos en una sociedad que se traduce en una violación sistemática de los derechos humanos y cuya violaciones se han prolongado desde el 2006 y parece ser una historia todavía larga.

II. LA JUSTICIA TRANSICIONAL

Para hablar de justicia transicional y los modelos de justicia, debemos iniciar por explicarla porque definirla tiene una concepción subjetiva, por ello siguiendo a Amartya Sen *"un enfoque de justicia puede ser tanto aceptable en la teoría cuanto utilizable en la práctica, incluso sin ser posible identificar las exigencias de las sociedades perfectamente justas"*.[1] Esto significa que indistintamente de las concepciones de justicia que han

[1] Sen, Amartya, La idea de la justicia, Primera Reimpresión, Edit. Taurus, México, 2015, p. 434.

existido durante diferentes etapas históricas, la justicia es aquella que se puede plasmar en la legislación y que se hace efectiva en la realidad.

La Organización de las Naciones Unidas ha definido a la justicia transicional como: "*toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación*" [2]

También se ha definido a la justicia transicional como "*un campo específico de actividades, mecanismos y procesos, por medio de los cuales se busca atender las causas, las consecuencias y el legado de un fenómeno de violencia de alto impacto a gran escala*"[3]. La aplicación de esta justicia busca dilucidar los hechos y los contextos en los que ocurre la violencia, con el fin de combatir la impunidad, reparar integralmente el daño ocasionado a las víctimas, pero además impedir la repetición de los hechos violentos.[4]

La justicia transicional surge cuando hay violaciones masivas de derechos humanos que afectan a la sociedad[5], pero esta no es un tipo de justicia sino se entiende como un modelo de justicia que se aborda en épocas de transición, Ronald Cuenca señala que: "*desde una situación de enfrentamiento o*

[2] "El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos" (S/2004/616), párrafo 8, citado en Justicia Transicional y derechos económicos, sociales y culturales, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2014, p. 5.

[3] Comisión Nacional de Derechos Humanos México, CIDE, Estudio para elaborar una propuesta de política pública en materia de Justicia Transicional en México, México, 2018, p. 3.

[4] Cfr. Ídem.

[5] Cuenca, Ronald, El concepto de justicia transicional a nivel internacional y sus diferencias y semejanzas con otros modelos de justicia. Verbum, 10 (10), p. 50.

conflicto a un tiempo de paz y post-conflicto, siempre tratando de conseguir una rendición de cuentas y la reparación efectiva de las víctimas". [6]

La justicia transicional otorga de esta manera, una serie de beneficios o reconocimientos a las víctimas o a la sociedad:

a) En principio reconoce lo derechos humanos de las víctimas, entre ellos el derecho a la reparación del daño.
b) Permite que la sociedad confíe en la justicia.
c) Fundamenta los pilares básicos de un Estado Constitucional de Derecho.
d) Sanciona a quienes cometieron la violación masiva de los derechos humanos.[7]

A diferencia de la justicia retributiva y la justicia restaurativa, la justicia transicional, esta deviene de medidas judiciales y políticas utilizadas con el fin de reparar las violaciones masivas de derechos humanos.[8]

Debe recordarse que el término de justicia transicional surge a raíz de la culminación de la segunda guerra mundial [9], precisamente con la creación de los tribunales de Núremberg y Tokio, después surgirán otros para juzgar a ex militares en Grecia o Argentina.[10]

Si bien, la justicia retributiva tiene como carácter esencial el castigo; las víctimas no son su objeto, mucho menos la re-

[6] Ídem.
[7] Ronald Cuenca, señala por su parte que la justicia transicional proporciona a las víctimas el reconocimiento de sus derechos, fomentando la confianza ciudadana y el fortalecimiento de los principios fundamentales de una Estado Social de Derecho. Véase, Cuenca, Ronald, Op. cit. p. 50.
[8] Ídem.
[9] Ibídem p. 54.
[10] Ídem.

paración del daño o reconstrucción de las relaciones sociales[11] sino la cumplimiento de la norma jurídica, la cual ha sido quebrantada y el Estado requiere que se respete la misma, la pena en consecuencia debe ser ejemplo para la sociedad.

La justicia restaurativa tiene una visión diferente, busca restablecer el daño ocasionado a las víctimas, prioriza la reparación del daño, no el castigo, tiende a la reinserción del delincuente a la sociedad, su objeto es más humanismo para el delincuente y para la víctima, pues se centra en salidas alternas, pero sobre todo que busca el arrepentimiento y conciliación de la víctima con el victimario.[12]

III. LOS PRINCIPIOS DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL

De conformidad con la resolución 2004/72 de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, se actualizaron el Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad (los principios) "*para recoger la evolución reciente del derecho y de la práctica internacionales, comprendida la jurisprudencia internacional y la práctica de los Estados*" y tener "*en cuenta el estudio independiente*" sobre la impunidad (E/CN.4/2004/88) encargado por el Secretario General en cumplimiento de la resolución 2003/72.[13] A su vez, en el estudio independiente se determinaron cuáles eran las mejores prácticas para luchar contra la impunidad mediante la utilización de los principios

[11] Ibídem p. 52

[12] Para Ronald Cuenca, la justicia restaurativa "*es un modelo de justicia que no solo se limita a castigar al infractor de la ley, sino que va más allá y se centra en la búsqueda del origen de la violencia misma y como nace y se desarrolla al interior de la sociedad para así lograr prevenirla y sanar las heridas entre la víctima y el victimario*". Ibídem p. 53.

[13] El texto revisado de los principios figura en el documento E/CN.4/2005/102/Add.1.

como marco de evaluación.[14]

En términos generales, la evolución pertinente del derecho internacional confirmó la validez de los principios y aportó mayores aclaraciones sobre el alcance de las obligaciones jurídicas establecidas de los Estados.

De esta manera, los principios fundamentales de la justicia transicional a nivel internacional en beneficio de las víctimas son:

1) Derecho a saber. Que se basa, en primer lugar, a la evolución de la jurisprudencia internacional y la práctica de los Estados, reafirmando de manera categórica las dimensiones individuales y colectivas del derecho a saber, que no es otra cosa que conocer la verdad, garantizando los archivos relativos a las violaciones de derechos humanos, estableciendo medidas para impedir la represión y destrucción u ocultación de los informes.

De igual manera, se reconoce en el texto actualizado que algunas cuestiones que tienen que ver con el derecho a saber se rigen por normas internacionales establecidas o incipientes. Por ejemplo, en términos de la cuestión de crear o no

[14] Este informe se presentó en cumplimiento de la resolución 2004/72, en que la Comisión de Derechos Humanos pidió al Secretario General que nombrara, por un período de un año, a un Experto independiente que actualizara el Conjunto de principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad (E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, anexo II) (los principios) "para recoger la evolución reciente del derecho y la práctica internacionales, comprendida la jurisprudencia internacional y la práctica de los Estados" y que tuviera "en cuenta el estudio independiente" sobre la impunidad (E/CN.4/2004/88), encargado por el Secretario General en cumplimiento de la resolución 2003/72 (estudio independiente), así como la información y las opiniones recibidas de los Estados y de las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales de conformidad con la resolución 2004/72.

una comisión de la verdad, o cuando hay que hacerlo, debe resolverse, por lo general, mediante deliberaciones del ámbito nacional. El principio de que los Estados deben preservar los archivos que permitan a las sociedades ejercer su derecho a saber la verdad sobre la represión sufrida en el pasado es un asunto de importancia universal.

2) Derecho a la justicia.- Este principio gira en torno a los deberes de los Estados en materia de justicia penal. Las revisiones se introdujeron para dar cabida a los diferentes sistemas jurídicos y reconocer que las ONG, tanto nacionales como internacionales, han sido importantes para garantizar la aplicación efectiva del deber de los Estados de luchar contra la impunidad mediante la correcta administración de la justicia penal.

Desde una perspectiva más amplia, se tiene ahora la obligación general de los Estados de velar por el procesamiento de los particulares responsables de delitos graves con arreglo al derecho internacional, lo cual acarrea la obligación no sólo de procesar a todos los sospechosos en los tribunales del Estado a menos que dichas personas sean puestas a disposición de otro tribunal para su procesamiento, sino también, cuando corresponda, de colaborar de distintas maneras con otros Estados, tribunales internacionales y tribunales internacionalizados con relación a sus procesos penales.[15]

Las ONG tienen injerencia en el proceso, pues pueden tener un interés legítimo en representar a las víctimas aun cuando, no justifiquen "*una acción reconocida en la defensa de las víctimas interesadas*". En particular durante los períodos de restablecimiento de la democracia y/o de la paz o de transi-

[15] Informe de Diane Orentlicher, Experta independiente encargada de actualizar el Conjunto de principios para la lucha contra la impunidad.

ción hacia ellas, las ONG nacionales más eficaces quizás no pueden establecerse en forma permanente; las víctimas podrían verse privadas del derecho a un recurso judicial si se negase a las ONG recientemente establecidas la capacidad de prestar asistencia a las víctimas. [16]

El primer párrafo del principio 34/primer párrafo del principio 32 actualizado, que reafirma que: "*tanto por la vía penal como por la civil, administrativa o disciplinaria, toda víctima debe tener la posibilidad de ejercer un recurso accesible, rápido y eficaz*", responde a un concepto muy arraigado en las normas internacionales de derechos humanos. Como ha reiterado la jurisprudencia de los Órganos de tratados de derechos humanos, "cuando se trata de delitos graves" las víctimas deben tener acceso a recursos judiciales. Sin perjuicio de este derecho, la experiencia reciente ha afirmado el papel importante de los programas nacionales de reparación cuando se han cometido crímenes atroces en gran escala. [17]

En este principio se contempla el debido proceso, la aplicación de la ley en aras de proteger a las víctimas, imponer las penas de acuerdo a la gravedad de los delitos cometidos que vulneraron los derechos humanos.

3) Derecho a obtener reparación.- El derecho a la reparación de las víctimas es integral, o como dice el informe, debe ser "completo" en el sentido de que el conjunto de los beneficiarios debe coincidir con el conjunto de las víctimas. Debe existir la posibilidad de que el programa de reparación sea completo -que brinde beneficios a todas las víctimas- que tenga amplitud, es decir un abanico de categorías de delitos

[16] Ídem.

[17] Informe de Diane Orentlicher, Experta independiente encargada de actualizar el Conjunto de principios para la lucha contra la impunidad.

para los cuales ofrece reparación. No debiendo limitarse a un número reducido de delitos pues se excluirían injustamente a un gran número de víctimas, y como consecuencia, es probable que las reclamaciones de las víctimas excluidas sigan siendo un problema político. [18]

Para poder brindar beneficios a todas las víctimas de todas las categorías de delitos pertinentes, es importante elaborar un programa que distribuya diversos beneficios materiales y simbólicos y lo haga de forma coherente. El programa de reparación es internamente coherente si establece relaciones de complementariedad o apoyo mutuo entre las diversas clases de beneficios que distribuye.

El programa de reparación también debe coordinarse con otras medidas judiciales. Si funciona sin dichas medidas, se corre el peligro de que los beneficios que distribuye se vean como la moneda con la que el Estado intenta comprar el silencio o la aquiescencia de las víctimas y sus familias. Por lo tanto, es importante velar por que las iniciativas de reparación coincidan con otras de carácter judicial, en particular los procesos penales, la confesión y la reforma judicial.[19]

Dado que dos de los objetivos críticos de un programa de reparación son dar un reconocimiento a las víctimas (no sólo en su condición de víctimas, sino también en su condición de ciudadanos y titulares de derechos humanos iguales) y promover su confianza en las instituciones del Estado, es esencial que las víctimas participen en el proceso de su elaboración y aplicación. El objetivo de este principio es hacer efectivo el derecho a obtener reparación poniendo en marcha programas de divulgación destinados a informar a la mayor can-

[18] Ídem.
[19] Ídem.

tidad de víctimas posible de los procedimientos que están a su alcance para ejercer este derecho fundamental.[20]

4) Garantías de que no se repitan las violaciones.- El texto revisado comprende algunas directrices no incluidas en los principios, en particular normas sobre instituciones de vigilancia civil, formación en materia de derechos humanos y desmovilización y reintegración social de los niños que han participado en conflictos armados. Por otra parte, se reconoce la importancia de una reforma legislativa más amplia con miras a proteger los derechos humanos y las instituciones democráticas durante los períodos de transición hacia la democracia.[21]

En términos más generales, el texto revisado refleja la experiencia acumulada de los Estados, las Naciones Unidas y otras instituciones y organizaciones que han desempeñado un papel de enorme importancia al asumir el reto de la justicia tras los conflictos armados y/o las represiones sistemáticas. Esa experiencia se ha recogido en los principios actualizados en los que se reconoce, por ejemplo, la importancia de prestar más atención a la reforma institucional como base de una justicia sostenible.[22]

El apartado d) del principio 36 revisado incluye a los procedimientos de denuncia civil entre las medidas necesarias para garantizar que las instituciones públicas funcionen con arreglo a las normas internacionales de derechos humanos. En este sentido, cabe destacar que "*el establecimiento de comi-*

[20] Ídem

[21] Ídem.

[22] La justicia transicional y lucha contra la impunidad se fundamenta en cuatro de los principios de las normas internacionales de derechos humanos. Cfr. Justicia Transicional y Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Naciones Unidas, 2014, p. 5.

siones nacionales independientes de derechos humanos es una estrategia... prometedora para ayudar a restablecer el estado de derecho... y proteger a grupos vulnerables en los lugares en que el sistema de justicia no funciona cabalmente..". [23]

La experiencia reciente ha confirmado la importancia de "*remover del cargo a quienes hayan estado involucrados en abusos en el pasado*" como garantía que no se repetirán los hechos, mientras que los Órganos de tratados de derechos humanos han reconocido el papel de la destitución para que los Estados puedan cumplir su obligación general de impedir las violaciones de los derechos humanos. En determinadas circunstancias relativas a los procesos de restablecimiento de la democracia y/o de la paz o de transición hacia ellas, la destitución también puede ser importante para tratar la cuestión de la "*brecha de la impunidad*" entre el número de personas que participaron activamente en la comisión de violaciones en el pasado y la capacidad de cualquier sistema judicial, sea nacional o internacional, de someter a juicio a todos los que puedan ser penalmente responsables.

> El apartado a) del principio 36 revisado aborda la necesidad de la destitución en términos que en gran medida consolidan las directrices que figuran en los principios 40 a 42. El texto revisado comienza así: "Los funcionarios públicos y los empleados que sean personalmente responsables de violaciones graves de los derechos humanos, en particular los que pertenezcan a los sectores militar, de seguridad, policial, de inteligencia y judicial, no deben continuar al servicio de las instituciones del Estado. Su destitución se realizar· de acuerdo con los requisitos del debido proceso y el principio de no discriminación". Las normas del debido proceso a las que se refiere esta directriz son, entre otras, notificar a las partes investigadas de

[23] Ídem.

las denuncias que pesan en su contra; brindar a esas partes "la oportunidad de responder ante el Órgano que se encargue del proceso de investigación" [24]; brindar a los acusados el "derecho a que la causa les sea notificada en un plazo razonable, así como a defenderse y apelar un fallo adverso ante un tribunal u otro Órgano independiente"[25]. Recogiendo la jurisprudencia reciente de los Órganos de supervisión de los derechos humanos y la práctica reciente de algunos procedimientos especiales, el apartado a) del principio 36 revisado incluye la siguiente directriz:

"Las personas acusadas oficialmente de ser responsables de delitos graves con arreglo al derecho internacional serán suspendidas de sus deberes oficiales durante las actuaciones penales o disciplinarias"[26].

IV. ¿SE NECESITA EN MÉXICO LA IMPLEMENTACIÓN DE UNA JUSTICIA TRANSICIONAL?

Aun cuando la justicia transicional surgió con el fin de abordar la investigación de violaciones a derechos humanos a gran escala, tratando de evitar que se repitan, centrándose en las violaciones de derecho civiles y políticos, debe decirse, que ésta justicia se ha desarrollado para incidir en los derechos económicos, sociales y culturales[27], por lo que teniendo en cuenta el principio de progresividad de los derechos humanos estos pueden abarcar aspectos importantes de la sociedad.

Por ello, se considera que la protección de los derechos humanos resulta de vital importancia en la vida de cualquier sociedad, cuyo gobierno se jacte de ser un Estado de Derecho.

---

[24] Ídem.
[25] Ídem.
[26] Ídem.
[27] Cfr. Naciones Unidas Derechos Humanos, op. cit. p. 6.

En el caso específico de nuestro país, donde existe desde hace años un fenómeno de violencia, con homicidios, desapariciones, torturas, en una guerra del Estado contra la delincuencia organizada, en donde desde el año 2006, se encuentran a diario, personas ejecutadas, cadáveres con signos de tortura, fosas clandestinas, es claro ejemplo que la violación de derechos humanos es masiva y por ende, podría aplicarse la justicia transicional, pero en realidad, de acuerdo a las definiciones descritas, no se podría aplicar en un primer momento.[28]

No obstante lo anterior, a propuesta de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, el Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), realizó un estudio para elaborar una propuesta de política pública en materia de justicia transicional en México, precisamente para "*atender las causas, consecuencias y el legado de un fenómeno de violencia de alto impacto a gran escala*". [29]

En el estudio referido el CIDE, acepta que el derecho internacional de los derechos humanos ha determinado los pilares de la justicia transicional, como son: la verdad, la justicia, la reparación y garantías de no repetición, aunado al hecho de que la jurisprudencia interamericana ha reconocido a la verdad como un derecho de las víctimas y de la sociedad en general, incluido el acceso a la justicia.[30]

Otro aspecto derivado del estudio del CIDE, se fundamenta en la reparación integral y las garantías de no repetición que implican una combinación de diversas intervenciones que contribuyan a reducir la probabilidad de que se repitan

[28] Cfr. Comisión Nacional de Derechos Humanos-CIDE, Estudio para elaborar una propuesta de política pública en materia de Justicia Transicional en México, 2018, México, p. 3.
[29] Ídem.
[30] Ibídem p. 4.

las violaciones, para lo cual refieren que estas garantías se han identificado con reformas jurídicas, diseño o modificación de políticas públicas para la capacitación, el fortalecimiento institucional, la atención a víctimas y la transformación de las causas estructurales de la violencia.[31]

Los instrumentos que utiliza la justicia transicional son: las comisiones de la verdad, reparaciones, amnistías, desarme, desmovilización y reintegración, procedimientos de responsabilidad individual, procesos de investigación de antecedentes, todo ello encaminado a revelar el abuso de los derechos humanos, restitución, compensación, extinguir la responsabilidad penal y los procesos penales en curso, desmovilizar a grupos armados no estatales para reintegrarlos a la vida civil, rendición de cuentas de las personas responsables de violaciones de derechos humanos, la inhabilitación laboral temporal o permanente de funcionarios vinculados a violaciones de derechos humanos.[32]

Las víctimas de las violaciones a los derechos humanos en nuestro país, si bien afectan a la sociedad en general, y se considera un conflicto armado con violaciones masivas a los derechos primordiales del ser humano, debe reconocerse que este problema no tiene fines políticos[33], sino que el conflicto armado, llámese guerra del Estado Mexicano contra la delincuencia organizada y narcotráfico tiene un fin económico, lo que hace difícil implementar la justicia transicional.

Lo manifestado en el párrafo anterior, se fundamenta en que las herramientas de la justicia transicional no podrían aplicarse por cuanto, la amnistía por ejemplo, consistiría en

[31] Ibídem p. 5.
[32] Ídem.
[33] Ibídem p. 6.

una ley que extinga la responsabilidad criminal de los delincuentes, claro está que a nivel internacional la violaciones graves de derechos humanos no debe extinguirse, pero en el caso de menores de edad utilizados por la delincuencia organizada y narcotráfico provocaría inconformidad con la justicia mexicana.

De igual manera, pretender una solución de la violencia en México como lo propone el CIDE con una política pública, que la define como "*un conjunto de decisiones y acciones, desde la autoridad estatal, que buscan resolver problemas políticos mediante instrumentos específicos, definidos en una teoría causal*" [34], sería algo aislado, pues la violencia generalizada en el país en donde el fin es eminentemente económico, resulta una guerra inacabable en poco tiempo, aún cuando se detengan o se extraditen los jefes de los carteles del narcotráfico, otros toman su lugar y liderazgo para continuar con la delincuencia organizada, lo que acarrea un serio problema nacional, pues existen ciudades o Estados donde la criminalidad es la que ordena, manda y ejecuta con la complacencia de las autoridades.

Debe señalarse, que si bien la política pública propuesta por el CIDE, conllevan también una reflexión para el debate, ya que recomiendan toda una serie de elementos como:

> 1) La posibilidad de poner en marcha un proceso de justicia transicional dentro del marco constitucional y legal vigente.
> 2) Crear un mecanismo rector interinstitucional, con un mandato amplio sobre la política de justicia transicional en todo el país.
> 3) Crear además un órgano independiente de supervisión, seguimiento y evaluación de medidas de reparación
> 4) Incorporar actores internacionales que coadyuven el proceso,

[34] Ídem.

presten asistencia técnica y complementen a las instancias nacionales.

5) Generar un diseño flexible, coherente y articulado de las herramientas de justicia transicional. Identificar para cada herramienta el mandato, el objetivo y los responsables de su operación, así como los recursos necesarios para que puedan operar. Es necesario considerar siempre cómo las herramientas de justicia transicional se vinculan o complementan a los mecanismos ordinarios.

6) Incorporar en el diseño de cada herramienta mecanismos de participación de las víctimas y una perspectiva transversal de género o inclusión.

7) Establecer un período de dos (máximo tres) años para el proceso de justicia transicional, al final del cual se deberá evaluar los resultados y tomar, en su caso, las medidas necesarias para mantener o modificar las herramientas que hayan funcionado adecuadamente.[35]

Las recomendaciones para esta política pública, se encuentran en algunos casos en los informes de relatoría de comisionados de las Naciones Unidas; si embargo, lo interesante del caso es que el problema de la delincuencia organizada y el narcotráfico en México debe analizarse desde una política criminal, en la que respetándose la Constitución, Legislación y los Tratados Internacionales suscritos por nuestro país, así como las convenciones y principios de protección de los derechos humanos, se establecieran una serie de políticas públicas en las que desde luego se tomarán en consideración las propuestas de CIDE, pero también se establecieran medidas económicas, educativas, combate a la corrupción, a la pobreza, para terminar mediante una serie de acciones, una estrategia para acabar con la violencia originada por la delincuencia organizada y el narcotráfico, de otra forma, con una modi-

[35] Ibídem p. 13.

ficación legislativa incrementando las penas, con la creación de una Guardia Nacional o una Ley de extinción de dominio que puede afectar los derechos de la sociedad sin que formen parte de la delincuencia organizada pueden provocar la violación de otros derechos humanos.

El problema es complejo, pero si se tiene una política económica adecuada, en donde la inversión se incremente, se mejoren los salarios, inclusive de los funcionarios encargados de la administración e impartición de justicia, policías, militares, aunado a un combate eficaz de la corrupción a través de fiscalías autónomas, un poder judicial independiente, pero sobre todo una educación eficaz para evitar las adicciones, entonces tendríamos políticas públicas necesarias que tiendan a continuar con esta violencia de grupos armados, llámese delincuencia organizada, pues de otra manera se ve difícil implementar la justicia transicional cuya finalidad es otra.

Por otro lado, solicitar la intervención internacional conllevaría a una intervención militar extranjera para solucionar un problema interno de criminalidad que no tiene que ver con la violación de derechos humanos causados por el Estado, aun cuando podría pensarse que la omisión también es una forma de violación normativa, cuando se deja de hacer lo que la norma jurídica dispone.

V. CONCLUSIONES

Después de analizar y realizar una reflexión sobre la justicia transicional y determinar sus principios de acuerdo a la Comisión de los Derechos Humanos, diferencia este tipo de justicia con la denominada retributiva y restaurativa, queda claro que la justicia transicional tiene características propias.

La justicia restaurativa tiene por objeto una serie de prin-

cipios para la protección de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad y cuyos antecedentes devienen de la segunda guerra mundial, así como los conflictos armados de Chile, Argentina, Colombia entre otros.

Las preguntas iniciales que nos hicimos al abordar el presente estudio, podemos responderlas señalando que un Gobierno que presume ser un Estado de Derecho debe serlo de facto, no sólo porque lo establece nuestra carta magna o la legislación secundaria, la efectividad de las normas jurídicas radica precisamente en que cumplan su objetivo en la realidad social.[36]

Nuestro país no necesita la justicia transicional tal como fue concebida originalmente, pues nuestro sistema de justicia ha optado por la justicia restaurativa pero también por una doctrina denominada derecho penal del enemigo[37], precisando que el enemigo del Estado es precisamente los integrantes de la delincuencia organizada, lo cual reconoció el propio poder Ejecutivo en la exposición de motivos de la reforma constitucional del 2008.

Lo importante no es el modelo de justicia que tengamos, sino que la política criminal del Estado se encamine a varías

[36] Liborio Hierro considera que *"hay otra dimensión u otro sentido de la eficacia de las normas jurídicas que consiste en que sirvan instrumentalmente para alcanzar un estado de cosas que el edictor de la norma se propone"*. Hierro, Liborio L. La eficacia de las normas jurídicas, Edit. Distribuciones Fontamara, México, 2010, p. 167.

[3737] Para Günther Jakobs *"el Estado puede proceder de dos modos con los delincuentes: puede ver en ellos personas que delinquen, personas que han cometido un error, o individuos a los que hay que impedir mediante coacción que destruyen el ordenamiento jurídico"* Günther Jakobs, Miguel Polaino Navarrete, El Derecho Penal ante las Sociedades Modernas, Flores, Editor y Distribuidor S.A de C.V., México, 2006, p.41. Por su parte, Miguel Polaino Orts señala: "*el derecho penal del enemigo optimiza la protección del bien jurídico, el derecho penal del ciudadano optimiza las esferas de la libertad".* Polaino Orts, Miguel, El Derecho Penal del enemigo ante el Estado de Derecho, Flores, Editor y Distribuidor S.A. de C.V., México, 2013, p.14.

medidas o estrategias para combatir la impunidad y la violencia excesiva, se debe tomar en cuenta además los estudios académicos de investigadores por la aportación que realizan para disminuir la violencia en nuestro país, aun cuando algunas ideas sean debatibles, pues precisamente el conocimiento se fomenta con la aportación de ideas, las cuales se crean a través del método de investigación correspondiente.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Comisión Nacional de Derechos Humanos-CIDE, Estudio para elaborar una propuesta de Política Pública en materia de Justicia Transicional en México, México, 2018.

Cuenca Tovar, Ronald Edgardo, El Concepto de justicia transicional a nivel internacional y sus diferencias y semejanzas con otros modelos de justicia, Revista Verbum, Vol. 10, número 10, Universidad Sergio Arboleda, Colombia, 2015.

Hierro, Liborio L. La eficacia de las normas jurídicas, Edit. Distribuciones Fontamara, México, 2010.

Jakobs, Günther, Polaino Navarrete, Miguel, El Derecho Penal ante las Sociedades Modernas (Dos estudios de Dogmática penal y Política Criminal), Flores, Editor y Distribuidor S.A. de C.V. México, 2006.

Naciones Unidas Derechos Humanos, Justicia Transicional y Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Naciones Unidas, 2014.

Palacios Valencia, Yennesit, Justicia transicional y responsabilidad del Estado: a propósito del Estado colombiano y el proceso de paz, Revista Direito e Praxis, vol. 7, núm. 15, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil, 2016.

Polaino Orts, Miguel, El Derecho Penal del enemigo ante el Estado de Derecho, Flores, Editor y Distribuidor S.A. de C.V. México, 2013.

Sen, Amartya, La idea de la Justicia, Primera Reimpresión, Edit. Taurus, México, 2015.



Tópicos de la Justicia Penal en México se terminó de imprimir en la Ciudad de México durante el mes de febrero del año 2021. La edición, en papel de 75 gramos, consta de 500 ejemplares más sobrantes para reposición y estuvo al cuidado de la oficina tipográfica de la Editorial. Preregirstro al REINIECYT N°.1701285.