



Las garantías penales en el derecho constitucional mexicano



Carlos Gustavo Ponce Núñez
Guillermo Kohn Espinosa

Prólogo de Arturo Zaldívar



Suprema Corte
de Justicia de la Nación



Centro de Estudios
Constitucionales
SCJN

**LAS GARANTÍAS PENALES EN EL DERECHO
CONSTITUCIONAL MEXICANO**

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG
*Catedrática de Filosofía del Derecho de la
Universidad de Valencia*

ANA CAÑIZARES LASO
*Catedrática de Derecho Civil de la
Universidad de Málaga*

JORGE A. CERDIO HERRÁN
*Catedrático de Teoría y Filosofía de
Derecho. Instituto Tecnológico
Autónomo de México*

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ
*Ministro en retiro de la Suprema Corte de Justicia
de la Nación y miembro de El Colegio Nacional*

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT
*Juez de la Corte Interamericana de Derechos
Humanos. Investigador del Instituto de
Investigaciones Jurídicas de la UNAM*

OWEN FISS
*Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la
Universidad de Yale (EEUU)*

JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ
*Catedrático de Derecho Mercantil
de la UNED*

LUIS LÓPEZ GUERRA
*Catedrático de Derecho Constitucional de la
Universidad Carlos III de Madrid*

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ
*Catedrático de Derecho Civil de la
Universidad de Sevilla*

MARTA LORENTE SARIÑENA
*Catedrática de Historia del Derecho de la
Universidad Autónoma de Madrid*

JAVIER DE LUCAS MARTÍN
*Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía
Política de la Universidad de Valencia*

VÍCTOR MORENO CATENA
*Catedrático de Derecho Procesal
de la Universidad Carlos III de Madrid*

FRANCISCO MUÑOZ CONDE
*Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

ANGELIKA NUSSBERGER
*Catedrática de Derecho Constitucional
e Internacional en la Universidad de Colonia
(Alemania). Miembro de la Comisión de Venecia*

HÉCTOR OLASOLO ALONSO
*Catedrático de Derecho Internacional de la
Universidad del Rosario (Colombia) y Presidente
del Instituto Ibero-Americano de
La Haya (Holanda)*

LUCIANO PAREJO ALFONSO
*Catedrático de Derecho Administrativo de la
Universidad Carlos III de Madrid*

CONSUELO RAMÓN CHORNET
*Catedrática de Derecho Internacional Público
y Relaciones Internacionales de la Universidad
de Valencia*

TOMÁS SALA FRANCO
*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social de la Universidad de Valencia*

IGNACIO SANCHO GARGALLO
*Magistrado de la Sala Primera (Civil) del
Tribunal Supremo de España*

TOMÁS S. VIVES ANTÓN
*Catedrático de Derecho Penal de la Universidad
de Valencia*

RUTH ZIMMERLING
*Catedrática de Ciencia Política de la Universidad
de Mainz (Alemania)*

Procedimiento de selección de originales, ver página web:

www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

LAS GARANTÍAS PENALES EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO

CARLOS GUSTAVO PONCE NÚÑEZ

*Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM)
y Máster en Justicia Criminal por la Universidad Carlos III de Madrid (UC3M).*

GUILLERMO KOHN ESPINOSA

*Licenciado en Derecho por la Universidad Anáhuac y LLM en Derecho
y Justicia Penal por la Universidad de Edimburgo*

**Prólogo de
Arturo Zaldívar**

Ministro Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación



**Suprema Corte
de Justicia de la Nación**



Centro de Estudios
Constitucionales
SCJN

tirant lo blanch
Ciudad de México, 2023

Copyright © 2023

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com/mex/.

Este libro será publicado y distribuido internacionalmente en todos los países donde la Editorial Tirant lo Blanch esté presente.

© Carlos Gustavo Ponce Núñez
y Guillermo Kohn Espinosa

© TIRANT LO BLANCH
DISTRIBUYE: TIRANT LO BLANCH MÉXICO

Av. Tamaulipas 150, Oficina 502

Hipódromo, Cuauhtémoc

06100 Ciudad de México

Tel.: +52 1 55 65502317

infomex@tirant.com

www.tirant.com/mex/

www.tirant.es

ISBN: 978-84-1147-710-9

MAQUETA: Innovatext

El cuidado y la corrección de los textos estuvo a cargo de la SCJN

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>

Índice

Abreviaturas.....	11
Prólogo	13
Introducción.....	17

Capítulo I

GARANTISMO PENAL Y GARANTÍAS PENALES

1. EL PENSAMIENTO PENAL ILUSTRADO Y EL ORIGEN DE LAS GARANTÍAS PENALES EN OCCIDENTE	27
2. LA CRISIS DEL MODELO PENAL GARANTISTA	32
3. EL MODELO PENAL GARANTISTA: PRESUPUESTOS TEÓRICOS Y EPISTÉMICOS	37
4. GARANTÍAS PENALES SUSTANTIVAS Y PROCESALES: UNA PROPUESTA DE CLASIFICACIÓN	44

Capítulo II

GARANTÍAS SUSTANTIVAS

1. PRINCIPIO DE LEGALIDAD.....	49
1.1. Fundamento y contenido.....	49
1.2. Vertientes del principio de legalidad.....	51
1.2.1. Suprincipio de <i>lex scripta</i> o mandato de reserva de ley	52
1.2.1.1. Reserva de ley y leyes penales en blanco.....	55
1.2.1.2. Reserva de ley y tipos penales abiertos.....	57
1.2.1.3. Reserva ley, derecho procesal penal y causas de justificación.....	59
1.2.2. Subprincipio de <i>lex praevia</i> o mandato de irretroactividad de la ley penal en perjuicio	61
1.2.2.1. Irretroactividad de la ley penal, leyes procesales y prescripción penal	63
1.2.2.2. Sucesión de normas penales en el tiempo	64
1.2.2.3. Ley penal intermedia	65
1.2.3. Subprincipio de <i>lex certa</i> o mandato de taxatividad	66
1.2.3.1. Taxatividad y leyes procesales.....	72
1.2.3.2. Taxatividad y causas de justificación.....	73
1.2.4. Subprincipio de <i>lex stricta</i> o de exacta aplicación de la ley penal... ..	75
1.2.4.1. Analogía in bonam partem.....	81
1.2.4.2. Exacta aplicación de la ley penal e interpretación conforme de leyes penales	83
2. PRINCIPIOS DE HUMANIDAD Y PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS.....	88
2.1. Fundamento y contenido.....	88
2.2. Principio de humanidad de las penas y penas prohibidas	90

2.3.	Principio de proporcionalidad de las penas	92
3.	LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO LÍMITES AL <i>IUS PUNIENDI</i>	96
4.	PROHIBICIÓN DE DOBLE PUNICIÓN O <i>NON BIS IN IDEM</i>	101
4.1.	Fundamento y contenido.....	101
4.2.	Vertientes del <i>non bis in idem</i>	102
4.3.	<i>Non bis in idem</i> y doble punición en la vía penal y administrativa.....	103
4.4.	Excepciones al <i>non bis in idem</i>	104
5.	OTROS PRINCIPIOS IMPLÍCITOS EN LA CPEUM Y LA CADH QUE LIMITAN EL <i>IUS PUNIENDI</i>	105
5.1.	Principio de culpabilidad.....	105
5.2.	Principio de lesividad	107
5.3.	Principio de <i>ultima ratio</i> o mínima intervención.....	109
5.4.	Derecho penal de acto.....	111

Capítulo III GARANTÍAS ORGÁNICAS

1.	PRINCIPIO DE JUEZ COMPETENTE Y NATURAL	115
1.1.	Fundamento y contenido.....	115
1.2.	Excepciones a las reglas generales de competencia	116
1.3.	Criterios materiales del principio de juez natural y jurisdicción militar	118
2.	PRINCIPIOS DE IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA.....	119
2.1.	Fundamento y contenido.....	119
2.2.	Entrevistas <i>ex parte</i>	122
2.3.	Actuación oficiosa de las y los juzgadores	123
3.	PRINCIPIO ACUSATORIO	124
3.1.	Fundamento y contenido.....	124
3.2.	Facultad de los jueces y juezas penales para reclasificar el delito	128
3.3.	Facultad de los jueces y las juezas penales para corregir o enmendar el escrito de acusación	130
3.4.	Prueba de oficio	132

Capítulo IV GARANTÍAS PROCESALES DE CARÁCTER EPISTEMOLÓGICO O DE VERDAD

1.	PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN	141
1.1.	Fundamento y contenido.....	141
1.2.	Incorporación (mediante lectura o reproducción) de declaraciones de testigos ausentes rendidas fuera de la audiencia de juicio oral	143
1.3.	Procedimiento abreviado.....	152
2.	PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN	153
2.1.	Fundamento y contenido	153
2.2.	Componentes o vertientes del principio de inmediación.....	155
2.3.	Valoración de elementos paralingüísticos de las declaraciones testimoniales	156
2.4.	Inmediación en segunda instancia	158
3.	DERECHO DE DEFENSA.....	161

3.1.	Generalidades del derecho de defensa	161
3.2.	Garantías específicas del derecho de defensa	165
3.2.1.	Derecho a la no autoincriminación.....	165
3.2.1.1.	Fundamento y contenido.....	165
3.2.1.2.	Alcances del derecho a la no autoincriminación respecto de evidencia material.....	167
3.2.2.	Derecho a una defensa culturalmente adecuada y a contar con intérprete indígena.....	168
3.2.2.1.	Fundamento y contenido.....	168
3.2.2.2.	Posibilidad de renunciar al derecho.....	170
3.2.2.3.	Peritos prácticos.....	170
3.2.3.	Derecho a la notificación, contacto y asistencia consular	172
3.2.3.1.	Fundamento y contenido.....	172
3.2.3.2.	Doble nacionalidad	177
4.	DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA	178
4.1.	Fundamento y contenido.....	178
4.2.	Vertientes de la presunción de inocencia	180
4.2.1.	Presunción de inocencia como principio informador del proceso penal	180
4.2.2.	Presunción de inocencia como regla probatoria.....	182
4.2.3.	Presunción de inocencia como estándar probatorio o regla de juicio	184
4.2.4.	Presunción de inocencia como regla de trato procesal	187
4.2.4.1.	Compatibilidad con la imposición de medidas cautelares .	187
4.2.4.2.	Compatibilidad con la prisión preventiva oficiosa.....	188
4.2.5.	Presunción de inocencia como regla de trato extraprocesal	190

Capítulo V

GARANTÍAS PROCESALES DE CARÁCTER NO EPISTEMOLÓGICO O DE LIBERTAD

1.	GARANTÍAS DEL DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL.....	195
1.1.	Generalidades del derecho a la libertad personal.....	195
1.2.	Garantías específicas del derecho a la libertad personal.....	196
1.2.1.	Detenciones derivadas de mandato judicial previo: orden de aprehensión, arraigo y detención provisional con fines de extradición..	196
1.2.1.1.	Fundamento y contenido.....	196
1.2.2.	Flagrancia y controles preventivos.....	201
1.2.2.1.	Fundamento y contenido.....	201
1.2.2.2.	Controles preventivos provisionales	204
1.2.2.3.	Persecución material e ininterrumpida	206
1.2.2.4.	Consecuencias del incumplimiento de los estándares.....	207
1.2.3.	Detenciones con motivo de caso urgente	207
1.2.3.1.	Fundamento y contenido.....	207
1.2.3.2.	Órdenes de búsqueda, localización y presentación	210
1.2.3.3.	Consecuencias del incumplimiento de los estándares.....	211

1.2.4.	Derecho de toda persona detenida a ser puesta a disposición sin demora ante una autoridad competente.....	211
1.2.4.1.	Fundamento y contenido.....	211
1.2.4.2.	Motivos razonables para la dilación en la puesta a disposición	213
1.2.4.3.	Consecuencias del incumplimiento de los estándares.....	214
2.	GARANTÍAS DEL DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL	214
2.1.	Generalidades del derecho a la integridad personal.....	214
2.2.	Garantías específicas del derecho a la integridad personal.....	216
2.2.1.	Prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes.....	216
2.2.1.1.	Fundamento y contenido.....	216
2.2.1.2.	Distinción entre la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes.....	220
2.2.1.3.	Distinción entre la tortura como delito y la tortura como violación a derechos humanos.....	221
2.2.2.	Prohibición del uso excesivo de la fuerza.....	226
2.2.2.1.	Fundamento y contenido.....	226
2.2.2.2.	Uso legítimo de la fuerza letal	230
2.2.2.3.	Vínculo entre el uso excesivo de la fuerza y la legalidad de las detenciones	233
3.	GARANTÍAS DEL DERECHO A LA VIDA PRIVADA	233
3.1.	Generalidades del derecho a la vida privada.....	233
3.2.	Garantías específicas del derecho a la vida privada	234
3.2.1.	Inviolabilidad de las comunicaciones privadas.....	234
3.2.1.1.	Fundamento y contenido.....	234
3.2.1.2.	Consentimiento de los participantes en la comunicación.....	237
3.2.1.3.	Autorización de intervención de comunicaciones por autoridad judicial federal.....	238
3.2.1.4.	Geolocalización en tiempo real	239
3.2.2.	Inviolabilidad del domicilio	240
3.2.2.1.	Fundamento y contenido.....	240
3.2.2.2.	Orden de cateo.....	242
3.2.2.3.	Flagrancia delictiva	243
3.2.2.4.	Protección de la vida, integridad o libertad de las personas	243
3.2.2.5.	Consentimiento del ocupante del lugar a inspeccionar.....	244
4.	DERECHO FUNDAMENTAL A LA EXCLUSIÓN DE PRUEBAS ILÍCITAMENTE OBTENIDAS.....	244
4.1.	Fundamento y contenido.....	244
4.2.	Límites a la regla de exclusión probatoria	247
	Referencias bibliográficas	253

Abreviaturas

CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CFPP	Código Federal de Procedimientos Penales
CNPP	Código Nacional de Procedimientos Penales
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CPEUM	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
CPF	Código Penal Federal
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
SCEU	Suprema Corte de los Estados Unidos de América
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación
TCE	Tribunal Constitucional de España
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TSE	Tribunal Supremo de España
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Prólogo

El sistema penal mexicano, en los hechos, no funciona. No cumple en forma efectiva ninguna de las finalidades que tradicionalmente se atribuyen al derecho penal: no protege eficazmente los bienes jurídicos más preciados de las personas como su vida, su libertad y seguridad. No logra contener la criminalidad, restablecer la paz, ni internalizar valores en la ciudadanía.

Tenemos un sistema penal autoritario que castiga la pobreza y que no satisface el derecho a la verdad de las víctimas. Un sistema penal que no abona a la pacificación de los conflictos, sino que mantiene injustamente en la cárcel a cientos de miles de personas, por delitos que nunca fueron debidamente investigados o que les fueron fabricados. Personas que no recibieron una defensa adecuada; mujeres juzgadas sin perspectiva de género, o personas indígenas que no fueron asistidas por un intérprete o traductor. Personas que están en prisión preventiva mientras esperan la culminación de juicios interminables.

El problema no es producto del diseño normativo. Desde la reforma constitucional de 2008 —y de manera reforzada desde la de 2011—, se sentaron las bases para la transición a un modelo de justicia penal acusatorio, más transparente y protector de los derechos humanos. Estos cambios han buscado dejar atrás un sistema de corte inquisitivo que mostró su ineficacia, caracterizado por fabricación de culpables, uso indiscriminado de la prisión preventiva como sentencia anticipada, y tortura como forma de investigación.

Hoy, la Constitución prevé una justicia penal de clara inspiración garantista, que busca dar racionalidad al uso del derecho penal, así como erradicar el autoritarismo y la arbitrariedad en su aplicación, pero hacer realidad en la práctica este modelo ha probado ser una tarea difícil. No hemos podido modificar el paradigma de la justicia penal y aún hoy persiste un discurso maniqueo, que plantea un falso debate entre el respeto a los derechos humanos y el combate a la delincuencia. Se insiste en abordar la cuestión como una elección entre justicia e impunidad, o entre víctimas y delincuentes.

Lo cierto es que, en un estado constitucional y democrático de derecho, el respeto a las garantías penales es la única vía legítima para el ejercicio del *ius puniendi*. Mientras esas garantías sigan siendo una simulación, seguiremos teniendo un sistema penal profundamente injusto, que castiga la marginación y no la delincuencia.

El reto nos concierne a todas y todos: desde las policías, los ministerios públicos, los jueces y las juezas, hasta la academia y la misma opinión pública. Si no abandonamos de una vez por todas la aborrecible cultura punitivista y autoritaria que todavía hoy se asoma en muchas de nuestras prácticas penales, no habrá reforma constitucional o legal alguna que nos conduzca a un sistema verdaderamente garantista, transparente y respetuoso de los derechos de todas y de todos.

El libro que tengo el enorme gusto de presentar es una contribución fundamental al cambio de cultura que se requiere para alcanzar una mayor correspondencia entre el sistema penal que la Constitución establece y el que opera en la realidad. Desde un robusto sustento teórico, a la vez profundo y accesible, la obra explica la función de las garantías penales y la importancia práctica de su observancia. Se sistematiza su estudio, proponiendo una clasificación que permite su comprensión a partir de la función que cumplen para la concreción del modelo garantista, y se explica exhaustivamente su alcance y contenido a partir de los precedentes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Con absoluto rigor, precisión y exhaustividad, pero al mismo tiempo con claridad y sentido didáctico, Carlos Ponce y Guillermo Kohn nos presentan un recuento sistemático y ordenado de las garantías penales, explicando no sólo su contenido y desarrollo, sino también su objeto de tutela, en una forma tan articulada y coherente, que al final emerge un verdadero tratado práctico de derecho penal constitucional mexicano.

Hasta ahora nuestro sistema penal acusatorio ha sido explicado a partir de los principios constitucionales que lo rigen, o a partir de las etapas del procedimiento, o a partir de su diferenciación con el sistema anterior. Explicarlo desde las garantías —no sólo las procesales y orgánicas, sino también las sustantivas—, así como desde la razón de ser de cada una de ellas, brinda una visión integral y novedosa que, sin duda, tendrá impacto tanto en el estudio de la materia, como en su futuro desarrollo jurisprudencial.

Este es un libro indispensable para las personas operadoras del sistema penal: defensoras, juzgadoras, fiscales. Es una guía obligada para los profesores y profesoras de derecho, así como para sus estudiantes. Es un referente para la academia.

Pero, sobre todo, es un libro imprescindible para cambiar la realidad. Su vocación eminentemente práctica, el sustento teórico impecable en que se apoya y la amplitud de su contenido, que conecta lo sustantivo con lo procesal, provee una narrativa contundente, a partir de la cual podemos comenzar a reconstruir las piezas de un sistema penal roto.

Hacer las cosas de otro modo siempre es posible, y este libro es muestra de ello. Hago votos porque las ideas aquí expuestas contribuyan a cambiar el rumbo de nuestro sistema penal, a partir de una comprensión más clara del ideal que representa. Solo desde ahí podremos alcanzar la paz y la seguridad que anhelamos.

Arturo Zaldívar

Ciudad de México, 24 de octubre de 2022

Introducción

Antes de exponer, como es lo habitual en este tipo de trabajos, qué cosas y qué cosas no encontrará el lector o lectora en estas páginas, vale la pena dedicar, aunque sea, unas breves líneas a responder lo siguiente: *¿por qué* un libro sobre garantías penales en el derecho constitucional mexicano? Mejor aún, *¿para qué*? ¿Hay algo que valga la pena decir al respecto que no esté ya en los múltiples tratados y manuales con los que se enseñan el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal en nuestras facultades y escuelas de Derecho?

Quienes escribimos estas líneas creemos que la respuesta a esta última pregunta es afirmativa y que un libro como el que ahora tiene en sus manos se justifica por al menos tres razones fundamentales. La primera de ellas —y la más importante quizá— tiene que ver con el (progresivo) proceso de “constitucionalización” por el que ha pasado el derecho penal y el derecho procesal penal mexicano en la última década y media. Como se sabe, en los últimos quince años se aprobaron dos grandes reformas constitucionales que *transformaron* —literalmente— el derecho penal mexicano, tanto en su aspecto sustantivo como procesal. Nos referimos, por un lado, a la reforma constitucional de 18 de junio de 2008, que introdujo un sistema procesal penal de corte *acusatorio* y *oral* en nuestro país, regido bajo los principios de contradicción, intermediación y publicidad, entre otros; y, por otro, a la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, la cual incorporó plenamente a nuestro sistema los derechos humanos y garantías reconocidos en los tratados internacionales suscritos por México, elevándolos incluso a rango constitucional y creando con ello lo que en algunas latitudes se conoce como “bloque de constitucionalidad”.

Ambas reformas supusieron una transformación radical —si bien a nivel constitucional— de nuestro sistema de justicia penal. En lo que respecta al ámbito procesal, se introdujeron expresamente una serie de garantías procedimentales hasta entonces inobservadas en la práctica cotidiana de las fiscalías y tribunales, como son los principios de contradicción, intermediación y presunción de inocencia. Por lo que ve al derecho penal sustantivo, se incorporaron también nuevos principios limitadores del *ius puniendi* —es decir, la facultad o derecho del Estado a castigar—, como es el principio de proporcionalidad de las penas en sentido estricto; el pleno respeto y garantía de todos los derechos reconocidos no sólo en la Constitución, sino también en los tratados internacionales suscritos por nuestro país; la finalidad de la “reinserción social” como objetivo central del sistema pe-

nitenciarlo (el cual debe estar basado, entre otras cosas, en el pleno respeto a los derechos humanos), entre otros.

Pero el factor que más ha contribuido a esta “constitucionalización” del derecho penal mexicano ha sido, sin duda, el creciente desarrollo jurisprudencial que han recibido las garantías penales, sustantivas y procesales, a lo largo de la última década. Lo cual, hay que decirlo, resulta de cierto modo *inédito* en nuestro país. Como desde 2007 denunció el ahora Ministro Presidente Arturo Zaldívar, durante prácticamente todo el siglo XX la jurisprudencia mexicana en materia penal fue “poco relevante e incluso nula”, derivado, entre otras cosas, de la “escasa relevancia política” que la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) y el Poder Judicial de la Federación (PJF) tuvieron durante el régimen autoritario de partido único (es decir, el PRI).¹ Y no sólo eso, durante el régimen autoritario además:

[L]os criterios de la SCJN [en materia penal] contribuyeron a institucionalizar la práctica de la tortura y de diversas violaciones a los derechos humanos de los gobernados. El máximo tribunal mexicano dio mayor validez a las confesiones realizadas ante policías judiciales o agentes del ministerio público, sin presencia del abogado del indiciado. Esto a pesar de que se sabía que dichas confesiones eran arrancadas por medio de la tortura. Asimismo, la Corte se negó a aceptar la retractación del particular, salvo que acreditara la coacción que había sufrido no es necesario insistir en que esa prueba era imposible. [...] Puede decirse, en resumen, que la SCJN mexicana se circunscribió a realizar una limitada protección de los derechos fundamentales clásicos.²

Por otra parte, aunque en 1994 se reformó el sistema de justicia constitucional a fin de transformar a la SCJN en un auténtico “tribunal constitucional” —y de esta manera transitar de un constitucionalismo meramente “nominal” a uno verdaderamente “normativo”— durante los primeros años de su implementación, la interpretación y desarrollo de los derechos fundamentales (específicamente en materia penal) no formaron parte de la agenda central de la SCJN.³ Como también refirió en su momento Arturo Zaldívar, hasta el año 2007 se había venido construyendo “una justicia constitucional que privilegia[ba] la solución de los conflictos entre poderes, frente al derecho procesal constitucional que se ocupa del desarrollo y protección de los derechos fundamentales”. En otras palabras,

1 Zaldívar, Arturo, “Reflexiones sobre la jurisdicción constitucional en México. A doce años de la reestructuración de la SCJN y a propósito de la reforma constitucional del 14 de septiembre de 2006”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 7, enero-junio, 2007.

2 *Idem*.

3 Sobre la evolución de la doctrina de la SCJN en materia de derechos humanos, con posterioridad al régimen autoritario, véase también, Niembro Ortega, Roberto, *La argumentación constitucional de la Suprema Corte: A diez años de la reforma de derechos humanos*, México, UNAM-IJ, 2021.

durante este primer periodo de transformación institucional —que se extendió aproximadamente de 1995 a 2008— la SCJN se abocó al desarrollo de “la justicia constitucional orgánica” por encima de “la justicia constitucional de las libertades”.⁴ Basta con comparar el escaso desarrollo que tuvieron los derechos y las garantías (especialmente en materia penal) en ese periodo, frente al federalismo, el municipalismo y la división de poderes.

Esta tendencia, sin embargo, comenzó a cambiar a finales de la primera década de este siglo, específicamente a partir de 2008.⁵ Desde entonces —y muy especialmente a partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011— la SCJN ha venido construyendo una muy vasta y rica doctrina jurisprudencial en materia de derechos humanos, al grado de que hoy en día es prácticamente imposible estudiar los derechos fundamentales vigentes en nuestro país sin tomar en consideración la doctrina de la SCJN en esta materia.

En lo que respecta a las garantías penales en específico, un importante punto de inflexión tuvo lugar en 2009, cuando la SCJN admitió la posibilidad de impugnar en *amparo directo* las violaciones a derechos fundamentales cometidas desde la *detención de la persona imputada* y la *averiguación previa*.⁶ Si bien existían ya algunos avances, la adopción de dicho criterio abrió la puerta a un mayor desarrollo jurisprudencial sobre temas hasta entonces escasamente explorados. Destacan en ese sentido, el derecho a una *defensa adecuada* y, en particular, el derecho de toda persona a ser asistida o asistido por licenciado o licenciada en Derecho desde la detención;⁷ los límites del derecho a la *libertad personal* y a no ser detenido

4 *Idem.*

5 Como refiere Pablo Mijangos, en el caso específico de la Primera Sala este cambio de orientación en materia de derechos humanos fue favorecido en buena medida por la creación de un “Programa de Derechos Fundamentales” que le permitió a la Sala “reorientar” su agenda de trabajo. En términos generales, esta estrategia consiste en identificar asuntos “trascendentes” para ser atraídos y resueltos por la Primera Sala y en la creación de una comisión de Secretarías y Secretarios de estudio y cuenta dedicada a evaluar solicitudes de atracción presentadas por activistas, organizaciones y defensores de oficio. En materia penal, uno de los primeros casos atraídos y resueltos con esa óptica por la Primera Sala fueron los amparos relacionados con el caso *Acteal*. Mijangos y González, Pablo, *Historia mínima de la Suprema Corte de Justicia de México*, México, El Colegio de México, 2019 (edición Kindle).

6 Véase entre otros, SCJN, Primera Sala, *Contradicción de tesis* 68/2009, sentencia del 4 de noviembre de 2009, de la cual derivó la tesis jurisprudencial 121/2009, de rubro: AMPARO DIRECTO. PROCEDE QUE EN ÉL SE ANALICEN COMO VIOLACIONES AL PROCEDIMIENTO LAS COMETIDAS EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA, CUANDO AFECTEN LAS GARANTÍAS CONTENIDAS EN LOS ARTÍCULOS 14 Y 20 DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA, EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 160, FRACCIÓN XVII, DE LA LEY DE AMPARO.

7 Hasta 2013, siguiendo el texto constitucional vigente hasta la reforma de 2008, la jurisprudencia admitía que las personas fueran asistidas durante la investigación por “persona de

arbitrariamente;⁸ el alcance del derecho a la *protección del domicilio*;⁹ el carácter absoluto de la *prohibición de la tortura* y de obtención de confesiones mediante coacción,¹⁰ así como la *regla de exclusión* de pruebas ilícitamente obtenidas.

En definitiva, a partir de 2008 es posible observar una mayor tendencia hacia la “constitucionalización” del derecho penal en la jurisprudencia mexicana. Esta tendencia se ha caracterizado por una mayor aparición de argumentos constitucionales para la solución de asuntos penales y, muy concretamente, en una mayor interpretación y aplicación en casos concretos de derechos y garantías fundamentales en materia penal, lo que ha impactado no sólo —se insiste— en el ámbito procesal, sino también en el ámbito *sustantivo*. Piénsese, por ejemplo, en el importante desarrollo que en la última década han tenido también las garantías penales clásicas, como son el *principio de legalidad* en sus diferentes vertientes (reserva de ley, taxatividad, exacta aplicación e irretroactividad), el principio de proporcionalidad en sentido estricto y en sentido amplio; o bien, en el reconocimiento que recientemente ha hecho la SCJN de otras garantías *implícitas* en la Constitución

confianza” aunque no fuera licenciada o licenciado en Derecho. En 2013, el Pleno de la SCJN cambió ese criterio y sostuvo que una defensa adecuada sólo se garantiza si es prestada por un profesional. Véase, entre otros, el *amparo directo en revisión 2886/2012*, resuelto en sesión de 10 de junio de 2013.

- 8 La doctrina actual sobre el alcance de este derecho y los efectos de su violación en el proceso penal es relativamente reciente, se remonta aproximadamente a 2012. Véanse, por ejemplo, las tesis aisladas de la Primera Sala CCLXXIX/2012, de rubro: FLAGRANCIA. EL ARTÍCULO 106, PÁRRAFO TERCERO, DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA CONTRAVIENE EL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL, PÁRRAFO TERCERO, POSTERIOR A LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2008; LIII/2014, de rubro: DERECHO FUNDAMENTAL DEL DETENIDO A SER PUESTO SIN DEMORA A DISPOSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO. ALCANCES Y CONSECUENCIAS JURÍDICAS GENERADAS POR LA VULNERACIÓN A TAL DERECHO; y CC/2014, de rubro: FLAGRANCIA. LA DETENCIÓN DE UNA PERSONA SIN EL CUMPLIMIENTO IRRESTRICTO DEL MARCO CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL QUE REGULA AQUELLA FIGURA, DEBE CONSIDERARSE ARBITRARIA.
- 9 Se trata de una doctrina igualmente reciente. Uno de los primeros precedentes sobre sus alcances y efectos en el proceso penal puede encontrarse en la tesis jurisprudencial de la Primera Sala 22/2007, de rubro: CATEO. EN ACATAMIENTO A LA GARANTÍA DE INVIOLEABILIDAD DEL DOMICILIO, LA ORDEN EMITIDA POR LA AUTORIDAD JUDICIAL, DEBE REUNIR LOS REQUISITOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN, DE LO CONTRARIO DICHA ORDEN Y LAS PRUEBAS QUE SE HAYAN OBTENIDO COMO CONSECUENCIA DIRECTA DE LA MISMA, CARECEN DE EXISTENCIA LEGAL Y EFICACIA PROBATORIA. Asimismo, véase el *amparo directo en revisión 2420/2011*, resuelto por la Primera Sala en sesión de 11 de abril de 2012.
- 10 Por paradójico que parezca, la SCJN no se había pronunciado sobre los deberes del Estado en materia de investigación de tortura y exclusión de pruebas obtenidas mediante coacción, sino hasta el *amparo directo en revisión 90/2014*, resuelto en sesión de 2 de abril de 2014.

que también limitan de forma importante el derecho penal en su vertiente sustantiva, como son los principios de culpabilidad, lesividad y *ultima ratio*.

A lo anterior habría que agregar que, desde la resolución por el Pleno de la SCJN de la *contradicción de tesis 293/2011*,¹¹ todos los precedentes de la Corte IDH resultan *vinculantes* para las juezas y los jueces mexicanos —incluyendo a las juezas y los jueces penales—, con independencia de que México haya sido parte del litigio internacional, siempre y cuando los criterios del tribunal interamericano sean *aplicables* a nuestro sistema jurídico y, siempre y cuando resulten más favorables para los derechos de las personas en comparación con los estándares nacionales.¹² Situación que, como se podrá imaginar, ha supuesto la incorporación a nuestro sistema jurídico de una gran cantidad de criterios convencionales en materia penal, que también deben ser tomados en consideración las operadoras y los operadores jurídicos al analizar casos concretos.

En ese contexto —y regresando a la pregunta inicial— este libro tiene como propósito principal *sistematizar y difundir* los avances jurisprudenciales más destacados, alcanzados en esta materia, a lo largo de la última década, a fin de que estén al alcance de las y los estudiantes, las operadoras y los operadores de justicia y, en general, cualquier persona interesada en el tema. Estamos convencidos de que hoy, como nunca antes, el derecho penal en México sólo puede ser estudiado y comprendido cabalmente si se toma en consideración, además del derecho positivo legislado, el desarrollo interpretativo que han hecho la SCJN y la Corte IDH en torno a las llamadas “garantías penales”; las cuales —como veremos más adelante— disciplinan desde quién puede crear derecho penal, cómo se deben interpretar y aplicar las normas penales, hasta cuáles son los límites del poder de investigación y procesamiento penal de las autoridades.

La segunda justificación o razón de ser de este libro está relacionada con el *fortalecimiento* de nuestro Estado de derecho. Quienes escribimos estas líneas compartimos la convicción de que poco o nada servirían las garantías penales (y el extenso desarrollo jurisprudencial existente al respecto), si la mayoría de las ciudadanas y los ciudadanos no las conocemos y no exigimos su cumplimiento. Creemos, además, que quienes nos dedicamos al derecho —y, particularmente, a un área tan sensible como el derecho penal— tenemos la responsabilidad social de *difundir y hacer accesible* el conocimiento jurídico a la ciudadanía en general, a través de este tipo de publicaciones y otras estrategias de comunicación social.

11 SCJN, Pleno, sentencia de 3 septiembre de 2013.

12 Véase la tesis jurisprudencial del Tribunal Pleno de la SCJN 21/2014, de rubro: JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE IDH. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA.

Esto último es especialmente cierto en un contexto nacional e internacional como el actual, en el que asistimos de manera veloz a una expansión e inflación del derecho penal impulsado por argumentos notoriamente *populistas*, que ven en el aumento de las penas y la creación de nuevos delitos la *única* solución para los conflictos sociales y la inseguridad, a pesar de la inexistencia de evidencia empírica que lo corrobore. Sin mencionar las múltiples voces que, en pleno siglo XXI, abogan por regresar a un derecho penal mucho más autoritario, brutal y despiadado, bajo el eslogan de “mano dura”, como son las iniciativas que han propuesto “mochar manos” a personas condenadas por robo o corrupción;¹³ “castrar” a personas sentenciadas por violación o reintroducir la “pena de muerte” para ciertos delitos;¹⁴ o, peor aún, buscando crear una *falsa* dicotomía entre “humanos” y “delincuentes”, pretendiendo negar cualquier clase de derecho fundamental a estos últimos a partir de un discurso basado en la *deshumanización*.¹⁵

Ante dicho panorama, otro de los propósitos de este libro es *recordar* y *mantener vigentes* en la discusión pública y académica, tanto la *existencia* como la *razón de ser* de las garantías penales y, en general, de los límites del *ius puniendi* en un Estado democrático y liberal. No hay que olvidar que todas estas garantías y límites al uso del derecho penal —los cuales, al menos en teoría, hemos acordado adoptar entre todas y todos a través de procedimientos democráticos de reforma constitucional— tienen una explicación no sólo teórica, sino también *histórica*: surgieron como reacción frente a sistemas de derecho penal autoritarios y arbitrarios, en los que la libertad, la vida y la seguridad de las personas estaban todo menos garantizadas. Conocer nuestras garantías y su razón de ser puede ser, pues, de suma utilidad si queremos evitarnos el trago amargo de tener transcurrir por esos pasajes oscuros nuevamente.

Por último, pero no menos importante, el presente trabajo tiene también la pretensión de servir de *control* y *garantía* de los derechos. Como desde hace tiempo ha observado la doctrina, una de las funciones de la dogmática —y, de manera especial, de la *dogmática jurídico-penal*— es garantizar la aplicación de un dere-

13 Animal Político, “Aplauden propuesta del Bronco de cortar manos a corruptos en municipio donde 6 personas fueron mutiladas en 2016”, *Animal Político*, 30 de abril de 2018, disponible en: <https://www.animalpolitico.com/2018/04/bronco-mochar-manos/>

14 El País, “El gobernador de San Luis Potosí propone la pena de muerte a asesinos y la castración a violadores”, 20 de septiembre de 2022, *El País*, disponible en: <https://elpais.com/mexico/2022-09-20/el-gobernador-de-san-luis-potosi-propone-la-pena-de-muerte-y-la-castracion-para-violadores.html>

15 Aristegui Noticias, “Panista señala que delincuentes son “bestias” que no merecen derechos humanos; AMLO y expertos critican postura”, *Aristegui Noticias*, 22 de agosto de 2022, disponible en: <https://aristeguinoticias.com/2208/mexico/panista-senala-que-delincuentes-son-bestias-que-no-merecen-derechos-humanos-amlo-y-expertos-critican-postura/>

cho penal mucho más seguro, calculable y previsible.¹⁶ Ciertamente, mediante la elaboración de sistemas o soluciones dogmáticas para casos o problemas hipotéticos a partir del derecho positivo, la dogmática contribuye a la construcción de un derecho penal menos irracional, arbitrario o improvisado. Así, no es extraño que en aquellas áreas donde menos desarrollo dogmático existe, más imprevisibles, arbitrarias y azarosas tiendan a ser las decisiones de los tribunales.

En pocas palabras, la *dogmática jurídica* (o la “cultura jurídica” en un sentido más amplio) es también una “garantía” de los derechos, en la medida que brinda mayor seguridad sobre su aplicación. De ello no se escapa el llamado “derecho penal constitucional” y, particularmente, el estudio de las “garantías penales”. Entre mayor claridad tengamos sobre el contenido y alcance de nuestros derechos y garantías constitucionales en materia penal, mayor *seguridad* y *certeza* tendremos todas y todos de aquello que pueden y aquello no pueden hacer tanto el legislador, como los jueces y juezas penales e, incluso, las autoridades encargadas de la seguridad pública. Piénsese tan sólo en lo siguiente: ¿qué puede y qué no puede tipificar y sancionar el legislador conforme a la Constitución? ¿Es válido, desde el punto de vista constitucional, sancionar acciones que sólo lesionan al propio agente que las realiza (como consumir marihuana con fines lúdicos)? ¿Cómo deben interpretar o aplicar las juezas y los jueces las leyes penales? ¿En qué casos es válido recurrir a la analogía o la mayoría de razón en materia penal? ¿Puede un juez penal crear una excluyente de responsabilidad no prevista en la ley? ¿Cuándo puede un agente de policía revisar válidamente mis pertenencias o posesiones?, ¿en qué casos está autorizado para hacer una inspección vehicular?, ¿bajo qué condiciones se puede practicar una detención? ¿Es posible usar y, en su caso, cuáles son los límites al uso de la fuerza en nuestro país? ¿Qué sucede si el Estado obtiene una prueba incriminatoria mediante tortura?

Como se verá a lo largo de este trabajo, muchas de estas interrogantes han sido analizadas y respondidas por la SCJN y la Corte IDH en su jurisprudencia en la última década. De este modo —y con independencia de lo satisfactoria que pueda parecernos la jurisprudencia vigente— confiamos en que la sistematización, contextualización, explicación (y, en ciertos casos, incluso, crítica) de estas líneas jurisprudenciales, además de brindar al lector o lectora un panorama amplio sobre el *estado del arte* actual de las garantías penales en México, sirva también como *punto de partida* para reflexiones y desarrollos posteriores e, incluso, como un *freno* a eventuales inercias regresivas.

16 Cfr. Roxin, Claus, *Derecho Penal: Parte General*, Tomo I, [trad. Diego-Manuel Luzón Peña], Madrid, Civitas, 1997, p. 207 y Ambos, Kai, “Dogmática jurídico-penal y concepto universal de hecho punible”, en *Política criminal*, núm. 5, 2008, p. 126.

Hay que aclarar, sin embargo, que nuestra contribución a esta empresa es bastante modesta. Como se verá, la mayor parte del libro está dedicada a hacer una exposición que podría calificarse de *descriptiva*. Como se ha venido diciendo, el objetivo principal de este libro es ofrecer a las lectoras y los lectores una recopilación sistematizada de la doctrina constitucional de la SCJN y la Corte IDH en torno a las principales garantías penales vigentes en México. Con todo, a fin de contribuir a la construcción dogmática, adicionalmente hemos incorporado algunos *debates contemporáneos* sobre las garantías penales y procesales que nos han parecido interesantes, con la finalidad de mostrar a las lectoras y lectores algunos espacios de oportunidad que siguen abiertos en la jurisprudencia nacional e interamericana y que —a nuestro juicio— ameritan una discusión o reflexión más profunda. En otros apartados, si bien los menos, nos hemos dado licencia también de expresar algunas opiniones personales a modo de *sententia ferenda*, a fin de que puedan servir para iniciar nuevos debates y, eventualmente, desarrollos jurisprudenciales. Como se argumentará, existen muchas áreas en materia de derecho penal constitucional en las que la doctrina jurisprudencial vigente aún es incipiente y, en otros casos, incluso, insatisfactoria. Un ejemplo de esto último es —a nuestro modo de ver—, la prohibición que ha establecido la SCJN de realizar una *interpretación conforme a la Constitución* de leyes penales. Como se argumentará con más detalle en el capítulo II, además de que se trata de un criterio *sobreinclusivo*, que no se sostiene desde el punto de vista del principio de la legalidad, supone un obstáculo importante a la plena constitucionalización del derecho penal sustantivo, específicamente en lo que respecta a la interpretación de la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad de los delitos.

El libro se compone de cinco capítulos. En el primero de ellos, titulado “Garantismo penal y garantías penales”, se explora el origen de las garantías penales en Occidente a partir del pensamiento penal de la Ilustración y los fundamentos teóricos y epistemológicos del garantismo penal contemporáneo, tal y como ha sido construido por uno de sus más importantes defensores y promotores. Nos referimos a Luigi Ferrajoli. El objetivo de esta revisión es contar con una base conceptual y teórica suficientemente robusta que nos permita sistematizar y analizar las garantías penales vigentes en México, en función de los objetivos que éstas persiguen. Para ello, se propone retomar la clásica distinción entre garantías penales sustantivas, orgánicas y procesales, distinguiendo estas últimas a su vez entre garantías procesales epistemológicas o de verdad y garantías procesales no epistemológicas o de libertad.

A partir de lo anterior, en el segundo capítulo se analizan las principales *garantías sustantivas* vigentes en México a la luz de la jurisprudencia nacional e interamericana reciente, como son el principio de legalidad y sus cuatro vertientes (*lex scripta, lex praevia, lex certa y lex stricta*), los principios de humanidad y pro-

porcionalidad de las penas, y el principio *non bis in idem* o prohibición de doble punición. En este apartado hemos decidido incluir también una referencia a los derechos fundamentales como límites generales al *ius puniendi*, tomando en consideración que en fechas recientes la SCJN ha declarado la inconstitucionalidad de tipos penales por restringir desproporcionadamente el ejercicio de derechos humanos (en particular, los derechos de libertad, como el derecho a la libertad de expresión o el libre desarrollo de la personalidad). Asimismo, hemos agregado un apartado sobre garantías o principios implícitos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) o la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) —reconocidos así por la SCJN y la Corte IDH— como son los principios de culpabilidad, lesividad y *ultima ratio*.

En el tercer capítulo se analizan las *garantías orgánicas del proceso penal*, como son los principios de juez o jueza competente y natural, los principios de imparcialidad e independencia y —de especial relevancia para el sistema penal— el principio acusatorio o de estricta separación entre acusación y persona juzgadora. Posteriormente, en el cuarto capítulo se estudian las *garantías procesales epistemológicas o de verdad* más importantes y vigentes en nuestro país, sobre todo las que más desarrollo jurisprudencial han tenido, como son el principio de contradicción, el principio de inmediación, el derecho de defensa y sus diferentes manifestaciones y, finalmente, el principio de presunción de inocencia y sus diferentes vertientes procesales y extraprocesales. Por último, el quinto capítulo está dedicado a las principales *garantías procesales no epistemológicas o de libertad* en México, dentro de las cuales se encuentran los mecanismos de protección procesal al derecho a la libertad personal (prohibición de detenciones arbitrarias o al margen de los supuestos constitucionales), a la integridad personal (prohibición de tortura y uso excesivo de la fuerza) y a la vida privada (protección del domicilio y comunicaciones privadas). Se incluye también dentro de este último capítulo un estudio sobre el *derecho fundamental a la exclusión de pruebas ilícitas* y su desarrollo jurisprudencial en México.

Entre otras muchas deficiencias que podrá advertir el lector o lectora —las cuales, por cierto, son atribuibles exclusivamente a los autores— destaca la ausencia de un capítulo destinado a los *derechos fundamentales o garantías penales de las víctimas*, otro al *sistema de justicia penal para adolescentes* y, finalmente, uno más al *sistema de ejecución penal*. Aunque somos plenamente conscientes de la importancia que tienen todas estas ramas para el garantismo penal contemporáneo,¹⁷

17 Como destaca Arturo Zaldívar, “[h]oy en día no es posible hablar de garantías constitucionales en materia penal si no se habla también de los derechos de las víctimas”. Cfr. Zaldívar, Arturo, *10 años de derechos: Autobiografía jurisprudencial*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2022, p. 366.

hemos decidido dejar su análisis para un trabajo (o edición) posterior, entre otras razones, porque muchos de los derechos y garantías aplicables en dichos ámbitos —como el derecho de las víctimas a la *verdad* o a la *reparación* integral del daño, el principio de *presunción de minoría de edad* o los principios que se desprenden de los *finés del sistema penitenciario*— encuentran su fundamento en principios que no necesariamente son compartidos con las garantías penales tradicionales que aquí analizamos (es decir, las de las personas imputadas o procesadas), sino que exigen un análisis *diferenciado*.

Para finalizar, no queremos dejar de agradecer a todas las personas que hicieron posible esta publicación. En primer lugar, agradecemos al Ministro Presidente de la SCJN, Arturo Zaldívar, por habernos honrado con la presentación de este libro y a quien aprovechamos para reconocer su constante compromiso con el desarrollo de un derecho penal más igualitario y justo para todas y todos. En segundo lugar, agradecemos al Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (CEC-SCJN) y, en particular, a su directora, la Magistrada Ana María Ibarra Olgún, por la amable invitación que nos han hecho para escribir este libro, así como a la editorial Tirant lo Blanch. El presente trabajo busca adicionar un pequeño grano de arena al gran trabajo de sistematización y divulgación que ha hecho el CEC, bajo su dirección, a través de la colección *Cuadernos de jurisprudencia* y la reconstrucción de líneas jurisprudenciales. Agradecemos también de manera especial a la Magistrada Fabiana Estrada Tena por el apoyo e impulso brindado desde la Coordinación General de Asesores de la Presidencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para emprender este tipo de proyectos. Por último, agradecemos el apoyo y la colaboración de Velia Fernanda Márquez Rojas, Lorenza Urias González, Fernando Daniel Hinojosa Bale, Aldo Valdez Marcelo y Daniela Marisol Sánchez Cruz tanto para la investigación y recopilación de los precedentes, como para la revisión de los borradores.

Capítulo I

Garantismo penal y garantías penales

1. EL PENSAMIENTO PENAL ILUSTRADO Y EL ORIGEN DE LAS GARANTÍAS PENALES EN OCCIDENTE

Aunque las primeras manifestaciones del derecho penal *estatal* en Occidente se remontan al siglo XIII,¹⁸ no fue sino hasta el siglo XVIII que el interés por la “cuestión penal” —es decir, por qué se justifica penar, en qué casos y con qué límites— cobró verdadera relevancia en la filosofía y la teoría jurídica europeas, gracias al pensamiento ilustrado y liberal de la época.¹⁹ Como señala Prieto Sanchís, tal preocupación sobre los fundamentos y límites del *ius puniendi* fue motivada principalmente por la contradicción existente entre las instituciones y formas punitivas del Antiguo Régimen y los principios de la nueva filosofía ilustrada y burguesa en Europa.²⁰ Si bien tales principios no eran enteramente homogéneos y coherentes entre sí,²¹ coincidían en un punto esencial: el rechazo a la crueldad e irracionalidad del derecho penal de la época, que resultaba cada vez más intolerable conforme a la nueva forma de ver el mundo.²²

-
- 18 Como narra Foucault, entre los siglos XII y XIII aparecieron en Europa una serie de figuras —el Estado, el “procurador” del Rey y la noción de “infracción”— que transformaron dramáticamente las formas penales del sistema feudal. Tales transformaciones tendrían en común la *confiscación y concentración total del conflicto penal* por parte de los Estados nacientes, el cual había estado durante buena parte de la Alta Edad Media en manos de los propios individuos afectados, según las reglas del antiguo derecho germánico y el derecho feudal. Cfr. Foucault, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, 5ª ed., Barcelona, Editorial Gedisa, 2017, pp. 63-92.
- 19 Cfr. Prieto Sanchís, Luis, *La filosofía penal de la Ilustración*, Lima, Palestra Editores, 2007, p. 18. Como señala Ferrajoli, “El derecho penal de los ordenamientos desarrollados es un producto eminentemente moderno. Los principios sobre los que se funda su modelo garantista clásico [...] en gran parte son [...] el fruto de la tradición jurídica ilustrada y liberal”. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, 10ª ed., Madrid, Trotta, 2011, p. 33.
- 20 Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 19, pp. 18-19.
- 21 Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 19, pp. 33-34.
- 22 Con todo, como refiere Zaffaroni, una de las primeras críticas claras al derecho penal inquisitivo medieval puede encontrarse en el libro *Cautio Criminalis*, publicado desde 1631, por Friederich Spee von Langenfeld, obra en la que se opuso fuertemente a la tortura, así como a la crueldad e irracionalidad de la inquisición. Zaffaroni, Eugenio Raúl, et al., *Manual de Derecho penal: Parte General*, 2ª ed., Buenos Aires, Ediar, 2006, pp. 207-209.

Tal contradicción entre el pensamiento ilustrado burgués y el derecho penal del Antiguo Régimen se manifestaba esencialmente en dos grandes aspectos. El primero tenía que ver con la lucha por la *secularización* y *racionalización* del derecho, lo cual exigía una separación clara entre derecho y moral y, consecuentemente, entre delito y pecado. Para los pensadores de la Ilustración, el Estado no debía ocuparse —como era lo usual en la Inquisición— de cuestiones de *fe* o de *moralidad* que no afectaran a la colectividad.²³ De acuerdo con la nueva visión liberal e ilustrada del Estado, éste debía limitarse a proteger a la sociedad de actos que la lesionaran y, muy puntualmente, de conductas pusieran en riesgo los *derechos naturales* de las personas —como la vida, la integridad, la libertad o la seguridad—, pero no a inculcar *ideales de virtud personal o moral* en los ciudadanos y mucho menos expiar el pecado.

Para lograr este cometido, el derecho penal debía ocuparse única y exclusivamente de sancionar conductas o hechos *externos* de verdad lesivos para la sociedad y no la mera “personalidad” o la “voluntad” de su autor.²⁴ Esto implicaba, por un lado, *despenalizar* una gran cantidad de conductas entonces criminalizadas —como el suicidio, la brujería, la magia o la hechicería²⁵— y, por otro, adoptar un *principio de legalidad estricto* —el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*—, conforme al cual los delitos y las penas estuvieran claramente delimitadas por una ley expedida por el legislador, pues sólo de esta manera se garantizaría que los jueces penales sancionaran *hechos verificables empíricamente* y no meros

23 Como describe Prieto Sanchís, “[s]i en el Antiguo Régimen se atendía fundamentalmente a la perversidad moral de quien pecaba al romper el orden querido por Dios e impuesto por el soberano, ahora se atiende al daño social y, más concretamente al daño sobre los derechos naturales de los demás individuos y sobre la seguridad colectiva”. Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 19, pp. 36-37.

24 Filangieri, por ejemplo, destacaba que:
 “la sola voluntad de delinquir no puede formar el delito civil. El juicio de lo que está dentro del corazón se reserva a la divinidad que lee nuestros pensamientos, y que del mismo modo que premia el ascenso de nuestra voluntad al bien, aunque no vaya acompañado de la obra, castiga su ascenso al mal que hemos querido, aunque no hayamos llegado a cometerle. Dejemos pues a la religión que emplee sus terribles amenazas en amedrentarnos cuando concebimos ocultos y perversos designios, y no pidamos a las leyes, que son obra de los hombres, lo que debemos obtener de la religión, que es obra de Dios. La ley no puede castigar el acto sin la voluntad, ni la voluntad sin el acto, *Cogitationis pœnam nemo patitur*. Esta era una regla del derecho romano; regla desconocida en la jurisprudencia de los tiranos, y tan violada por Dionisio que se atrevió este monstruo a castigar los sueños, como indicantes de los pensamientos.”
 Filangieri, Gaetano, *Ciencia de la legislación*, Volumen I, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2018, p. 1011.

25 Sobre la infame —y misógina— era de persecución de las brujas durante la Edad Media, véase Zaffaroni, Eugenio Raúl, *op. cit.*, nota 22, pp. 202-206.

pensamientos o la personalidad del autor.²⁶ Además, para garantizar la *separación entre el derecho y la moral*, era necesario abandonar las viejas concepciones *sustancialistas* del delito y, en su lugar, adoptar una concepción estrictamente *convencional* del delito, es decir, apoyada en la ley formal y no en la religión, la moral u otras valoraciones subjetivas sobre lo que se considera intrínsecamente (es decir, por sí mismo) desviado o antisocial.²⁷

El segundo aspecto tenía que ver con la filosofía *utilitarista* y *humanista* de la época que llevó a los ilustrados a replantear los *finés* y la *naturaleza de las penas*. Siguiendo el *principio de utilidad* formulado por Bentham,²⁸ los ilustrados pensaban que la pena no debía tener ya como fin la mera retribución del daño ocasionado, la expiación de la culpa o el restablecimiento del orden querido por Dios, sino que debía dirigirse a perseguir única y exclusivamente *finés socialmente útiles*; de manera concreta, la *prevención* de la sociedad frente a la posible comisión de delitos futuros. Dicho en otras palabras, para los ilustrados, la pena no debía ser considerada ya como un *fin en sí misma*, sino como un *medio* para alcanzar el bienestar colectivo. La *función* o *utilidad* de la pena, en definitiva, no debía buscarse más en el pasado (es decir, la redención del delincuente), sino en el futuro (esto es, la prevención general y especial del delito). En palabras de uno de los principales exponentes de este movimiento, Cesare Bonesana, Marqués de Beccaria:

Todo acto de autoridad de hombre a hombre, que no se derive de la absoluta necesidad, es tiránico. Veís aquí la base sobre la que el soberano tiene fundado su derecho para castigar los delitos: sobre la necesidad de defender el depósito de la salud pública de las particulares usurpaciones; y tanto más justas son las penas, cuanto es más sagrada e inviolable la seguridad, y mayor la libertad que el soberano proporciona a sus súbditos.²⁹

De manera adicional, a fin de evitar que las penas generaran más perjuicios que utilidades sociales, los ilustrados sostenían que éstas debían guardar una estricta

26 Como refiere Marina Gascón, derivado de la visión secularizada del derecho impulsada por el pensamiento ilustrado, “los ‘hechos’ dejaron de ser un mero indicio de una culpabilidad basada en realidad en el vicio o en el pecado —en suma, en la corrupción de la naturaleza nacida de la caída original— para convertirse en su único fundamento, pues antes de decidir cómo se conocen los hechos es preciso aceptar, cuando menos, que los hechos representan el único motivo de la decisión jurídica”. Gascón Abellán, Marina, *Los hechos en el derecho: Bases argumentales de la prueba*, 3ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 15.

27 Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 19, pp. 34-36.

28 Sobre el principio de utilidad en Bentham véase de él mismo, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Estados Unidos, White Dog Publishing, 2010 (edición Kindle).

29 Beccaria, Cesare, *Tratado de los delitos y de las penas*, 17ª ed., México, Editorial Porrúa, 2008, p. 8.

ta *proporcionalidad* con el daño ocasionado³⁰ y ser *lo más humanas posibles*.³¹ Como refiere Lynn Hunt, el siglo XVIII fue testigo de un importante cambio de mentalidad en Europa en torno al dolor y los suplicios judiciales, lo cual fue favorecido en buena medida por una literatura más compasiva y empática con el sufrimiento ajeno.³² Para la nueva sociedad europea, la tortura y los castigos crueles realizados como espectáculos públicos comenzaron a resultar aborrecibles. En palabras de Hunt: “[l]a tortura desapareció porque el marco tradicional del dolor y la individualidad se deshizo y, poco a poco, dio paso a un nuevo marco en el que los individuos eran dueños de sus cuerpos, tenían derecho a su independencia y a la inviolabilidad corporal, y reconocían en otras personas las mismas pasiones, sentimientos y compasión que ellos mismos albergaban”.³³ Todo lo cual llevó a los pensadores de la Ilustración a abogar por la reforma, no sólo del *sistema de penas* del *Ancien Régime*,³⁴ sino también de los *procedimientos*, pues estos también solían imponer formas de sufrimiento irracional e innecesario a través de la tortura y otro tipo de suplicios.³⁵

Si bien no es posible atribuir todos estos desarrollos a una sola persona,³⁶ se cree que fue Beccaria quien, con tan sólo 27 años, los cristalizó por primera vez de

- 30 De acuerdo con Prieto Sanchís, la proporcionalidad de las penas era una exigencia que representaba “casi un clamor” en la literatura de la época. Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 19, p. 50.
- 31 A esto se refería Beccaria cuando hablaba de la “dulzura de las penas”. Beccaria, Cesare, *op. cit.*, nota 29, p. 72.
- 32 De acuerdo con Hunt, novelas como “Julia” escrita por Rousseau en 1761, “empujaron a sus lectores a identificarse con personas corrientes que, por definición, les eran desconocidos personalmente. El lector experimentaba empatía por ellos, sobre todo por la heroína o el héroe, gracias al funcionamiento de la propia narrativa [...] Las novelas venían a decir que todas las personas son fundamentalmente parecidas a causa de sus sentimientos y, en particular, muchas novelas mostraban el deseo de autonomía [...] En el siglo XVIII, los lectores de novelas aprendieron a ampliar el alcance de la empatía”. Hunt, Lynn, *La invención de los derechos humanos*, [traducción: Jordi Ferrer Beltrán], Tusquets Editores, 2009, pp. 38-39.
- 33 *Ibidem*, p. 113.
- 34 Una muestra de la crueldad y severidad de las penas del Antiguo Régimen puede verse en la narración que hace Foucault sobre la condena de Damiens, ocurrida en 1757, en su libro *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*, [traducción: Aurelio Garzón del Camino], 2ª ed., México, Siglo XXI, 2015, pp. 11-14.
- 35 Beccaria se refería a la tortura como ese “infame crisol de la verdad”, el cual era un monumento superviviente “de la antigua y bárbara legislación cuando se llamaban juicios de Dios las pruebas del fuego y del agua hirviendo, y la incierta suerte de las armas”. Para Beccaria “[l]a diferencia que hay entre la tortura y el fuego y el agua hirviendo es sólo que el éxito de la primera parece que depende de la voluntad del reo, y el de la segunda de lo extrínseco de un hecho puramente físico; pero esta diferencia es sólo aparente y no real”. Beccaria, Cesare, *op. cit.*, nota 29, p. 42.
- 36 Las bases del derecho penal liberal pueden encontrarse en realidad en una gran cantidad de autores, con posturas y tendencias filosóficas variopintas, como Hobbes, Kant, Montesquieu,

manera articulada y coherente en su *Tratado de los delitos y de las penas*, publicado en Milán en 1764.³⁷ Aunque no es claro que las ideas de Beccaria fueran enteramente originales,³⁸ gran parte del mérito de su obra radica en la amplia difusión y recepción que recibió, así como en la influencia que tuvo en el pensamiento no sólo filosófico, sino también práctico de la época. Como han destacado diversos autores, el *Tratado* no sólo sirvió de inspiración a varios monarcas ilustrados desde su publicación, sino que se convirtió en un auténtico programa de reforma penal en Occidente, como sucedió con las reformas liberales impulsadas en Rusia por Catalina II, en Prusia por Federico el Grande y en Austria por José II.³⁹ Ninguna otra obra parece haber tenido el mismo éxito y resonancia internacionales. Así, no resulta extraño que Beccaria sea considerado por algunos como el “padre” del derecho penal moderno.⁴⁰

En suma, el pensamiento ilustrado impulsado por Beccaria, Filangieri, Bentham, Montesquieu y muchos otros, sentó las bases de un derecho penal occidental mucho más humano, garantista y liberal. Su objetivo central, como se dijo, era reducir la arbitrariedad, la irracionalidad y crueldad excesivas del *ius puniendi* vigente en el Antiguo Régimen. Para ello, si bien incipientemente, los ilustrados propusieron incluir como parte del *contrato social*, diversas de reglas y principios que debían funcionar como auténticas *garantías* para las y los ciudadanos, como son el principio de estricta legalidad, el principio de humanidad y proporcionalidad de las penas, la prohibición de la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes, la independencia y la imparcialidad judicial, el debido proceso, la presunción de inocencia y la valoración libre y racional de las pruebas.

Como se verá a lo largo de estas páginas, el garantismo penal contemporáneo (incluyendo el sistema de garantías penales previsto en la CPEUM) es en buena medida heredero directo de ese movimiento;⁴¹ si bien, como también se mostrará,

Voltaire, Rousseau, Marat, Filangieri, Feuerbach, Carrara, entre otros. Zaffaroni, Eugenio Raúl, *et al.*, *op. cit.*, nota 22, pp. 213-223.

37 Beccaria, Cesare, *op. cit.*, nota 29.

38 Al respecto, véase entre otros, Jiménez de Asúa, Luis, *Lecciones de derecho penal*, México, Harla, 1997, p. 15.

39 *Idem.*

40 Sobre la influencia del pensamiento de Beccaria en el garantismo penal contemporáneo, véase Ferrajoli, Luigi, “La actualidad del pensamiento de Cesare Beccaria”, en Guzmán, Nicolás (coord.), *Escritos sobre derecho penal: nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal*, Tomo II, Buenos Aires, Hammurabi, 2014, pp. 497-518.

41 Como refiere Ferrajoli: “El pensamiento ilustrado representa sin duda el momento más alto de la historia —nada honorable en su conjunto— de la cultura penalista: aunque solo sea porque se le debe la formulación más incisiva de la mayor parte de las garantías penales y procesales dentro de las formas del estado constitucional de derecho. Sin embargo, el esquema garantista que de él se ha recibido, basado en la idea del juicio como silogismo perfecto y del juez como

con algunas precisiones y matices derivados de la propia evolución que ha sufrido la teoría jurídica y la filosofía del derecho en los últimos doscientos cincuenta años.

2. LA CRISIS DEL MODELO PENAL GARANTISTA

Con posterioridad a la Ilustración, diversos Estados occidentales, incluyendo México,⁴² han adoptado en sus constituciones varios de los postulados garantistas y liberales formulados y defendidos durante el siglo XVIII por Beccaria, Montesquieu, Voltaire, Filangieri, entre otros autores, como son los principios de legalidad, humanidad y proporcionalidad de las penas. Muchos de estos principios o garantías han sido reconocidos también en la mayoría de los tratados internacionales de derechos humanos adoptados durante el siglo XX, tales como: el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966), el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (1950), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) y la Convención Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (1981).

Cabe advertir, sin embargo, que tales principios no siempre han estado vigentes en el mismo grado ni con el mismo alcance.⁴³ En Europa, por ejemplo, durante los siglos XIX y XX tuvieron lugar diversas manifestaciones de un derecho penal más bien autoritario, antigarantista y antiliberal. Como se sabe, uno de los casos más extremos fue el *derecho penal nacionalsocialista* (“nazi”), el cual, en lugar de un concepto convencional y claramente tipificado en ley, asumió concepciones *sustancialistas* del delito y del delincuente, de acuerdo con las teorías del “derecho

boca de la ley, tiene una intrínseca debilidad política debida, entre otras cosas, a que es totalmente inaceptable desde el punto de vista epistemológico y, por consiguiente, jurídicamente inaceptable.” Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 19, p. 23.

42 Sobre la influencia del pensamiento penal liberal en la elaboración de los textos constitucionales en México (desde la misma Constitución de Apatzingán), véase Soberanes Fernández, José Luis, *Una historia constitucional de México*, Tomo I, México, UNAM, 2019, p. 136.

43 De acuerdo con Zaffaroni, durante el siglo XIX, una vez que la clase burguesa e industrial logró instaurarse en el poder “quiso borrar todo límite al poder punitivo”. “Lo que le había sido útil [a dicha clase] para ascender le molestaba cuando había llegado al poder”. De esta manera habría comenzado “la decadencia del pensamiento en el discurso político y penal”, que alcanzó su máxima expresión con los discursos biologicistas y racistas, que proponían una jerarquización entre seres humanos. *Cfr.* Zaffaroni, Eugenio Raúl, *et al.*, *op. cit.*, nota 22, pp. 225-227. Sobre la desviación del pensamiento penal y el abandono de los postulados garantistas durante el siglo XIX, así como la adopción de un derecho nuevamente autoritario durante este periodo, basado en la noción de peligrosidad, los mecanismos disciplinarios y la exclusión social, véase también Foucault, Michel, *op. cit.*, nota 18, pp. 95-120.

penal de voluntad” y “de ánimo”, así como el llamado “tipo penal de autor”, las cuales estaban basadas en postulados esencialmente racistas y discriminatorios.⁴⁴ Como recientemente ha señalado Kai Ambos, el derecho penal del nacionalsocialismo era fundamentalmente *anti-liberal* y *anti-individualista*. Su enemigo *declarado* —así considerado por algunos de sus exponentes— era precisamente el pensamiento liberal de la Ilustración y muy particularmente su influencia en el ámbito penal.⁴⁵

Un ejemplo de esta reacción *anti-ilustrada* puede observarse en el rechazo expreso del derecho penal nacionalsocialista a la máxima *nullum crimen, nulla poena, sine lege*. Como han referido diversos autores, para la dogmática penal nazi los jueces penales no debían ceñirse al tenor literal de la ley, sino que tenían el deber de *contribuir* al desarrollo y creación del derecho penal, lo cual estaría condicionado únicamente por la expresa “voluntad del Führer”. Todo esto, por cierto, bajo la lógica inversa del principio *nullum crimen sine poena*,⁴⁶ según la cual, ningún crimen o daño al Estado debía quedar impune aunque no estuviere exactamente previsto en la ley, siempre que *materialmente* se considerara *merecedor de pena*.⁴⁷ Zaffaroni, por ejemplo, ha destacado cómo para Georg Dahm —uno de los principales representantes de la llamada *escuela de Kiel*⁴⁸— “en el nacionalsocialismo el legislador y el juez se halla[ban] en el mismo plano [pues] ambos respond[ían] a la comunidad popular”. Para justificar esta tesis, el autor argumentaba que la derogación del principio de legalidad penal y el aumento del poder del juez sería en realidad “aparente” e “inofensivo”, toda vez que bajo el nacionalsocialismo:

El juez está más vinculado que antes a la *voluntad de la conducción política* y a la *concepción del derecho de la comunidad* y justamente esta ligazón es la que permite imponer su libertad respecto de la ley formal. Sólo a este precio es admisible la creciente renuncia a la seguridad jurídica formal y a las tablas rígidas, sin posible arbitrariedad. En esto precisamente se hace visible el paso del Estado de derecho liberal al *Estado popular justo y autoritario*. La libertad respecto de la ley sólo se corresponde con un juez enraizado en lo popular, en el nuevo estado vital y obligado frente a su conducción política.⁴⁹ [Cursivas añadidas].

44 Véase Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Doctrina Penal Nazi: La dogmática penal alemana entre 1933 y 1945*, Buenos Aires, Ediar, 2017, pp. 41-83; y Ambos, Kai, *Derecho penal nacionalsocialista: Continuidad y radicalización*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 47 y ss.

45 Ambos, Kai, *op. cit.*, nota 44, pp. 106-107.

46 *Ibidem*, pp. 174 y ss.

47 Silva Sánchez, Jesús-María, “¿Nullum crimen sine poena? sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”, en *Derecho penal y Criminología*, vol. 29, núm. 86-87, dic. 2008, pp. 149-172.

48 Institución que se dedicó a la renovación y construcción del derecho conforme a la nueva ideología nazi.

49 Zaffaroni, Eugenio Raúl, *op. cit.*, nota 44, pp. 245-246.

Otras manifestaciones de un derecho penal autoritario y antiliberal en Europa durante los siglos XIX y XX pueden encontrarse en las concepciones positivistas o antropológicas del “delincuente natural”, defendidas por los autores de la llamada “escuela biológica”, como fueron Lombroso, Ferri y Garofalo,⁵⁰ así como en el concepto estalinista de “enemigo del pueblo”.⁵¹ Como ha destacado Ferrajoli, a partir del XIX tuvo lugar en Europa —especialmente en Alemania, Italia e Inglaterra— un “giro anti-ilustrado”, el cual fue provocado por una transformación en la “actitud política” de la cultura jurídica de la época que ya no estaba preocupada de imponer límites al Estado y garantías en defensa de los ciudadanos, sino en “defender al estado y al nuevo orden económico y social contra los ciudadanos y en particular, contra las nuevas ‘clases peligrosas’”.⁵² Algunos efectos de estas corrientes pueden verse reflejados aún en muchos de nuestros ordenamientos penales, así como en la cultura penal contemporánea. Como elocuentemente ha destacado Ferrajoli al referirse al derecho penal italiano:

Nuestro sistema penal padece —ya desde hace tiempo— una crisis creciente e incontralada de racionalidad y de certeza que está minando en profundidad el modelo ilustrado de legitimación de la jurisdicción sobre la base de la sujeción a la ley. Ese modelo, como sabemos, es un modelo límite, cuya realización es una cuestión de grado, dependiendo del grado de taxatividad del lenguaje penal y de la eficacia de las garantías sustantivas y procesales [...] El resultado de esta bancarrota es un *derecho penal máximo*, que crece al margen de cualquier diseño racional y del cual, por tanto, han entrado en crisis todos los clásicos principios de legitimación: el principio de taxatividad y, con él, la certeza del derecho penal y el nexo entre pena y delito; el principio de lesividad y el de proporcionalidad de las penas; la obligatoriedad de la acción penal, la centralidad de la oralidad y el papel el proceso como instrumento para la comprobación empírica de los hechos acontecidos, y no para la penalización preventiva [...] Las responsabilidades de una crisis como esta recaen, ante todo, obviamente en la legislación y, por tanto, en la política. Pero en parte también, habrá que reconocerlo, en la cultura penalista, que ha dejado de prestar a la política un adecuado apoyo crítico y propositivo, y, por otro lado, además por la judicatura que, en estos años, se ha empleado en la defensa de lo existente obstaculizando o frustrando los escasos intentos de reforma [...].⁵³

50 Como refiere Baratta, a diferencia de la escuela liberal clásica (que partía de la libre voluntad del sujeto como presupuesto del delito y de la pena), en la escuela positivista biológica “el sistema penal se sustenta[ba] [...] no tanto sobre el delito y sobre la clasificación de las acciones delictuosas, consideradas abstractamente y fuera de la personalidad del delincuente, sino más bien sobre el autor del delito, y sobre la clasificación tipológica de los autores”. Baratta, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, México, Siglo XXI Editores, 1986, p. 32.

51 Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 19, p. 42.

52 *Ibidem*, p. 228.

53 Ferrajoli, Luigi, *El paradigma garantista: Filosofía crítica del derecho penal*, Madrid, Editorial Trotta, 2016, pp. 201-203.

En América las cosas no han sido muy diferentes. Aunque la mayoría de las constituciones de la región han reconocido los principios liberales del derecho penal clásico, lo cierto es que en las leyes secundarias y en la práctica cotidiana continúan existiendo manifestaciones a todas luces autoritarias de derecho penal. Esto se observó claramente durante la vigencia de los sistemas procesales calificados como *mixtos* o *inquisitivos*, en los cuales las garantías de defensa, de presunción de inocencia y los principios de contradicción e inmediatez estaban extremadamente limitados o eran prácticamente inexistentes.⁵⁴ Todavía hoy, en países como México, la tortura, si bien se encuentra constitucional y legalmente proscrita, sigue siendo utilizada como método de investigación de forma generalizada y sistemática, tal y como lo han reportado los informes más recientes del Relator contra la Tortura de la ONU.⁵⁵ Por otro lado, en nuestro continente, sigue siendo posible encontrar tipos penales que, más que proteger a la sociedad de daños o peligros reales, pretenden fomentar ciertos ideales de virtud o de moral autorreferente como son la posesión simple o consumo de ciertas drogas (como la marihuana), el adulterio,⁵⁶ las relaciones homosexuales,⁵⁷ entre otras.

-
- 54 En esta tendencia Estados Unidos no ha sido la excepción. En las últimas décadas numerosos autores, organizaciones e integrantes de la sociedad civil han denunciado los efectos nocivos de la sobre-criminalización (particularmente tras la llamada “guerra contra las drogas”), la encarcelación masiva y la brutalidad policial, especialmente en los sectores más vulnerables (véase entre otros: Berman, Greg y Adler, Julian, *Start here: A road map to reducing mass incarceration*, Nueva York, The New Press, 2018 y Kleiman, Mark A. R., *When brute force fails: How to have less crime and less punishment*, Princeton, Princeton University Press, 2009). Muchos de sus Estados mantienen vigente y aplican la pena de muerte (para datos sobre la tendencia extremadamente punitivista en Estados Unidos, véase Sierra Castillo, Carolina Andrea, “Capítulo 3. La política criminal en Estados Unidos y prácticas político-criminales similares en Colombia”, en Gutiérrez Quevedo, Marcela y Olarte Delgado, Angela Marcela (eds.), *Política criminal y abolicionismo, hacia una cultura restaurativa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, disponible en <https://books.openedition.org/uec/2251>). Sin mencionar las constantes denuncias de violaciones graves a derechos humanos cometidas en Guantánamo.
- 55 Véase, entre otros, Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, Juan E. Méndez, A/HRC/28/68/Add.3, 29 de diciembre de 2014.
- 56 El adulterio sigue siendo considerado como delito en varios Estados de Estados Unidos. Cfr. Sweeny, JoAnne, “Undead Statutes: The Rise, Fall, and Continuing Uses of Adultery and Fornication Criminal Laws”, *Loyola University Chicago Law Journal*, vol. 46, 2014, pp. 127-173. Disponible en: <https://www.luc.edu/media/lucedu/law/students/publications/llj/pdfs/vol46/Sweeny.pdf>.
- 57 En su informe “Violencia contra personas LGBTI”, la CIDH reportó que once Estados de la OEA mantienen leyes que criminalizan las relaciones sexuales consensuales entre persona adultas del mismo sexo en privado. CIDH, *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*, OAS/Ser.L/V/II.rev.2, Doc. 36, 12 noviembre 2015, párr. 61.

Uno de los problemas más graves y persistentes de nuestro continente es, sin duda, el abuso de la *prisión* o *encarcelamiento preventivo*. A pesar de que en un Estado comprometido con la libertad y la autonomía, la prisión preventiva debería ser *excepcional* e impuesta únicamente con la finalidad de evitar riesgos procesales debidamente acreditados (en tanto lesiona gravemente la libertad personal y la presunción de inocencia),⁵⁸ en América Latina su aplicación sigue siendo lamentablemente la regla; y no sólo eso, sino que además suele ser utilizada en muchas ocasiones con fines más bien punitivos, preventivos o de exclusión social. Esto es particularmente cierto en el caso de México,⁵⁹ en donde incluso a nivel constitucional está prevista la *prisión preventiva* de forma *oficiosa* para ciertos delitos.⁶⁰ Como señala Eugenio Zaffaroni:

La característica más saliente del poder punitivo latinoamericano actual en su aspecto prisionizante, es que la gran mayoría —aproximadamente tres cuartas partes— de los presos se hallan sometidos a medidas de contención, porque son *procesados no condenados*. Desde el punto de vista formal esto constituye una *inversión del sistema penal*, pero desde la realidad percibida y descrita por la criminología, se trata de un poder punitivo que desde hace muchas décadas ha preferido operar mediante la prisión preventiva o *medida de contención provisoria* convertida en definitiva con la práctica. Dicho más claramente: casi todo el poder punitivo latinoamericano se ejerce en forma de *medidas*, o sea, que todo se ha convertido en privación de libertad sin sentencia firme y por presunción de peligrosidad.⁶¹

Por último, otro de los grandes retos del garantismo penal contemporáneo —tanto en América como en Europa— tiene que ver con su marcado distanciamiento del *principio de igualdad y no discriminación*. Como es sabido, con posterioridad a los eventos terroristas de inicios de este siglo —especialmente a partir de los ataques del 11 de septiembre de 2001— se han venido adoptando *legislaciones de excepción*, que encuadran en lo que Günther Jakobs calificó hace algunos años como “derecho penal del enemigo”.⁶² Es decir, un derecho penal dirigido a individuos considerados “especialmente peligrosos”, ante quienes se

58 Así lo ha señalado reiterada e insistentemente la Corte IDH.

59 Según el Censo Nacional de Sistema Penitenciario Federal y Estatal 2021, elaborado por el INEGI, a finales de 2020 el 40.9% de las personas privadas de su libertad se encontraban “sin sentencia”, es decir, bajo una “medida cautelar de internamiento preventivo”; el 14.4% contaban con sentencia no definitiva y sólo el 44% contaba con sentencia definitiva. Resultados generales disponibles en https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/cnspef/2021/doc/cnspef_2021_resultados.pdf

60 Lo que por algunos ha sido interpretado como una prisión preventiva “en automático”, es decir, sin necesidad de justificación.

61 Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El enemigo en el derecho penal*, México, Ediciones Coyoacán, 2016, p. 73.

62 Jakobs, Günther y Cancio Meliá, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas, 2003.

suele adoptar diversas estrategias *asimétricas* de combate y —pretendida— *defensa social*, como son: el adelantamiento de las barreras de punición y la sanción de “hechos futuros” (como sucede con la penalización de la mera participación en la fundación o creación de una organización criminal); el agravamiento de las penas para ciertos delitos cometidos por estas personas, así como el relajamiento —e incluso supresión— de determinadas *garantías procesales* (como la presunción de inocencia o la prohibición de incomunicación y tortura, en caso de terroristas).⁶³ A lo anterior, habría que agregar otras formas más sutiles, pero igualmente perversas, de desigualdad y discriminación que siguen prevaleciendo en la *praxis* penal de nuestros países, tanto en el ámbito sustantivo y procesal. Nos referimos a lo que en fechas recientes han calificado algunas autoras y autores como el “derecho penal de la aporofobia” y el “derecho penal de la plutofilia”.⁶⁴ Es decir, un derecho penal que, al tiempo que se ensaña y excluye brutalmente a los más vulnerables y a quienes menos tienen, trata con tolerancia y hasta condescendencia a las clases privilegiadas y a los poderosos (en otras palabras: un “derecho penal del amigo”).⁶⁵

3. EL MODELO PENAL GARANTISTA: PRESUPUESTOS TEÓRICOS Y EPISTÉMICOS

Ante dicho panorama, conviene no confundir el modelo penal garantista “teórico” o “ideal” con los sistemas penales vigentes, o lo que es lo mismo: el *ser* con el *deber ser*.⁶⁶ Como ha puesto de manifiesto Ferrajoli, el modelo penal garantista

63 *Ibidem*, pp. 79-81.

64 Sobre esto véase Terradillos Basoco, Juan María, *Aporofobia y plutofilia: La deriva jánica de la política criminal contemporánea*, España, Bosch Editor, 2020. De acuerdo con Demelsa Benito y María Gil, la expresión “Derecho penal de la aporofobia” hace referencia a un Derecho penal que trata de manera desigual (peor) a quien carece de recursos socioeconómicos, ya sea por exceso o por defecto. Lo es por exceso cuando, por ejemplo, criminaliza conductas de escasa lesividad o bagatela. Lo es por defecto, en cambio, cuando no otorga suficiente protección a los ataques que sufren las personas más vulnerables (como es el caso de las personas trabajadoras). Cfr. Benito Sánchez, Demelsa y Gil Nobajas, María Soledad, “Introducción”, en Benito Sánchez, Demelsa y Gil Nobajas, María Soledad (coords.), *Alternativas político-criminales frente al Derecho penal de la aporofobia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 32.

65 Terradillos Basoco, Juan María, *op. cit.*, nota 64.

66 La distinción entre el *ser* y el *deber es*, de hecho, junto con la distinción entre *derecho* y *moral*, *validez* y *justicia*, uno de los pilares de la *tesis metodológica del garantismo*. Como señala Marina Gascón, para el garantismo “la validez y la eficacia de las normas son categorías distintas entre sí, pero son también distintas de la vigencia o existencia”. Esta distinción permite establecer una “teoría de la divergencia” entre “normatividad” y “realidad”, entre el derecho válido vigente y el derecho eficaz vigente. Gascón Abellán, Marina, “La teoría general del garantismo:

ideal es en realidad un “modelo límite”,⁶⁷ por lo que más que de sistemas penales garantistas o antigarantistas *tout court*, es preferible hablar de *grados de garantismo*, según reconozcan o no cierto conjunto de garantías *mínimas*. Tampoco debe confundirse el *reconocimiento* de ciertos derechos a nivel constitucional con su *efectividad*, pues “una Constitución puede ser avanzadísima por los principios y los derechos que sanciona y, sin embargo, no pasar de ser un pedazo de papel si carece de técnicas coercitivas —es decir, de garantías— que permitan el control y la neutralización del poder y del derecho ilegítimo”.⁶⁸ En ese sentido, más que una realidad dada, el modelo penal garantista debe ser visto como un ideal, como una brújula que nos recuerda y nos permite visibilizar —y, en su caso, depurar— las prácticas autoritarias, inhumanas e irracionales que aún perviven en nuestros sistemas penales (las cuales, como se dijo, son producto en buena medida de los movimientos autoritarios *post-ilustrados* de los siglos XIX y XX⁶⁹).

Pero, ¿en qué consiste este modelo?, ¿cuáles son sus rasgos esenciales? Como es sabido, uno de los autores de nuestro tiempo que más tinta y reflexiones ha dedicado a la sistematización y explicación de los elementos de lo que es —o debería ser— un sistema penal genuinamente “garantista” es Luigi Ferrajoli, a quien ya nos hemos referido en estas páginas. Si bien no ha estado exento de críticas,⁷⁰ su pensamiento —y, muy particularmente, su *teoría del garantismo penal*— ha influido notablemente en la doctrina y la jurisprudencia penal de nuestro continente.

Rasgos principales”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (eds.), *Garantismo: Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005, pp. 23-26.

67 Ferrajoli, Luigi, *op. cit.* nota 19, p. 852.

68 *Idem*.

69 Como dice Zaffaroni: “pese a que nadie use camisas pardas y sólo algunos pocos inconscientes se adornen con la cruz gamada, no es posible negar que la promoción constante de legislación penal, la idolatría del poder punitivo como capaz de resolver todos los problemas por disipar que sea su naturaleza, la promoción del terrorismo mediático, la intimidación política a políticos y jueces, la estigmatización de quienes oponen resistencia o responden a discursos vindicativos y discriminatorias, va introduciendo en la dogmática penal racionalizaciones de diferente naturaleza que, en el fondo, coinciden en alguna medida con las tendencias que impulsaron los penalistas alemanes de estos años”. Zaffaroni, Eugenio Raúl, *op. cit.*, nota 44, p. 300.

70 Véase, por ejemplo, Finkelstein Nappi, Juan L., “Puntos de encuentro (y desencuentro) entre Ferrajoli y ciertos críticos”, en Gargarella, Roberto y Pastor, Daniel, R. (dir.), *Constitucionalismo, garantismo y democracia: Puentes dialógicos entre el derecho constitucional y el derecho penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2016, pp. 175-196. Para una crítica del pensamiento de Luigi Ferrajoli, véase también: Aguilera García, Edgar R., “¿Garantismo extremo o mesurado? La legitimidad de la función jurisdiccional penal: construyendo el debate Ferrajoli-Laudan”, en *Isonomía*, núm. 40, abril 2014, pp. 61-93. De igual modo, véase Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (eds.), *op. cit.* nota 66. Cabe destacar, sin embargo, que en este último caso la mayoría de las críticas están dirigidas al concepto de “derecho fundamental” proporcionado por Ferrajoli y la tesis de su “indecibilidad” y no tanto al sistema penal garantista.

Como desde hace algunos años refirieron Miguel Carbonell y Pedro Salazar, la publicación en 1989 en Italia del libro *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* de Luigi Ferrajoli, con su posterior traducción al castellano y difusión en América Latina, generó un “verdadero terremoto en filosofía jurídica”.⁷¹ Como también apuntaban estos autores, el éxito de este libro ha sido particularmente notable en América Latina, donde suele ser utilizado en número importante de escuelas y facultades de Derecho para la enseñanza del Derecho penal y la Filosofía jurídica. Sin mencionar las numerosas referencias a los trabajos de este autor que es posible encontrar, no sólo en la literatura jurídica, sino también en las sentencias de los tribunales de nuestro continente.⁷²

En definitiva, se comparta o no el pensamiento de este autor en su totalidad, parece imposible tratar hoy en día el tema de las “garantías penales” sin hacer referencia a la *teoría del garantismo* penal de Luigi Ferrajoli. Hay que destacar, además, que uno de los méritos de esta teoría es que ofrece un marco de principios bastante coherente que permite *sistematizar* y *explicar* las diferentes garantías sustantivas y procesales en materia penal vigentes en nuestros ordenamientos — las cuales suelen aparecer en los manuales o tratados de forma un tanto asistemática o desorganizada— en torno a principios y objetivos subyacentes que les son comunes a todas ellas. De esta manera, a fin de contar con un marco teórico suficientemente robusto que nos permita identificar, sistematizar y analizar cada una de las garantías penales vigentes actualmente en México, en lo que sigue tomaremos como referencia la teoría elaborada por este autor. Para ello, en primer lugar, conviene detenernos un momento a exponer algunas de las ideas fundamentales que están detrás de la *teoría del garantismo penal* de Ferrajoli y que, a nuestro modo de ver, resultan esenciales para comprender los rasgos principales del modelo penal garantista contemporáneo.

De entrada, Ferrajoli considera que existen ciertos presupuestos filosóficos y epistemológicos que dan *unidad* y *coherencia* a todas las garantías penales. Como punto de partida, Ferrajoli sostiene que el derecho penal no sólo tiene como función la *defensa social* de las personas ofendidas frente al delito. Para este autor, el derecho penal tiene —o debe tener—, además, la función de proteger a las personas frente a *reacciones arbitrarias o desproporcionadas*, formales o informales, contra el delito, es decir, frente a la *venganza injusta o desmedida*.⁷³ En palabras

71 Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro, “Presentación” en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (eds.), *op. cit.*, nota 66, p. 11.

72 Véase, por ejemplo, SCJN, Primera Sala, *Amparo en revisión 140/2022*, fallado el 13 julio de 2022; la acción de inconstitucionalidad 148/2017, fallada por el Pleno el 7 de septiembre de 2021; el amparo directo en revisión 2823/2012, fallado por la Primera Sala el 30 de enero de 2013.

73 Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 53, pp. 52-59.

de Pablo Eiroa, “para Ferrajoli un ordenamiento penal está justificado si y sólo si es capaz de realizar dos fines: la prevención o, al menos, la minimización de ofensas a bienes y derechos fundamentales (o sea, la prevención de delitos), y la prevención de castigos arbitrarios”.⁷⁴ Con esta precisión Ferrajoli se aparta parcialmente de la fundamentación clásica o tradicional de la pena defendida por los ilustrados,⁷⁵ pues en lugar de asumir un “utilitarismo a medias” —como él lo llama—, el cual atribuye a la pena una función meramente preventiva o de defensa social en favor de las mayorías “no desviadas”, él propone asumir un “utilitarismo reformado”, según el cual, además de la prevención del delito, el derecho penal tiene o debe tener como función *evitar castigos desmedidos, desproporcionados o injustos*.⁷⁶

Para Ferrajoli la incorporación de esta última finalidad del derecho penal es de suma relevancia, pues si bien se trata de un objetivo generalmente ignorado por el pensamiento penal de la Ilustración, es el que permite construir y articular un sistema penal verdaderamente garantista, así como dar coherencia a los elementos que lo integran.⁷⁷ Ello, además, tiene diversas ventajas teóricas y prácticas, pues permite, entre otras cosas: (i) fijar no sólo el límite mínimo de las penas, sino también su límite *máximo*;⁷⁸ (ii) evita caer en concepciones autoritarias del derecho penal, según las cuales estaría justificado utilizar *cualquier tipo de pena* con la finalidad de proteger a las mayorías no desviadas; y (iii) evade también entrar en contradicción con el principio o máxima kantiana, según la cual ninguna persona puede ser tratada como *medio* para un fin que no le es propio.⁷⁹

74 Eiroa, Pablo D., “El ‘diálogo’ de los juristas argentinos con Luigi Ferrajoli. Derecho penal mínimo y democracia sustancial”, en Gargarella, Roberto y Pastor, Daniel R., *op. cit.*, nota 70, p. 109.

75 Si bien admite que esta visión ya estaba en parte presente en algunos autores, como Beccaria, quien mezclaba el utilitarismo de Bentham con el principio de dignidad de Kant. *Cfr.* Luigi Ferrajoli, *op. cit.*, nota 40.

76 Para Ferrajoli, la pena y el derecho penal mínimo sólo se justifican en la medida que permiten evitar caer en dilema de tener que escoger entre la “sociedad salvaje” o el “estado salvaje”. *Cfr.* Eiroa, Pablo D., *op. cit.*, nota 74, p. 122.

77 Más aun, para Ferrajoli “sólo el segundo fin, esto es, la tutela del inocente y la minimización de la reacción al delito, sirve para distinguir el derecho penal de otros sistemas de control social —de tipo policial, disciplinario o incluso terrorista— que de un modo más expeditivo y probablemente más eficiente serían capaces de satisfacer el fin de la defensa social”. Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 19, p. 334.

78 Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 53, p. 58

79 Con todo, como el propio Ferrajoli refiere, esto no significa “que el fin de la prevención general de los delitos no constituya una finalidad esencial del derecho penal. Significa más bien que el derecho penal está dirigido a cumplir una doble función preventiva, en ambos casos negativa: la prevención de los delitos y la prevención general de las penas privadas o arbitrarias o des-

En definitiva, para Ferrajoli, el derecho penal sólo se justifica si se concibe como *ley del más débil contra el más fuerte* desde una *doble perspectiva*, a saber: (i) como protección del ofendido frente al delito y (ii) como protección del amenazado por la venganza desmedida. Esto último —señala el autor— exige asumir un “derecho penal mínimo”, es decir, condicionado y limitado al máximo, no sólo por la máxima tutela de libertades fundamentales, sino también por un “ideal de racionalidad y certeza”, lo que implica excluir de responsabilidad penal todos aquellos actos que sean inciertos o cuyos presupuestos sean indeterminados.⁸⁰ El modelo opuesto, característico de los sistemas *autoritarios*, es el “derecho penal máximo”, esto es, un derecho penal “incondicionado e ilimitado”, caracterizado por una excesiva y desproporcionada severidad, así como por la “incertidumbre y la imprevisibilidad” de las condenas y de las penas.⁸¹

Partiendo de lo anterior, Ferrajoli sostiene que es posible construir un modelo de derecho penal “garantista”, basado en *diez axiomas generales* que deben estar siempre presentes como condiciones necesarias de punibilidad. Tales axiomas tienen su origen en el pensamiento penal ilustrado y pueden formularse del siguiente modo: A.1. *Nulla poena sine crimine* (principio de retributividad); A.2. *Nullum crimen sine lege* (principio de legalidad); A.3. *Nulla lex poenalis sine necessitate* (principio de economía); A.4. *Nulla necessitas sine iniuria* (principio de lesividad); A.5. *Nulla iniuria sine actione* (principio de materialidad); A.6. *Nulla actio sine culpa* (principio de culpabilidad); A.7. *Nulla culpa sine iudicio* (principio de jurisdiccionalidad); A.8. *Nullum iudicium sine accusatione* (principio acusatorio); A.9. *Nulla accusatio sine probatione* (principio de la carga de la prueba) y A.10. *Nulla probatio sine defensione* (principio de contradicción).⁸²

De acuerdo con Ferrajoli, a pesar de su *aparente heterogeneidad*, tales axiomas tienen un *objetivo común* que es garantizar un “esquema epistemológico” de identificación del delito, el cual se distingue de los modelos penales autoritarios en cuanto pretende otorgar al juicio penal “un carácter tan cognoscitivo como sea posible, vinculando a la aplicación sustancial de la ley”.⁸³ Según este autor, bajo el modelo penal garantista, el juicio o la decisión penal es siempre un *saber-poder*: el juez debe limitarse a enunciar lo que el derecho impone. Se trata de una carac-

proporcionadas. La primera función indica el límite mínimo, la segunda el límite máximo de las penas”. *Ibidem*, p. 56.

80 Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 19, pp. 104-105.

81 *Idem*.

82 *Ibidem*, p. 93.

83 “El garantismo penal es ante todo un modelo cognoscitivo de identificación de la desviación punible basado en una epistemología convencionalista y refutacionista (o falsacionista) hecha posible por los principios de estricta legalidad y de estricta jurisdiccionalidad”. *Ibidem*, p. 169.

terística esencial del sistema penal garantista que permite distinguirlo de otros modelos de corte autoritario, en los cuales prevalece el *decisionismo* (es decir, la autoridad del juez) por encima de la *verificación empírica* de la acusación.⁸⁴ Efectivamente, a diferencia del modelo garantista, en los modelos autoritarios la decisión judicial no tiene en realidad una función meramente *cognoscitiva* o *declarativa*, sino más bien *política, valorativa o constitutiva*⁸⁵ del delito. De ahí que en estos últimos los linderos entre derecho y moral (o derecho y naturaleza) suelen ser inexistentes o estar desdibujados.

En suma, una de las características esenciales del modelo penal garantista — que, se insiste, permite distinguirlo de otros modelos de corte autoritario— estriba en que parte de un *esquema epistemológico* encaminado a asegurar “el máximo grado de racionalidad y de fiabilidad del juicio y, por tanto, de limitación de la potestad punitiva y de tutela de la persona contra la arbitrariedad”.⁸⁶ Tal esquema epistemológico incide no sólo en la comprobación fáctica del hecho delictivo durante el proceso, sino también en la definición legislativa del delito, si bien de forma *distinta*. Veamos esto con más detenimiento.

En lo que respecta a la *definición legislativa* del delito —es decir, su tipificación y sanción—, la epistemología garantista se asienta en la doctrina conocida como el “convencionalismo penal” y el “principio de estricta legalidad”. Como se ha venido diciendo, bajo este paradigma, “delito” no es aquello que se considera *intrínseca* u *ontológicamente* “inmoral”, “anormal” o “antisocial”, sino única y exclusivamente aquellas conductas empíricamente verificables que han sido previa y taxativamente fijadas en una ley. En el modelo garantista no existen conductas delictivas o prohibidas *per se*. Un delito sólo existe hasta que es definido así por el legislador democrático (de ahí su carácter *convencional* y *legal*). Este postulado suele expresarse en los Estados liberales con el axioma “*nullum crimen, nulla poena, sine lege*”, así como con la máxima “*auctoritas, no veritas facti legem*” (“no es la verdad, la justicia, la moral o la naturaleza, sino sólo lo que con autoridad dice la ley lo que confiere a un fenómeno relevancia penal”⁸⁷). Para ello, es indispensable que las leyes penales hagan referencia a *conductas externas claramente definidas* que puedan ser corroboradas empíricamente a partir de pruebas, pues sólo de esta forma se garantiza que la decisión judicial sea *cognoscitiva* y no meramente *valorativa* o *constitutiva*. O como refiere Nicolás Guzmán, “[s]olo así se

84 *Ibidem*, p. 43.

85 Piénsese en el ejemplo mencionado anteriormente sobre el papel del juez en el derecho penal nacionalsocialista.

86 Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 53, p. 69.

87 Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 19, p. 35.

conserva el carácter racional y legal —y no representativo ni consensual— de la legitimación del Poder Judicial”.⁸⁸

En cuanto a la *comprobación jurisdiccional del delito*, la lógica epistémica opera a la inversa. Aquí la máxima que rige es “*veritas, non auctoritas facit iudicium*”, es decir, “es la verdad, no la autoridad, lo que determina la decisión judicial penal”. Conforme al paradigma garantista, el objetivo del juicio penal no es ni puede ser otro que la *comprobación de la verdad* de los enunciados de hecho propuestos por la acusación, entendiéndose por “verdad” la llamada “verdad por correspondencia” (es decir, aquella definición según la cual un enunciado sobre hechos se considera verdadero si y sólo se corresponde con la realidad⁸⁹). Es importante aclarar, sin embargo, que en el modelo penal garantista contemporáneo —al menos como ha sido formulado por Ferrajoli— se entiende que la aseveración judicial sobre la “verdad” de hechos o enunciados fácticos sólo puede ser “aproximativa” o “probable”, pues se asume que —dadas nuestras limitaciones cognitivas y epistemológicas— ni en el derecho ni en la ciencia podemos hablar de “certezas absolutas”.⁹⁰ Lo relevante, en todo caso, es que la premisa *fáctica* del juicio —es decir, el *hecho* que se imputa a una persona— pueda ser *verificable y refutable*.⁹¹ En pocas palabras: en el proceso penal garantista, la *probabilidad* de la hipótesis de la acusación debe poder ser siempre corroborada, sometida a prueba y contra prueba, así como basarse en hechos empíricamente constatables y, por ende, corroborables o refutables. De ahí la importancia que tienen en este modelo las máximas procesales de *nulla culpa sine iudicio, nullum iudicium sine accusatione, nulla accusatio sine probatione* y *nulla probatio sine defensione*, sin las cuales la verificación o refutación de la hipótesis de hecho no estaría asegurada.

88 Guzmán, Nicolás, “Una introducción al pensamiento de Luigi Ferrajoli en temas derecho penal y democracia”, en Gargarella, Roberto y Pastor, Daniel R., *op. cit.*, nota 70, p. 96.

89 Se trata del clásico concepto de “verdad” formulado por Alfred Tarski, según el cual una “proposición P sólo será verdadera si, y sólo si, P”. Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 19, p. 48. Sobre esto véase también Gascón Abellán, Marina, *op. cit.*, nota 26, p. 67 y de ella misma, *op. cit.*, nota 66, pp. 27-28.

90 *Cfr.* Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 19, pp. 50-51. En relación con este tema, Jordi Ferrer señala que una de las críticas fundamentales al garantismo penal, tal y como ha sido formulado por Ferrajoli, es el haber descuidado “la necesidad de establecer reglas de juicio que operen como garantías de la no arbitrariedad de las decisiones sobre los hechos”, es decir, “estándares de prueba” claros y objetivos. *Cfr.* Ferrer Beltrán, Jordi, *Prueba sin convicción: Estándares de prueba y debido proceso*, Madrid, Marcial Pons, 2021, p. 21. Sobre esto abundaremos cuando abordemos el principio de presunción de inocencia en su vertiente de regla de juicio.

91 Lo que difícilmente se lograría si la ley penal, en lugar de hacer referencia a conductas o hechos externos verificables empíricamente, hiciera referencia a valores o conceptos morales.

4. GARANTÍAS PENALES SUSTANTIVAS Y PROCESALES: UNA PROPUESTA DE CLASIFICACIÓN

Como se mencionó, las garantías penales de génesis ilustrada parecen tener un objetivo común: asegurar que el derecho penal sea lo más objetivo y cognoscitivo posible y, de esta manera, evitar el abuso y la arbitrariedad en el ejercicio del *ius puniendi*. Como se dijo también, la mayoría de estas garantías están reconocidas en nuestra CPEUM y en los tratados internacionales suscritos por nuestro país. Sin embargo, antes de pasar al estudio de cada una de ellas y la forma en la que han sido interpretadas en nuestro país, conviene tener presentes algunas distinciones que nos ayudarán a clasificarlas o agruparlas en función de su objeto específico de tutela.

Para ello, conviene precisar en primer término a qué nos referimos cuando hablamos de “garantías”. De acuerdo con Ferrajoli, una garantía es toda *técnica de tutela o protección de derechos* y, en particular, de derechos fundamentales.⁹² Esta definición está intrínsecamente vinculada a la idea del garantismo como un modelo o ideología que parte de la *desconfianza* a todos los poderes públicos o privados, nacionales o internacionales.⁹³ Como señala este autor, todas las garantías tienen en común “el haber sido predisuestas atendiendo al peligro de que, en su ausencia, el derecho que es su objeto pueda ser violado”. En otras palabras, las garantías no son más que “técnicas previstas en el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad” y, por tanto, para posibilitar “la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional”.⁹⁴ Así, es posible hablar de diferentes tipos de garantismo (penal, patrimonial, social e internacional), siempre que con ello se haga referencia a “un conjunto de límites y vínculos impuestos a todos los poderes” con el fin de “tutelar tanto las esferas privadas de los poderes públicos [como] la esfera pública, de los poderes privados”.⁹⁵

92 Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 53, p. 22.

93 De acuerdo con este autor, un sistema normativo puede ser más o menos garantista, dependiendo del nivel de efectividad de las normas sustantivas que contienen derechos. Según el paradigma garantista, la efectividad de los derechos no se da ni debe darse por descontada. De hecho, se parte de la presunción contraria: el garantismo desconfía de todo poder, ya sea público o privado, nacional o internacional. Como señala Ferrajoli, todas las garantías tienen en común “el haber sido predisuestas atendiendo al peligro de que, en su ausencia, el derecho que es su objeto pueda ser violado”. *Ibidem*, p. 23.

94 Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, [traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi], 4ª ed., Madrid, Trotta, 2004, p. 25.

95 *Idem*.

En general, las garantías pueden ser de dos tipos: *primarias* o *secundarias*. Las primarias se refieren a aquellas *normas sustantivas* que establecen derecho u obligaciones correlativas a los derechos fundamentales (por ejemplo, las normas que prohíben matar, robar o restringir derechos humanos). Las garantías secundarias, en cambio, se refieren a las obligaciones que recaen en los órganos del Estado (generalmente, jurisdiccionales) de *aplicar una sanción o declarar la nulidad de un acto* en caso de violación a las garantías o normas primarias (por ejemplo, las normas que regulan la aplicación de las sanciones en caso de homicidio o robo, o la anulación de actos violatorios de derechos, como sucede con el juicio de amparo en México).⁹⁶

Ahora bien, ¿cómo podríamos clasificar las garantías en materia penal? Como se ha venido diciendo, a fin de garantizar la máxima libertad para todas y todos, así como la mayor racionalidad y no arbitrariedad del sistema, el modelo penal garantista exige que tanto la *definición legislativa del delito* como su *corroboración en cada caso concreto* por el órgano judicial estén sujetas a ciertos *límites* que circunscriban la decisión a determinadas condiciones epistémicas. Tales límites y condiciones vienen impuestos precisamente por lo que conocemos como “garantías penales”, las cuales pueden clasificarse en *sustantivas* o *procesales*, según estén encaminadas a regular la definición legislativa de los delitos o su comprobación fáctica en casos concretos.

Así, de acuerdo con Ferrajoli, se denominan *garantías penales sustantivas* o *sustanciales* aquellas garantías que condicionan la *definición de los delitos* —es decir, que afectan la sustancia o los contenidos de las prohibiciones penales— como son los principios de estricta legalidad, de culpabilidad y lesividad, etcétera. En cambio, se denominan *garantías procesales penales* todas aquellas garantías instrumentales o de segundo orden que limitan o condicionan las formas de comprobación del delito —es decir, el proceso y, por ende, la decisión judicial—. Dentro de estas últimas se incluyen las garantías de estricta jurisdiccionalidad, el principio de presunción de inocencia, el principio de contradicción, la garantía de defensa, entre otras.⁹⁷

En el caso de estas últimas —es decir, las *garantías procesales*— cabe hacer todavía una ulterior distinción. Como ha advertido Nicolás Guzmán, en muchas ocasiones las garantías procesales adoptan la forma de “prohibiciones probatorias”, es decir, de “normas que prohíben la realización de determinadas medidas de prueba” (como las declaraciones del imputado rendidas sin la presencia de su defensor o arrancadas mediante tortura), o bien, de “directrices que regulan de

96 *Ibidem*, p. 24.

97 *Cfr.* Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 19, pp. 463-464.

manera estricta la producción de otras medidas de prueba” (como los registros domiciliarios que, por regla general, requieren de autorización judicial previa).⁹⁸ En ambos casos, la consecuencia de su violación suele ser por lo general la invalidez, ilicitud, exclusión, nulidad o imposibilidad de *valorar* los medios probatorios obtenidos con desconocimiento de tales normas.

Como refiere este autor, el hecho de que la mayoría de las constituciones liberales contemporáneas permitan *prescindir* —en ciertos casos y bajo ciertas condiciones— de información o evidencia útil para la acusación, revela que el proceso penal no está limitado sólo material, sino también formalmente. Pero no sólo eso: también demuestra que la *verdad* no es el único objetivo o valor del proceso penal y, por ende, de sus garantías, específicamente las *procesales*.⁹⁹ En efecto, aunque no siempre de forma completamente *acrítica*,¹⁰⁰ la mayoría de los sistemas constitucionales y penales modernos admiten la existencia de *valores distintos* a la averiguación de la verdad, como la protección de derechos fundamentales (vida privada, integridad o a libertad), que justifican la imposición de *límites procedimentales*, los cuales suelen traducirse en un sacrificio importante a la búsqueda de la verdad en el proceso penal.¹⁰¹ El ejemplo típico de este tipo de garantías es

98 Cfr. Guzmán, Nicolás, *La verdad en el proceso penal: una contribución a la epistemología jurídica*, Buenos Aires, Didot, 2018, p. 128.

99 *Idem*. De manera similar, véase Gascón Abellán, Marina, “¿Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita”, en Ferrer, Jordi, *et al.*, *Estudios sobre la prueba*, 2ª ed., México, Editorial Fontamara, 2011, pp. 66-70.

100 Larry Laudan, por ejemplo, ha cuestionado que la protección de derechos fundamentales sea una buena razón que justifique excluir medios de prueba relevantes para el proceso penal. Para Laudan, existen mejores soluciones jurídicas (como responsabilizar civil o penalmente a los agentes que han transgredido derechos) que no suponen un sacrificio tan desmedido a la búsqueda de la verdad y, particularmente, la generación de absoluciones falsas. Cfr. Laudan, Larry, *Verdad, error y proceso penal: Un ensayo sobre epistemología jurídica*, [traducción: Carmen Vázquez y Edgar Aguilera]. Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 297-304. De manera similar, Edgar Aguilera ha puesto de relieve que “pese a que en la superficie el modelo ferrajoliano parece estar guiado por preocupaciones epistemológicas”, en realidad “tiende hacia escenarios de distribución del error en los que la cifra de las absoluciones falsas crece desproporcionadamente (en contraste con la de las condenas falsas)”. Ello, pues además de establecer un estándar de condena demasiado exigente, “acoge en su seno, sin mayor problema, cualquier dispositivo procesal que sirva para garantizar exclusivamente la verdad de la hipótesis acusatoria; es decir, para reducir aún más, la frecuencia de condenas falsas (más de lo que este frecuencia ya se vio reducida por el efecto del estándar de prueba referido); o en otras palabras, para otorgar una mayor dosis de beneficio de la duda al acusado; con lo cual, se eleva mayormente la cuota de absoluciones falsas que toleramos”. Aguilera García, Edgar R., *op. cit.*, nota 70, pp. 80-82.

101 Ferrajoli, sin embargo, parece sostener un punto de vista distinto. En el prólogo del libro de Nicolás Guzmán, dicho autor refiere que “[g]ran parte de los límites formales de la comprobación judicial indicados por Guzmán y, en particular, todas las garantías del imputado pueden ser interpretadas como garantías, cuando no de la verdad de la motivación de la absolución,

la llamada *regla de exclusión de pruebas ilícitas* (es decir, aquellas que han sido obtenidas mediante la violación a derechos fundamentales); la cual tiene una función claramente *contra-epistemológica*, si se toma en consideración que conlleva la exclusión o nulidad de pruebas que pueden ser *relevantes* para la acusación e, incluso, en muchas ocasiones, *fiabiles* (regla que, por cierto, se encuentra reconocida expresamente en el artículo 20, apartado A, fracción IX de la CPEUM).

En ese orden de ideas, a fin de lograr una mejor sistematización de las garantías procesales en nuestro ordenamiento, en lo que sigue distinguiremos entre *garantías procesales epistemológicas o de verdad* (es decir, aquellas que buscan asegurar la verdad de los enunciados fácticos en los que descansa la decisión judicial, como las garantía de defensa, de contradicción e intermediación) y *garantías procesales no epistemológicas o de verdad* (esto es, aquellas que obstruyen o no contribuyen a la búsqueda de la verdad, sino que persiguen otros fines, como son las diversas garantías que prevé la CPEUM en la investigación y el proceso penal a fin de tutelar de derechos o libertades fundamentales). Una postura similar ha sostenido Marina Gascón, para quien es posible *distinguir* tres tipos de reglas o garantías institucionales del proceso, dependiendo de si buscan o no la averiguación de la *verdad*, a saber: (a) *garantías epistemológicas*, aquellas que contribuyen a la averiguación de la verdad; (b) *garantías no-epistemológicas*, aquellas que no producen menoscabo a la averiguación de la verdad y (c) *garantías contra-epistemológicas*, aquellas que dificultan o entorpecen la averiguación de la verdad. Como la propia autora refiere, el ejemplo más claro de este último tipo de garantías es, precisamente, la *regla de exclusión o nulidad de la prueba ilícita*, la cual, en su opinión, supone “solo una garantía de libertad, pero nunca de verdad”.¹⁰²

Finalmente, en adición a las garantías penales sustantivas y procesales, es posible incluir una categoría adicional: las *garantías orgánicas*. Como bien refiere Ferrajoli, además de las garantías procesales en *estricto sentido*, el modelo garantista presupone además un conjunto de garantías orgánicas que, más que al juicio o proceso mismos, se refieren a la conformación del órgano jurisdiccional y su posición respecto de los demás órganos y poderes del Estado, así como de las partes.¹⁰³ Ejemplo de estas últimas son los principios de independencia, de imparcialidad, de juez natural y competente, el principio acusatorio o de estricta separación entre acusación y jueces o juezas, entre otras.

seguramente de la verdad de la hipótesis acusatoria, que es la única que interesa como condición de la condena”. Guzmán, Nicolás, *op. cit.*, nota 98, p. 15.

102 Gascón Abellán, Marina, *op. cit.*, nota 26, pp. 110-120.

103 Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 19, p. 539.

En ese orden ideas, en los siguientes capítulos analizaremos las garantías penales vigentes en México a la luz de la doctrina y la jurisprudencia nacional e interamericana, distinguiendo para ello entre: (i) *garantías penales sustantivas*, (ii) *garantías orgánicas* y (iii) *garantías penales procesales*. Respecto de estas últimas, distinguiremos además entre: (a) *garantías epistemológicas o de verdad* y (b) *garantías procesales no epistemológicas o de libertad*. Cabe aclarar que esta última distinción es simplemente para efectos de sistematización y orden, pues en muchos casos las garantías de verdad pueden traducirse en garantías de libertad y viceversa. Piénsese, por ejemplo, en lo que sucedía en el sistema tradicional con las declaraciones ministeriales del imputado obtenidas sin la asistencia de su abogado o abogada de defensoría. Aunque pudiéramos considerar que la garantía de defensa tiene una finalidad primordialmente epistémica (en tanto busca garantizar que la decisión judicial se ciña a la verdad de los hechos), lo cierto es que puede tener también manifestaciones contra-epistemológicas cuando, por ejemplo, conlleva la *exclusión* de pruebas.

En suma, a continuación analizaremos las principales garantías penales sustantivas, orgánicas y procesales vigentes en nuestro ordenamiento, así como sus diferentes manifestaciones o vertientes, siguiendo para ello el siguiente esquema conceptual:

Garantías penales

Garantías sustantivas	Garantías orgánicas	Garantías procesales, epistemológicas o de verdad	Garantías procesales no epistemológicas o de libertad
<ol style="list-style-type: none"> 1. Principio de legalidad. 2. Principios de humanidad y proporcionalidad de las penas. 3. Derechos fundamentales como límites al <i>ius puniendi</i>. 4. Prohibición de doble punición o <i>non bis in idem</i>. 5. Otros principios implícitos (culpabilidad, lesividad, <i>ultima ratio</i> y paradigma del derecho penal del acto). 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Principio de juez competente y natural. 2. Principios de imparcialidad e independencia. 3. Principio acusatorio. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Principio de contradicción. 2. Principio de inmediatez. 3. Derecho de defensa. 4. Derecho a la presunción de inocencia. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Garantías del derecho a la libertad personal. 2. Garantías del derecho a la integridad personal. 3. Garantías del derecho a la vida privada. 4. Derecho fundamental a la exclusión de pruebas ilícitamente obtenidas.

Capítulo II

Garantías sustantivas

1. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

1.1. Fundamento y contenido

El principio de legalidad —o, mejor dicho, de *estricta* legalidad¹⁰⁴— es la columna vertebral sobre la cual descansa todo el andamiaje del derecho penal liberal occidental. Sin principio de estricta legalidad, ninguno de los postulados del modelo garantista sería posible.¹⁰⁵ Este principio suele identificarse en la mayoría de los Estados liberales modernos con la máxima “*nullum crimen, nulla poena, sine lege*”¹⁰⁶ o lo que es lo mismo “*no hay delito ni pena sin ley*”.¹⁰⁷ En nuestro país, dicho principio se encuentra reconocido en el artículo 14, párrafos primero y tercero, de la CPEUM, así como en los artículos 9 de la CADH y 15 del PIDCP, los cuales establecen textualmente lo siguiente:

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Artículo 14. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

[...]

104 Para Ferrajoli, mientras la mera legalidad se limita a “exigir la ley como condición necesaria de la pena y del delito (*nulla poena, nullum crimen sine lege*)”, el principio de estricta legalidad “exige todas las demás garantías como condiciones necesarias de la legalidad penal (*nulla lex poenalis sin necessitate, sine iniuria, sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione*)”. Para este autor, “[g]racias al primer principio la ley es condicionante; gracias al segundo es condicionada”. Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 19, p. 95.

105 En esa línea, Ferrajoli refiere que: “El principio de legalidad implica todas las demás garantías —de la materialidad de la acción al juicio contradictorio— como otras tantas condiciones de verificabilidad y verificación, y forma por ello también el presupuesto de la estricta jurisdiccionalidad del sistema”. *Ibidem*, p. 96.

106 Como refiere Roxin, fue Feuerbach quien acuñó el principio de legalidad bajo esta formulación latina. *Cfr.* Roxin, Claus, *op. cit.*, nota 16, p. 146.

107 Con todo, debe señalarse que sus alcances no son idénticos en todas las naciones. Como refiere Bernal del Castillo, el principio de legalidad tuvo una evolución muy distinta en el Derecho continental y en el anglosajón (*common law*), debido a las particularidades del sistema de fuentes de cada uno de ellos y el papel reconocido a los jueces en la creación del derecho penal. *Cfr.* Bernal del Castillo, Jesús, *Derecho penal comparado: La definición del delito en los sistemas anglosajón y continental*, Barcelona, Atelier, 2011, pp. 47-53.

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

[...]

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos

Artículo 15

1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.

Como refiere Bernal del Castillo, aunque el principio de legalidad no pertenece de forma exclusiva —ni en su regulación ni en su fundamento— al derecho penal, es en esta área en donde presenta ciertas características especiales que lo convierten en uno de los “principios claves” del derecho penal liberal occidental.¹⁰⁸ Como también ha puesto de relieve Juan Pablo Montiel, la trascendencia del principio de legalidad en esta materia radica en que el mismo delimita, ni más ni menos, “el ámbito competencial de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial en todo lo que se refiere al tratamiento de las cuestiones penales”.¹⁰⁹ Se trata, en definitiva, del principio fundamental que disciplina desde *qué* órganos son competentes para *crear* derecho penal, qué reglas son válidas para *identificar las bases normativas* del sistema jurídico-penal, hasta qué reglas deben seguirse para *interpretar* e, incluso, *integrar* el derecho penal. De esta forma, el principio de legalidad “no sólo garantiza saber de qué modo reaccionarán los poderes del Estado ante la comi-

108 Bernal del Castillo, Jesús, *op. cit.*, nota 107, p. 47.

109 Por esta razón Montiel considera que el principio de legalidad pertenece más bien a la parte orgánica que a la parte dogmática de la Constitución. *Cfr.* Montiel, Juan Pablo, *Estructuras analíticas del principio de legalidad*, Barcelona, InDret, enero de 2017, pp. 6-7.

sión de un delito, sino también permite a los ciudadanos impedir a esos poderes un castigo por fuera de la ley”.¹¹⁰

1.2. Vertientes del principio de legalidad

Las diferentes formas en las que se manifiesta el principio de legalidad, tanto en la *creación* como en la *interpretación y aplicación* del derecho penal, suelen ser estudiadas en la doctrina y en la jurisprudencia nacional y comparada —si bien en ocasiones de forma poco clara¹¹¹—, bajo cuatro vertientes o subprincipios. Tales vertientes son conocidas como los subprincipios de: (i) *nullum crimen sine lege scripta* o mandato de reserva de ley; (ii) *nullum crimen sine lege praevia* o irretroactividad de la ley penal en perjuicio; (iii) *nullum crimen sine lege certa* o mandato de taxatividad de las leyes penales; y (iv) *nullum crimen sine lege stricta* o mandato de exacta aplicación de la ley penal (también conocido como prohibición de analogía¹¹²).

De manera histórica, el principio de legalidad y sus diferentes vertientes se han *justificado* a partir de diferentes argumentos, los cuales suelen ser agrupados en dos grandes rubros, saber: (i) las tesis *jurídico-políticas* (como son el liberalismo político y la división de poderes) y (ii) las tesis *jurídico-penales* (como son el principio de prevención general y el principio de general).¹¹³ Con todo, en la actualidad existe un consenso bastante generalizado en cuanto a que las diferentes vertientes o subprincipios del principio de legalidad tienen en realidad un fundamento *mixto* común.¹¹⁴ En efecto, hoy en día se asume que el principio de

110 En palabras de Montiel: “Frente a la primera de estas competencias el principio de legalidad dispone cuál es la autoridad habilitada para criminalizar una conducta o establecer una pena y de qué manera debe regularse el contenido normativo. En la identificación de la base del sistema normativo del Derecho penal el principio de legalidad determina qué enunciados normativos pueden ser utilizados por el juez para justificar una decisión que resuelve una controversia judicial que se le presenta. Asimismo, la legalidad otorga pautas a los jueces para saber qué interpretaciones aceptar y cuáles no y además para determinar si judicialmente el sistema jurídico-penal de normas puede ser corregido ante un descuido de quien lo creó”. *Idem*.

111 *Idem*.

112 Véase Rauter, Thomas, *Judicial Practice, Customary International Criminal Law and Nullum Crimen Sine Lege*, Suiza, Springer, 2017, p. 20. En el mismo sentido, Roxin, Claus, *op. cit.*, nota 16, pp. 140-141 y Khulen, Lothar, “Sobre la relación entre el mandato de certeza y la prohibición de analogía”, en Montiel, Juan Pablo (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 151.

113 Roxin, Claus, *op. cit.*, nota 16, p. 144.

114 Sobre la fundamentación mixta de las vertientes del principio de legalidad véase entre otros Roxin, Claus, *op. cit.*, nota 16; Rauter, Thomas, *op. cit.*, nota 112; así como Bacigalupo, Enrique, *Principios constitucionales de derecho penal*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1999, p. 46-49.

legalidad no sólo busca limitar al máximo el ejercicio del *ius puniendi* y preservar así el mayor ámbito de libertad posible para los ciudadanos (es decir, *finalidades liberales y democráticas*), sino también garantizar que el derecho penal sea suficientemente previsible y, de esta manera, cumpla su función reguladora de la conducta social (en otras palabras, *finalidades político-criminales*).

La clasificación antes mencionada no sólo tiene una función académica. La SCJN también ha recurrido a ella para referirse a las diferentes manifestaciones del principio de legalidad en materia penal. En ese sentido —sin pretender agotar de forma completamente exhaustiva todos sus contenidos—, a continuación, nos referiremos a los principales aspectos de cada una de estas vertientes, tal y como han sido entendidos en la jurisprudencia nacional y la doctrina de la Corte IDH. Adicionalmente, en lo que resulte relevante, también haremos referencia a doctrina destacada sobre los temas en cuestión.

1.2.1. Suprincipio de *lex scripta* o mandato de reserva de ley

Como se mencionó, una de las funciones primordiales del principio de legalidad es precisar *quién* puede *crear* derecho penal en un Estado constitucional de derecho. Esta tarea se encuentra delimitada por el subprincipio de *lex scripta* o *reserva de ley*, el cual establece que los delitos y sus sanciones deben estar previstos en una ley en sentido formal y material.¹¹⁵ En efecto, según la formulación clásica de dicho mandato, sólo el *legislador democrático* está habilitado para crear delitos y sus correspondientes sanciones,¹¹⁶ no así el Poder Ejecutivo, el Poder Judicial o cualquier otro órgano o poder constituido.¹¹⁷ Además, tanto los delitos como las penas deben estar contenidas en *leyes escritas*, adoptadas conforme a los procedimientos previstos en la Constitución y las leyes que rigen el procedimiento legislativo.¹¹⁸ En consecuen-

115 En esa línea Sergio García Ramírez refiere que en el ámbito interamericano la legalidad comprende dos dimensiones: una formal y otra material. La primera existe “cuando se ha observado el procedimiento establecido para la creación de leyes o su reforma”, la segunda en cambio “atiende al contenido de la norma”, este debe ser “respetuoso de los derechos humanos, en el marco de la sociedad democrática”. García Ramírez, Sergio, “Consideraciones sobre el principio de legalidad penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Cuestiones Constitucionales*, núm. 24, enero-junio, 2011, p. 215.

116 En el caso de México, esta facultad está reservada al Congreso de la Unión y los Congresos de los Estados, conforme al reparto competencial previsto en los artículos 73 y 124 de la CPEUM.

117 Algunos se refieren a este mandato también como *lex propia*. Montiel, Juan Pablo, *op. cit.*, nota 109, p. 12.

118 Algunos autores han ido más allá y han propuesto un principio de “reserva de ley material”, según el cual no bastaría que la ley penal haya sido expedida siguiendo los procedimientos constitucionales y legales, sino que además el legislador tendría el deber reforzado de *justificar* o *motivar*, a partir de datos y evidencia científica, la necesidad de la pena. Para autores como

cia, no es válido aplicar delitos o sanciones a partir de la *costumbre* u otras fuentes del derecho *distintas* a la ley.

Como ha destacado Miguel Carbonell, el principio de reserva de ley cumple una *doble función*. Dicho mandato tiene, por un lado, una *función liberal o garantista*, la cual consiste en limitar y evitar intromisiones del Poder Ejecutivo u otros poderes. Como se dijo, conforme a este subprincipio, la libertad de las y los ciudadanos sólo puede ser restringida por una “ley” y no por actos del Ejecutivo u otro poder, sin fundamento legal. Por otro lado, el principio de *lex scripta* cumple también una *función democrática*, pues garantiza que los derechos fundamentales de las personas sólo sean intervenidos o restringidos en aquellos casos establecidos por el órgano de mayor representación democrática, esto es: el Congreso o el Parlamento.¹¹⁹

En México, el mandato de reserva de ley se desprende expresamente de los artículos 14, segundo párrafo, de la CPEUM, así como del artículo 9 de la CADH, los cuales hacen referencia a la “ley” como —único— fundamento de los delitos y de las penas. El artículo 15.2 del PIDCP, en cambio, sí autoriza la sanción penal de conductas que, en el momento de cometerse, “fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”. Como se mencionó, dicho precepto establece lo siguiente:

Artículo 15

1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.
2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.

Para algunos autores, este último párrafo (15.2) revela que en el ámbito del derecho penal internacional el principio *nullum crimen sine lege* presenta ciertas características que lo distinguen del derecho penal doméstico.¹²⁰ Tal excepción es

Javier Álvarez, asumir esta concepción tendría la ventaja de que con ello se reduciría el uso político o demagógico del Derecho Penal, además de que se facilitaría la *justiciabilidad* de los principios de subsidiariedad y *ultima ratio*. Cfr. Álvarez García, Francisco Javier, *Sobre el principio de legalidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 19-31.

119 Carbonell, Miguel, “El principio de legalidad en materia penal (análisis del artículo 14, párrafo tercero, de la Constitución mexicana)”, en *Reforma Judicial: Revista Mexicana de Justicia*, UNAM, 2019, pp. 7-8.

120 Rauter, por ejemplo, sostiene que la “Cláusula de Nuremberg” ha sido utilizada para justificar una distinción entre la aplicación del principio [*nullum crimen sine lege*] para delitos “ordina-

conocida como “cláusula de Nuremberg”, en alusión a la jurisprudencia desarrollada por el tribunal penal militar del mismo nombre.¹²¹ Según esta cláusula —a diferencia de lo que sucede con los delitos “ordinarios” del ámbito interno— sí sería válido sancionar una conducta que resulte contraria a los principios generales del derecho internacional, aun y cuando en el momento de los hechos no estuviere expresamente tipificada en una ley, tratado o costumbre internacional.

Esta circunstancia ha llevado a algunos autores a sostener que el principio de *lex scripta* no forma parte en realidad del “concepto internacional” del principio de legalidad.¹²² Para Thomas Rauter, por ejemplo, aun y cuando es verdad que el principio de legalidad se ha venido incorporando poco a poco en el derecho penal internacional:

[L]os fundamentos teóricos y filosóficos [del principio legalidad] que no pueden ser trasladados desde el orden doméstico a la esfera internacional, así como la “Cláusula de Nuremberg” contenida en los tratados internacionales de derechos humanos, aseguran que en los procedimientos penales internacionales el principio [*nullum crimen sine lege*] sea un principio *sui generis* y sea mejor entendido como el principio *nullum crimen sine iure*. Esta terminología asegura que las fuentes del derecho penal internacional consistan también en fuentes no escritas. La garantía del *nullum crimen sine iure scripta* no es, por tanto, legalmente exigible en los procedimientos penales internacionales. [Traducción propia]¹²³

Con independencia de lo anterior, es importante dejar claro que, en el caso de los delitos y las penas pertenecientes al derecho interno, el mandato de reserva ley o *lex scripta* tiene plena aplicación y supone obligaciones tanto para el legislador como para el Juez penal. De acuerdo con este mandato, el legislador tiene prohibido *delegar* en otras autoridades la facultad o el poder para establecer delitos y penas.¹²⁴ El Juez penal, por su parte, tiene vedado aplicar tipos penales y sanciones no previstos en una ley penal en sentido estricto. Con ello —como se dijo— no sólo se busca garantizar un mayor ámbito de libertad, de seguridad jurídica y de previsibilidad para las ciudadanas y los ciudadanos en lo que respecta a la aplicación del derecho penal, sino también asegurar el *principio democrático* y la *división de poderes*, según los cuales es al órgano de representación popular

rios” del ámbito doméstico, por un lado, y los crímenes internacionales fundamentales, por el otro. Rauter, Thomas, *op. cit.*, nota 112, pp. 40-41.

121 *Ibidem*, pp. 47 y 84.

122 Véase, entre otros, Krefß, Claus, “Nulla poena nullum crimen sine lege”, en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, disponible en: <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e854?rskey=YOV9Co&result=1&prd=MPIL>

123 Rauter, Thomas, *op. cit.*, nota 112, p. 84.

124 Esto nos lleva al problema de las llamadas “leyes penales en blanco”, a lo que nos referiremos en breve.

a quien corresponde, en exclusiva, determinar en qué casos se pueden restringir derechos fundamentales a través de la pena.

Ésta es, por cierto, la interpretación que ha sostenido la Primera Sala de la SCJN, la cual ha señalado que:

[E]l principio de reserva de ley implica que todas las normas que establezcan los delitos y sus penas deben contenerse en una ley en sentido formal y material, producto de la discusión de una asamblea democrática, de modo que no pueden crearse ni modificarse sin una iniciativa o una reforma cuya tramitación debe ser acorde con los procedimientos legislativos correspondientes, lo que constituye una medida indispensable para dar certeza al derecho penal en tanto que éste incide en la libertad de los individuos. [El] principio de legalidad que rige la materia penal también impide que el juez asuma funciones regulatorias que van más allá de la función meramente aplicativa que le es propia, de modo que, en principio, todo el derecho penal debe completarse en el momento legislativo sin conferir facultades a las instancias jurisdiccionales, pues ello lesionaría el principio de seguridad jurídica.¹²⁵

En ese contexto, a continuación analizaremos algunos temas que han sido debatidos a la luz de dicho principio.

1.2.1.1. *Reserva de ley y leyes penales en blanco*

Los alcances del principio de reserva de ley han sido explorados por la SCJN en numerosos precedentes, especialmente al analizar la constitucionalidad de las llamadas *leyes penales en blanco*. Como es sabido, las leyes penales en blanco son aquellas en las que el *supuesto de hecho* de la norma penal se configura, total o parcialmente, por *remisión* a otras ramas del ordenamiento jurídico, exigiendo, por tanto, la infracción de una *norma extrapenal*.¹²⁶ Tal remisión puede ser a una ley formal y material —es decir, expedida por el propio Poder Legislativo— o a otro tipo de normas generales expedidas por órganos distintos, como el Poder Ejecutivo. Con todo, debe decirse que en este último caso nos encontramos más bien frente a lo que algunos autores han calificado como una *co-legislación* penal,¹²⁷ en la medida que los delitos y las penas son definidos por fuentes normativas provenientes de órganos distintos al Poder Legislativo.

Tradicionalmente, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia comparada, se ha considerado que las *leyes penales en blanco* resultan problemáticas de cara

125 Véase, SCJN, Primera Sala, *Amparo directo en revisión 4512/2014*, fallado en sesión de 15 de mayo de 2015.

126 Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho Penal: Parte General*, 9ª ed., Tirant lo Blanch, 2015, p. 40.

127 Montiel, Juan Pablo, *op. cit.*, nota 109, p. 16.

al principio de reserva de ley sólo en este segundo caso, esto es: cuando la remisión se hace a un ordenamiento que tiene un rango *inferior* a la ley (como son los reglamentos administrativos, las circulares o los acuerdos¹²⁸). Sin embargo, si la remisión se hace a un ordenamiento con rango de ley, se entiende colmado el principio de legalidad bajo esta vertiente.¹²⁹ Éste es el criterio que ha adoptado también la SCJN.¹³⁰

En congruencia con dicho principio, en los *amparos en revisión* 703/2004, 333/2007, 361/2007, 391/2007 y 999/2007, por ejemplo, la Primera Sala sostuvo que el artículo 171, fracción II, del CPF, el cual sancionaba con prisión de hasta seis meses “a quien en estado de ebriedad o bajo el influjo de drogas enervantes cometa alguna infracción a los reglamentos de tránsito y circulación al manejar vehículos de motor”, era contrario al mandato de reserva de ley, toda vez que remitía a la “mera infracción” de reglamentos para “conocer e integrar uno de los elementos esenciales del tipo”. Lo cual —señaló la Corte— “tiene como efecto que el contenido de la ley penal pueda variar por la sola voluntad del Ejecutivo Federal, modificándola de facto a través de normativas administrativas”.¹³¹

Hasta hace poco más de una década, la SCJN parecía asumir que el principio de reserva de ley era *absoluto*, es decir, que *en ningún caso* y bajo *ninguna condición* el legislador podía delegar a otro poder u órgano la definición un algún elemento del tipo penal. No obstante, en fechas recientes, la Corte ha venido matizando dicho criterio. En efecto, siguiendo la tendencia de otros tribunales constitucionales del mundo,¹³² la Corte mexicana ha reconocido que existen ciertas áreas del derecho penal en las que, debido a su extremada complejidad técnica y

128 Como refiere Enrique Bacigalupo “[l]as leyes penales en blanco pueden adquirir [...] significación constitucional cuando la norma complementadora proviene de una instancia que carece de competencias penales”. Bacigalupo, Enrique, *op. cit.*, nota 114, p. 101.

129 Cuestión distinta, por supuesto, es que la remisión a otra ley para complementar el supuesto de hecho genere falta de certeza e inseguridad jurídica, en cuyo caso la norma sería violatoria del subprincipio de taxatividad. Véase en ese sentido, por ejemplo, el *amparo directo* 49/2017, fallado por la Primera Sala en sesión de 30 de enero de 2019.

130 Véase la tesis aislada de la Primera Sala LXXII/2016, de rubro: LEYES PENALES EN BLANCO. PROBLEMÁTICA DE CONSTITUCIONALIDAD DE AQUÉLLAS.

131 Véase la tesis de jurisprudencia de la Primera Sala 5/2008, de rubro ATAQUES A LAS VÍAS DE COMUNICACIÓN. LA FRACCIÓN II DEL ARTÍCULO 171 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL QUE PREVÉ ESE DELITO, VIOLA LOS PRINCIPIOS DE EXACTA APLICACIÓN Y RESERVA DE LEY EN MATERIA PENAL.

132 *Cfr.* Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *op. cit.*, nota 126, pp. 122-125. Asimismo, véase Montaner, Raquel, “La autorregulación normativa en el derecho penal ambiental: problemas desde la perspectiva del principio de legalidad”, en Montiel, Juan Pablo (coord.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 289 y ss.

su dinamismo, es necesario reconocer cierta intervención a otros poderes —si bien limitada— en la definición de las normas penales.

Esta cuestión fue analizada en los *amparos en revisión* 828/2010, 815/2010, 582/2010 y 500/2012, en los que la Primera Sala analizó la constitucionalidad del artículo 420, fracción II, del CPF que sanciona con uno a nueve años de prisión a quien “[c]apture, transforme, acopie, transporte o dañe ejemplares de especies acuáticas declaradas en veda”. En dichos asuntos, los quejosos —personas que habían sido procesadas por dicho delito— alegaron que la disposición en cuestión contenía un “tipo penal en blanco” contrario al principio de reserva de ley, ya que para poder aplicarlo era necesario remitirse a acuerdos administrativos y normas oficiales que establecen cuáles son las especies acuáticas, épocas y zonas “en veda”. La Primera Sala, sin embargo, desestimó el argumento, pues consideró que en materia de derecho penal ecológico “existe una reserva relativa” de tal suerte que se considera “legítimo conceder al Poder Ejecutivo un espacio de intervención limitado, relacionado con cuestiones técnicas, científicas o con especificaciones de datos”.¹³³

Desde entonces, la Primera Sala ha sostenido que el principio de reserva de ley no es absoluto tratándose del derecho penal ecológico, sino relativo, pues de lo contrario se impediría una adecuada regulación y protección al medio ambiente.¹³⁴ Con todo, también ha precisado que la habilitación del Ejecutivo para intervenir en la complementación de los tipos penales *no es libérrima*. En el *amparo en revisión* 1911/2009, por ejemplo, la Sala explicó que el reenvío a una norma extralegal será compatible con el principio de reserva de ley, *siempre y cuando* el referido reenvío: (i) esté justificado en razón del bien jurídico protegido y (ii) siempre que la ley penal, además de señalar la pena, contenga el *núcleo esencial* de la prohibición y satisfaga la exigencia de certeza (esto es, otorgue la suficiente concreción para que la conducta tipificada quede suficientemente precisada).¹³⁵

1.2.1.2. Reserva de ley y tipos penales abiertos

Un problema distinto, aunque relacionado, es el de los llamados *tipos penales abiertos*. Si bien se trata de un tema debatido en la doctrina, para algunos au-

133 Véase la tesis aislada de la Primera Sala XXX/2012, de rubro: DELITOS CONTRA EL AMBIENTE Y LA GESTIÓN AMBIENTAL. EL ARTÍCULO 420, FRACCIÓN II, DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, NO VIOLA EL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY.

134 *Idem*.

135 Un criterio similar ha sostenido el TCE. Véase en ese sentido la sentencia 101/2012, de 8 de mayo, BOE núm. 134, de 05 de junio de 2012. Véase también el voto del Ministro Arturo Zaldívar en la acción de inconstitucionalidad 23/2017.

tores éstos se refieren a aquellos tipos penales en los que “la conducta prohibida no está caracterizada por una descripción objetiva y exhaustiva”, por lo que la realización del tipo no es suficiente para indicar la antijuricidad.¹³⁶ En estos casos se dice que el juez “debe investigar la antijuricidad mediante la comprobación de los llamados elementos del deber jurídico”.¹³⁷ El ejemplo típico de este tipo de normas serían los *delitos culposos o imprudentes*, los cuales, por regla general, para su actualización requieren de la infracción a un deber de cuidado que normalmente no está especificado de manera expresa en las leyes penales.¹³⁸ Así, aunque *prima facie* pudiera pensarse que ello supone una lesión al principio de legalidad, un sector de la doctrina ha sostenido que ello en realidad no es así, “ya que la propia naturaleza de las cosas impide poder describir con mayor exactitud en la ley todos los comportamientos imprudentes que se puedan dar o realizar”.¹³⁹

La Corte IDH ha asumido una postura similar, pues considera que los tipos penales abiertos no son *per se* contrarios al principio de legalidad. En el caso *Mohamed vs. Argentina*, por ejemplo, el tribunal interamericano señaló que “tratándose de un delito culposo, cuyo tipo penal es abierto y requiere ser completado por el juzgador al realizar el análisis de la tipicidad, lo relevante es que en la sentencia se individualice el correspondiente *deber de cuidado* infringido con la conducta activa (imprudencia) u omisiva (negligencia) del imputado” [cursivas añadidas]. En tales casos —señaló la Corte— “el juzgador no está limitado a recurrir únicamente a una norma formal” a fin de determinar cuál fue el deber objetivo de cuidado que se infringió.¹⁴⁰

136 La definición proviene Hans Welzel, citado por Claus Roxin en su libro *Teoría del tipo penal: tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, [Traducción: Enrique Bacigalupo], 2ª ed., México, Ubijus, 2011, p. 6. De manera similar, véase Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *op. cit.*, nota 126, pp. 266-269.

137 Roxin, Claus, *op. cit.*, nota 136, p. 6. Roxin, sin embargo, sostiene que los tipos “abiertos” en el sentido de Welzel no existen, entre otras razones, porque no existe un tipo neutral frente a la antijuricidad que no sea capaz de cumplir una función indiciaria respecto de lo injusto. *Ibidem*, p. 299.

138 Muñoz Conde y García Arán, por ejemplo, refieren que “[e]n los delitos imprudentes, la conducta típica no está determinada con precisión en la ley [sino que] son el juez o el intérprete quienes deben establecer el contenido de la conducta imprudente. Los delitos imprudentes son, por consiguiente, *tipos abiertos*, en el sentido de que una característica del tipo de injusto debe ser completada por vía judicial o doctrinal”. Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *op. cit.*, nota 126, p. 304.

139 *Idem*.

140 Corte IDH. *Mohamed vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2012. Serie C No. 255, párr. 136.

1.2.1.3. Reserva ley, derecho procesal penal y causas de justificación

Por último, es importante destacar que, al igual que el resto de las garantías penales sustantivas, el principio de reserva de ley se proyecta con toda su intensidad tratándose de normas penales en *sentido estricto*, es decir, aquellas que definen *delitos y penas*.

Cuando se trata de *leyes procesales*, dicho mandato no opera con el mismo grado de exigencia. En ese sentido, por ejemplo, al resolver el *amparo directo en revisión 4512/2014*¹⁴¹ la Primera Sala reconoció la constitucionalidad del artículo 123 Bis del CFPP (ahora abrogado), el cual facultaba al Procurador General de la República para expedir “*lineamientos para la preservación de indicios, huellas o vestigios del hecho delictuoso, así como de los instrumentos, objetos o productos del delito*” [cursivas añadidas]. Al respecto, la Primera Sala señaló que:

[E]l mandato constitucional de reserva de ley a que se refiere el artículo 14, en relación con el artículo 73, ambos de la Constitución General, se circunscribe a aquellos aspectos relacionados con la fijación de las conductas y sus respectivas sanciones. [Por ende] dicho principio regulador no puede ser considerado un obstáculo que impida al legislador democrático delegar —por medio de ley— a la Procuraduría General de la República la emisión de lineamientos que habrán de observar aquellos funcionarios públicos que participen en la recolección de indicios o evidencias durante la denominada “cadena de custodia”.

Algo similar sucede con las disposiciones que contienen excluyentes o eximentes de responsabilidad y, en especial, con las llamadas *causas de justificación* “en blanco” o “extrapenales”, como son aquellas que derivan del ejercicio de derechos fundamentales.¹⁴² Un amplio sector de la doctrina ha considerado que el principio de reserva de ley —según el cual, como se dijo, todos los elementos del delito deben estar por regla general en una ley formal y material— no aplica o no debería aplicar con el mismo nivel de exigencia. Según esta postura, por tanto,

141 Amparo directo en revisión 4512/2014, *op. cit.*, nota 125.

142 Aunque ha sido poco explorada, una causa de justificación “abierta” puede encontrarse en la mayoría de los Códigos Penales nacionales. El Código Penal para la Ciudad de México, por ejemplo, reconoce como causa de justificación en su artículo 29, apartado B, fracción IV el “ejercicio de un derecho” en los siguientes términos “[c]uando el agente realice una acción o una omisión atendiendo a su derecho, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para ejercerlo”. Uno de nosotros, por cierto, ya ha sugerido en otra ocasión que, ciertos derechos fundamentales, como el *libre desarrollo de la personalidad* podrían invocarse, en ciertos casos, como causas de justificación para excluir, por ejemplo, el delito de posesión simple de sustancias, como marihuana. *Cfr.* Morales Simón, José Ignacio y Ponce Núñez, Carlos Gustavo, “Marihuana y derechos humanos: Análisis e implicaciones de la doctrina de la SCJN”, en Muro, Adriana (coord.), *El control de constitucionalidad de las Altas Cortes sobre la prohibición del consumo de cannabis en América Latina*, México, SCJN, 2020, pp. 277-318.

sería perfectamente válido invocar como causa de justificación de una conducta *prima facie* típica, a autorizaciones o permisiones normativas contenidas en fuentes *distintas* a la ley —como sucede con los derechos fundamentales de fuente constitucional—, sin que ello suponga una violación al mandato de *lex scripta*.¹⁴³

Aunque no se tiene conocimiento de un precedente de la SCJN en el que se haya abordado esta cuestión, nos parece que la postura mencionada es correcta, al menos en lo que respecta a las causas de justificación basadas en el ejercicio de derechos fundamentales. Ello es así, pues no debe perderse de vista que en nuestro sistema jurídico los derechos humanos o fundamentales reconocidos en la CPEUM y los tratados internacionales suscritos por nuestro país gozan de plena *eficacia normativa*, con independencia de que hayan sido o no regulados a nivel infra-constitucional por el legislador. Sería por demás incoherente sostener, por un lado, que una conducta (acción u omisión) está amparada por el ejercicio de un derecho fundamental y, por el otro, que se encuentra prohibida penalmente.¹⁴⁴ Cuestión distinta, por supuesto, es el caso de causas de justificación u autorizaciones extralegales provenientes de fuentes no estatales, como son los reglamentos expedidos por colegios o asociaciones profesionales, así como los esquemas de autorregulación corporativa. En tales casos parece dudoso que puedan ser los propios particulares quienes en todo momento y bajo cualquier condición —para

143 Con todo, como refiere Bacigalupo, se trata de una cuestión controvertida tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, pues hay quienes consideran que la ponderación de bienes y deberes como causa suprallegal de justificación puede poner en peligro la seguridad jurídica, especialmente cuando tiene lugar mediante cláusulas generales como “más utilidad que daño”. Sea como fuere, como también refiere Bacigalupo, en el caso de los derechos fundamentales es innegable que, aunque en muchas ocasiones sus condiciones de aplicación son vagas y dependen de una ponderación, “no carecen de un apoyo expreso en el orden jurídico ni son simples creaciones basadas en el interés preponderante”. Bacigalupo, Enrique, *op. cit.*, nota 114, p. 109. En México, la posibilidad de aplicar causas de justificación extrapenales es defendida, entre otros, por Ruben Quintino Zepeda en su *Teoría del Delito Actualizada Conforme al Código Nacional de Procedimientos Penales*, México, Editorial Arquinza, 2021, pp. 60-67.

144 Claro está que dicha postura no está exenta de problemas. Uno de ellos es la *falta de certeza* en la aplicación del derecho penal que puede traer aparejada la inherente vaguedad de los derechos fundamentales y su desarrollo o ampliación jurisprudencial. Como ha puesto de relieve Ferreres, “cuando el juez restringe el alcance de una infracción penal con el objetivo de preservar un derecho o libertad, puede estar haciendo más impreciso el alcance de esa infracción. Se puede producir, pues, una tensión entre la tarea de restringir un tipo y la de precisarlo”. Con todo, y como también refiere este autor, una forma de atemperar los riesgos de imprevisibilidad provocados por la restricción de tipos penales para salvaguardar derechos fundamentales, puede lograrse adoptando una jurisprudencia precisa que “vaya perfilando con claridad el nuevo alcance del tipo, y que sea respetada por los diversos tribunales”. Ferreres Comella, Víctor, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (Una perspectiva constitucional)*, Madrid, Civitas, 2002, p. 75.

utilizar la terminología de Bacigalupo— “creen sus propias causas de neutralización del derecho penal estatal”.¹⁴⁵

1.2.2. Subprincipio de *lex praevia* o mandato de irretroactividad de la ley penal en perjuicio

El mandato de irretroactividad de las leyes penales está expresamente contenido en el primer párrafo del artículo 14 de la CPEUM, el cual, como se ha visto, establece que “[a] ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna”. Dicho mandato se encuentra previsto también de forma expresa en el artículo 9 de la CADH, el cual dispone que “[n]adie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable”. Asimismo, el artículo 15.1 del PIDCP establece que “[n]adie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional”.

Al igual que el subprincipio de reserva de ley, el mandato de irretroactividad impone obligaciones tanto al legislador como al juez penal.¹⁴⁶ De acuerdo con esta vertiente, el legislador tiene prohibido sancionar penalmente hechos ocurridos *con anterioridad* a la entrada en vigor de una ley penal que los califique como delito, mientras que el juez debe limitarse a aplicar aquellas normas penales que hubieren estado efectivamente *vigentes* en el momento de los hechos. En otras palabras: por regla general, ninguna ley que contenga delitos o penas puede ser aplicada a hechos ocurridos *con anterioridad* a su vigencia. Con ello se busca garantizar la *previsibilidad* en la aplicación del derecho penal, así como un mayor ámbito de libertad y seguridad jurídicas para las ciudadanas y los ciudadanos.¹⁴⁷

Cabe aclarar, sin embargo, que dicho mandato no es absoluto, sino que está sujeto a una excepción muy importante: *la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable para las personas procesadas o sentenciadas*. De acuerdo con esta excepción —que ha sido reconocida por la SCJN como un auténtico derecho fundamental en nuestro país— toda persona procesada o sentenciada tiene derecho a que se le aplique una ley penal posterior siempre que resulte *más benéfica* que la vigente en el momento de los hechos, ya sea porque descriminaliza ciertas conductas, impone penas menores, o bien, porque modifica las condiciones de punibili-

145 Bacigalupo, Enrique, *op. cit.*, nota 114, p. 111.

146 Véase al respecto la tesis de jurisprudencia de la Primera Sala 50/2003, de rubro: GARANTÍA DE IRRETROACTIVIDAD. CONSTRIÑE AL ÓRGANO LEGISLATIVO A NO EXPEDIR LEYES QUE EN SÍ MISMAS RESULTEN RETROACTIVAS, Y A LAS DEMÁS AUTORIDADES A NO APLICARLAS RETROACTIVAMENTE.

147 Rauter, Thomas, *op. cit.*, nota 112.

dad. Si bien no está expresamente previsto en nuestro texto constitucional, dicho derecho ha sido reconocido por la SCJN a partir de una interpretación *a contrario* del artículo 14 de la CPEUM¹⁴⁸ y, más recientemente, a partir del artículo 9 de la CADH el cual sí señala textualmente que “[s]i con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.¹⁴⁹

La prohibición de retroactividad de la ley en perjuicio y su corolario (el mandato de retroactividad de la ley penal en beneficio) también han sido interpretados por la SCJN en diversos precedentes. Recientemente, por ejemplo, al resolver la *acción de inconstitucionalidad 13/2016 y su acumulada 14/2016*¹⁵⁰, el Pleno de la Corte invalidó las fracciones I y III del artículo Tercero Transitorio del Decreto de Reformas a la Ley Federal para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Hidrocarburos de 2016, las cuales ordenaban al Ministerio Público y a los jueces penales *trasladar y aplicar ipso facto* la nueva legislación, en lugar de la que se encontraba vigente al momento de que se cometió el delito, “impidiéndose de esta forma aplicar a favor del indiciado o sentenciado, la ley que resulte más favorable”. La Corte declaró la inconstitucionalidad de los preceptos impugnados, pues consideró que establecer tal obligación legal suponía una contravención al principio de aplicación retroactiva de la ley más favorable, implícito en el artículo 14 constitucional.

En cuanto a su ámbito material de aplicación, la SCJN ha señalado que el mandato de *lex praevia* es aplicable por regla general a normas penales *sustantivas* (esto es, las que definen los delitos y las penas), no así a las *procesales*, toda vez que estas últimas, por su propia naturaleza, son “de aplicación inmediata” y de “aplicación rigurosamente irretroactiva”.¹⁵¹ De acuerdo con la SCJN, las situaciones procesales se rigen necesariamente por las normas vigentes en la época de su aplicación y, por tanto, en esta materia no puede existir retroactividad.¹⁵² La distinción entre normas sustantivas y normas procesales, para efectos del princi-

148 Véase la tesis de la Primera Sala, Sexta Época, de rubro: RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL MAS BENEFICA; así como la tesis de rubro RETROACTIVIDAD DE LA LEY, publicada en el Informe 1959; Sexta Época, Pág. 60.

149 Véase, por ejemplo, el amparo en revisión 1248/2016, fallado por la Primera Sala en sesión de 25 de octubre de 2017.

150 SCJN, Pleno, Acción de inconstitucionalidad 13/2016 y su acumulada 14/2016, fallada en sesión de 25 de febrero del 2020.

151 Véase en esa línea, SCJN, Pleno, Acción de inconstitucionalidad 9/2011, fallada en sesión de 31 de enero de 2013.

152 SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 860/2010, fallado en sesión de 2 de febrero de 2011.

pio de irretroactividad, fue descrita por la Primera Sala en el *amparo directo en revisión 4031/2013*,¹⁵³ del siguiente modo:

Las normas procesales se caracterizan porque regulan la actividad jurisdiccional y el funcionamiento del proceso, señala las formas y actos en juicio, los procedimientos que se deben atender para resolver un conflicto; por su parte, las normas sustantivas esencialmente contienen derechos y describen conductas, obligaciones y modos de extinción de las penas y de los delitos.

De esta manera, la SCJN ha señalado que, si antes de que se realice una etapa del procedimiento, el legislador cambia su tramitación modificando, por ejemplo, la valoración de pruebas o suprimiendo un recurso, no existirá aplicación retroactiva, siempre y cuando que tales situaciones aún no se hubieren llevado a cabo.¹⁵⁴ Con todo, también ha precisado que existe una *excepción* a dicha regla: el caso de los *derechos sustantivos*, como el derecho a la libertad personal, consagrados en normas procesales, en cuyo caso sí resulta aplicable el principio de retroactividad. Así lo sostuvo el Tribunal Pleno en la *acción de inconstitucionalidad 9/2011*¹⁵⁵ en donde expresamente señaló que, si bien el principio de irretroactividad no opera en materia procesal, “existe una excepción” a dicha regla, la cual consiste en que:

[T]ratándose de derechos sustantivos, aunque se encuentren consagrados en una norma de carácter procesal, es procedente y necesario aplicar el principio de irretroactividad, pues la afectación a este tipo de derechos es irreparable, ya que sus efectos no se destruyen con el solo hecho de que quien los sufre obtenga una sentencia favorable.

1.2.2.1. *Irretroactividad de la ley penal, leyes procesales y prescripción penal*

Un caso interesante es el de las *reglas de prescripción penal*. Como ha puesto de relieve Enrique Bacigalupo, en el derecho comparado es posible encontrar posturas ambiguas y divergentes en torno a esta figura, pues hay quienes consideran que la prescripción pertenece al derecho penal material *sustantivo* y, por ende, le sería aplicable el mandato *lex praevia*, mientras que otros la ubican en el ámbito *procesal* y, por tanto, no le sería aplicable dicho mandato.¹⁵⁶

153 SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 4031/2013, fallado en sesión de 12 de marzo de 2014.

154 Un caso excepcional es el amparo en revisión 1156/2019, fallado en sesión de 21 de abril de 2021, donde la Primera Sala sí analizó el artículo tercero transitorio del CNPP bajo el principio de no retroactividad en perjuicio.

155 *Acción de inconstitucionalidad 9/2011*, *op. cit.*, nota 151.

156 Bacigalupo, Enrique, *op. cit.*, nota 114, p. 50.

En el caso de México, la SCJN parece haberse decantado por la segunda opción. Si bien es cierto que en algunos *obiter dicta* la Corte parecía adoptar una postura amplia o flexible —según la cual el mandato de irretroactividad también sería aplicable a requisitos de procedibilidad y plazos de prescripción¹⁵⁷— recientemente, al resolver el *amparo directo en revisión 3033/2018*,¹⁵⁸ la Primera Sala sostuvo que las reglas de prescripción son naturaleza estrictamente procesal y, por tanto, no les es aplicable el mandato de aplicación retroactiva. En palabras de la Sala:

[L]a aplicación retroactiva de la ley no debe operar para normas procesales relacionadas con reformas en los plazos procesales o en los requisitos de procedibilidad cuando bajo la ley vigente al momento de los hechos se hayan cumplido los plazos y haya transcurrido el proceso penal. Ello, porque se vería afectado el orden público y la seguridad jurídica del propio ordenamiento jurídico y de las víctimas.

La Corte IDH ha sostenido un criterio similar. En el caso *Liakat Ali Alibux vs. Suriname*, por ejemplo, dicho tribunal sostuvo que “la aplicación de normas que regulan el procedimiento de manera inmediata, no vulnera el artículo 9 convencional”, toda vez que “los actos que conforman el procedimiento se agotan de acuerdo a la etapa procesal en que se van originando y se rigen por la norma vigente que los regula”. Con todo, el tribunal interamericano también precisó que dicho principio excepcionalmente es aplicable a normas procesales cuando “puedan tener un impacto en la tipificación de acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable”, o bien, en “la imposición de una pena más grave que la existente al momento de la perpetración del ilícito penal”.¹⁵⁹

1.2.2.2. Sucesión de normas penales en el tiempo

Como no podía ser de otra manera, el derecho penal no puede permanecer inmutable en el tiempo. Al igual que el resto de ramas del derecho, el derecho penal debe ajustarse —y de hecho se ajusta— a la realidad social, política y cultural imperante en cada época o momento histórico. Para decirlo en pocas palabras: el

157 Véase en ese sentido, SCJN, Primera Sala, *Amparo en revisión 253/2014*, fallado en sesión de 5 de noviembre de 2014; SCJN, Primera Sala, *Amparo en revisión 1265/2017*, fallado en sesión de 5 de septiembre de 2018; y SCJN, Primera Sala, *Amparo en revisión 121/2021*, fallado en sesión de 29 de septiembre de 2021.

158 Fallado por la Primera Sala en sesión de 3 de marzo de 2021. Una postura similar había sostenido la Primera Sala desde el *amparo directo en revisión 4031/2013*, *op. cit.*, nota 153.

159 Corte IDH. Caso *Liakat Ali Alibux vs. Suriname*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276.

derecho penal es *dinámico*. En ese contexto, es inevitable que surjan las siguientes interrogantes. ¿Qué sucede cuando, por ejemplo, durante el trámite o la ejecución de una pena, el legislador reforma, deroga o abroga la ley (el Código entero, por ejemplo) en la cual se sustentaba la condena y, en su lugar, expide una nueva? ¿Debe considerarse que la conducta ya no está sancionada y, por tanto, deben sobreseerse todos los procesos o revocarse las sentencias definitivas en las que se hubiere aplicado la norma derogada o abrogada?

Al analizar casos en los que se planteaban problemáticas de este tipo, la Primera Sala ha señalado que es necesario distinguir *dos supuestos* que presentan consecuencias jurídicas *distintas*. En primer lugar, puede suceder que la conducta originalmente considerada típica deje de serlo, por ya no estar prevista en la nueva ley. En este caso, la existencia de una norma más benéfica está fuera de dudas: al *despenalizarse* la conducta, las personas procesadas o sentenciadas bajo la ley derogada o abrogada deben ser puestas en libertad.¹⁶⁰ Sin embargo, puede suceder también que la conducta tipificada en la ley abrogada siga teniendo carácter delictivo en la nueva ley, en cuyo caso no podrá considerarse que la conducta delictiva haya dejado de tener el carácter de delito.¹⁶¹ Para la Corte, en este segundo caso debe entenderse que ha operado una “sucesión de leyes penales en el tiempo”. Por tanto, para determinar cuál es la norma aplicable, los jueces deben atender al principio general de *ley penal más favorable* y, con base en ello, determinar cuál de las dos normas (si la vigente en el momento de los hechos o la posterior) resulta aplicable al caso concreto.

1.2.2.3. *Ley penal intermedia*

Otra interrogante que puede surgir en el contexto de la reforma o derogación de una norma penal es la siguiente: ¿Qué sucede cuando entre la fecha de los hechos y el momento de dictar sentencia estuvo vigente una ley intermedia que resulta más benéfica? Algunos tribunales, como el TSE, han sostenido que en tales casos debe aplicarse necesariamente la ley penal intermedia cuando resulte más favorable para la persona procesada, “no solamente por razones humanitarias [...], sino [porque de otro modo] se perjudicaría al reo por razones ajenas a él, como la tardanza en juzgarle [...]”.¹⁶² Y es que, efectivamente, de sostenerse lo

160 Véase, SCJN, Primera Sala, *Amparo directo en revisión 6022/2017*, fallado en sesión de 22 de mayo de 2019. En este precedente, la SCJN explicó que este principio debe ser observado incluso en amparo directo.

161 Véase *amparo en revisión 1248/2016*, *op. cit.*, nota 149.

162 Véase STS 953/2013, resuelto por la Segunda Sala de lo Penal el 16 de septiembre de 2013. Otras resoluciones que aplican la ley penal intermedia más favorable son las STS 140/2002,

contrario, la posibilidad de que una persona se vea beneficiada por una ley más favorable, dependería de cuestiones sobre las cuales no tiene ningún control. Lo cual parece al menos *cuestionable*, desde la perspectiva de los principios de dignidad y autonomía personales.

En México, sin embargo, la SCJN ha adoptado un criterio más restrictivo y formalista. En efecto, al resolver la *contradicción de tesis* 39/2003-PS¹⁶³ la Primera Sala sostuvo que la ley penal intermedia “no puede aplicarse ultractivamente en beneficio del procesado al dictarse [la sentencia], aun cuando sea favorable”; ello toda vez que, de acuerdo con el principio de irretroactividad de la ley, “la norma legal favorable sólo es aplicable durante su vigencia temporal”. Dicho en otras palabras: para la SCJN, la ley penal intermedia no puede ser aplicada nunca en beneficio de la persona acusada, ya que el mandato de aplicación de ley retroactiva más favorable se refiere únicamente a leyes vigentes, no derogadas. A nuestro juicio, se trata de un criterio que resulta en extremo formalista y poco persuasivo,¹⁶⁴ ya que ni de la CPEUM ni de los tratados se desprende una limitante en ese sentido. En todo caso, quienes escribimos estas líneas pensamos que se trata de un criterio que ameritaría ser *reexaminado* por la propia SCJN, a la luz de la reforma constitucional de 2011, en materia de derechos humanos y el principio *pro persona*.

1.2.3. Subprincipio de *lex certa* o mandato de taxatividad

Como ha puesto de relieve Luigi Ferrajoli, de acuerdo con el *principio de estricta legalidad*, no basta con que los delitos y las penas estén previstos en una ley formal y material, sino que ésta debe ser además suficientemente *clara, precisa y taxativa*, de tal suerte que sus destinatarios puedan conocer, con un grado de previsibilidad razonable, qué conductas están efectivamente prohibidas y cuáles no.¹⁶⁵ Tal exigencia viene representada por el subprincipio de *lex certa* o mandato de *taxatividad*, el cual, como señala Víctor Ferreres, “no es otra cosa que la exigencia de que los textos en los que se recogen las normas sancionadoras describan con suficiente precisión qué conductas están prohibidas y qué sancio-

resuelto por la Segunda Sala de lo Penal el 8 de febrero de 2002; STS 692/2008, resuelto por la Primera Sala de lo Civil el 17 de julio de 2008; STS 1026/2009, resuelto por la Segunda Sala de lo Penal el 16 de octubre de 2009; y 1078/2012, resuelto por la Segunda Sala de lo Penal el 8 de noviembre de 2012.

163 Resuelta por la Primera Sala en sesión de 7 de enero de 2004.

164 Quizá el único argumento a favor de esta postura sería evitar la eventual *impunidad* que podría generar el descuido o negligencia del legislador al, por ejemplo, omitir la tipificación de una conducta al expedir un nuevo Código Penal.

165 Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 19.

nes se impondrán a quienes incurran en ellas”.¹⁶⁶ De esta manera, el principio de legalidad busca garantizar fundamentalmente dos cosas: (i) la *seguridad y la certeza jurídicas*, es decir, que las personas puedan saber con certeza qué conductas están efectivamente prohibidas o sancionadas y (ii) asegurar la *imparcialidad en la aplicación del derecho*, esto es, que casos iguales sean tratados de igual forma, sin discriminación.¹⁶⁷

En México, dicho subprincipio ha sido derivado por la SCJN a partir del párrafo tercero del artículo 14 constitucional y, específicamente, del mandato de exacta aplicación.¹⁶⁸ En múltiples ocasiones, la SCJN ha señalado que dicho mandato no sólo vincula a las juezas y los jueces penales, sino también al legislador, quien tiene el deber de hacer las leyes penales de forma clara, precisa y taxativa. En particular, la SCJN ha señalado que el mandato de taxatividad supone una doble obligación para el legislador penal: (i) *reducir la vaguedad de los conceptos* usados para determinar los comportamientos penalmente prohibidos y (ii) *preferir el uso de conceptos descriptivos* frente al uso de conceptos valorativos.¹⁶⁹ Con todo, la SCJN también ha señalado que dicho mandato no puede imponer al legislador una *precisión absoluta*, pues dicha tarea sería lógica y materialmente imposible,¹⁷⁰ ni obligarlo a definir cada uno de los términos empleados en las normas penales, pues las leyes —ha sostenido insistentemente la SCJN— “no son diccionarios”.¹⁷¹

Sobre esto último vale la pena hacer algunas observaciones. Es cierto que, en su formulación original, el principio de legalidad en su vertiente de taxatividad buscaba que las leyes penales fueran elaboradas de forma tan precisa que *no fuera necesario interpretarlas*. Para algunos pensadores de la Ilustración, como Becca-

166 Ferreres Comella, Víctor, *op. cit.*, nota 144, p. 21.

167 Véase amparo directo en revisión 4384/2013, fallado por la Primera Sala en sesión 29 de junio de 2016; así como el amparo directo 49/2017, *op. cit.*, nota 129.

168 Véase la tesis aislada del Pleno IX/95, de rubro: EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY EN MATERIA PENAL, GARANTIA DE SU CONTENIDO Y ALCANCE ABARCA TAMBIEN A LA LEY MISMA. Véase también amparo directo en revisión 3399/2013, fallado por la Primera Sala en sesión de 26 de marzo de 2014.

169 Véase amparo directo 49/2017, *op. cit.*, nota 129. En esa misma línea, Moreso, José Juan, “Principio de legalidad y causas de justificación (Sobre el alcance de la taxatividad)”, en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, número 24, Universidad de Alicante, 2001, p. 525.

170 Véase en ese sentido la tesis jurisprudencial de la Primera Sala 54/2014, de rubro: PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL EN SU VERTIENTE DE TAXATIVIDAD. ANÁLISIS DEL CONTEXTO EN EL CUAL SE DESENVUELVEN LAS NORMAS PENALES, ASÍ COMO DE SUS POSIBLES DESTINATARIOS.

171 Véase la tesis jurisprudencial de la Primera Sala 83/2004, de rubro: LEYES. SU INCONSTITUCIONALIDAD NO PUEDE DERIVAR EXCLUSIVAMENTE DE LA FALTA DE DEFINICIÓN DE LOS VOCABLOS O LOCUCIONES UTILIZADOS POR EL LEGISLADOR.

ria, ello era una condición fundamental para garantizar que el gobierno fuera un gobierno de “leyes” y no de “hombres”¹⁷² y de que el Estado y el derecho descansaran en la “voluntad general” del pueblo. Como refiere Silva Sánchez, para el nuevo modo de ver las cosas “[s]er libre significaba no depender de otra cosa que de la ley, porque el contenido íntegro de la ley expresaba *per se* la libertad ciudadana”. Para el derecho penal de la Ilustración “el *nulla poena sine lege* aparecía como cristalización de la libertad individual”, mientras que “la libertad del juez se contemplaba como un riesgo para la libertad del ciudadano”.¹⁷³ Un ejemplo de esta visión puede encontrarse en los escritos de Montesquieu y Beccaria, quienes sostuvieron, respectivamente, que “los jueces no son más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma”.¹⁷⁴ Así como que “la autoridad de interpretar las leyes penales no puede residir en los jueces por la misma razón que no son legisladores”.¹⁷⁵ En definitiva, para estos autores, las leyes penales debían ser elaboradas de tal forma que los jueces se limitaran a ser meras “máquinas de aplicación”.¹⁷⁶ A esto se le conoce como el modelo del “juez autómeta”.¹⁷⁷

No obstante, como es sabido, tal concepción del derecho —y, muy específicamente, de la interpretación jurídica— se encuentra en la actualidad ampliamente superada.¹⁷⁸ Como el propio Silva Sánchez señala, “es prácticamente seguro que la figura de un juez autómeta no tuvo vigencia real en ningún momento histórico” y, aunque así hubiera sido en los inicios del siglo XIX, muy poco después “empezó a generalizarse de modo progresivo la descripción de la función del juez como una actividad no meramente cognoscitiva, sino marcadamente valorativa”.¹⁷⁹ En fechas más recientes, autores, como Ortiz de Urbina, han puesto de relieve cómo

172 Gascón Abellán, Marina, *op. cit.*, nota 66, p. 102.

173 Silva Sánchez, Jesús María, “La interpretación de las leyes y la cultura de los juristas”, en Montealegre, Lynett, *et al.* (eds.), *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo. Libro homenaje al Profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 202.

174 Montesquieu, *Del Espíritu de las Leyes*, 17 ed., México, Porrúa, 2007, p. 151.

175 Beccaria, *op. cit.*, nota 29, p. 12.

176 Para algunos autores, detrás de estas afirmaciones se esconde la idea de que todo sistema jurídico es necesariamente completo y coherente —es decir, que no existen lagunas ni antinomias— de manera que a cada controversia corresponde una y sólo una norma preconstituida. Por ello, suele llamarse también a esta postura “optimista” o “ingenua”, pues confía en que siempre es posible encontrar, a partir del texto de la ley, una decisión o respuesta “correcta” para todos los casos.

177 Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Alfonso J., *La argumentación en el Derecho: algunas cuestiones fundamentales*, Lima, Palestra Editores, 2003, pp. 102-105.

178 *Ibidem*, pp. 105-111.

179 Silva Sánchez, Jesús María, *op. cit.*, nota 173, p. 203.

incluso los llamados “formalistas” de la Ilustración nunca asumieron en realidad que la aplicación de las leyes dependiera de un proceso algorítmico de mera “subsunción”, desprovista de cualquier tipo de valoración o interpretación judicial. Según estos autores, el único que parece haber asumido un “formalismo mecanicista” como tal es Beccaria, lo que se explicaría por el hecho de que éste escribió su *Tratado* a los veinticinco años y con una finalidad más filosófico-política que jurídico-penal.¹⁸⁰ Mario Trapani, por su parte, ha señalado que la confusión de Beccaria y otros iluministas de creer que es posible prohibir la interpretación de las leyes penales *tour court*, proviene de una concepción del término “interpretación” que, en esa época, solía asemejarse más a lo que hoy conocemos como “analogía” o “creación” del derecho. Según este autor, ello se puede advertir de la lectura de los textos de Pietro Verri —uno de los autores que más influencia tuvo en Beccaria— en donde habría afirmado que “[i]nterpretar significa hacer decir al legislador más de lo que ha dicho, y aquel más es la medida de la facultad legisladora, que se arroga el juez”.¹⁸¹

Sea como fuere, lo cierto es que en la actualidad el ideal de leyes absolutamente precisas y el modelo del juez autómatas no parecen contar con respaldo serio alguno. La mayoría de los constitucionalistas y penalistas contemporáneos admiten —si bien con sus respectivos matices y diferencias— que las leyes penales, al igual que otro tipo de disposiciones normativas, poseen inevitablemente cierto grado de *indeterminación*, derivado de la naturaleza propia del lenguaje, ante lo cual el juzgador se encuentra ante la indefectible tarea de tener que valorar o decidir cuál es su significado en cada caso concreto. Esta idea fue capturada hace ya varios años por el penalista Luis Jiménez de Asúa, quien sostuvo que “es forzoso aceptar la interpretación de las leyes y proclamar que todas han de serlo y no sólo las oscuras. El hecho de aplicar la ley supone interpretarla”.¹⁸²

180 Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo, “¿Leyes taxativas interpretativas libérrimamente? Principio de legalidad e interpretación del Derecho penal”, en Montiel, Juan Pablo (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 178.

181 Trapani, Mario, “Cesare Beccaria y la interpretación de la ley penal. La creación judicial de la norma penal y su control político”, en Velásquez Velásquez, Fernando, *et al.* (comp.), *Cesare Beccaria y el control del poder punitivo del Estado. Doscientos cincuenta años después*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2016, p. 99. Trapani también adjudica el mito —o “ilusión”— de los iluministas de poder prohibir que los jueces creen Derecho, a la falta de distinción que existía en aquella época entre “norma” y “disposición”, lo que a su juicio impedía ver que “[a]ntes de la interpretación por parte del juez, el texto de ley contiene sólo meras ‘propuestas de comportamiento’ o, mejor, sólo una ‘potencialidad’ de significados normativos, es decir meras ‘expectativas de normas’ por parte de los coasociados”. *Ibidem*, pp. 113-115.

182 Jiménez de Asúa, Luis, *op. cit.*, nota 38, p. 61.

En definitiva, como señala Víctor Ferreres, “hoy sabemos que es imposible redactar las leyes de tal manera que no se planteen al juez problemas de interpretación”.¹⁸³ Aunque el legislador puede reducir la frecuencia con que las normas se contradicen y evitar el uso ambiguo de las palabras, existen otras *fuentes de incertidumbre interpretativa* que son insuprimibles y cuyos efectos se pueden reducir sólo en parte, como son: (i) la inevitable vaguedad del lenguaje y (ii) la imprevisible cantidad de combinaciones de circunstancias relevantes que pueden darse en el futuro. Además, aunque el legislador pudiera hacer un esfuerzo por reducir al máximo estos problemas, ello puede generar otro tipo de *costes*, como es la infra o la sobreinclusión de los tipos penales.¹⁸⁴

Pero si esto es así, ¿qué queda entonces del mandato de taxatividad? Al respecto, un sector importante de la doctrina ha señalado que dicho mandato debe ser entendido más bien como el deber del legislador de definir los delitos y las penas *de la forma más clara y precisa posible*, en el entendido de que siempre habrá inevitablemente cierto margen de indeterminación y, por tanto, de discrecionalidad judicial.¹⁸⁵ Ferrajoli, por ejemplo, sostiene que — pese a lo que creían algunos pensadores de la Ilustración— el ideal de absoluta precisión de la ley “nunca es plenamente alcanzable”, pues existe siempre un “margen insuprimible de incertidumbre y, por tanto, de discrecionalidad en la interpretación de la ley”.¹⁸⁶ Por ello, dicho autor considera que, tratándose de la descripción legal de los delitos, es preferible hablar de “grados de taxatividad”.¹⁸⁷

Una postura similar ha sostenido la SCJN. En una ya muy asentada línea jurisprudencial, la SCJN ha señalado que el mandato de taxatividad impone al legislador la obligación de elaborar las normas penales *con un grado de precisión razonable*, pero nunca *absoluta*. De esta manera, la SCJN ha sostenido que no es contrario *per se* al principio de legalidad, en su vertiente de taxatividad, el que las leyes penales hagan referencia a *conceptos jurídicos indeterminados*¹⁸⁸ o sujetos a *valoración jurídica o cultural* (es decir, *elementos normativos del tipo*), siempre que exista una precisión razonable y no se incurra en la arbitrariedad.¹⁸⁹

183 Ferreres Comella, Víctor, *op. cit.*, nota 144, p. 32.

184 *Ibidem*, p. 35.

185 *Ibidem*, p. 42.

186 Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 19, p. 122.

187 *Ibidem*, p. 125.

188 Véase, SCJN, Priemra Sala, Amparo directo en revisión 6312/2018, fallado en sesión de 22 de enero de 2020.

189 Véase, por ejemplo, SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 4503/2018, fallado en sesión de 13 de febrero de 2020, en donde se determinó que el elemento normativo “persona detenida” contenida en un tipo penal no genera inseguridad jurídica en sus destinatarios.

A la fecha, sin embargo, no es posible encontrar en la jurisprudencia un *umbral* o *grado de precisión* que deban satisfacer las normas penales.¹⁹⁰ En la mayoría de los precedentes en los que se ha abordado esta cuestión, la SCJN se ha limitado a constatar que el empleo de ciertas expresiones, en determinados contextos normativos, resulta extremadamente vago o ambiguo y, por ende, contrario al mandato de taxatividad. En el *amparo directo en revisión 2255/2015*,¹⁹¹ por ejemplo, la SCJN estableció que el tipo penal que sancionaba los “ultrajes a la autoridad” era extremadamente vago e indeterminado y, por tanto, inconstitucional. De manera similar, en la *acción de inconstitucionalidad 147/2017*,¹⁹² la SCJN señaló que el uso del término “actos agresivos”, dentro de la descripción de la conducta típica punible, resultaba igualmente indeterminado y, por ende, también inconstitucional. En otros casos, la SCJN ha considerado que la *ausencia* de ciertos elementos típicos puede generar también una imprecisión grave y, por tanto, arbitrariedad en su aplicación.¹⁹³ En la *acción de inconstitucionalidad 196/2020*,¹⁹⁴ por ejemplo, el Pleno determinó que el no haber previsto un elemento subjetivo específico —específicamente el elemento “a sabiendas”— en un tipo penal que sancionaba la “adquisición” de bienes ilícitos, generaba una inseguridad y una arbitrariedad de tal magnitud, que resultaba incompatible con el principio de taxatividad.

En sustitución al establecimiento de un *umbral* de precisión o taxatividad, la SCJN ha identificado algunos *criterios* que deben ser evaluados para determinar si una ley es suficientemente taxativa. Así, ha señalado que en dicha tarea el juez o jueza constitucional no sólo debe tomar en consideración el texto de la ley y la gramática, sino también (i) el resto de expresiones contenidas en la misma (u otra) disposición normativa; (ii) el contexto en el cual se desenvuelven las normas en cuestión y (iii) sus posibles destinatarios.¹⁹⁵

Este último criterio, por cierto —es decir, los *destinatarios* de la norma penal— ha sido un factor determinante para declarar o reconocer la constitucionalidad de una ley penal en diversas ocasiones. En el *amparo en revisión 448/2010*, por

190 Probablemente porque se trata de una empresa extremadamente difícil o incluso imposible. Sobre las alternativas que se han ofrecido en el derecho comparado, véase, por ejemplo, Roxin, Claus, *op. cit.*, nota 16, pp. 171-172.

191 Fallado por el Pleno en sesión de 7 de marzo de 2016.

192 Fallada por el Pleno en sesión de 15 de octubre de 2019.

193 SCJN, Pleno, Acción de inconstitucionalidad 196/2020, fallada en sesión de 11 de mayo de 2021.

194 *Idem.*

195 Véase en ese sentido la tesis jurisprudencial de la Primera Sala 54/2014, de rubro: PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL EN SU VERTIENTE DE TAXATIVIDAD. ANÁLISIS DEL CONTEXTO EN EL CUAL SE DESENVUELVEN LAS NORMAS PENALES, ASÍ COMO DE SUS POSIBLES DESTINATARIOS.

ejemplo, la Primera Sala determinó que el artículo 407, fracción IV, del Código de Justicia Militar, el cual sanciona con pena de cuatro meses de prisión al oficial que “[vierta] especies que puedan causar tibieza o desagrado en el servicio”, no viola el mandato de taxatividad, toda vez que “el conocimiento de los usos, costumbres y legislación castrense con el que cuenta un Oficial de las Fuerzas Armadas [...] le permiten comprender con la suficiente claridad y precisión los términos utilizados en la norma penal”. En otro asunto, por el contrario, la Primera Sala declaró la inconstitucionalidad de un tipo penal del Código de la Ciudad de México que sancionaba el manejo “ilícito” de residuos sólidos o industriales no peligrosos, al constatar que no estaba dirigido “a una clase particular de sujetos que, por las actividades específicas que realizan, sea razonable esperar un conocimiento previo y detallado de su parte de las normas especiales que podrían regular un determinado sector o actividad”.¹⁹⁶

La Corte IDH también se ha pronunciado sobre los alcances del mandato de taxatividad. En diversos precedentes, dicho tribunal ha sostenido que, de acuerdo con el artículo 9 de la CADH, “la elaboración de tipos penales supone una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales”. Para ello —ha dicho— “es necesario que el ámbito de aplicación de cada uno de los tipos esté delimitado de la manera más clara y precisa que sea posible, en forma expresa, precisa taxativa y previa”.¹⁹⁷ Con todo, es de destacar que la Corte IDH también ha reconocido que la precisión de las leyes penales no puede ser absoluta y que, en ocasiones, las juezas y los jueces penales deben colaborar con el legislador, interpretando las leyes penales *de conformidad* con ciertos principios convencionales. Profundizaremos sobre esto último en la parte final del siguiente subapartado.

1.2.3.1. *Taxatividad y leyes procesales*

En cuanto a su *ámbito de aplicación*, al igual que el resto de vertientes del principio de legalidad, la SCJN ha considerado que el mandato de taxatividad sólo aplica tratándose de disposiciones penales *sustantivas*, no así respecto de las *procesales*. De este modo, la SCJN ha sostenido en numerosas ocasiones que aquellas disposiciones legales que se refieren, por ejemplo, a la “valoración de las pruebas” o aquellas que disciplinan la forma en la que debe llevarse a cabo la

196 Véase *amparo directo 49/2017*, *op. cit.*, nota 129.

197 Véase por todos, Corte IDH. Caso *Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, párr. 162.

llamada “cadena de custodia”, no pueden ser consideradas contrarias al principio *nullum crimen, nulla poena, sine lege*.¹⁹⁸

1.2.3.2. *Taxatividad y causas de justificación*

Un aspecto controversial en el derecho comparado, sobre el cual tampoco parece haber todavía una posición clara en la jurisprudencia mexicana, es el relativo a las excluyentes de responsabilidad, específicamente las *causas de justificación*.¹⁹⁹ La interrogante que suele plantearse a este respecto es la siguiente: ¿deben las excluyentes de responsabilidad —con exactitud, las causas de justificación— estar previstas en ley con el mismo grado de claridad y precisión que aquellas disposiciones que describen las conductas típicas punibles?

Como se sabe, de acuerdo con la teoría general, para que una conducta (acción u omisión) sea considerada delito, no basta con que sea *típica* (es decir, que encuadre en la descripción prevista en la ley penal²⁰⁰), sino que además debe ser *antijurídica y culpable*. En términos generales, se considera que una conducta típica es antijurídica cuando no existe *causa de justificación*.²⁰¹ El problema, desde el punto de vista del principio de taxatividad, radica en que por lo general las causas de justificación no suelen ser previstas por el legislador con el mismo grado de precisión que los tipos penales. Si se revisan las legislaciones penales vigentes, se podrá constatar que la mayoría de las veces las causas de justificación suelen estar redactadas de manera vaga y abierta. Piénsese para el caso, en la excluyente de responsabilidad prevista en el artículo 29, apartado B, fracción IV del Código Penal de la Ciudad de México, la cual establece como causa de justificación el “ejercicio de un derecho”. Según esta disposición, una conducta típica no será antijurídica cuando “el agente realice una acción o una omisión atendiendo a su derecho, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para

198 Véase en ese sentido: la tesis aislada de la Primera Sala CCII/2011, de rubro: PRUEBA TESTIMONIAL. EL ARTÍCULO 396 DE LA LEGISLACIÓN PENAL PARA EL ESTADO DE AGUASCALIENTES, NO VIOLA EL PRINCIPIO DE EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL; la tesis jurisprudencial de la Primera Sala 133/2011, de rubro: PRUEBA PRESUNCIÓN. EL ARTÍCULO 261 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL, QUE PREVÉ SU APRECIACIÓN, NO VIOLA LA GARANTÍA DE EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL; y la tesis aislada de la Primera Sala LXXXII/2011, de rubro: EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL. EL ARTÍCULO 124 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL NO VIOLA ESA GARANTÍA.

199 Roxin, Claus, *op. cit.*, nota 16, pp. 157-158.

200 Normalmente aquellas previstas en la parte especial de los Códigos Penales.

201 Roxin, Claus, *op. cit.*, nota 16, p. 195.

ejercerlo”. Nótese que la disposición no especifica *qué* derechos podrían justificar la exclusión del delito, ni en *qué* consiste la “necesidad racional” de los medios empleados. ¿Resulta ello violatorio del principio de taxatividad?

Como lúcidamente ha destacado José Juan Moreso, lo anterior nos conduce indefectiblemente al siguiente *trilema*: o (i) redactamos las causas de justificación con el mismo grado de precisión y determinación que los tipos penales; (ii) proponemos un derecho penal sin causas de justificación, o bien (iii) limitamos el alcance del principio de taxatividad para que no incluya, o lo haga de forma atenuada, las causas de justificación.²⁰² Panorama ante el cual la opción más aceptable parece ser la tercera, es decir, “atemperar el alcance del principio de taxatividad respecto de las causas de justificación”.²⁰³ Ello es así, entre otras razones porque:

[M]ientras en el caso de la formulación de los tipos penales, la precisión puede producir un cierto grado de infrainclusión, esto es, de casos abarcados por la razón justificante que la regla no abarca, esta infrainclusión es asumible en virtud de la importancia que otorgamos a la certeza en la delimitación de los comportamientos prohibidos penalmente; en cambio, en el caso de la formulación de las causas de justificación, el grado de infrainclusión sería mucho más grave, comportaría que determinados comportamientos justificados serían punibles, por esta razón precisamos una formulación más amplia y flexible de las causas de justificación, que sea capaz de abarcar todos los casos en los que no existe justificación para castigar.²⁰⁴

Una conclusión similar ha defendido Claus Roxin quien —desde un punto de vista *jurídico-penal*— estima que las causas de justificación “no son una materia específica del derecho penal, sino que proceden de todos los campos del derecho”, los cuales pueden ser objeto de “ulterior ampliación por la vía del desarrollo judicial del derecho”. En esa línea, Roxin considera que en tales casos es necesario “prescindir del tenor literal en las causas de justificación que, como sucede en la legítima defensa [...] o en el estado de necesidad justificante [...] están reguladas en el propio Código Penal”. Lo anterior, toda vez que “las mismas no son válidas sólo para [éste], sino para todos los sectores jurídicos”.²⁰⁵

De manera similar —aunque desde una perspectiva más bien *político-liberal*— Ferreres ha sostenido que “un derecho penal de signo liberal debe estar dispuesto a soportar en mayor medida el riesgo de infrainclusión que el riesgo inverso de sobreinclusión”. En definitiva, para este autor, si asumimos los postulados del derecho penal liberal es necesario “admitir cierta imprecisión *a favor* del reo, es

202 Moreso, José Juan, *op. cit.*, nota 169.

203 *Ibidem*, p. 545.

204 *Idem*.

205 Roxin, Claus, *op. cit.*, nota 16, pp. 157-158.

decir, cierta indeterminación en las cláusulas que definen las circunstancias de exención de responsabilidad”.²⁰⁶

También Ferrajoli, quien de una distinción semántica entre los poderes de *denotación* y *connotación* de los jueces penales,²⁰⁷ sostiene que éstos no sólo tienen el deber de establecer de la manera más precisa y penetrante los hechos denotados por la ley “comprendiendo en ellos todas las características accidentales, específicas o particulares”.²⁰⁸ Tales características accidentales, sostiene Ferrajoli, no son más que las llamadas circunstancias del delito, que incluyen las *agravantes*, *atenuantes* o sus *eximentes de culpabilidad*. En esta tarea, el juzgador debe realizar no sólo un juicio de legalidad, sino también de *equidad*, conforme al caso concreto, siempre en beneficio del reo (*favor rei*). En ese sentido, Ferrajoli considera que nada impide y por el contrario todo aconsejaría “la previsión legal de circunstancias ‘eximentes genéricas’ análogas a las ‘atenuantes genéricas’, cuya comprensión conlleve la exclusión del delito”.²⁰⁹

1.2.4. Subprincipio de *lex stricta* o de exacta aplicación de la ley penal

Por último, pero no menos importante, el principio de legalidad en materia penal también *disciplina* la forma en la que las juezas y los jueces pueden y deben *aplicar* —e incluso, en ciertos casos como veremos, *integrar* o *complementar*— el derecho penal legislado. Esto último suele representarse bajo el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*, el cual, como ha notado Lothar Kuhlen, resulta un tanto equívoca, si se toma en consideración que cuando se habla de la *prohibición de analogía* “no nos encontramos frente a una cualidad de la ley, como sería en su carácter ‘estricto’, sino frente a la forma admisible de su aplicación”.²¹⁰

Sea como fuere, hoy en día se asume que el mandato de *lex stricta* comporta la obligación de los órganos jurisdiccionales de limitarse a aplicar las normas penales dentro del marco del tenor literal o el sentido posible del texto legislativo, sin

206 Ferreres Comella, Victor, *op. cit.*, nota 144, pp. 91-92.

207 De acuerdo con Ferrajoli, la legalidad (o conformidad con la ley) de una aseveración judicial consiste en la *denotación* de un hecho mediante un predicado connotado por la ley como delito y en su consiguiente verdad procesal. La equidad (o conformidad con el caso concreto), en cambio, consiste en la *connotación* del mismo hecho denotado por la ley como delito y en su consiguiente contenido informativo particular. Ferrajoli, *op. cit.*, nota 19, p. 158.

208 *Ibidem*, p. 160.

209 *Ibidem*, p. 165.

210 Kuhlen, Lothar, *op. cit.*, nota 112, p. 154.

poder acudir a la analogía o la mayoría de razón.²¹¹ En palabras de Juan Pablo Montiel, dicho mandato implica que “la actividad del juez debe quedar ceñida estrictamente a hallar el significado de las palabras usadas por el legislador, sin poder en ningún caso hacer interpretaciones que vayan más allá del tenor literal [pues esto] último implicaría hacer uso de la *analogía*”²¹² [cursivas añadidas].

En nuestro país, dicho mandato se encuentra expresamente recogido en el artículo 14 de la CPEUM, el cual establece que “[e]n los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”. También es posible derivarlo del artículo 9 de la CADH el cual dispone que “[n]adie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable”.

En ese sentido, como primera observación es importante precisar que el mandato de *lex stricta* no prohíbe a los jueces *interpretar* las normas penales. Si por “interpretación” entendemos “atribuir significado a un texto normativo”, es evidente que antes de aplicar una disposición penal, el juez debe interpretarla a fin de determinar su contenido y alcance frente a cada caso concreto.²¹³ Como se dijo en el epígrafe anterior, si bien es cierto que en materia penal existe un deber reforzado de elaborar las normas penales de manera clara, precisa y taxativa, el legislador no puede —por razones *de hecho*— eliminar todas las posibles fuentes de incertidumbre interpretativa que pueden presentarse en casos concretos.

Esta es la postura que de hecho parece asumir la SCJN. En el *amparo en revisión 161/2021*, por ejemplo, la Primera Sala explicó que “no debe confundirse la función del juzgador de darle contenido a cada uno de los elementos del tipo penal, con la prohibición prevista en el artículo 14, párrafo tercero de la Constitución”. Para la Primera Sala, “el principio de exacta aplicación de la ley penal no llega al extremo de dejar sin facultad de actuar al operador jurídico”, toda vez que exigir al legislador que dote de contenido exacto y completamente preciso

211 Bacigalupo, Enrique, *op. cit.*, nota 114, p. 86. Para este autor, el límite debería ser en realidad el “sentido más restringido del texto”, derivado de la jerarquía axiológica de la libertad.

212 Montiel, Juan Pablo, *op. cit.*, nota 109, p. 25.

213 Como refiere Luis Prieto Sanchís, “la interpretación resulta siempre necesaria”, toda vez que “sin interpretación no hay norma”. Esto no significa, por supuesto, que la “norma” sea un invento o una libre creación del intérprete, pues la actividad interpretativa está sujeta siempre a las reglas y usos comunes del lenguaje. Además, aun aceptando las concepciones o teorías restrictivas de la “interpretación” —según las cuales sólo es necesaria la interpretación en casos dudosos— el brocardo *in claris non fit interpretatio* no parece corresponder con nuestra concepción actual de la interpretación, pues prácticamente nunca es claro cuando estamos ante un caso dudoso (es decir, que requiera interpretación) o no. Véase Prieto Sanchís, Luis, *Apuntes de teoría del Derecho*, Madrid, Trotta, 2005, pp. 225-236.

a cada uno de los elementos que configuran el tipo penal “tornaría imposible la función legislativa”.

Pues bien, si el principio de legalidad no puede —por las razones ya expuestas— prohibir la interpretación de las leyes penales, ¿qué queda entonces del mandato *lex stricta*? A este respecto, un amplio sector de la doctrina ha señalado que el hecho de que nuestra concepción del derecho haya cambiado, no significa que el principio de legalidad (y específicamente el mandato de *lex stricta*) esté superado o que haya que abandonarlo, sino únicamente que ahora debe partirse “de la base de que el legislador crea con el tenor literal de un precepto un marco de regulación que es rellenado y concretado por el juez”.²¹⁴ Esta es la postura que ha sostenido, entre otros, Claus Roxin, para quien el mandato de *lex stricta* presupone que la discrecionalidad interpretativa del juez penal está necesariamente delimitada por “el sentido literal posible” de acuerdo con el “lenguaje corriente del texto de la ley”.²¹⁵

En definitiva, actualmente existe un consenso bastante generalizado en cuanto a que el mandato de *lex stricta* o de *exacta aplicación de la ley penal*, más que la interpretación de las leyes penales *per se*, lo que prohíbe es el recurso a la “analogía” o “creación” judicial de derecho penal *in malam partem*, es decir, en perjuicio.²¹⁶ Si bien no se trata de una cuestión completamente pacífica, tal concepción del mandato de *lex stricta* parte de una premisa —a nuestro juicio— *fundamental*, que consiste en *distinguir* claramente entre “interpretación” y “construcción” (o “creación”) judicial de derecho.²¹⁷ De manera muy particular, esta concepción (moderna, si se quiere) del principio de *lex stricta* implica tratar a la “interpretación” y a la “analogía” como operaciones jurídicas *analíticamente distintas*. Conforme a esta distinción, mientras que la “interpretación” consistiría exclusivamente en “atribuir significado” a un texto normativo dentro de sus “significados posibles”, la analogía, en cambio, sería un argumento o técnica que sirve para “colmar” lagunas normativas o axiológicas mediante la “creación” de normas implícitas. Dicho de otro modo: la analogía no es —como a veces se piensa— una

214 Roxin, Claus, *op. cit.*, nota 16, pp. 148-149.

215 *Idem*.

216 Rauter, Thomas, *op. cit.*, nota 112, p. 20.

217 Sobre esta distinción, véase Guastini, Riccardo, “Interpretación y construcción jurídica”, en *Isonomía*, núm. 43, octubre 2015, pp. 11-48. Una postura similar ha sostenido Juan Pablo Montiel en relación con los alcances del principio de legalidad quien, siguiendo a Bulygin, considera que el concepto de “creación judicial de Derecho” debe entenderse de forma limitada, esto es, como “la creación de una de una norma genérica”, es decir: “una norma que correlaciona un caso genérico con una solución normativa” y no como lo que algunos autores califican como la creación de “normas individuales”. Montiel, Juan Pablo, *op. cit.*, nota 109, pp. 12-13.

técnica de interpretación, sino más bien de creación o construcción de derecho. En palabras de Riccardo Guastini:

[E]l argumento analógico es un argumento “productor” de derecho. Se usa dicho argumento para fundar no una elección interpretativa (es decir, una decisión sobre el significado de determinada disposición), sino más bien la creación jurisprudencial de una norma nueva (“Si S1, entonces C”): de una norma que, hipotéticamente, no constituye el significado de ninguna disposición preexistente.²¹⁸

Como es sabido, la analogía no es una forma de aplicación de derecho prohibida *per se* en los ordenamientos jurídicos vigentes. En algunas ramas, como civil o mercantil, se encuentra incluso ordenada en ciertos supuestos, con la finalidad de evitar o solucionar problemas de *lagunas normativas*, así como fallos de *non liquet*.²¹⁹ En el caso del derecho penal —específicamente en el derecho penal *liberal*—, sin embargo, sucede algo particular. Como desde hace tiempo puso de relieve Eugenio Bulygin, en el caso del derecho penal liberal, el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* presupone una “norma de clausura” del ordenamiento jurídico, según la cual todo aquello que no está penalmente prohibido se entiende penalmente permitido (es decir, no es punible).²²⁰ Es por ello que, como señala este autor, una de las principales diferencias entre las juezas y los jueces civiles y los penales radica en que:

[E]n los juicios penales el juez tiene el deber de absolver al acusado si comprueba que éste no infringió ninguna norma penal, puesto que la norma de clausura permite todas las conductas no prohibidas por las normas penales, mientras que en el derecho no penal (civil, comercial, laboral, etc.) no existe habitualmente tal norma de clausura. *Dicho en otras palabras, en el derecho penal no hay lagunas normativas, mientras que en el derecho civil puede haberlas.*²²¹ [Cursivas añadidas].

En suma, si por virtud de la regla de clausura implícita en el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* no existen en derecho penal las lagunas normativas, es evidente que la analogía *in malam partem* no sólo es improcedente por razones normativas, sino también por razones lógicas. Como se dijo, de acuerdo con la máxima *nullum crimen, nulla poena, sine lege*, si una conducta no se encuentra sancionada expresamente por una ley penal, el juez no está autorizado a extender

218 Guastini, Riccardo, *La interpretación de los documentos normativos*, [traducción de César E. Moreno More], México, CIIJUS-Derecho Global Editores, 2018, p. 329.

219 Véanse, por ejemplo, los artículos 19, 1858, 2746, 2766 y 2825 del Código Civil para la Ciudad de México.

220 Véase Bulygin, Eugenio, “En defensa de El Dorado. Respuesta a Fernando Atria”, en Atria, Fernando, *et al.*, *Lagunas en el Derecho: Una controversia sobre el derecho y la función judicial*, Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 76.

221 *Ibidem*, p. 78.

por la vía de la analogía o cualquier otra forma de construcción jurídica, una pena que no es exactamente aplicable. Dicho de otro modo, en materia penal siempre existe una norma jurídica o consecuencia jurídica aplicable a aquellos casos o supuestos de hecho no comprendidos exactamente en una ley penal: su permisón o absolucón.

Algo similar sucede en el caso de las llamadas “lagunas axiológicas”.²²² Aunque estas últimas no son lógicamente incompatibles con el principio de legalidad *per se* —pues un juez o una jueza válidamente podría considerar que el legislador ha regulado *insatisfactoriamente* determinado supuesto de hecho al no haberle otorgado por ejemplo una pena mayor (a su juicio) más “justa”—, dicho principio prohíbe colmar o corregir judicialmente tales lagunas *in malam partem*, es decir, en perjuicio de la persona acusada. Así lo ha entendido también la Primera Sala, la cual ha sostenido expresamente que:

[P]or más que una conducta resulte nociva para la sociedad y, por ende, revele la necesidad de ser penada, el Estado sólo podrá tomarla como razón para la aplicación de sanciones jurídico-penales si con anterioridad advirtió de manera expresa a los gobernados tal circunstancia a través de una ley formal y material, especificando sus posibles consecuencias. [...] Derivado de lo expuesto, el juzgador únicamente puede imponer las penas expresamente previstas por la ley, debiendo hacerlo en los términos en que fueron contempladas por el legislador. [...] En caso contrario, la autoridad judicial asumiría una función que no le corresponde, invadiendo indebidamente la esfera competencial del Poder legislativo. Por ello la creación judicial de un marco normativo no previsto por la ley viola la división de poderes.²²³

Que el mandato de exacta aplicación no vede la interpretación de las leyes penales *per se*, sino más bien la analogía u otras formas de *creación judicial* del derecho *in malam partem*, es algo que incluso se desprende del propio texto constitucional. Como se ha visto, el párrafo tercero del artículo 14 de la CPEUM no prohíbe la interpretación de las leyes penales *per se*, sino la imposición, mediante analogía o mayoría de razón, de penas no previstas en leyes exactamente aplicables al delito de que se trate. Como se ha dicho, éste es también el entendimiento que tiene la SCJN. En el *amparo en revisión 161/2021*, por ejemplo, la Primera Sala explicó que, de acuerdo con dicho precepto constitucional, “la labor del

222 Como refiere Guastini, las “lagunas axiológicas” se presentan cuando, estando regulados los diferentes supuestos de hecho, a juicio del intérprete falta una norma que —según sus preferencias subjetivas ético-políticas— *debería estar*. Una “laguna normativa”, en cambio, existe cuando el legislador ha omitido otorgar una consecuencia jurídica a un determinado supuesto de hecho, es decir, cuando para un determinado caso *no se prevé una solución jurídica*. Guastini, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, pp. 139-148.

223 SCJN, Primera Sala, Amparo directo 4/2019, fallado en sesión de 16 de junio del 2021.

juzgador no es de mero aplicador de las normas”. Dicho en otras palabras, para la Primera Sala, las juezas y los jueces penales pueden recurrir válidamente a diversos *métodos de interpretación* a fin de establecer el contenido y alcance de los elementos del tipo penal, siempre y cuando no recurran a la analogía o incorporen elementos no previstos expresamente en la ley penal en perjuicio del acusado.

Cabe aclarar, sin embargo, que la analogía *in malam partem* no es el único tipo de argumento o forma de aplicación del derecho penal que puede entrar en *tensión* con el principio de legalidad. Como se dijo, de acuerdo con el mandato de exacta aplicación las y los jueces tienen el deber de ceñirse a lo que se conoce como el “tenor literal” o el “sentido posible” de los textos normativos, por lo que no pueden atribuir a estos significados *arbitrarios, injustificados o implausibles*. Por tanto, si queremos tomarnos *en serio* el principio de legalidad, no basta con prohibir la analogía, sino que es indispensable que el órgano jurisdiccional se ciña en todo momento al ámbito de las interpretaciones *posibles o justificables*.

Pero, ¿cuándo se considera que una interpretación es posible o justificable y, por tanto, no arbitraria? Como señala Montiel, en términos generales, una interpretación es *posible o justificable* cuando el intérprete sigue las reglas del habla de la comunidad de hablantes.²²⁴ En cambio, una interpretación es *injustificada o arbitraria* cuando el intérprete se aparta de las reglas válidas del habla y, en su lugar, desarrolla reglas propias del lenguaje que, sin legitimación, “intenta imponer a la comunidad de hablantes”.²²⁵ Si se acepta esta distinción —es decir, que es posible *distinguir* entre interpretaciones justificadas o no justificadas²²⁶— más que la simple prohibición de analogía o mayoría de razón,²²⁷ deberíamos decir que lo que el mandato de *lex stricta* en realidad prohíbe es *cualquier tipo de interpretación arbitraria o injustificada* y, en general, *cualquier forma de creación de derecho penal por parte del órgano jurisdiccional in malam partem*, incluyendo la

224 Véase en ese sentido, Montiel, Juan Pablo, *op. cit.*, nota 109, p. 28.

225 *Idem*. De este modo, una interpretación arbitraria o injustificada sería, por ejemplo, considerar que dentro del género “bienes inmuebles” es posible comprender celulares, lápices o cualquier otro bien mueble.

226 No se deben confundir las interpretaciones *justificadas o posibles*, con las interpretaciones *óptimas*. Como señala Montiel, la identificación de interpretaciones posibles o justificadas “no alcanza a zanjar los problemas interpretativos, dado que todavía queda pendiente una decisión fundamental: decidir cuál de las diversas reconstrucciones interpretativas es la mejor para el caso judicial; cuál es la interpretación que “triunfa” al competir con las restantes.” En ese sentido, la interpretación óptima es “aquella que en el caso judicial representa la mejor reconstrucción de un enunciado normativo”. *Ibidem*, p. 30.

227 Como señala Guastini, el argumento por mayoría de razón o *a fortiori* si bien es similar a la analogía, se distingue de ésta en que no supone asunciones sobre la similitud de dos casos, sino más bien una conjetura valorativa sobre la razón de la norma explícita que se usa como premisa. Guastini, Riccardo, *op. cit.*, nota 217, p. 39.

analogía y la mayoría de razón. En esto consistiría la “exacta aplicación” de la ley penal en su máxima expresión.

Por lo demás, un ejemplo de esta concepción *amplia* del principio de *lex stricta* puede encontrarse en el *amparo directo en revisión 2359/2020*. Dicho asunto derivó de un proceso penal en el que se condenó a diversas personas pertenecientes a pueblos y comunidades indígenas en el estado de Michoacán por el delito de “sabotaje” al haber irrumpido en un inmueble oficial y generar diversos daños a las instalaciones. Al analizar la procedencia del asunto, la Primera Sala determinó que el recurso era procedente, pues si bien, “por regla general, la acreditación del delito es una cuestión de legalidad que escapa la materia del recurso de revisión en amparo directo”, en el caso el tratamiento que le dieron las autoridades a ese tema “vulneró diversos derechos fundamentales de los recurrentes (entre ellos, el mandato contenido en el párrafo tercero del artículo 14 constitucional)”. Posteriormente, ya en el estudio de fondo, la SCJN advirtió que la condena violaba el principio de legalidad, ya que en el caso no había quedado acreditado el elemento subjetivo específico del delito, consistente en que la irrupción en las instalaciones y los daños se hubieren realizado con la finalidad de “perjudicar la capacidad de las instituciones gubernamentales del Estado”. De acuerdo con la Sala, dichas acciones fueron realizadas más bien con la finalidad de ejercer su “pretendido derecho a la autodeterminación”. En consecuencia, la SCJN concedió el amparo y ordenó la absolución de los acusados.

Como se observa, la SCJN parece entender que el mandato de exacta aplicación o *lex stricta* previsto en el artículo 14 constitucional no sólo protege a las personas frente al uso por parte de las juezas y los jueces de la analogía o mayoría de razón *in malam partem*, sino también frente a la *indebida aplicación judicial* de la ley penal en general. Un ejemplo parecido puede encontrarse en la sentencia recaída al *amparo directo 4/2019*, en donde la Primera Sala determinó que la autoridad responsable violó el principio de legalidad, en su vertiente de exacta aplicación, al no haber aplicado correctamente el marco de punibilidad aplicable al concurso ideal de delitos según la ley, bajo el argumento de que ello podría llevar a la aplicación de una pena *injusta* para las víctimas. En dicho asunto, la Sala determinó que “[a]l margen de lo plausible o no que pudieran ser los motivos para suponer que una pena pudiera ser injusta, lo cierto es que al juez le está determinadamente prohibido imponer sanciones no previstas expresamente por la ley”.

1.2.4.1. Analogía in bonam partem

Un problema persistente en la doctrina y sobre el cual tampoco parece existir claridad en nuestro ordenamiento es el siguiente: ¿qué sucede con la analogía y la

creación judicial de derecho penal *in bonam partem*, es decir, en beneficio? ¿Puede el juzgador recurrir a la analogía u otras formas de construcción jurídica para, por ejemplo, *crear* eximentes, excluyentes o atenuantes no expresamente previstos por el legislador o, por el contrario, dicha posibilidad se encuentra igualmente proscrita por el principio de legalidad? Se trata de una cuestión que ha generado cierto debate en la doctrina, la legislación y la jurisprudencia comparada, pues hay quienes consideran que el principio de legalidad debe proyectarse con la misma intensidad en el caso de eximentes o atenuantes. En nuestro país, sin embargo, la doctrina mayoritaria parece admitir la analogía *in bonam partem* sin mayor problema.²²⁸ Roberto Ochoa, por ejemplo, ha señalado que nuestra CPEUM únicamente prohíbe la analogía *in malam partem*, por lo que *a contrario sensu* no existe obstáculo alguno para aceptar la aplicación de la ley penal por analogía *in bonam partem*.²²⁹

Si bien a la fecha no se tiene conocimiento de un caso en el que la SCJN haya abordado esta cuestión, al igual que Carbonell y Ochoa, consideramos que es posible admitir el recurso de la analogía y otras formas de creación judicial de derecho penal *in bonam partem*, aunque con ciertos límites. Como ha puesto de relieve Juan Pablo Montiel, admitir la analogía *in bonam partem*, no implica que el juzgador pueda *crear* eximentes o *desaplicar* tipos o sanciones penales a su antojo. Como refiere este autor, aunque es verdad que el derecho penal liberal tradicional reconoce ciertos casos en los que los jueces y las juezas crean derecho (especialmente, en el caso de las eximentes):

[L]a integración [de derecho penal por parte de las juezas y los jueces] *de ningún modo puede ser entendida como un acto de rebeldía ante la legislación*, sino que el juez pretende ser un realizador de la voluntad implícita del legislador que, fruto de un descuido, aportó una regulación deficiente desde un punto de vista axiológico. La posibilidad de reconocer lagunas (axiológicas) en el derecho penal, al igual que su integración judicial, *debe tener en nuestros ordenamientos constitucionales un carácter eminentemente excepcional*. Dicha excepcionalidad es la expresión de la necesidad de preservar el principio democrático, pero a la vez se requiere de algún argumento adicional que avale el reconocimiento de potestades “cuasi-legislativas” en el juez”.²³⁰ [Cursivas añadidas].

228 Carbonell, Miguel, “Nueva Interpretación del Principio Constitucional de Legalidad en Materia Penal”, en *Iter Criminis*, Revista de Ciencias Penales, núm. 6, Tercera Época, pp. 44-45; y Ochoa Romero, Roberto A., “Criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la Tipificación de Conductas Ilícitas”, en García Ramírez, Sergio *et al.* (coord.) *Criterios y jurisprudencia interamericana de derechos humanos: influencia y repercusión en la justicia penal*, UNAM-IIJ, México, 2014, pp. 152-153.

229 *Idem*.

230 Montiel, Juan Pablo, *op. cit.*, nota 109, p. 14.

Y es que, en efecto, no debe perderse de vista que el derecho penal no sólo busca limitar o reducir el *ius puniendi*, sino también generar incentivos que reduzcan la violencia informal. Por tanto, si queremos que el derecho penal cumpla plenamente todos sus objetivos, resulta indispensable garantizar también un mínimo de seguridad y certeza en la aplicación de las sanciones. De ahí que la analogía *in bonam partem* no deba entenderse como una especie de “carta en blanco” a las y los jueces que les permita llevar a cabo un activismo judicial desmedido y arbitrario. En todo caso, como refiere Montiel, es necesario distinguir claramente entre las “lagunas axiológicas” y los “meros desacuerdos valorativos”, pues sólo las primeras justifican recurrir a la analogía. Como se sabe, una laguna axiológica propiamente dicha se presenta, no cuando el juez tiene una diferencia de criterio u opinión con el legislador, sino cuando constata que éste *omitió* considerar ciertas propiedades que, de haberlas considerado, lo habrían llevado a otorgar una solución jurídica *distinta* a un determinado supuesto de hecho. Sólo en tales casos puede un juez o jueza recurrir a la analogía. En definitiva: la analogía *in bonam partem* no debe interpretarse como un “subterfugio” que pueda usar el juez o jueza para sublevarse al derecho y a la voluntad del legislador. En cualquier caso, el órgano jurisdiccional debe actuar con mucha cautela, debiendo justificar plenamente su decisión, preferentemente en principios constitucionales.²³¹

1.2.4.2. *Exacta aplicación de la ley penal e interpretación conforme de leyes penales*

La Corte IDH ha reconocido la importancia que tiene, conforme al principio de legalidad, el que las juezas y los jueces se ciñan al tenor literal de los textos normativos. Con todo, dicho tribunal también ha precisado que en la aplicación de la ley penal los tribunales deben de tener en cuenta también “los principios generales que rigen toda interpretación racional de los tipos penales” y, particularmente, los principios que se desprenden de la CADH.

Un precedente interesante sobre este punto es el caso *Pollo Rivera y otros vs. Perú*.²³² En dicho asunto la Corte IDH debía determinar si el tipo penal y la condena por “terrorismo” que se aplicaron al señor Pollo Rivera eran compatibles con el principio de legalidad previsto en el artículo 9 de la CADH, o si el problema alegado por la CIDH y las presuntas víctimas derivaba más bien de la *interpretación* que hicieron del mismo las autoridades nacionales. Para ello, la Corte IDH

231 Por ejemplo, para evitar que la aplicación de un tipo o norma penal lesione el ejercicio de un derecho fundamental.

232 Corte IDH. Caso *Pollo Rivera y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de octubre de 2016. Serie C No. 319.

comenzó por señalar que, en casos de este tipo, las juezas y los jueces deben tomar en consideración que la declaración de inconstitucionalidad o inconstitucionalidad es un “recurso extremo” —una *ultima ratio*— que sólo cabe aplicar “cuando la ley resulta contraria a un precepto constitucional en forma irremisible, no admitiendo ninguna interpretación compatible con el principio o norma superior invocado”. Para la Corte IDH, esta deferencia al legislador constituye una “regla de elemental prudencia”, de la cual no puede apartarse al ejercer el control de convencionalidad. Lo anterior, pues no debe perderse de vista “la gravedad de la declaración que implica descartar una norma legal, lo que puede dar lugar a vacíos legislativos de gravísimas consecuencias, en particular cuando se trata de la tipificación de delitos de extremo contenido antijurídico”.²³³ Por su claridad, conviene citar textualmente las palabras de la Corte IDH:

Ante la extrema amplitud con que [la sentencia de la Corte Suprema de Perú] interpreta el tipo penal, cabe formular dos preguntas: (a) si el tipo penal viola en realidad el principio de legalidad estricta o (b) si es incorrecta la interpretación que del tipo hizo la Corte Suprema. En cuanto a lo primero, esta Corte no puede apartarse de lo que es regla en la jurisprudencia de todos los máximos tribunales de nuestros países, que reiteran —al igual que la doctrina constitucional— que la declaración de inconstitucionalidad es un recurso extremo, una “última ratio”, cuando la ley resulta contraria a un precepto constitucional en forma irremisible, no admitiendo ninguna interpretación compatible con el principio o norma superior invocado. De esta regla de elemental prudencia no puede apartarse esta Corte cuando se trata del control de convencionalidad, atendiendo a la gravedad de la declaración que implica descartar una norma legal, lo que puede dar lugar a vacíos legislativos de gravísimas consecuencias, en particular cuando se trata de la tipificación de delitos de extremo contenido antijurídico.

De acuerdo con lo anterior, al analizar el caso concreto, la Corte IDH constató que el tipo penal de “terrorismo” que se aplicó al señor Pollo Rivera efectivamente había sido redactado “con mala técnica legislativa”, pues el legislador no había agotado los recursos a su alcance para hacerlo lo más preciso posible. No obstante, consideró que el tipo admitía una “sana interpretación”, siempre que se llevara a cabo “conforme a los principios generales que deben regir toda interpretación racional de los tipos penales”. Concretamente, la Corte IDH sostuvo que el término “colaboración” no debía entenderse de forma amplia, sino técnica (es decir, como “participación” o “complicidad”) y que, de acuerdo con los principios que rigen el derecho humano a la salud, en ningún caso el acto médico puede ser considerado típico. De este modo, aunque la Corte IDH determinó que el señor Pollo Rivera no debió ser condenado por “colaboración al terrorismo” por el simple hecho de haber prestado servicios médicos a personas pertenecientes a grupos terroristas, consideró que el problema había derivado de una incorrecta

233 *Ibidem*, párr. 224-225.

interpretación del tipo penal y no de la ley misma, por lo que no ordenó al Estado su reforma o su derogación.

En nuestra opinión, se trata de un precedente muy interesante desde la perspectiva del principio de legalidad penal —tanto en su vertiente de taxatividad como de exacta aplicación de la ley— pues muestra que para la Corte IDH los —aparentes— problemas de *sobreinclusión* de las leyes penales²³⁴ pueden ser solucionados por las juezas y los jueces penales a través de una *interpretación racional del tipo penal conforme a la CADH*, sin que ello suponga necesariamente una vulneración al principio de legalidad en materia penal. Como se dijo, la Corte IDH parece justificar esto último en la necesidad de evitar el *vacío normativo* y la correspondiente *impunidad* que podría generar la eventual declaración de inconveniencia o inconstitucionalidad de un tipo penal que, bajo determinada interpretación, resulta *demasiado abierto* o *sobreinclusivo* (sobre todo, tratándose de delitos con un contenido antijurídico tan extremo, como el terrorismo).

Se trata además de un criterio que resulta muy interesante para el caso mexicano, toda vez que, a diferencia de otros tribunales constitucionales del mundo²³⁵, la SCJN ha vedado por completo la posibilidad de hacer *interpretación conforme a la Constitución* de leyes penales. Así lo ha sostenido el Pleno de la SCJN en jurisprudencia obligatoria asentada desde la *acción de inconstitucionalidad 157/2007*,²³⁶ en donde expresamente se determinó que —al analizar la constitucionalidad de leyes penales a la luz del principio de legalidad— no procede realizar una interpretación conforme o integradora, en atención a “las particularidades del principio de legalidad en esta rama jurídica”.²³⁷ Pues bien, lo fallado recientemente por la Corte IDH en el caso *Pollo Rivera y otros vs. Perú* nos invita a reflexionar si existen razones para sostener o modificar el criterio de la SCJN.²³⁸

234 Es decir, normas que sancionan *más conductas* de las que *deberían*.

235 Sobre la posibilidad (y los límites) de la interpretación conforme a la Constitución materia penal en España, véase Ferreres Comella, Víctor, “El control de las leyes penales por parte de los jueces ordinarios” en Mir Puig, Santiago, *et al.* (dirs.), *Constitución y sistema penal*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 112-116. Sobre la misma figura en Alemania, véase Kuhlen, Lothar, *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

236 Resuelta por el Pleno el 20 de octubre de 2008.

237 Véase la tesis jurisprudencial del Pleno 33/2009, de rubro: NORMAS PENALES. AL ANALIZAR SU CONSTITUCIONALIDAD NO PROCEDE REALIZAR UNA INTERPRETACIÓN CONFORME O INTEGRADORA.

238 Esto último, en atención al criterio jurisprudencial del Pleno contenido en la tesis 21/2014, de rubro: JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA.

En cualquier caso, nos parece que el criterio vigente de la SCJN sobre la interpretación conforme en materia penal resulta *insatisfactorio* desde al menos dos ángulos. En primer lugar, porque pierde de vista que, entendida en *sentido estricto*, la interpretación conforme no supone “crear” derecho, sino únicamente *elegir entre las interpretaciones posibles* de una disposición normativa,²³⁹ por lo que —conforme a todo lo dicho hasta ahora— es *inexacto* que el recurso a esta herramienta implique, por sí mismo, una tensión con el principio de legalidad y, específicamente, con el mandato de *lex stricta*. Como ha referido Guastini, la interpretación conforme no es más que una especie del género de la *interpretación sistemática* en sentido lato, cuyo objetivo es evitar o prevenir las antinomias o incongruencias axiológicas entre normas formuladas por textos normativos distintos y jerárquicamente ordenados.²⁴⁰ En palabras de este autor:

Sucede a menudo [...] que una disposición legislativa es susceptible de dos interpretaciones alternativas, cada una de las cuales extrae, de esa única disposición, dos normas distintas —digamos N1 y N2— y que una de estas normas, supongamos N1, es conforme a la constitución (o conforme a un principio general), mientras la otra, N2, es incompatible con la constitución (o con un principio general). Pues bien, se hace interpretación conforme descartando la segunda interpretación (N2) y escogiendo la primera (N1).

En suma, si la interpretación conforme de las leyes penales —entendida, se insiste, en *sentido estricto*— no supone más que la *elección* del significado de una disposición compatible con la Constitución, pero siempre de entre sus *significados posibles*, no se entiende por qué estaría prohibida por el principio de *lex stricta*. Como se explicó, el mandato de exacta aplicación de la ley penal (también llamado prohibición de analogía), no prohíbe la interpretación *per se* de las leyes penales, sino únicamente la *creación judicial* de derecho penal en perjuicio. En cualquier caso, debe hacerse notar que entre la interpretación conforme y otras técnicas de interpretación generalmente admisibles en materia penal (como la interpretación sistemática o teleológica) no existen diferencias *cualitativas* que justifiquen un trato diferenciado.²⁴¹

239 Es importante no confundir la *interpretación conforme a la Constitución* —entendida como método o técnica de solución de antinomias entre normas de diferente jerarquía— con la interpretación conforme entre normas constitucionales del mismo rango (particularmente entre normas de derechos humanos). La primera suele justificarse en el principio de presunción de las leyes y conservación del derecho. En cuanto a la segunda acepción, véase Caballero Ochoa, José Luis, *La interpretación conforme: El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*, México, Porrúa, 2015.

240 Guastini, Riccardo, *op. cit.*, nota 222, pp. 294-295.

241 Con todo, el criterio de la SCJN sólo se sostendría si se asume la concepción decimonónica de la interpretación y la creencia de que las leyes penales pueden ser aplicadas sin ser previamente interpretadas. Concepción que, como se ha dicho, hoy en día se encuentra ampliamente superada.

La segunda razón por la cual el criterio de la SCJN contenido en la tesis P./J. 33/2009 resulta —a nuestro juicio— insatisfactorio es porque, si bien es cierto que en algunas ocasiones la propia SCJN ha utilizado el término “interpretación conforme” para hacer referencia a lo que en otras latitudes se conoce como *sentencias manipulativas*²⁴², es decir, aquellas que *sustituyen* o *adicionan* elementos al texto legislativo a través de la resolución judicial²⁴³ —lo que, para efectos de este trabajo, podríamos llamar interpretación conforme en sentido *impropio* o *amplio*²⁴⁴—, tales estrategias argumentativas no están necesariamente prohibidas cuando se utilizan *in bonam partem*, es decir, en beneficio de la persona acusada. Como se explicó antes, si bien el mandato de exacta aplicación o *lex stricta* prohíbe el recurso a la analogía, a la mayoría de razón y cualquier otra forma de *creación* judicial de derecho penal, dicha prohibición únicamente se refiere a la aplicación de consecuencias penales en perjuicio, es decir, *in malam partem*. Como se dijo, la CPEUM no prohíbe el recurso a este tipo de estrategias argumentativas para, por ejemplo, crear excluyentes de responsabilidad o atenuantes, siempre que ello se justifique en atención a principios constitucionales (lo que, para efectos prácticos, equivaldría a una *sentencia aditiva* en beneficio). Por tanto, aun y cuando se asumiera una concepción amplia o impropia de la interpretación conforme, no habría razones para prohibirla *tout court*.

Por lo demás —y como también parece entender la propia Corte IDH— conviene tener presente que la interpretación conforme de leyes penales puede tener diversas *ventajas prácticas*. Una de ellas es que, de esta manera, se podría mantener la constitucionalidad de disposiciones o tipos penales que —aunque bajo

242 Un ejemplo de esta forma amplia o impropia de entender la “interpretación conforme” puede encontrarse en el amparo en revisión 159/2013, fallado por la Primera Sala el 16 de octubre de 2013.

243 Al respecto, véase Díaz Revorio, Francisco Javier, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, México, Editorial Porrúa, 2011.

244 Lothar Kuhlen también ha puesto de manifiesto el uso —en ocasiones— confuso que suele tener la interpretación conforme en la jurisprudencia alemana. De acuerdo con este autor, si bien “resulta evidente considerar el sentido literal posible como límite único, también de la interpretación conforme a la Constitución”, en ocasiones el ámbito de la interpretación conforme suele restringirse o ampliarse. Según este autor, interpretación conforme se restringe cuando, junto al tenor literal, se recurre a criterios adicionales de interpretación para determinar los significados posibles de la norma. En cambio, dicho término se amplía cuando el tribunal se refiere “interpretaciones de la norma que rebasan el límite del sentido literal posible”. En ese sentido, Kuhlen considera que, para evitar contradicciones terminológicas, en este último caso se debería hablar de “desarrollo del Derecho conforme a la Constitución”, de manera que, junto a la interpretación conforme en sentido estricto, también cabría un desarrollo del Derecho conforme a la Constitución que “va más allá del sentido literal del texto”. *Cfr.* Kuhlen, Lothar, *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 37-38.

ciertas interpretaciones pudieran considerarse *sobreinclusivas*— admiten una o varias interpretaciones o supuestos de aplicación constitucionalmente válidos. De esta forma, los tribunales mexicanos evitarían el *dilema* de tener que optar entre (a) la declaración de inconstitucionalidad de una norma penal que admite ciertos supuestos o instancias válidas de aplicación, o (b) reconocer su validez, pero sin ningún tipo de acotación o precisión vía interpretación. Finalmente, otra ventaja de admitir el recurso a la interpretación conforme en materia penal es que de esta manera se generarían incentivos para que las juezas y los jueces penales *dialoguen* directamente —y sin eufemismos— con principios constitucionales, lo que a la postre podría derivar en una jurisprudencia mucho más rica y sofisticada en esta materia, así como abonar a la constitucionalización de la interpretación de los tipos penales. En suma, nos parece que existen buenas razones para visitar o reconsiderar el criterio contenido en la tesis P./J. 33/2009.²⁴⁵

2. PRINCIPIOS DE HUMANIDAD Y PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS

2.1. *Fundamento y contenido*

Desde su publicación en 1917, el artículo 22 de la CPEUM contiene un catálogo de “penas prohibidas”, entre las que se encuentran: la mutilación, la infamia, la marca, los azotes, los palos, la multa excesiva, el tormento de cualquier especie, la confiscación de bienes y cualquier otra pena inusitada o trascendental.²⁴⁶ La *pena de muerte* no fue considerada una pena prohibida como tal, sino hasta 2005. Si bien dejó de ejecutarse desde mediados del siglo pasado, el Constituyente mexicano siguió permitiendo expresamente la pena de muerte para ciertos delitos, como *traición a la patria*. Finalmente, en 2008, el Poder Reformador incorporó en el artículo 22 constitucional el *principio de proporcionalidad de las penas*, al establecer expresamente que “[t]oda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado”.

245 Una alternativa para limitar el alcance de la tesis en cuestión y la consecuente prohibición de realizar interpretación conforme de leyes penales, sería interpretar que el criterio se refiere única y exclusivamente a aquellas operaciones argumentativas que implican crear Derecho Penal *in malam partem*, en tanto que sólo estas entran efectivamente en tensión con el principio de legalidad en su vertiente de *lex stricta*; pero no a lo que hemos llamado aquí interpretación conforme *en sentido estricto*, ni a lo que hemos llamado interpretación conforme en *sentido amplio* o *impropio*, cuando se realiza *in bonam partem*.

246 Tal prohibición está presente, de hecho, desde la Constitución liberal de 1857.

Los principios de humanidad y proporcionalidad de las penas también encuentran reflejo en los tratados internacionales de derechos humanos suscritos. La CADH, por ejemplo, establece en su artículo 4.2 que, en aquellos Estados en donde no se hubiere abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves. Asimismo, en su artículo 4.3 dispone que, una vez abolida, no podrá restablecerse y en el artículo 4.4 que, en ningún caso, podrá imponerse por delitos políticos. Por su parte, el artículo 5.2 establece que nadie deberá ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, así como que la persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano; mientras que el artículo 5.3 dispone que la pena no puede trascender de la persona del delincuente. Prohibiciones similares pueden encontrarse en los artículos 6 y 7 del PIDCP.

En conjunto, los principios de humanidad y proporcionalidad de las penas limitan el contenido material de las normas de sanción, o —como señala Ferrajoli— la *calidad* y la *cantidad* de la pena (es decir, qué penas y cuánta es admisible).²⁴⁷ En efecto, mientras que el principio de humanidad *proscribe ciertas penas* que históricamente se han considerado como violatorias de la dignidad humana, el principio de proporcionalidad de las penas *establece los límites de las penas permitidas*, como son la prisión y la multa.

Ahora bien, ¿qué se entiende por “pena” para efectos del artículo 22 constitucional? Al respecto, la SCJN ha sostenido que las prohibiciones del artículo 22 constitucional aplican única y exclusivamente a las penas en *sentido estricto*. Esto es, aquellas medidas que implican “la privación coactiva de un bien, determinada por una autoridad facultada válidamente para ello, que sufre una persona como consecuencia de una conducta calificada como delictiva en un proceso judicial”.²⁴⁸ En consecuencia, no se consideran penas aquellas “sanciones” en sentido *lato* que no implican el ejercicio del *ius puniendi*, como sucede en el caso de normas que regulan la nulidad de actos jurídicos.²⁴⁹

Precisado lo anterior, a continuación analizaremos cada uno de estos principios por separado.

247 Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 19, p. 387.

248 Amparo en revisión 1370/2005, fallado por la Primera Sala en sesión de 26 de octubre de 2005. De dicho asunto derivó la tesis aislada CLXIII/2005, de rubro: AGENTE ADUANAL. LA CANCELACIÓN DE SU PATENTE NO CONSTITUYE UNA PENA EN SENTIDO ESTRICTO, POR LO QUE NO PUEDE CALIFICARSE A LA LUZ DEL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

249 SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 7390/2018, fallado en sesión de 9 de septiembre de 2020.

2.2. Principio de humanidad de las penas y penas prohibidas

Del catálogo de penas prohibidas, las que mayor atención han recibido en la jurisprudencia mexicana son las “penas inusitadas” y las “penas trascendentales”. En cuanto a las “penas inusitadas”, al resolver la *contradicción de tesis 11/2001*²⁵⁰ la SCJN explicó que estas no se refieren a penas no utilizadas históricamente, sino más bien a todas aquellas que han sido abolidas por considerarse inhumanas, crueles, infamantes o excesivas, o bien, porque no se corresponden con los fines de la pena. De esta manera, la SCJN sostuvo que la “prisión vitalicia” o “cadena perpetua” constituía una pena inusitada, pues era contraria al fin de readaptación social que debía tener la pena (hoy reinserción social).²⁵¹ No obstante, pocos años más tarde, al resolver la *acción de inconstitucionalidad 20/2003* y la *solicitud de modificación de jurisprudencia 2/2005-PL*, la SCJN cambió de opinión y sostuvo que, si bien, la prisión vitalicia impide la readaptación de la persona, ello no la hace inusitada, toda vez que no se trata de la *única* consecuencia o fin de la pena de prisión, además de que, “de haber sido esa [la intención del Constituyente] lo habría plasmado expresamente”.²⁵² Cabe destacar, sin embargo, que para algunos autores dicho cambio de criterio se habría visto influenciado, entre otros motivos, por razones de *política internacional*, toda vez que el criterio anterior había dificultado —y en algunos casos impedido— la extradición de personas a países que, como Estados Unidos, sí permiten la prisión vitalicia o cadena perpetua.²⁵³

En torno a la *prisión vitalicia*, la Corte IDH ha sostenido que ésta es incompatible con la CADH tratándose específicamente de *niñas, niños y adolescentes* infractores, toda vez que en estos casos aplican con mucha mayor fuerza los principios de (i) de *ultima ratio* y de máxima brevedad, (ii) de delimitación temporal desde el momento de su imposición y (iii) la revisión periódica de las medidas de privación de libertad de las niñas y los niños. Con base en ello, en el caso *Mendoza y otros vs. Argentina*, el Tribunal Interamericano concluyó que la prisión y re-

250 SCJN Pleno, Contradicción de tesis 11/2001-PL, resuelta en sesión de 2 de octubre de 2001.

251 De manera similar, Ferrajoli considera que “[l]a cadena de perpetua es una pena inhumana porque, suprimiendo para siempre la libertad de una persona, niega radicalmente la humanidad”. Ferrajoli, *op. cit.*, nota 53, p. 172.

252 Tesis jurisprudencial 1/2006 del Pleno, de rubro: PRISIÓN VITALICIA. NO CONSTITUYE UNA PENA INUSITADA DE LAS PROHIBIDAS POR EL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

253 Para Rodrigo Labardini, por ejemplo, “[l]a decisión de 2001 fue considerada por EUA como un grave obstáculo para la cooperación internacional dado que tenía el potencial de suspender prácticamente toda extradición hacia EUA desde México. [...] En opinión de algunas autoridades, esta decisión convertía a México en un paraíso de delincuentes (“criminal [heaven]”). Labardini Flores, Rodrigo, “La prisión vitalicia en México”, en *Iuris tantum*, núm. 20, 2009, pp. 128-129.

clusión perpetuas de niñas, niños y adolescentes son incompatibles con el artículo 7.3 de la CADH, pues “no son sanciones excepcionales, no implican la privación de la libertad por el menor tiempo posible ni por un plazo determinado desde el momento de su imposición, ni permiten la revisión periódica de la necesidad de la privación de la libertad de los niños”. Cabe aclarar, sin embargo, que en este caso la Corte IDH no se pronunció sobre la compatibilidad de dicha pena con la CADH, tratándose de *personas adultas*.²⁵⁴

Por otra parte, en cuanto a las llamadas “penas trascendentales”, la SCJN ha señalado que éstas son una expresión del “principio de personalidad de las penas”²⁵⁵ y se refieren a aquellas que “pueden afectar de modo legal y directo a terceros extraños no inculcados” —es decir, a personas inocentes— no así a las consecuencias que derivan de “posibles trastornos que puedan sufrir los familiares de los reos, con motivo de la reclusión de éstos”.²⁵⁶ En esa línea, la SCJN ha señalado que la *inhabilitación* para realizar determinadas actividades profesionales o económicas derivada de la comisión de un delito, no constituye una pena trascendental, aunque ello pueda implicar una afectación indirecta para la familia o dependientes económicos del sentenciado o la sentenciada.²⁵⁷ Para la SCJN, asumir un criterio distinto llevaría al extremo de tener que considerar que todas las penas son trascendentales, pues “es evidente que de una u otra forma, en mayor o menor grado, afectan a las personas allegadas a los sentenciados”.²⁵⁸

254 El TEDH ha señalado en una ya larga línea jurisprudencial que la pena de prisión vitalicia, tratándose de personas adultas, no es *per se* incompatible con el Convenio Europeo, siempre y cuando sea revisable y exista la posibilidad de reducción. Recientemente, en *Hutchinson v. UK*, por ejemplo, el Tribunal sostuvo que “[l]a Convención no prohíbe la aplicación de una sentencia de por vida a aquellos que han sido condenados especialmente de crímenes graves, como asesinato. Sin embargo, para ser compatible con el artículo 3 dicha sentencia debe ser reducible *de jure* y *de facto*, lo que significa que debe existir tanto la expectativa de liberación del prisionero y la posibilidad de revisión” [traducción propia]. TEDH. *Case of Hutchinson vs. The United Kingdom*, Judgment, Application no. 57592/08, 17 January 2017, parr. 42. Sobre la situación de la prisión permanente revisable en Europea y especialmente en España, véase también Casals Fernández, Ángela, *La prisión permanente revisable*, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2019.

255 Cfr. SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 4770/2014, resuelto en sesión de 30 de septiembre de 2015.

256 Véase, SCJN, Primera Sala, la tesis jurisprudencial 29/2002, con el rubro: PENAS TRASCENDENTALES. CONCEPTO DE ELLAS.

257 SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 5999/2017, resuelto en sesión de 25 de abril de 2018.

258 Véase la tesis jurisprudencial 29/2002 de la Primera Sala, con el rubro: PENAS TRASCENDENTALES. CONCEPTO DE ELLAS.

2.3. Principio de proporcionalidad de las penas

Como ha destacado Gloria Lopera, en la doctrina contemporánea es posible encontrar dos grandes concepciones sobre el principio de proporcionalidad en materia penal: (i) una *estricta*, la cual se refiere a “la exigencia de adecuación entre la gravedad de la pena y de delito”, y (ii) una más *amplia*, la cual concibe al principio de proporcionalidad como un “examen más global sobre los costes y los beneficios de toda intervención punitiva, orientado a verificar su idoneidad, necesidad y estricta proporcionalidad”.²⁵⁹ La primera de ellas se relaciona con la preocupación original de los pensadores de la Ilustración, para quienes era esencial que los delitos más graves recibieran una sanción mayor.²⁶⁰ La segunda, en cambio, se vincula con lo que algunos autores han llamado la “prohibición de exceso” y la *praxis* actual de los tribunales constitucionales modernos, quienes suelen evaluar cualquier intervención a los derechos fundamentales —incluyendo las leyes penales— a la luz de un *principio de proporcionalidad en sentido amplio*, conformado por un examen de tres elementos: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.²⁶¹

De acuerdo con esta autora, el reconocimiento de un principio de proporcionalidad en sentido amplio en la materia penal ha supuesto una “reformulación” del significado clásico atribuido al principio de proporcionalidad de las penas, lo cual ha traído consigo una ampliación tanto de sus *contenidos* como de su *proyección*. En cuanto a sus *contenidos*, tal evolución ha supuesto la integración, más o menos sistemática, de los principios del derecho penal liberal clásico (como son los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, el principio de lesividad, el principio de intervención mínima y sus dos subprincipios: fragmentariedad y subsidiariedad) dentro del examen o estructura argumentativa del *principio de proporcionalidad* (legitimidad del fin, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto). Por otra parte, en cuanto a su *proyección*, dicha evolución ha permitido ampliar el ámbito de aplicación del principio de proporcionalidad, pues ya no sólo establece un límite a los *castigos*, sino también a las *prohibiciones* penales. Como refiere Lopera, en *sentido amplio*, el principio de proporcionalidad no sólo permite enjuiciar “normas de sanción” (es decir, aquellas que imponen al juzgador el deber de instruir determinada pena) sino también “normas de conducta” (es decir, aquellas que conminan a las y los ciudadanos a realizar o abstenerse de realizar determinadas conductas).²⁶²

259 Lopera, Gloria, *El principio de proporcionalidad y ley penal: bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 172.

260 Sobre esto, véase Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 19.

261 Lopera, Gloria, *op. cit.*, nota 259, pp. 227-232.

262 *Idem.* Sobre esto abundaremos más adelante.

En México, la SCJN ha reconocido ambas vertientes del principio de proporcionalidad en materia penal, aunque a partir de fundamentos constitucionales distintos. Una de las explicaciones más detalladas sobre el fundamento de estas vertientes puede encontrarse en la sentencia derivada del *amparo directo en revisión 181/2011*, en la cual la Primera Sala estableció que nuestra CPEUM reconoce *dos acepciones* del principio de proporcionalidad en materia penal: (i) un *principio de proporcionalidad en sentido estricto*, el cual deriva directamente del artículo 22 constitucional y cuya violación debe analizarse bajo una *lógica retributiva*; y (ii) un *principio de proporcionalidad en sentido amplio*, el cual debe cumplir toda medida legislativa, incluyendo las leyes penales, que intervengan derechos fundamentales, para lo cual debe aplicarse un análisis *en clave consecuencialista*.

En cuanto al *principio de proporcionalidad en sentido estricto*, la SCJN ha señalado que se trata de un mandato dirigido tanto al legislador como al juez penal. Así, mientras que el legislador tiene el deber de garantizar la proporcionalidad de las penas *en abstracto* (atendiendo para ello la importancia del bien jurídico protegido, la gravedad del ataque a ese bien, el ámbito de responsabilidad subjetiva, etcétera), el juzgador tiene el deber de garantizar la proporcionalidad de la pena *en concreto*. Para lograr esto último, el legislador debe proporcionar a las y los jueces un marco penal que les permita *individualizar la pena*, tomando en consideración las circunstancias concretas de cada caso (como son el grado de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, el grado de participación, entre otros). Por esta razón, la SCJN ha sostenido en múltiples ocasiones que las “penas fijas” —es decir, aquellas que no tienen un mínimo y un máximo— son, por regla general, incompatibles con el principio de proporcionalidad de las penas en sentido estricto, en tanto no permiten al juez individualizarla al concreto.²⁶³

Ahora bien, en cuanto al *principio proporcionalidad en abstracto*, la SCJN ha señalado que a fin de determinar si una pena es compatible con dicho principio es necesario partir de la premisa de que la relación entre pena y delito es eminentemente “convencional”; es decir, *depende de aspectos contingentes que no están dados de antemano*. Para la SCJN, tal relación no sólo atiende a cuestiones éticas o valorativas de cada sociedad y momento histórico, sino también a criterios de oportunidad. Por ello, para determinar si una pena es proporcional en abstracto, no basta con constatar que un delito tiene una pena mayor que otro delito que afecta un bien jurídico similar o de mayor importancia. Esto se debe a tres razones fundamentales. La primera, porque no siempre hay o habrá consenso sobre la *mayor importancia* de un bien jurídico sobre otro, pues se trata de bienes inconmen-

263 Véase, por ejemplo, SCJN, Pleno, Acción de inconstitucionalidad 97/2019, resuelta en sesión de 8 de junio de 2020.

surables (¿qué es más grave: un secuestro o una violación?). Una segunda, porque la intensidad o grado de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico puede variar dependiendo de cada tipo penal. Y tercera, toda vez que, desde el punto de vista constitucional, el legislador democrático cuenta con legitimidad y atribuciones amplias para establecer la escala de penas, tomando en consideración, no sólo la gravedad del delito, sino también *razones de política criminal*, como puede ser la necesidad de reducir la “incidencia delictiva” de determinadas conductas. En palabras de la SCJN, “el incremento en la comisión de ciertos delitos justifica que el legislador instrumente una respuesta penal de mayor intensidad que se traduzca también en un aumento de las penas”.²⁶⁴

De igual modo, en una ya muy asentada línea jurisprudencial, la SCJN ha precisado que a fin de evaluar la *proporcionalidad de las penas en sentido estricto y en abstracto* no debe recurrirse, sin más, a la metodología del *test de proporcionalidad*.²⁶⁵ De acuerdo con la SCJN, para evaluar la proporcionalidad de una pena en sentido estricto, el juez constitucional debe llevar a cabo más bien un *análisis comparativo* entre el *quantum* de la pena enjuiciada con las penas asignadas a otros delitos que atentan contra *el mismo bien jurídico* (de ahí el carácter eminentemente retributivo de este enfoque). Así, si la pena enjuiciada se refiere al delito de secuestro, por ejemplo, el comparativo deberá limitarse entonces a aquellas penas asignadas a otros delitos que atenten contra la *libertad personal* (como serían los delitos privación ilegal de la libertad, desaparición forzada, entre otras). Para la SCJN, es en todo caso a partir de ese *comparativo* que la jueza o el juez constitucional estará en condiciones de poder evaluar si la pena enjuiciada resulta desproporcionada *en comparación* con el sistema de penas asignadas a la protección de un mismo bien jurídico. Para lo cual —se insiste— el juez constitucional no solamente debe tomar en consideración el *grado de afectación* al bien jurídico o el *nivel de participación* del sujeto activo, sino también *las razones de política criminal* que hayan llevado al legislador a aumentar o reducir una determinada pena.²⁶⁶

264 Es por ello que, a fin de llevar a cabo un adecuado control de este tipo de normas, la SCJN ha insistido en la conveniencia de que el legislador exprese las razones que lo han llevado a determinar una determinada pena.

265 SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 85/2014, resuelto en sesión de 4 de junio de 2014. En este precedente, la SCJN —siguiendo a Von Hirsh— utilizó la expresión *niveles ordinales y no cardinales* para referirse a los elementos de comparación que deben tomarse en consideración a la hora de evaluar el cumplimiento del principio de proporcionalidad en sentido estricto.

266 Especialmente crítico de la valoración de este elemento en el análisis de la proporcionalidad de las penas en sentido estricto ha sido el Ministro Gutiérrez Ortiz Mena. En su voto concurrente y particular de la acción de inconstitucionalidad 91/2019 y sus acumuladas —fallada en sesión

Como se podrá advertir, el *principio de proporcionalidad de las penas en sentido estricto*, contenido en el artículo 22 constitucional —tal y como es concebido por la SCJN—, garantiza la *coherencia interna* del sistema de penas establecido por el legislador para delitos similares. Sin embargo, por sí mismo, dicho principio no suministra criterios suficientes para determinar cuándo una pena es *por sí misma* excesiva (es decir, con independencia del resto de penas). Si el legislador decidiera imponer, por ejemplo, penas de prisión superiores a setenta años para todos los delitos que atentan contra la libertad personal, éstas podrían ser compatibles con dicho principio (aun cuando en los hechos todas ellas se traduzcan en una *prisión vitalicia*), siempre que los delitos más graves reciban penas mayores. Es por ello que, para determinar si una pena es *por sí misma* excesiva (es decir, con independencia del sistema de penas al que pertenece) resulta necesario acudir a otros principios que limitan u orientan el *ius puniendi*.

Pues bien, uno de estos principios es precisamente el *principio de proporcionalidad en sentido amplio*.²⁶⁷ En relación con dicho principio, al resolver el citado *amparo directo en revisión 181/2011*, la Primera Sala explicó que el mismo (i) “constituye una herramienta argumentativa para examinar la legitimidad constitucional de cualquier medida estatal afecte los derechos fundamentales de las personas”; (ii) se trata de una herramienta que surgió en la segunda mitad del siglo XX en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, pero que posteriormente fue adoptada en la mayoría de los tribunales constitucionales del mundo, y (iii) es un principio *implícito* en la CPEUM, pues deriva del principio de legalidad, la prohibición constitucional de actuar de forma arbitraria, así como de la estructura de *principio* (y no de regla) que le ha atribuido la propia Corte a la mayoría de los derechos fundamentales (especialmente al derecho fundamental

de 8 de marzo de 2021—, por ejemplo, el Ministro expresó que, a su juicio, el examen de la proporcionalidad en sentido estricto de una pena “no debe limitarse a analizar la política criminal del legislador y ser deferente con ella”, sino que exige llevar a cabo siempre un análisis de dos pasos (a) el análisis de su razonabilidad y (b) el análisis de la pena del delito en comparación con otras penas establecidas en la misma legislación penal. Para el Ministro Gutiérrez, el mero hecho de que “exista una conducta recurrente y problemática que se busque disuadir mediante la política criminal que los Congresos estimen conveniente, no conlleva a que éstos tipifiquen dicha conducta bajo la tutela del derecho penal”. En definitiva, para el Ministro Gutiérrez: “el principio de proporcionalidad debe ser visto como el mecanismo de control del populismo penal”.

267 Otro principio podría ser el *principio de reinserción social*. En efecto, si la finalidad de la pena es —como dice el artículo 18 constitucional— la *reinserción social* de la persona, estas deberían estar diseñadas de tal forma que permitan, razonablemente, lograr este objetivo. Ello llevaría a cuestionar, incluso, todas las penas de prisión superiores a los veinte años. Ferrajoli, por ejemplo, sostiene que la pena de prisión no debería durar más de quince años. *Cfr.* Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 53, p. 198.

de libertad). En otras palabras, puede decirse que el *principio de proporcionalidad en sentido amplio* aplicado a la materia penal no es otra cosa que la necesidad de que las normas penales tanto de conducta como de sanción (puesto que suponen *siempre* una limitación o intervención a derechos fundamentales, sobre todo, pero no únicamente, a la libertad personal²⁶⁸) cumplan con el requisito de perseguir una *finalidad constitucionalmente* legítima, además de ser *idóneas, necesarias y proporcionales en sentido estricto*. Sobre esto profundizaremos en el siguiente apartado.

3. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO LÍMITES AL IUS PUNIENDI

En una ya larga tradición jurisprudencial, la SCJN ha señalado que el legislador penal cuenta con un *amplio margen de discrecionalidad* para emitir leyes que incidan en los derechos humanos o fundamentales de las personas (como el derecho a la libertad personal o a la propiedad), mediante la imposición de penas que busquen salvaguardar bienes que la sociedad considera valiosos (como la vida, la salud, la integridad, etcétera). Con todo, en fechas recientes también ha precisado que tal facultad no es absoluta o ilimitada, sino que está sujeta en todo momento a control constitucional y, por tanto, a límites constitucionales, los cuales vienen impuestos por el principio de legalidad, la proscripción de la arbitrariedad o el exceso y, en general, el respeto a los *derechos humanos*.²⁶⁹

En ese orden de ideas, en especial a lo largo de la última década, la SCJN ha invalidado diversas disposiciones en materia penal —concretamente tipos penales— por considerarlos violatorios de derechos humanos. Esto ha ocurrido par-

268 Como refiere Álvarez García: “toda norma penal supone una doble limitación de la libertad; tanto desde el punto de vista del precepto como de la sanción. En efecto, es la tipificación de una conducta lo que necesariamente ha de ser entendido como una reducción del principio general de libertad, como la prohibición de realizar una actividad a la que, en principio, se tenía derecho, y que, por consiguiente afecta de una manera directa a los derechos fundamentales de la persona [...] Todo tipo penal supone, pues, una coerción, una limitación de la libertad [...] Por lo que se refiere a la sanción, no debe olvidarse que la amenaza prototípica en el ámbito penal es la pena privativa de libertad, a la que puede llegarse tanto de forma directa [...] como de forma indirecta [...]”. Álvarez García, Francisco Javier, *op. cit.*, nota 118, pp. 12-13.

269 Véase, por ejemplo, la *acción de inconstitucionalidad 125/2017*, fallada en sesión de 2 de junio de 2020. Este criterio se encuentra reflejado también en la tesis de jurisprudencia 130/2007, emitido por el Pleno de la SCJN, de rubro: GARANTÍAS INDIVIDUALES. EL DESARROLLO DE SUS LÍMITES Y LA REGULACIÓN DE SUS POSIBLES CONFLICTOS POR PARTE DEL LEGISLADOR DEBE RESPETAR LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD JURÍDICA.

ticularmente en casos en los que la Corte ha advertido que el legislador penal ha sancionado mediante una norma penal, ya sea total o parcialmente, una conducta amparada por el ejercicio de un derecho fundamental. Un ejemplo de esto último puede encontrarse en la recientemente resuelta *acción de inconstitucionalidad 148/2017*, en la que el Pleno de la Corte determinó que la *criminalización en términos absolutos del aborto* —es decir, sin la posibilidad de que pueda llevarse en un periodo cercano a la gestación— constituye una violación al derecho al libre desarrollo de la personalidad, entre otros derechos relacionados con la libertad reproductiva. En concreto, en dicho precedente, la Corte sostuvo lo siguiente:

[E]l accionante acierta en sus conceptos de invalidez al señalar que la descripción típica del aborto autoprocuroado o consentido que señala que se impondrá de uno a tres años de prisión, a la mujer que voluntariamente practique su aborto o a la persona que la hiciera abortar con el consentimiento de aquella es lesiva de los derechos reproductivos de las mujeres y personas con capacidad de gestar, por no incluir una formulación que permita interrumpir el embarazo en la primera etapa de gestación. [...] La problemática concreta de la porción normativa radica en la vinculación del vocablo voluntariamente (dolo) con el entendimiento del concepto aborto contenida en el artículo 195, que señala que la muerte del producto de la concepción acontezca en cualquier momento del embarazo. La técnica legislativa empleada por el Congreso del Estado de Coahuila en la formulación de los supuestos típicos asociados al aborto revela que el vicio se encuentra en la norma que define el caso del aborto autoprocuroado o consentido, pues resulta omnicomprensiva de la manera en que la mujer puede manifestar su voluntad de interrumpir su embarazo. [...] *En otras palabras, la invalidez del tipo penal radica en incluir en su formulación abstracta todos los supuestos temporales en que puede acontecer la interrupción del embarazo con origen en una decisión voluntaria de la mujer o persona gestante; comprendiendo con tal regulación tanto la interrupción temprana como aquella que podría acontecer en cualquier otro momento del proceso de gestación.* [...] De esta manera, la fórmula legislativa de orden penal que fue elegida por el Congreso Local y que contiene la criminalización de la interrupción voluntaria del embarazo en todo momento, supone la total supresión del derecho constitucional a elegir de las mujeres y personas con capacidad de gestar. *La disposición penal, en esa medida, carece de la cualidad de considerar el balance que debe existir entre la protección al bien constitucionalmente relevante y el derecho fundamental involucrado.* Si en la formulación abstracta de la conducta ilícita se incluyó aquel escenario de interrupción voluntaria del embarazo que acontece durante el periodo cercano al inicio del proceso de gestación, comprendió entonces un evento que no puede calificarse como criminal, pues se trata del ejercicio de un derecho constitucional cuya titularidad corresponde en exclusiva a la mujer [...]. [Cursivas añadidas]

Otro ejemplo puede encontrarse en la *acción de inconstitucionalidad 91/2019 y sus acumuladas*, en donde el Pleno determinó que diversos tipos penales del Código Penal para el Estado Tabasco que sancionaban con prisión y multa “*a quien, por cualquier medio, impidiera o intentara impedir la realización de obras públicas o privadas*”, constituían una limitación desproporcionada al *derecho humano a la protesta social*, por tratarse de medidas sobreinclusivas que no permitían dis-

tinguir claramente entre ejercicios legítimos e ilegítimos de protesta. En particular, en este último asunto la SCJN sostuvo que:

[E]l legislador no debe llegar al extremo de penalizar *per se* cualquier manifestación en la vía pública cuando éstas se realizan en el marco de los derechos a la libertad de expresión, reunión y protesta social, sino que debe de generar normas que faciliten los medios necesarios para que las personas puedan expresarse, pues constituye una obligación ineludible para las autoridades tolerar toda actitud o comportamiento que no dañe o ponga en peligro a otras personas o bienes jurídicamente tutelados. *Así, la existencia de disposiciones sobreinclusivas en sus términos empleados, que faciliten la detención y privación de libertad de una persona, basada exclusivamente en el acto de participar en una protesta o manifestación pública no resultarán proporcionales.* [Cursivas añadidas].

Por último, otro ejemplo interesante en este rubro es el *amparo en revisión* 585/2020. En este asunto, la Primera Sala debía determinar si el artículo 478 de la Ley General de Salud transgredía el derecho al libre desarrollo de la personalidad, al impedir al Ministerio Público abstenerse de ejercer acción penal por el delito de posesión simple de narcóticos (propiamente, marihuana) en contra de un consumidor de *cannabis*, cuando la cantidad poseída fuera para consumo personal y superara los cinco gramos (dosis máxima de consumo personal según la ley). En este caso, la SCJN sostuvo que:

[E]l Estado debe prescindir de la persecución penal para quien posee narcóticos para su consumo personal y asumir su calidad de garante dentro de la salud pública, pero tratándose de quien la posee dentro de su esfera privada, no en su dimensión como bien jurídico penalmente relevante, sino como derecho que debe reconocerse y protegerse a favor de la persona, en todo caso, en niveles de prevención, información y asistencia, incluso de tipo médico y/o psicológico sobre la farmacodependencia, mas no para perseguir penalmente a quien sea consumidor o padezca esta adicción. [...] A su vez, dentro de un sistema penal liberal democrático, como el que se desprende de nuestro orden constitucional, se proscribiera el concepto de *peligrosidad*, pues a una persona no se le puede perseguir y sancionar penalmente por lo que es ni por lo que probablemente hará, sino por las acciones delictivas que efectivamente haya ejecutado. [...] De este modo, no se justifica la persecución penal de la persona que posee *cannabis sativa* dentro de su esfera de privacidad sin afectación a terceros ni provocando resultado delictivo alguno, menos aún por la posibilidad de que pudieran eventualmente intervenir en otros actos delictivos bajo criterios de peligrosidad. [...] *En dogmática penal, procesar a una persona que posea cannabis sativa cuando sea para su uso o consumo personal frente al análisis efectuado sobre el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la vida privada y la autonomía, se traduce, ni más ni menos, en una regresión al derecho penal de autor.* [Cursivas añadidas].

Tomando en consideración lo anterior, al analizar la constitucionalidad del límite máximo de cinco gramos que requería la ley para tener por actualizada de la excluyente de responsabilidad del delito de posesión simple de marihuana consistente en el “consumo personal”, la SCJN concluyó que dicha norma no se compeadece con nuestro orden constitucional, sino que, por el contrario:

[O]casiona una afectación injustificada e irrazonable a los derechos de salud e integridad personal, privacidad y libre desarrollo de la personalidad. [...] En primer término, porque la medida punitiva no tiene sustento constitucional sobre los fines perseguidos bajo la aducida protección a la salud pública, por un lado, al no haber afectación a otras personas, y por otro, porque no puede sostenerse justificación bajo el interés colectivo sobre acciones que solo corresponden a la esfera privada de la persona. [...] En un siguiente nivel, la medida penal no es idónea ni necesaria, pues no se justifica en un bien jurídico de relevancia penal, además de existir medidas más adecuadas para garantizar en todo caso el derecho a la salud. [...] Finalmente, la medida es desproporcionada en estricto sentido, toda vez que genera una protección mínima a valores colectivos frente a la intensa injerencia del Estado en su mayor fuerza coercitiva —*ius puniendi*— para impedir el derecho de las personas al cuidado de su salud e integridad personal, así como el ejercicio de su libertad y autonomía en su ámbito privado cuando se trata del uso o consumo personal. [...].²⁷⁰

En resumen, en los últimos años, la SCJN ha considerado que, si bien el legislador cuenta con un amplio margen para determinar qué conductas pueden ser sancionadas penalmente, aquellos tipos penales que limiten o restrinjan *desproporcionadamente* el ejercicio de un derecho fundamental —como el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la libertad de expresión o el derecho a la protesta— devendrán *inconstitucionales*. Como también se ha visto, la metodología que suele utilizar la SCJN para determinar si una norma penal es o no compatible con los derechos fundamentales (esto es, los derechos de libertad) es el *test de proporcionalidad*. Es decir, la SCJN suele analizar si la norma persigue un fin legítimo, si es idónea para alcanzar dicha finalidad, si además es necesaria (es decir, que no existen medidas alternativas igualmente idóneas, pero menos lesivas para lograr el fin pretendido por el legislador) y, finalmente, si la medida es proporcional en sentido estricto.

Por lo demás, debe destacarse que la SCJN también ha señalado que no sólo las “normas de conducta”, es decir, las que prevén los tipos penales, constituyen lí-

270 No obstante, en este asunto la SCJN también aclaró que el fallo debía entenderse referido única y exclusivamente a la sustancia cannabis y no otros psicotrópicos. Además, precisó que la sentencia: “[...] no declara la inconstitucionalidad del tipo penal que prevé la conducta delictiva de posesión simple de narcóticos en el artículo 477 de la Ley General de Salud ni la despenalización de determinados estupefacientes o psicotrópicos como objetos del delito, como tampoco de la tabla prevista por el artículo 479 para este y otros supuestos penalmente relevantes, sino sólo de la porción normativa destacada del artículo 478 y respecto al narcótico de marihuana, por el que se vinculó a proceso al recurrente. [...] Esto último mantendrá la relevancia penal de la posesión de narcóticos fuera de la hipótesis de posesión para consumo personal, pero permitirá que el operador jurídico pueda analizar la excluyente del delito a la luz de la dogmática penal y de su regulación en la parte general del Código Penal Federal, en concreto, cuando se actualice el supuesto que nos ocupa de posesión de marihuana para uso o consumo personal, se insiste, como excluyente de delito”. Amparo en revisión 585/2020, fallado en sesión de 11 de mayo de 2022.

mites o restricciones a derechos fundamentales que pueden y deben ser analizados a la luz del *test de proporcionalidad en sentido amplio*, sino también las “normas de sanción”, es decir, aquellas que ordenan la imposición de determinadas penas. En el citado *amparo directo en revisión 181/2011*, la SCJN advirtió que *toda pena tiene necesariamente un carácter pluriofensivo*, en tanto que, mediante su imposición, se afectan o se pueden afectar diversos derechos fundamentales (como son la libertad personal, la propiedad, los derechos políticos, etcétera).

En ese sentido, la SCJN ha dicho que para determinar si la intervención en los derechos que supone la pena es constitucional debe aplicarse por regla general un *test o examen de proporcionalidad en sentido amplio*, el cual consiste en evaluar la legitimidad del fin, la idoneidad o adecuación de la medida, la necesidad de la misma y su proporcionalidad en sentido estricto. Nótese, sin embargo, que en este último caso no se trata de evaluar la *coherencia interna* del sistema de penas establecido por el legislador para delitos que atentan contra un mismo bien jurídico (como sucede en el caso del *principio de proporcionalidad de las penas en sentido estricto*), sino en determinar si la intervención que, *en sí misma*, supone la pena para los derechos fundamentales, se encuentra justificada a la luz de los criterios de racionalidad y balanceo que supone el *test de proporcionalidad*. Con todo, la Sala también ha señalado que tratándose del examen de proporcionalidad de “penas” el *test* se encuentra especialmente condicionado por el amplio “margen de acción epistémico” con el que cuenta el legislador democrático a la hora de establecer la *política criminal*, de tal manera que “en todos aquellos casos en los que exista *incertidumbre* sobre las *premisas empíricas* en las que se apoya la actuación del legislador, debe entenderse que existe a su favor la presunción de que éstas son verdaderas”.²⁷¹ [Cursivas añadidas].

La Corte IDH ha adoptado un enfoque similar. En el caso *Kimel vs. Argentina*,²⁷² por ejemplo, el tribunal debía determinar si la sanción penal por el delito de “calumnia” que se impuso al señor Eduardo Kimel por la publicación de un libro que contenía diversas críticas al Poder Judicial durante la dictadura, era compatible con el derecho a la libertad de expresión tutelado en el artículo 13 de la CADH. Para ello, la Corte IDH realizó un examen de cinco pasos. En primer lugar, evaluó si la tipificación de los delitos de injurias y calumnias aplicadas al señor Kimel afectó el principio de legalidad estricta, el cual —señaló— “es preciso observar al restringir la libertad de expresión por la vía penal”.²⁷³ En segundo lugar, analizó si la protección de la honra y la reputación de los jueces consti-

271 En ese mismo sentido, véase Lopera, Gloria, *op. cit.*, nota 259.

272 Corte IDH. Caso *Kimel vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177.

273 *Ibidem*, párr. 58.

tuían una “finalidad legítima” conforme a la CADH. En tercer lugar, examinó si la sanción penal era “idónea” para lograr la finalidad perseguida. En cuarto lugar, analizó si la medida era “necesaria”. Y, finalmente, en quinto lugar, estudió la “estricta proporcionalidad de la medida”, es decir, “si la sanción impuesta al señor Kimel garantizó de forma amplia el derecho a la reputación del funcionario público mencionado por el autor del libro, sin hacer nugatorio el derecho de éste a manifestar su opinión”. Por lo demás, vale destacar que aunque la Corte IDH determinó que la tipificación penal en cuestión era contraria al principio de legalidad contenido en el artículo 9 de la CADH (en tanto que no era suficientemente precisa²⁷⁴), continuó con el examen de proporcionalidad y concluyó que aunque la medida perseguía un fin legítimo (la protección de la honra y la reputación de toda persona) y era además idónea para alcanzarlo (pues permitía salvaguardar, a través de la conminación de pena, el bien jurídico que se pretendía proteger), no era una medida necesaria²⁷⁵ ni proporcional en sentido estricto.²⁷⁶

4. PROHIBICIÓN DE DOBLE PUNICIÓN O *NON BIS IN IDEM*

4.1. *Fundamento y contenido*

El artículo 23 de la CPEUM establece que “[n]adie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene”. De manera similar, el artículo 8.4 de la CADH dispone que “[e]l inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos

274 El tipo penal por el que finalmente fue sentenciado el señor Kimel decía lo siguiente: “La calumnia o falsa imputación de un delito que dé lugar a la acción pública, será reprimida con prisión de uno a tres años”. *Ibidem*, párr. 65.

275 En cuanto al examen de necesidad, la Corte IDH resaltó que: “el Derecho Penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita. La tipificación amplia de delitos de calumnia e injurias puede resultar contraria al principio de intervención mínima y de ultima ratio del derecho penal. En una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado”. *Ibidem*, párr. 76.

276 En este punto, la Corte IDH concluyó que las opiniones vertidas por el señor Kimel “no pueden considerarse ni verdaderas ni falsas. Como tal, la opinión no puede ser objeto de sanción, más aún cuando se trata de un juicio de valor sobre un acto oficial de un funcionario público en el desempeño de su cargo. En principio, la verdad o falsedad se predica sólo respecto a hechos. De allí que no puede ser sometida a requisitos de veracidad la prueba respecto de juicios de valor [...] Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte concluye que la afectación a la libertad de expresión del señor Kimel fue manifestamente desproporcionada, por excesiva, en relación con la alegada afectación del derecho a la honra en el presente caso”. *Ibidem*, párrs. 93-94.

hechos”. Finalmente, el artículo 14.7 del PIDCP también establece que “[n]adie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”.

A esto suele llamarse, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional y comparada, como el principio de prohibición de doble punición o *non (ne) bis in idem*. Al interpretar dicho principio, la SCJN ha señalado que éste se viola “cuando el Estado juzga dos veces a una persona con motivo de los mismos hechos delictivos”.²⁷⁷ Es decir, para la SCJN, el Estado no puede sancionar dos veces a una persona por un mismo “hecho”, *con independencia de que se utilicen o pretendan utilizar tipos penales distintos*. Ello se justifica —ha dicho el Alto Tribunal— en tanto que una sentencia definitiva, condenatoria o absolutoria, obtiene “una firmeza tal que permite considerar su estudio como cosa juzgada”, es decir, “irrebatible, indiscutible e inmodificable”.²⁷⁸

Un criterio similar ha sostenido la Corte IDH, quien ha sostenido que el principio *ne o non bis in idem*, consagrado en el artículo 8.4 de la CADH, “busca proteger los derechos de los individuos que han sido procesados por determinados hechos para que no vuelvan a ser enjuiciados por los mismos hechos”.²⁷⁹ De manera particular, en el caso *J. vs. Perú*, la Corte IDH señaló que para que se configure una violación a dicho principio se requiere que: (i) el imputado haya sido absuelto, (ii) la absolución sea el resultado de una sentencia firme, y (iii) el nuevo juicio esté fundado en los mismos hechos que motivaron la sustanciación del primer juicio.

4.2. Vertientes del *non bis in idem*

De acuerdo con la SCJN, el principio de *non bis in idem* se proyecta en dos vertientes: una *sustantiva* y una *adjetiva o procesal*. En cuanto a la vertiente sustantiva, la Primera Sala ha señalado que el principio de *non bis in idem* veda la plural imposición de consecuencias jurídicas sobre una misma infracción. En cambio, en su vertiente procesal, dicho principio implica que nadie debe ser juzgado o procesado dos veces por el mismo hecho, siempre que exista “sentencia firme”.²⁸⁰

277 Véase la tesis aislada CCXXVIII/2013 de la Primera Sala, con el rubro: LIBERTAD PREPARATORIA. EL ARTÍCULO 85, FRACCIÓN I, INCISO B), DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL NO VIOLA EL PRINCIPIO NON BIS IN IDEM.

278 Véase, SCJN, Primera Sala, *Amparo directo en revisión 3731/2015*, resuelto en sesión de 2 de diciembre de 2015.

279 Corte IDH. Caso Mohamed vs. Argentina, *op. cit.*, nota 140, párr. 66.

280 *Amparo directo en revisión 3731/2015, op. cit.*, nota 278.

En esa línea, la SCJN ha señalado que de acuerdo con la vertiente sustantiva, cuando se sorprende a una persona vendiendo estupefacientes ilícitos y, además, se le encuentra en posesión de una cantidad de éstos que rebasa la mínima para consumo personal, “no pueden coexistir las modalidades de comercialización de narcóticos y de posesión con fines”, sino que debe tenerse por actualizada únicamente la de comercio y subsumida la conducta de posesión, ya que de lo contrario se violaría el *non bis in idem*.²⁸¹ Por su parte, en cuanto a la vertiente procesal, la SCJN ha señalado que ésta sólo se viola cuando una persona es sometida a una “doble sentencia ejecutoriada” —esto es, “con calidad de cosa juzgada”— pero no cuando se ordena, por ejemplo, la *reposición del procedimiento penal* en un caso en el que aún no existe sentencia definitiva, al decretarse, por ejemplo, la incompetencia del órgano jurisdiccional por razón de fuero.²⁸²

4.3. *Non bis in idem y doble punición en la vía penal y administrativa*

Un tema debatido tanto en la jurisprudencia como en la doctrina comparada tiene que ver con aquellos casos en los que *una misma conducta es tipificada y, por ende, sancionada tanto en la vía administrativa como en la penal*. Algunos tribunales constitucionales del mundo han considerado que cuando existe identidad de sujeto, hecho y fundamento, la vía penal tiene necesariamente *prioridad* sobre la administrativa, de tal suerte que esta última sólo puede ser abierta en caso de que la primera concluya con una sentencia absolutoria y siempre que la absolución no haya estado motivada por *falta de prueba*.²⁸³ Excepcionalmente, sin embargo, algunos tribunales suelen admitir la *doble sanción* de una misma conducta —es decir, en la vía administrativa como en la penal— cuando se trata

281 Véase la tesis jurisprudencial 92/2009 de la Primera Sala, con el rubro: DELITO CONTRA LA SALUD. NO PUEDEN COEXISTIR LAS MODALIDADES DE COMERCIALIZACIÓN DE NARCÓTICOS Y DE POSESIÓN CON FINES DE COMERCIO CUANDO SE ACTUALIZAN EN EL MISMO MOMENTO.

282 Véase la tesis aislada XVI/2013 del Pleno, con el rubro: AMPARO DIRECTO EN MATERIA PENAL. SUS EFECTOS CUANDO SE CONCEDE POR INCOMPETENCIA POR RAZÓN DE FUERO DEL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA; así como la tesis aislada XXXII/2017 de la Primera Sala, con el rubro: AMPARO DIRECTO EN MATERIA PENAL. EFECTOS DE SU CONCESIÓN CON MOTIVO DE LA INCOMPETENCIA DE LA AUTORIDAD RESPONSABLE POR RAZÓN DE FUERO (INTERRUPCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA 1a./J. 21/2004).

283 Es el caso de ciertas sentencias del TCE. Véase, al respecto, Valencia Mattin, German, “Derecho administrativo sancionador y principio de legalidad”, en *El principio de legalidad*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 57.

de relaciones de “sujeción especial”, como sucede en el caso de sanciones disciplinarias a servidores públicos.²⁸⁴

En México no se tiene conocimiento de un precedente en el que la SCJN haya abordado o dirimido dicha cuestión. Sin embargo, existe ya al menos un Tribunal Colegiado que ha sostenido un criterio similar al mencionado. Se trata del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, el cual ha señalado que, tratándose del *derecho disciplinario de servidores y funcionarios públicos*, éste tiene un fundamento u objetivo *diverso* al derecho penal, por lo que en estos casos sí sería posible aplicar “una sanción administrativa o una penal al mismo sujeto, aun cuando se esté ante identidad de hechos”, sin que ello —se entiende— implique una violación al principio *non bis in idem*.²⁸⁵

4.4. Excepciones al non bis in idem

Por último, es importante destacar que para la Corte IDH el principio de *non bis in idem* no es absoluto, sino que admite excepciones, especialmente cuando se trata de *violaciones graves a derechos humanos y delitos de lesa humanidad*.²⁸⁶ En el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*,²⁸⁷ por ejemplo, el tribunal interamericano determinó que dicho principio no es aplicable cuando (i) la actuación del tribunal de sobreseer o absolver a una persona acusada de violar derechos humanos o el derecho internacional fue con la intención de sustraerla de su responsabilidad penal; (ii) el procedimiento no fue instruido de forma independiente e imparcial, de acuerdo con las debidas garantías procesales, o bien (iii) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia. Para la Corte IDH, ello es así toda vez que una sentencia dictada bajo esas circunstancias produce una cosa juzgada sólo “*aparente*” o “*fraudulenta*”.

Finalmente, la Corte IDH también ha sostenido que en aquellos casos en los que aparezcan “nuevos hechos o pruebas” que sirvan para determinar la responsabilidad sobre violaciones a derechos humanos o crímenes de lesa humanidad,

284 *Idem*.

285 Véase la tesis I.4o.A.114 A, de rubro: SANCIONES PENALES Y ADMINISTRATIVAS EN EL DERECHO DISCIPLINARIO. PARA IMPONER AMBAS ES NECESARIO QUE NO EXISTA IDENTIDAD DE SUJETO, HECHO Y FUNDAMENTO, CONJUNTAMENTE, ATENTO AL PRINCIPIO NON BIS IN IDEM.

286 Corte IDH. Caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2004. Serie C No. 117; y Corte IDH. Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163.

287 Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

es posible “reabrir” investigaciones. Ello es así —ha dicho el tribunal— incluso si existe una sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, toda vez que “las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la CADH desplaza la protección del *ne bis in idem*”.²⁸⁸

5. OTROS PRINCIPIOS IMPLÍCITOS EN LA CPEUM Y LA CADH QUE LIMITAN EL *IUS PUNIENDI*

En adición a las garantías penales sustantivas antes mencionadas —las cuales gozan de reconocimiento expreso tanto en la CPEUM como en los tratados internacionales suscritos por México—, tanto la SCJN como la Corte IDH han reconocido diversos principios del derecho penal liberal como *garantías implícitas* en la CPEUM y la CADH que, por ende, limitan el contenido material de las normas penales. Nos referimos en especial a los *principios de culpabilidad, lesividad y mínima intervención o ultima ratio*, así como al *modelo de derecho penal de acto*.

5.1. Principio de culpabilidad

Como ha señalado Ferrajoli, el principio de culpabilidad es una conquista moderna, la cual fue ignorada por la mayoría de los ordenamientos primitivos, en los cuales la pena llegó a alcanzar acciones meramente accidentales e, incluso, a las y los hijos o parientes del reo.²⁸⁹ En términos generales, dicho principio implica que ningún hecho o comportamiento humano puede valorarse como *acción* y, por tanto, ser castigado penalmente, si no es *intencional* (es decir, si no media dolo o al menos culpa). Así, dicho autor sostiene que es posible derivar tres elementos o condiciones de punibilidad a partir del principio de culpabilidad: (i) una *relación causal* entre la acción y el autor (es decir, que aquella pueda atribuirse a éste); (ii) la *imputabilidad* o capacidad penal del autor (es decir, su capacidad de querer y entender); y (iii) la *intencionalidad* en sentido estricto, la cual puede asumir la forma de dolo o culpa, según si va referida a la acción y al resultado o sólo a la acción y no al resultado, no querido ni previsto, aunque sí previsible.²⁹⁰

Una opinión similar sostiene Enrique Bacigalupo, para quien, de acuerdo con el principio de culpabilidad, la aplicación de la pena está condicionada por (i) la existencia de dolo o culpa, (ii) la conciencia del autor sobre la antijuridicidad y la

288 *Idem*.

289 Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 19, p. 487.

290 *Ibidem*, p. 490.

punibilidad, así como de (iii) la imputabilidad y la exigibilidad de la conducta.²⁹¹ De esta manera, resultarían incompatibles con dicho principio el *versari in re illicita* (es decir, la responsabilidad por caso fortuito o consecuencias imprevisibles); la fundamentación o agravación de la pena por el *mero resultado* (incluyendo a la *responsabilidad objetiva* y los delitos cualificados por el resultado); el no tomar en consideración como excluyentes de antijuridicidad o culpabilidad el error de tipo, de prohibición y de no punibilidad; la aplicación de penas a quienes no han podido comprender las exigencias del derecho o comportarse de acuerdo con ellas, así como a quienes han obrado bajo condiciones en las que la ley no exige su cumplimiento.²⁹²

En México, como en muchos otros países, el principio de culpabilidad no se encuentra reconocido expresamente en el texto constitucional.²⁹³ No obstante, la SCJN ha considerado que se trata de un principio fundamental *implícito* en nuestra CPEUM, el cual encuentra asidero en el artículo 22 constitucional. Así lo sostuvo la Primera Sala en el *amparo directo en revisión 92/2018*.²⁹⁴ En dicho precedente, la Sala determinó que la figura de “comisión por omisión” contenida en el Código Penal de la Ciudad de México no es contraria al principio de culpabilidad, toda vez que ésta claramente establece que la persona, para ser responsable bajo dicha figura, debe estar en posición real de evitar el resultado y tener custodia efectiva sobre el bien jurídico. Es decir, la SCJN consideró que la norma impugnada no es contraria al principio de culpabilidad, pues no obliga a las personas “a lo imposible”.

De manera similar, en el *amparo directo en revisión 6254/2018* —aunque sin profundizar en su fundamento constitucional— la Primera Sala sostuvo que el principio de culpabilidad es “la columna vertebral del moderno derecho penal, por ser un principio garantista de los derechos de los individuos frente al poder del Estado, que limita su facultad punitiva”. En dicho asunto, la Primera Sala explicó además que el principio de culpabilidad constituye el fundamento y el límite de la pena: se trata de su *fundamento* en tanto que “a nadie se le impondrá pena alguna si no se demuestra previamente su culpabilidad”, y de su *límite*, en tanto que “la medida de la pena [debe guardar relación directa] con el grado de culpabilidad del sujeto”.

291 También, Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *op. cit.*, nota 126, pp. 102-104.

292 Bacigaulpo, Enrique, *op. cit.*, nota 114, p. 140.

293 Para una posible explicación sobre la omisión de este principio en España, véase *Ibidem*, p. 141.

294 Resuelto por la Primera Sala en sesión de 2 de diciembre de 2020.

5.2. Principio de lesividad

En términos generales, el principio de lesividad establece que toda conducta tipificada como delito debe ser susceptible de afectar *bienes jurídicos de relevancia penal*.²⁹⁵ No es válido, por tanto, tipificar o sancionar conductas que no lesionan o ponen en riesgo tales bienes. Si bien no siempre ha existido consenso en cuanto a qué cosas merecen ser catalogadas como “bienes jurídicos” —e, incluso, en fechas recientes hemos visto una relativización e inflación cada vez mayor de este concepto²⁹⁶—, hay quienes sostienen que debe tratarse de bienes “fundamentales”, preferentemente de fuente constitucional (derechos fundamentales u otros intereses de relevancia constitucional).²⁹⁷ Otros autores y autoras, en cambio, consideran que puede ser considerada como “bien jurídico” por el legislador cualquier cosa que no esté prohibida expresamente por la Constitución.²⁹⁸

Sea como fuere, una opinión muy extendida considera que se trata de un principio fuertemente asociado, por un lado, con el principio liberal del daño (el llamado “*harm principle*”), de acuerdo con el cual sólo es válido interferir en acciones que lesionan a terceros; y, por otro, con el *principio de autonomía personal*, el cual proscribiera cualquier intervención estatal con fines meramente perfeccionistas.²⁹⁹ De acuerdo con lo anterior, según dicho principio no sería válido utilizar el derecho penal para, por ejemplo, imponer modelos de virtud o de moral autorreferente, sancionar conductas que no suponen daños a terceros e, incluso —para algunos— penar conductas meramente paternalistas (como el consumo de drogas, las relaciones homosexuales, el trabajo sexual y la tentativa de suicidio).³⁰⁰

295 Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 19, p. 466.

296 *Ibidem*, p. 476. Sobre la crisis del concepto de bien jurídico, véase también Lopera, Gloria, *op. cit.*, nota 259, p. 333; y Gimbernat Ordeig, Enrique, “Presentación”, en Hefendehl, Roland *et al.*, (eds.), *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2016, pp. 11-22.

297 En esa línea, Bricola, Franco, *Teoría General del Delito*, Buenos Aires, Editorial B de F, 2018, p. 29.

298 Lopera, Gloria, *op. cit.*, nota 259, p. 370.

299 Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 19, p. 467. Sobre las implicaciones del principio de autonomía en el Derecho Penal, véase, entre otros, Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de Derecho Penal*, Buenos Aires, Gedisa, 2008, pp. 25-41.

300 Para Ferrajoli, por ejemplo, el principio de “separación entre derecho y moral” veta la prohibición de comportamientos meramente inmorales o estados de ánimo pervertidos o peligros. Además, “por mor de tutela de la libertad personal de conciencia y de autonomía y relatividad moral”, dicho principio impone además “la tolerancia jurídica de toda actitud o comportamiento no lesivo para terceros”. Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 19, p. 465. En el mismo sentido, véase Lopera, Gloria, *op. cit.*, nota 259, pp. 363-364.

En México, la SCJN ha sostenido que el principio de lesividad deriva del artículo 22 constitucional. En efecto, en el *amparo directo en revisión 119/2014*, la Primera Sala sostuvo expresamente que:

El principio de lesividad o de antijuridicidad material es de medular importancia para nuestro orden jurídico. Incluso, puede entenderse que tiene una consagración constitucional a partir de una lectura del artículo 22 Constitucional que establece las demarcaciones del *ius puniendi* [...] En este sentido, el principio de lesividad —por indicación ineludible de nuestra Constitución— es un límite a la libertad configurativa del legislador secundario, pues las normas penales que éste adopte deben responder justificadamente a la salvaguarda de un bien jurídico [...]

Este criterio fue reiterado en los *amparos directos en revisión 7787/2017 y 800/2019*, aunque la SCJN no profundizó en su contenido. En el primero de ellos, la Primera Sala simplemente determinó que el artículo 178 del CPF, el cual sanciona a quien sin causa legítima desobedezca un mandato legítimo de autoridad, es incompatible con el artículo 22 constitucional, “al no corresponder proporcionalmente al resguardo de bienes jurídicamente valiosos, sino, por el contrario, implicar una intervención innecesaria e injustificada en el ámbito de las libertades democráticas”. Sin embargo, más que una auténtica violación al principio de lesividad, lo que la Sala parece haber constatado en ese asunto fue una violación al principio de proporcionalidad.³⁰¹

Otro asunto en el que se abordó el alcance del principio de lesividad es el ya citado *amparo en revisión 585/2020*.³⁰² En este caso, la SCJN reiteró que el principio de lesividad exige “la necesaria existencia de un bien jurídico de relevancia penal, el cual efectivamente se entienda vulnerado bajo el despliegue de las conductas consideradas como delictivas”. En ese sentido, al analizar el caso concreto la Primera Sala consideró que, si bien la salud individual corresponde a los derechos humanos inherentes a la persona, “no es un bien jurídico de *relevancia penal*, al menos que sea vulnerada por la conducta de otras personas” [cursivas añadidas]. En otras palabras, para la SCJN, la protección de la salud frente a actos del propio agente, no es un bien jurídico que justifique el recurso al derecho penal, toda vez que “sobre ella, sólo a la persona le corresponde decidir en virtud de la tutela que le otorga el derecho al libre desarrollo de la personalidad”. Nótese cómo —en la línea de lo dicho anteriormente— la Primera Sala parece entender que entre el principio de lesividad y el principio de autonomía personal —según el cual no es válido imponer modelos de virtud o interferir en la moral autorreferente— existe un vínculo estrecho y casi necesario.

301 En efecto, la Sala entendió que el tipo sí estaba encaminado a tutelar un bien jurídico, pero la medida adoptada era desproporcionada.

302 Véase *infra*, nota 270.

Ahora bien, un aspecto que suele ser controversial de cara al principio de lesividad es el relativo a los *delitos de peligro abstracto*. Como se sabe, los delitos de peligro abstracto son aquellos en los que basta con que se realice una conducta considerada riesgosa o peligrosa *en sí misma*, con independencia de su resultado específico (es decir, aunque en el caso concreto no se ponga efectivamente en riesgo el bien jurídico tutelado³⁰³). Como ejemplos de este tipo de delitos suelen citarse aquellos que sancionan la mera posesión de bienes ilícitos, como armas o estupefacientes. Se trata, en definitiva, de delitos en los que la peligrosidad de la conducta no forma en realidad parte del tipo penal, sino que se *presume*.³⁰⁴ Si bien se trata de tipos penales bastante expandidos en el derecho positivo vigente, su legitimidad ha sido ampliamente debatida y cuestionada en la doctrina, existiendo posiciones que van desde su rechazo categórico hasta su plena aceptación, pasando por posturas intermedias que la admiten sólo en ciertos casos.³⁰⁵

En el caso de México, no obstante, la SCJN parece optar por una interpretación más flexible del principio de lesividad, pues ha considerado que ciertos tipos penales de peligro abstracto sí son compatibles con el principio de lesividad. Así, por ejemplo, en el *amparo directo en revisión 4104/2013*, la Primera Sala sostuvo que el tipo penal de transporte ilegal de narcóticos, contenido en el artículo 195, fracción I, del CPF, no es violatorio de dicho principio ya que:

[E]l tipo penal no sólo se sustentó en razones de política criminal, también en la *potencial afectación* que la transportación clandestina de narcóticos produce a la salud de la población en general, por lo que la consumación de este delito de peligro no se limita a un estado previo a la realización de un acto punible o preparatorio [...] [Cursivas añadidas].

5.3. Principio de ultima ratio o mínima intervención

Otro principio reconocido implícitamente en la CPEUM por la SCJN es el principio de *ultima ratio* o mínima intervención. Como han destacado diversos autores, si bien se trata de un principio ampliamente aceptado en la doctrina, sus verdaderos contornos distan mucho de estar completamente delineados.³⁰⁶ Con

303 Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *op. cit.*, nota 126, p. 326. Como refieren estos autores, esta clase de delitos puede llevar a una punibilidad excesiva.

304 *Idem*.

305 Lopera, Gloria, *op. cit.*, nota 259, p. 404.

306 Así lo refiere Shünemann, para quien el principio de *ultima ratio* es una fórmula de origen reciente, la cual ha sido investigada hasta hoy en su mayor parte. Además, si bien se han intentado derivar de ella consecuencias concretas, éstas han sido sumamente controvertidas. Shünemann, Bernd, "Protección de bienes jurídicos, ultima ratio y victimodogmática. Sobre los

todo, siguiendo la interpretación dominante, la SCJN ha señalado que dicho principio “implica que el derecho penal debe ser el último recurso de la política social del Estado para la protección de los bienes jurídicos más importantes frente a los ataques más graves que puedan sufrir”. En esa línea, en la *acción de inconstitucionalidad 51/2018*, por ejemplo, el Pleno de la SCJN sostuvo que dicho principio se desdobra en dos subprincipios, a saber:

[E]l de *fragmentariedad*, que implica que el derecho penal solamente puede aplicarse a los ataques más graves frente a los bienes jurídicos; y el de *subsidiariedad*, conforme al cual, se ha de recurrir primero y siempre a otros controles menos gravosos existentes dentro del sistema estatal antes de utilizar el penal; de ahí que el Estado sólo puede recurrir a él cuando hayan fallado todos los demás controles. [Cursivas añadidas]

En dicho asunto, la SCJN explicó además que, si bien no se encuentra expresamente previsto en la CPEUM, dicho principio puede derivarse y/o entenderse inmerso en los artículos 14, 16, 18, 19, 20, 21, 22 y 23 de la CPEUM, así como en los tratados internacionales de los cuales México es parte. En esa línea, al analizar el caso concreto, el Pleno determinó que el artículo 357, fracción II, del Código Penal de San Luis Potosí —el cual sancionaba con jornadas de trabajo comunitario, multa y suspensión de derechos a quien condujera un vehículo y distrajera su atención al utilizar teléfonos móviles, poniendo con ello en peligro la vida, la salud o los bienes de terceros— era contrario al principio de *ultima ratio*, toda vez que la simple “seguridad vial” no es un bien jurídico fundamental que “amerite protección a través de la medida más severa que tiene el Estado a su alcance”, además de que no se trataba de “una conducta en extremo grave que requiera ser castigada por esa vía”. Ello es así —sostuvo el Pleno— toda vez que existen vías *menos lesivas*, como la administrativa, que permiten sancionar tales conductas y tutelar adecuadamente dicho bien jurídico.

La Corte IDH también ha sostenido la existencia implícita de dicho principio en el ámbito de la CADH. En *Usón Ramírez vs. Venezuela*, por ejemplo, el tribunal interamericano señaló que “el uso de la vía penal debe responder al principio de intervención mínima, en razón de la naturaleza del derecho penal como *ultima ratio*”. Para la Corte IDH, en una sociedad democrática “el poder punitivo sólo se puede ejercer en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o los pongan en peligro”.³⁰⁷

límites inviolables del Derecho Penal en un Estado de Derecho Liberal”, en Robles Planas, Ricardo (ed.), *Límites al derecho penal: Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Barcelona, Atelier, 2012, pp. 67-68.

307 Corte IDH. Caso *Usón Ramírez vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, párr. 73.

Por lo demás, vale la pena recordar —como se dijo en el apartado relativo al principio de proporcionalidad— que además de principios autónomos, tanto el *principio de lesividad* como el *principio de mínima intervención* (junto con sus dos subprincipios, fragmentariedad y subsidiariedad) pueden ser incorporados e, incluso, reinterpretados, como parte integral del *examen o test de proporcionalidad en sentido amplio*. Esta es la postura que ha sostenido Gloria Lopera, para quien el principio de lesividad debería de ser incorporado en el análisis de la “idoneidad” de normas penales (es decir, como criterio para determinar su adecuación), mientras que el principio *de ultima ratio* y sus dos subprincipios debería ser integrado la grada de “necesidad” (es decir, como criterio para determinar la existencia o inexistencia de medidas alternativas menos lesivas, pero igualmente idóneas).³⁰⁸ Algo similar sostuvo Michael Bunzel, en 2003, al referir que “en una investigación” se habría demostrado que “determinados postulados, como los referentes a la cuestión sobre el merecimiento y la necesidad de pena, la idea de *ultima ratio* así como la tesis del denominado carácter fragmentario del derecho penal” pueden enriquecer los distintos niveles del examen de proporcionalidad. Lo anterior, de tal manera que “estructuras de argumentación que hasta ahora se consideraban insuficientes pasan a enriquecer los distintos planos del principio de proporcionalidad con un contenido dogmático y reactivan la creación de una construcción limitadora de carácter constitucional”.³⁰⁹

5.4. Derecho penal de acto

Finalmente, tanto la SCJN de como la Corte IDH han reconocido —como un principio implícito en la CPEUM y la CADH susceptible de limitar el contenido material de las leyes penales— el *modelo del derecho penal del acto*, según el cual, como es sabido, sólo resulta válido sancionar penalmente a una persona por lo que ha hecho y no por quién es, es decir, por su personalidad o sus características personales.³¹⁰

En el caso particular de México, la SCJN ha sostenido que nuestra CPEUM se decanta expresamente por este paradigma y rechaza su opuesto, el derecho penal de autor, a partir de una *interpretación sistemática* del principio de dignidad hu-

308 Lopera, Gloria, *op. cit.*, nota 259.

309 Bunzel, Michael, “La fuerza del principio constitucional de proporcionalidad como límite de la protección de bienes jurídicos en la sociedad de la información”, en Hefendehl, Roland, *et al.* (eds.), *op. cit.*, nota 296, p. 164.

310 Véase la tesis jurisprudencial 19/2014 de la Primera Sala, con el rubro: DERECHO PENAL DEL AUTOR Y DERECHO PENAL DEL ACTO. RASGOS CARACTERIZADORES Y DIFERENCIAS.

mana contenido en el artículo 1º, el mandato de exacta aplicación contenido en el artículo 14, el principio de reinserción social previsto en el artículo 18 y la prohibición de penas inusitadas del artículo 22, todos de la CPEUM.³¹¹ Así, con base en dicho principio, la SCJN ha declarado la inconstitucionalidad de diversas normas que obligaban a las juezas y jueces a considerar los *dictámenes periciales sobre la personalidad o peligrosidad* del acusado, o bien sus *antecedentes penales*, a fin de individualizar la pena.³¹² Con todo, es importante destacar que la SCJN también ha precisado que sí resulta válido utilizar como criterio para calcular o agravar la pena, antecedentes penales que lleven a considerar a la persona como “reincidente”. Ello es así, toda vez que en este caso los antecedentes no son utilizados como evidencia de la “personalidad” del autor, sino únicamente para acreditar la mayor *reprobabilidad* de la conducta, en tanto demuestran la existencia de una condena previa en la que se previno al autor con imponérsele una sanción mayor en caso de reincidir.³¹³

En un sentido similar, la Corte IDH ha sostenido que el artículo 9 de la CADH también se decanta por el paradigma del derecho penal de acto y rechaza su opuesto, el derecho penal de autor, en sus diferentes vertientes (como son el derecho penal de ánimo o el derecho penal de voluntad). Así, por ejemplo, en el ya referido caso de *Pollo Rivera vs. Perú*, el tribunal interamericano señaló lo siguiente:

El artículo 9 de la Convención Americana establece que “nadie puede ser condenado por acciones u omisiones”, es decir que sólo puede ser condenado por “actos”. El derecho penal de “acto” es una elemental garantía de todo derecho penal conforme a los dere-

311 Véase la tesis jurisprudencial 21/2014 de la Primera Sala, con el rubro: DERECHO PENAL DE ACTO. RAZONES POR LAS CUALES LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS SE DECANTA POR DICHO PARADIGMA (INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DE LOS ARTÍCULOS 1o., 14, TERCER PÁRRAFO, 18, SEGUNDO PÁRRAFO, Y 22, PRIMER PÁRRAFO).

312 Véanse la tesis aislada CCCXXXVIII/2015 de la Primera Sala, con el rubro: FIJACIÓN DE LA PENA. EL ARTÍCULO 84, PÁRRAFO PRIMERO, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE VERACRUZ, QUE PREVÉ QUE LOS JUECES DEBEN TOMAR EN CUENTA LOS ANTECEDENTES Y CONDICIONES PERSONALES DEL RESPONSABLE, ASÍ COMO EL GRADO DE TEMIBILIDAD PARA DETERMINAR EL QUÁNTUM DE AQUÉLLA, ES CONTRARIO AL PARADIGMA DEL DERECHO PENAL DEL ACTO; y la tesis jurisprudencial 19/2016 de la Primera Sala, con el rubro: INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA. EL PARADIGMA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO PENAL DEL ACTO PROHÍBE LA POSIBILIDAD DE QUE LOS ANTECEDENTES PENALES, ENTENDIDOS EN SENTIDO AMPLIO, SEAN CONSIDERADOS POR EL JUZGADOR PARA GRADUAR LA CULPABILIDAD DE LA PERSONA SENTENCIADA.

313 Véase la tesis jurisprudencial 80/2013 de la Primera Sala, con el rubro: INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA. LOS ANTECEDENTES PENALES DEL SENTENCIADO QUE LLEVEN A CONSIDERARLO COMO REINCIDENTE, DEBEN TOMARSE EN CUENTA PARA FIJAR LA PUNIBILIDAD.

chos humanos. Precisamente, ante las aterradoras consecuencias del desconocimiento de esta premisa básica de los derechos humanos es que éstos comienzan su desarrollo a partir de 1948. El derecho penal conforme a todos los instrumentos de derechos humanos rechaza frontalmente el llamado “derecho penal de autor”, que considera a la conducta típica sólo como un signo o síntoma que permite detectar a una personalidad o carácter, ampliándose incluso a actos atípicos, siempre que se considere que cumplen la misma función de señalización subjetiva.

Capítulo III

Garantías orgánicas

1. PRINCIPIO DE JUEZ COMPETENTE Y NATURAL

1.1. *Fundamento y contenido*

Una de las primeras garantías del debido proceso en materia penal es el derecho a ser juzgado o juzgada por un tribunal competente, constituido con anterioridad al hecho. El artículo 17, segundo párrafo, de la CPEUM establece el derecho de toda persona a que “se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes”. Por su parte, el artículo 8.1 de la CADH dispone que toda persona tiene el derecho a ser juzgada por “un tribunal competente [...] establecido con anterioridad a la ley”. De las anteriores disposiciones es posible desprender lo que se conoce como *el principio de juez competente y natural*, el cual comporta no sólo una garantía del debido proceso, sino también un presupuesto de éste³¹⁴ y consiste básicamente en que las personas tienen derecho a ser juzgadas por tribunales ordinarios y conforme a los procedimientos legalmente establecidos.³¹⁵

Desde la Séptima Época, la SCJN ha entendido la *jurisdicción* como la “potestad del Estado convertido en autoridad para impartir justicia, por medio de los tribunales que son sus órganos jurisdiccionales”. Sin embargo, derivado de la complejidad que conlleva la administración de justicia, también ha reconocido que existe una necesidad imperante de clasificar a los tribunales en razón de su territorio, cuantía, materia y grado; es decir, de establecer la *competencia* de un determinado órgano jurisdiccional para conocer de ciertos asuntos sometidos a su jurisdicción.³¹⁶

En sentido similar, la Corte IDH ha señalado enfáticamente que el juez natural deriva su existencia y competencia de la “ley”, por lo que en un Estado de derecho corresponde *exclusivamente* al Poder Legislativo —a través del procedimiento constitucionalmente establecido— la facultad de regular a través de las leyes la

314 Corte IDH. Caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párr. 75.

315 *Idem*.

316 Véase la tesis aislada de la Sala Auxiliar, con el rubro: JURISDICCION Y COMPETENCIA.

competencia de los juzgadores.³¹⁷ Este mandato de reserva de ley para efectos de la competencia se encuentra también muy asentado en el derecho comparado, pues la doctrina es pacífica en el sentido de que la determinación de la competencia debe provenir necesariamente de una ley en sentido formal y material, y no así de reglamentos, decisiones judiciales o, en general, disposiciones secundarias.³¹⁸

El principal objetivo de esta garantía es que las personas sean juzgadas por tribunales ordinarios establecidos por la ley *con anterioridad* y bajo normas procesales legalmente establecidas que determinen criterios claros y objetivos, evitando a toda costa el uso de tribunales especiales o *ad hoc*.³¹⁹ Con ello, no sólo se garantiza la legalidad, sino también la imparcialidad y la objetividad del tribunal, lo que ha llevado a una parte de la doctrina comparada a cuestionar si en realidad existe una distinción entre todos estos principios o si en realidad se trata de uno solo.³²⁰ En cualquier caso, es posible afirmar que se trata de principios del proceso penal profundamente interconectados.

1.2. Excepciones a las reglas generales de competencia

Una cuestión interesante en torno al contenido específico y alcances del principio de juez competente y natural radica en su compatibilidad con instituciones como el *fuero* o la *conexidad*, las cuales podrían llegar a entenderse como *excepciones* a las reglas generales de fijación de competencia. En efecto, si bien de conformidad con las normas procesales de un Estado correspondería a un determinado tribunal conocer de un caso en específico, mediante el *fuero* es posible dotar de cierta inmunidad o sujetar a una determinada jurisdicción especial a funcionarios públicos con la finalidad de evitar que se altere el normal desarrollo de la función pública; mientras que a través de la *conexidad* sería posible que se otorgue competencia a un tribunal *distinto* al que originalmente correspondería conocer de la causa cuando existe un vínculo entre ésta y otros casos, con la finalidad de que no se incurra en contradicciones y se garantice la unidad en las decisiones.³²¹

317 Corte IDH. Caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*, *op. cit.*, nota 314, párr. 76.

318 *Cfr.* Binder, Alberto M., *Introducción al derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1993, p. 139; Díez-Picazo, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, 4ª ed., Pamplona, Civitas-Thomson Reuters, 2013, p. 416; y Trechsel, Stefan, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 50-51.

319 Corte IDH. Caso *Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 50.

320 Trechsel, Stefan, *op. cit.*, nota 318, p. 49.

321 Corte IDH. Caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*, *op. cit.*, nota 314, párr. 74 y 77.

En ambos supuestos, la Corte IDH ha considerado que no necesariamente existe una incompatibilidad entre el principio en estudio y dichas instituciones, siempre y cuando hayan sido establecidos expresa y claramente por el Poder Legislativo, en la ley respectiva, la definición y alcances de dichas figuras. Conforme a estas reglas especiales emitidas con *anterioridad* al hecho, el juez de fuero o al que se le atribuya competencia en las causas conexas, se convertirá en el *juez natural* de dichas personas.³²² Por el contrario, será violatorio del principio de juez competente y natural el hecho de sujetar a una persona a una determinada jurisdicción especial no establecida en la ley, sino creada por el Poder Ejecutivo o el propio Poder Judicial; o bien, atribuir a una persona juzgadora el conocimiento de causas conexas sin que se encuentren legalmente establecidas las reglas para la operación de la conexidad y la competencia del tribunal en cuestión para conocer de dichos asuntos.³²³

En un sentido similar, la SCJN se ha pronunciado en torno a la compatibilidad entre el principio de juez natural y las excepciones a las reglas generales de competencia de los jueces penales. Por ejemplo, la Corte ha sostenido que este principio no se transgredía por el hecho de que el ahora abrogado CFPP³²⁴ permitiera conocer de un delito a un juez de distrito *distinto* al del lugar en que aquél se cometió —regla general de competencia por territorio—, en aquellos casos en los que se encontrara justificado el *traslado* del imputado a un centro de reclusión de *máxima seguridad*, atendiendo a las características del hecho, las circunstancias particulares del justiciable, razones de seguridad en las prisiones, u otras que impidieran garantizar el adecuado desarrollo del proceso. Ello, bajo el argumento de que el cambio radica

322 *Idem.*

323 *Idem.*

324 Artículo 6. Es tribunal competente para conocer de un delito, el del lugar en que se comete, salvo lo previsto en los párrafos segundo y tercero del artículo 10.

Si el delito produce efectos en dos o más entidades federativas, será competente el juez de cualquiera de éstas o el que hubiera prevenido.

Artículo 10. Es competente para conocer de los delitos continuados y de los continuos o permanentes, cualquiera de los tribunales en cuyo territorio aquéllos produzcan efectos o se hayan realizado actos constitutivos de tales delitos.

En caso de concurso de delitos, el Ministerio Público Federal será competente para conocer de los delitos del fuero común que tengan conexidad con delitos federales, y los jueces federales tendrán, asimismo, competencia para juzgarlos.

También será competente para conocer de un asunto, un juez de distrito distinto al del lugar de comisión del delito, si por razones de seguridad en las prisiones, atendiendo a las características del hecho imputado, a las circunstancias personales del inculpado y a otras que impidan garantizar el desarrollo adecuado del proceso, el Ministerio Público Federal considera necesario llevar el ejercicio de la acción penal ante otro juez. Lo anterior es igualmente aplicable para los casos en que, por las mismas razones, la autoridad judicial, de oficio o a petición de parte, estime necesario trasladar a un procesado a algún centro de reclusión de máxima seguridad, en los que será competente el tribunal del lugar en que se ubica dicho centro.

exclusivamente en el *lugar* del juez que conocerá de la causa, sin involucrar un cambio de jurisdicción, fuero o categoría, y ante motivos justificados.³²⁵

1.3. Criterios materiales del principio de juez natural y jurisdicción militar

La Corte IDH no sólo ha desarrollado criterios *formales* para dotar de contenido al principio de juez competente y natural —en el sentido de que la competencia debe encontrarse formalmente establecida en una ley emitida por el Poder Legislativo—, sino también ha establecido algunos criterios *materiales* para identificar cuándo este principio ha sido transgredido. En específico, existe una abundante y constante jurisprudencia interamericana en torno a la relación entre el principio de juez natural y el fuero o jurisdicción *militar* que señala que “cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori*, el debido proceso, el cual, a su vez, encuéntrase íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia”.³²⁶

Sobre ello, el tribunal interamericano ha reconocido que la *jurisdicción militar* ha sido establecida por diversas legislaciones con la finalidad de mantener el orden y la disciplina dentro de las fuerzas armadas.³²⁷ Sin embargo, ha sido enfático en el sentido de que “[e]n un Estado democrático de Derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares”.³²⁸ Por tanto, no basta con que la ley establezca previamente cuál será el tribunal que atenderá una causa y que le otorgue competencia a éste, sino que se debe tomar en consideración que la aplicación de la jurisdicción militar debe reservarse a los militares en servicio activo que hayan incurrido durante el ejercicio de sus funciones en *delitos o faltas que por su misma naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar*.³²⁹

325 Al respecto, véase la tesis aislada XXIX/2002 del Tribunal Pleno, con el rubro: COMPETENCIA PENAL. LA GARANTÍA QUE OTORGA A LOS INCULPADOS EL ARTÍCULO 20, APARTADO A, FRACCIÓN VI, CONSTITUCIONAL, NO SE TRANSGREDE POR LOS NUMERALES 6o., PÁRRAFO PRIMERO, Y 10, PÁRRAFO TERCERO, DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, QUE PERMITEN CONOCER DE UN DELITO A UN JUEZ DE DISTRITO DISTINTO AL DEL LUGAR EN QUE AQUÉL SE COMETIÓ.

326 Corte IDH. Caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 128.

327 *Idem*.

328 Corte IDH. Caso *Durand y Ugarte vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párr. 117.

329 *Cfr.* Corte IDH. Caso *Quispialaya Vilcapoma vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2015. Serie C No. 308, párr. 146.

De esta manera, para ser acorde con el principio de juez competente y natural, cualquier ley que otorgue competencias en el fuero militar y determine las normas penales militares aplicables en dicho fuero, deberá “establecer claramente y sin ambigüedad”: (i) quiénes son militares, únicos sujetos activos de los delitos militares; (ii) cuáles son las conductas delictivas típicas en el especial ámbito militar; (iii) la conducta ilícita a través de la descripción de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos militares gravemente atacados, que justifique el ejercicio del poder punitivo militar; y (iv) especificar la correspondiente sanción, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad.³³⁰ En el entendido de que, en ningún caso, la jurisdicción penal militar podrá ser el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de *violaciones a derechos humanos*, pues el procesamiento de los responsables en estos casos corresponde siempre a la jurisdicción ordinaria.³³¹

Siguiendo ese estándar, recientemente, la Primera Sala ha sostenido que, tratándose del delito de *homicidio*, éste no puede ser juzgado en ningún caso bajo el fuero militar, ni siquiera cuando se hubiere cometido dentro de las instalaciones militares y los sujetos activo y pasivo tuvieran esa calidad al momento de los hechos. De acuerdo con la Sala, ello es así toda vez que el bien jurídico del delito de homicidio es la protección de la vida, lo cual no guarda “relación alguna con los bienes jurídicos propios del orden militar o con algún tipo de afectación a los mismos”. En definitiva, para la SCJN, el fuero militar sólo es competente para conocer de “los delitos y faltas que, por su propia naturaleza, atenten de manera directa contra la disciplina militar, cometidos por militares en activo” y “siempre y cuando se realicen en actos del servicio y no esté involucrado un civil o se trate de violaciones de derechos humanos”.³³²

2. PRINCIPIOS DE IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA

2.1. *Fundamento y contenido*

Como señalamos, el principio de juez competente y natural se vincula estrechamente con los principios de imparcialidad e independencia, los cuales se de-

330 Corte IDH. Caso *Usón Ramírez vs. Venezuela*, *op. cit.*, nota 307, párr. 110.

331 Corte IDH. Caso *La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 142.

332 Véase la tesis aislada X/2020 de la Primera Sala, de rubro: DELITO DE HOMICIDIO. QUEDA EXCLUIDO DEL FUERO MILITAR PREVISTO EN EL ARTÍCULO 13 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

rivan igualmente de los artículos 17, segundo párrafo, de la CPEUM³³³ y 8.1 de la CADH.³³⁴ Esta tríada de principios es uno de los pilares fundamentales de las garantías penales en todo el mundo, pues implica no sólo un derecho subjetivo de las personas a ser juzgadas por autoridades “neutrales”, sino que también garantiza la división de poderes y, en última instancia, la subsistencia misma del Estado de derecho.³³⁵ Con todo, como sostiene la Corte IDH, no debe perderse de vista que, si bien los conceptos de imparcialidad e independencia se encuentran íntimamente relacionados, no son intercambiables y, lo cierto es que, cada uno goza de su contenido jurídico propio.³³⁶

Por un lado, la *independencia judicial* se refiere a la protección del sistema judicial en general y de sus integrantes en particular de interferencias, intervenciones o restricciones indebidas en el ejercicio de su función tanto por personas ajenas al propio Poder Judicial —de manera destacada, el Poder Ejecutivo— como incluso de personas pertenecientes al propio Poder Judicial que gozan de una mayor jerarquía.³³⁷ En efecto, como señala Alberto Binder, los “jueces superiores [...] [n]o podrían, en modo alguno, darle indicaciones o influir sobre [un juzgador] para que decida en uno u otro sentido”.³³⁸ En definitiva, lo que se busca es evitar la *subordinación* tanto de la institución como de los jueces en lo individual a entidades externas,³³⁹ para lo cual se establece una serie de garantías relativas al nombramiento, inamovilidad y destitución de los juzgadores.³⁴⁰

333 Artículo 17. [...]

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.
[...].

334 Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.
[...].

335 Trechsel, Stefan, *op. cit.*, nota 318, pp. 46-47.

336 Corte IDH. Caso *Apitz Barbera y otros* (“*Corte Primera de lo Contencioso Administrativo*”) vs. *Venezuela*, *op. cit.*, nota 319, párrs. 54-56.

337 *Idem*.

338 Binder, Alberto M., *op. cit.*, nota 318, p. 146.

339 Trechsel, Stefan, *op. cit.*, nota 318, pp. 46-47.

340 Corte IDH. Caso *Reverón Trujillo vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197, párr. 70.

Por su parte, la *imparcialidad judicial* implica que un juzgador o los integrantes de un tribunal no tengan un interés o involucramiento directo en la controversia, una posición tomada o una preferencia por alguna de las partes.³⁴¹ Así, por lo que respecta específicamente a la “garantía” de imparcialidad, ésta tiene como objetivo asegurar que el juez o tribunal que conozca del asunto actúe con la mayor *objetividad* posible al resolver un caso sujeto a su jurisdicción.³⁴² En esta misma línea, al desentrañar los alcances del artículo 17 constitucional, la SCJN ha sostenido que el principio de imparcialidad “es una condición esencial que debe revestir a los juzgadores que tienen a su cargo el ejercicio de la función jurisdiccional, la cual consiste en el deber que tienen de ser ajenos o extraños a los intereses de las partes en controversia y de dirigir y resolver el juicio sin favorecer indebidamente a ninguna de ellas”.³⁴³

Este último principio exige que quien juzgue una contienda se aproxime a los hechos de la causa, careciendo de prejuicios en lo *subjetivo*, así como ofreciendo garantías suficientes de índole *objetiva*. Esta distinción proviene originalmente del TEDH,³⁴⁴ la cual ha sido retomada tanto por la jurisprudencia de la Corte IDH como por la de la propia SCJN. Según esta distinción, el principio de imparcialidad comporta no sólo un *aspecto subjetivo*, consistente en que el juzgador debe carecer de cualquier prejuicio personal, es decir, debe tener un *estado mental* imparcial,³⁴⁵ sino también un *aspecto objetivo*, entendido como el deber de ofrecer “garantías” suficientes para que no exista duda legítima sobre su imparcialidad, de forma que hasta las “apariencias” desempeñan un papel importante en este aspecto (un juez imparcial no sólo debe serlo, sino también parecerlo).³⁴⁶ Ello es así, pues lo que se busca es proteger la confianza que deben inspirar los tribunales a los ciudadanos de una sociedad democrática y, particularmente, a las partes del caso en cuestión.³⁴⁷

341 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 146.

342 Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 171.

343 Amparo directo 9/2008, resuelto por la Primera Sala de la SCJN el 12 de agosto de 2009, p. 545.

344 TEDH. *Caso Morice v. France*, Judgment (Merits and Just Satisfaction), Application no. 29369/10, 11 de julio de 2013, párr. 71; y TEDH. *Caso De Cubber v. Belgium, Judgment (Merits)*, Application No. 9186/80, 26 de octubre de 1984, párr. 26.

345 Trechsel, Stefan, *op. cit.*, nota 318, pp. 62.

346 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 189; e Impedimento 12/2017, resuelto por Primera Sala de la SCJN el 24 de enero de 2018, pp. 12-14.

347 TEDH, *Caso Piersack vs. Belgium, Judgment (Merits)*, Court (Chamber), Application No. 8692/79, 1 de octubre de 1982, párr. 30; y TEDH. *Caso Castillo Algar vs. Spain, Judgment (Merits and Just Satisfaction)*, Application No. 28194/95 28194/95, 28 de octubre de 1998, párr. 45.

En esa misma línea, la Corte IDH ha sostenido que, desde el punto de vista *subjetivo*, la imparcialidad se presume a menos de que exista prueba en contrario de que el juzgador ha expresado o mostrado hostilidad, prejuicios o preferencia personal hacia una de las partes, o bien que el caso fuera asignado a él por razones personales. Mientras que, desde el punto de vista *objetivo*, exige analizar si el juzgador aportó elementos suficientes para eliminar temores legítimos o sospechas fundadas sobre su parcialidad.³⁴⁸ En ese contexto, la existencia de figuras como las *excusas* y las *recusaciones* constituyen un mecanismo apropiado para garantizar la protección de este principio, pues permiten a las partes plantear la existencia de impedimentos para conocer de un asunto, ante una posible afectación de la imparcialidad. En el caso particular de la figura de la *excusa*, ésta además permite que sean las personas juzgadoras quienes *motu proprio* expresen su riesgo de parcialidad y se inhiban de conocer algún asunto sujeto a su jurisdicción.³⁴⁹

2.2. Entrevistas ex parte

Una cuestión interesante a la que se han enfrentado los tribunales en nuestro país consiste en determinar si las *entrevistas ex parte* —es decir, aquellas que celebra una persona juzgadora con sólo una de las partes y sin notificarlo a la adversaria— implican una transgresión al principio de imparcialidad. En específico, al resolver el *amparo directo en revisión 6888/2018*,³⁵⁰ la SCJN analizó un caso en el que un tribunal dictó un receso durante la audiencia de juicio oral para entrevistarse con una niña, en su calidad de víctima, para constatar su estado emocional y la viabilidad de que emitiera su declaración.

Al analizar ese caso, la SCJN sostuvo que el artículo 20, apartado A, fracción VI, de la CPEUM³⁵¹ contiene una prohibición explícita para la persona juzgadora en materia penal de tratar asuntos sujetos a proceso con cualquiera de las

348 Corte IDH, Caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. *op. cit.*, nota 346, párr. 189.

349 Corte IDH. Caso *Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*, *op. cit.*, nota 319, párrs. 182-186; e Impedimento 12/2017, *op. cit.*, nota 346, pp. 15-16.

350 Amparo directo en revisión 6888/2018, resuelto por Primera Sala de la SCJN el 14 de octubre de 2020.

351 Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

A. De los principios generales:

[...]

VI. Ningún juzgador podrá tratar asuntos que estén sujetos a proceso con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra, respetando en todo momento el principio de contradicción, salvo las excepciones que establece esta Constitución;

[...].

partes sin que esté presente la otra; lo cual tiene como finalidad de *preservar la imparcialidad* de los integrantes del tribunal de enjuiciamiento y evitar cualquier contaminación o sesgo por parte de quienes imparten justicia, por lo que su transgresión implica la presunción de que se perdió la imparcialidad y ello conllevaría la reposición del procedimiento.³⁵² No obstante, la SCJN reconoció que la propia disposición constitucional admite como excepciones las “*que establece esta Constitución*”, lo cual fue interpretado en el sentido de que se trata de aquellas diligencias que solicite el Ministerio Público y que sean necesarias para garantizar la efectividad de la investigación, entre las que se encuentran: la solicitud de órdenes de aprehensión o comparecencia, cateo, arraigo, intervención de comunicaciones privadas y geolocalización, dada la secrecía que esas actuaciones requieren. Así, de acuerdo con lo anterior, la Primera Sala concluyó que, en el caso concreto, el tribunal de enjuiciamiento sí vulneró la prohibición constitucional de sostener entrevistas *ex parte* (sin que se encuentre presente la otra parte), pues en el caso no se actualizaba ninguna de las excepciones antes señaladas.³⁵³

2.3. Actuación *oficios*1a de las y los juzgadores

Un segundo debate de interés en la jurisprudencia nacional ha consistido en determinar si la actuación *oficiosa* de las personas juzgadoras para recabar pruebas en casos concretos, con miras a esclarecer la verdad de los hechos, vulnera o no el principio de imparcialidad. Sobre ello, existe una amplia línea jurisprudencial de la Primera Sala en el sentido de que no es contrario a la referida garantía el hecho de que la legislación adjetiva permita a las personas juzgadoras ordenar *oficiosamente* (es decir, sin el impulso de cualquiera de las partes) el ofrecimiento y desahogo de medios probatorios con la finalidad de allegarse de información suficiente para formar su convicción y decidir con base en la verdad.³⁵⁴

352 Tesis aislada XVII/2021 de la Primera Sala, con el rubro: SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO Y ORAL. CONSECUENCIAS DE LA INFRACCIÓN A LA PROHIBICIÓN A LA PERSONA JUZGADORA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 20, APARTADO A, FRACCIÓN VI, DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL, DE SOSTENER ENTREVISTAS CON CUALQUIERA DE LAS PARTES SIN QUE ESTÉ PRESENTE LA OTRA, EN JUICIOS BAJO SU CONOCIMIENTO, Y EXCEPCIONES A LA MISMA; y Tesis aislada XVI/2021 de la Primera Sala, con el rubro: SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO Y ORAL. LA PROHIBICIÓN AL JUZGADOR PREVISTA EN EL ARTÍCULO 20, APARTADO A, FRACCIÓN VI, DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL, DE TRATAR ASUNTOS SUJETOS A PROCESO CON CUALQUIERA DE LAS PARTES SIN QUE ESTÉ PRESENTE LA OTRA, CONSTITUYE UNA GARANTÍA PARA SALVAGUARDAR LOS PRINCIPIOS DE CONTRADICCIÓN E IMPARCIALIDAD.

353 *Idem*.

354 Al respecto, véanse la tesis jurisprudencial 104/2012 de la Primera Sala, con el rubro: PRUEBA TESTIMONIAL. EL ARTÍCULO 245 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES

Con todo, debe destacarse que se trata de criterios que fueron emitidos en el contexto del llamado “sistema inquisitivo-mixto” y, al menos hasta la fecha en la que se escriben estas páginas, no se tiene conocimiento de un criterio similar en el contexto del sistema penal acusatorio. En ese sentido, no hay que perder de vista que el cambio en el sistema de justicia penal en 2008 y la introducción del principio acusatorio tuvieron un impacto muy significativo y relevante en lo que respecta al modelo de juicio y de juez penal en nuestro país, por lo que los criterios del sistema tradicional o mixto no podrían ser trasladables o replicables *en automático* en este nuevo sistema, sin hacerse cargo de todas estas modificaciones constitucionales. Esta discusión se retomará en el siguiente apartado.

3. PRINCIPIO ACUSATORIO

3.1. *Fundamento y contenido*

El artículo 20, primer párrafo, de la CPEUM, reformado en 2008, dispone que el proceso penal en México será “acusatorio y oral”. Con dicha expresión, el Poder Reformador buscó abandonar el viejo sistema de justicia penal vigente hasta entonces —al cual solemos llamar ahora “tradicional” o “mixto-inquisitivo”— y, en su lugar, transitar hacia un sistema plenamente *acusatorio y oral*, regido además por *los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación*. Como es sabido, el sistema penal tradicional destacaba por su opacidad, el predominio de la escritura sobre las actuaciones orales, la casi nula proyección del principio de presunción de inocencia y el papel predominante de órgano acusador. En ese sentido, puede decirse que uno de los objetivos de la reforma de 2008 fue transitar hacia un sistema más garantista y respetuoso de los derechos de las personas, para lo cual se apostó por un sistema acusatorio o adversarial.

PARA EL ESTADO DE VERACRUZ, NO VIOLA LA GARANTÍA DE IMPARCIALIDAD; la tesis aislada XCIX/2011 de la Primera Sala, con el rubro: GARANTÍA DE IMPARCIALIDAD. EL ARTÍCULO 124 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL NO VIOLA LA; la tesis aislada CCVII/2009 de la Primera Sala, con el rubro: DILIGENCIAS PROBATORIAS. LOS ARTÍCULOS 180 Y 206 DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, QUE FACULTAN A LOS TRIBUNALES PARA DECRETAR SU PRÁCTICA, REPETICIÓN O AMPLIACIÓN, NO VIOLAN EL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD JUDICIAL; y la tesis aislada L/99 del Tribunal Pleno, con el rubro: PRUEBAS PARA ACREDITAR LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL Y LA RESPONSABILIDAD. EL ARTÍCULO 124 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL, NO VIOLA LA GARANTÍA DE IMPARCIALIDAD CONSAGRADA POR EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

Ahora bien, para comprender dicha transformación, es importante tener claro en primer lugar en qué consiste la dicotomía: *acusatorio versus inquisitivo*, para efectos del proceso penal. Como ha destacado Máximo Langer, aunque históricamente la aparición de los términos “acusatorio” e “inquisitivo” como referencia a mecanismos de justicia penal se remonta hasta los siglos XII y XIII, su uso con fines propiamente *comparativos* entre diferentes sistemas penales surgió en realidad hasta la segunda mitad del siglo XVIII.³⁵⁵ De acuerdo con este autor, fue durante ese siglo que:

[L]a doctrina y las autoridades políticas en Europa continental, buscando alternativas al proceso penal del *Antiguo Régimen*, se empezaron a interesar en el procedimiento penal inglés como un posible modelo de reforma. [Así, la] doctrina y las autoridades europeas comenzaron a utilizar la categoría *acusatorio* para aludir al proceso penal *anglosajón*, y el término *inquisitivo* para referirse al proceso penal del *Antiguo Régimen* o de la Europa continental de ese momento. Con posterioridad, las jurisdicciones anglosajonas empezaron a utilizar el término adversarial de un modo similar a acusatorio.³⁵⁶ [Cursivas añadidas]

Con todo, como se sabe, hoy en día la distinción entre procesos penales acusatorios e inquisitivos dista mucho de ser clara. Como también ha destacado Langer, actualmente es posible distinguir al menos *cinco usos* contemporáneos de la distinción *acusatorio-inquisitivo*, a saber: (i) como tipos ideales descriptivos; (ii) como sistemas históricos o sociológicos presentes en procesos penales concretos pasados o contemporáneos; (iii) como intereses o valores contrapuestos que coexisten en todo proceso penal; (iv) como funciones del proceso penal y (v) como modelos normativos.³⁵⁷ Usos conforme a los cuales, por cierto, no siempre suelen destacarse las mismas características o elementos, muy probablemente por una confusión entre el plano descriptivo (es decir, el plano del *ser*) y el plano normativo (es decir, el plano del *deber ser*). Como el propio Langer señala, existen figuras (como el *plea bargain* o el procedimiento abreviado) que pueden ser consideradas “acusatorias” bajo ciertas concepciones e “inquisitivas” conforme a otras.³⁵⁸ Sin mencionar que no parecen existir actualmente en la realidad sistemas inquisitivos o acusatorios “puros”, sino más bien sistemas *mixtos*. Por ello, como señala este autor, “tal vez lo mejor sería directamente abandonar la dicotomía o limitarla

355 Langer, Máximo, “La larga sombra de las categorías acusatorio-inquisitivo”, en *Revista de Derecho Público*, Universidad de los Andes, núm. 32, enero-junio de 2014, pp. 6-7.

356 *Ibidem*, p. 7.

357 *Ibidem*, p. 4.

358 Langer, Máximo, “La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado”, en Maier, Julio B. J. y Bovino, Alberto (comps.), *El procedimiento abreviado*, Buenos Aires, Editores del Puerblo, 2001, pp. 111-113.

solamente a uno de estos sentidos conceptuales” y, mientras esto no suceda, “al menos, señalar en cuál de estos sentidos lo estamos haciendo”.³⁵⁹

Siguiendo dicha sugerencia, para efectos de este apartado, en lo que sigue distinguiremos entre modelos *acusatorios* e *inquisitivos* como *modelos teóricos o ideales*, según reconozcan o no ciertas garantías mínimas (y muy especialmente la estricta *separación* entre el órgano acusador y el órgano decisor y la consecuente carga de la prueba correspondiente a la acusación). Lo haremos así, entre otras razones, porque éste es el uso que parece darle la propia SCJN. En efecto, en el *amparo directo en revisión 1603/2011*,³⁶⁰ por ejemplo, la Primera Sala explicó que:

[E]l modelo de sistema procesal penal acusatorio se caracteriza por la clara división de funciones de los actores esenciales del proceso; la acusación y el juzgamiento son actividades diferenciadas y ejercidas por entes diversos. Lo que implica que la actuación del juzgador deba tener como parámetros de referencia la imparcialidad y la objetividad frente al juicio que se somete a su conocimiento por quienes son parte en el proceso. De tal manera que no tiene un interés coadyuvante en la persecución del delito, sino de aplicación de la ley penal en el margen de respeto al principio de contradicción al que tienen derecho las partes involucradas. [Así], *al margen de las particulares características que diferencian cada uno de los modelos, el aspecto de mayor relevancia, por la notoriedad con que se aprecia, recae en la determinación del órgano que ejerce la acción persecutoria de las acciones criminales y la que juzga el caso concreto [...]* Mientras que el sistema inquisitivo, permite la concentración de funciones en el juzgador, facultándolo para investigar, obtener pruebas y juzgar. Característica que también es identificable aún en los sistemas que asumen una posición mixta, pero con inclinación al modelo inquisitivo. [Cursivas añadidas]

Ahora bien, como es sabido, a partir de una distinción similar, algunos autores han considerado que el modelo acusatorio o adversarial posee diversas *ventajas* frente al llamado modelo inquisitivo. Para estos autores, tales ventajas no sólo son epistemológicas y de consistencia con los derechos humanos, sino que también abonarían a la transparencia, a la democracia o a la eficiencia del sistema penal.³⁶¹ Ferrajoli, por ejemplo —si bien ha reconocido que la dicotomía “acusatorio/inquisitivo” puede llegar a ser problemática—, ha considerado que la misma resulta *útil* para designar una doble alternativa entre (*i*) modelos opuestos de organización judicial (y, por tanto, entre modelos de juez) y (*ii*) entre métodos de averiguación judicial (y, por ende, entre modelos de juicio). Así, según este autor:

[S]e puede llamar acusatorio a todo sistema procesal que concibe al juez como sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada por la

359 *Idem*.

360 Resuelto por la Primera Sala el 4 de noviembre de 2011.

361 Langer, Máximo, *op. cit.*, nota 355, p. 14

defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción. A la inversa, [puede llamarse] inquisitivo a todo sistema procesal donde el juez procede de oficio a la búsqueda, recolección y valoración de las pruebas, llegándose al juicio después de una instrucción escrita y secreta de la que están excluidos o, en cualquier caso, limitados la contradicción y los derechos de la defensa.³⁶²

Partiendo de lo anterior, Ferrajoli sostiene que a cada uno de estos modelos teóricos o ideales³⁶³ es posible asociar también diferentes *sistemas de garantías orgánicas y procesales*.³⁶⁴ Para este autor, una de las características esenciales del modelo teórico o ideal *acusatorio* —que es, además, un presupuesto estructural y lógico del modelo penal garantista, contenido en la máxima *nullum iudicium sine accusatione*— es precisamente *la estricta separación del juez y la acusación*. Tal separación no sólo comporta la diferenciación entre los sujetos que realizan funciones de enjuiciamiento y persecución penal, sino también el papel de “parte” del órgano de acusación, con la consiguiente “falta de poder alguno sobre la persona del imputado”.³⁶⁵ Así entendido, el principio acusatorio representaría “una garantía de imparcialidad del juez [...] respecto de las partes de la causa” y “un presupuesto de la carga de la imputación y de la prueba, que pesan sobre la acusación”.³⁶⁶

Ahora bien, ¿qué sucede en el caso de México? Como han advertido Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Rubén Sánchez Gil, el *principio acusatorio* ha estado previsto en México en artículo 21 constitucional, incluso antes de la reforma de 2008. En efecto, dicho precepto ha establecido desde 1917 que “[l]a imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial”, mientras que “[l]a persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la policía judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél”.³⁶⁷ La propia SCJN en varios precedentes del sistema tradicional reconoció que dicho precepto consagraba un “principio acusatorio”. El problema, como refieren estos autores, es que

362 Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 19, p. 564.

363 Se trata de modelos teóricos o ideales, en tanto que no se corresponden con un modelo procesal real en particular. En realidad, los modelos procesales vigentes no son acusatorios o inquisitivos en un sentido *puro*, sino que suelen acercarse a uno u otro modelo en mayor o menor grado.

364 Para Ferrajoli, “si el sistema acusatorio favorece modelos de juez popular y procedimientos que valorizan el juicio contradictorio como método de investigación de la verdad”, el sistema acusatorio, en cambio, “tiende a privilegiar estructuras judiciales burocratizadas y procedimientos fundados en poderes de instrucción del juez”. *Idem*.

365 *Ibidem*, p. 567.

366 *Idem*.

367 Ferrer Mac-Gregor y Sánchez Gil, Rubén, *El juicio de amparo y el sistema procesal penal acusatorio*, México, SEGOB, P. 10, disponible en: <http://setecc.egobierno.gob.mx/files/2013/03/El-juicio-de-amparo-y-el-sistema-procesal-penal-acusatorio.pdf>

el modelo acusatorio como tal, nunca tuvo plena implementación en nuestro sistema jurídico. Prueba de ello es que en la *praxis* las pruebas recabadas por el Ministerio Público tenían prácticamente valor probatorio pleno; la defensa no tenía la posibilidad de confrontar las pruebas de la acusación y, muy particularmente, a los testigos de cargo en juicio; sin mencionar que la presunción de inocencia, en prácticamente todas sus vertientes, era sistemáticamente inobservada. Por estas y otras razones, el modelo procesal mexicano previo a 2008 suele calificarse como un sistema más bien “inquisitivo-mixto”.³⁶⁸

En cualquier caso, es importante tener presente que el *principio acusatorio* — referido en ocasiones también como *principio de división de funciones* en la jurisprudencia mexicana— ha tenido una incidencia importante en la jurisprudencia de la SCJN incluso, se insiste, desde antes de la entrada en vigor de la reforma constitucional de 2008. Desde el *amparo directo 9/2008*,³⁶⁹ por ejemplo, la Primera Sala sostuvo que de acuerdo con el artículo 21 constitucional el Ministerio Público era, bajo el sistema tradicional, la institución del Estado que tiene a su cargo la persecución e investigación de los delitos, por lo que es el órgano que conserva para sí “el monopolio de la acción penal”. De este modo, la Sala determinó que “la persecución e investigación de los delitos es una labor de carácter administrativo que por definición excluye a la judicial”. Asimismo, en la *contradicción de tesis 174/2012*,³⁷⁰ la Primera Sala precisó que la “función jurisdiccional en materia penal” se limita a corroborar que los indicios que le sean aportados por la representación social resulten aptos y suficientes para acreditar el delito, conforme los requisitos y estándares de prueba exigidos en cada etapa procesal. Esto último, señaló, siempre derivado de la función “acusadora” que corresponde al Ministerio Público, la cual debe estar basada en una “actividad probatoria lícita” y “dentro de los cánones de un proceso adversarial y garantista”.

En ese sentido, a continuación haremos referencia a algunas situaciones concretas que han sido analizadas por la SCJN a la luz de este principio.

3.2. *Facultad de los jueces y juezas penales para reclasificar el delito*

Uno de los temas que han sido analizados por la SCJN bajo el tamiz del principio acusatorio tiene que ver con la posibilidad de que las juezas y los jueces penales *reclasifiquen jurídicamente* los hechos imputados por la acusación. En otras palabras, la SCJN ha tenido que decidir si es válido que las juezas y los jueces

368 *Idem.*

369 *Op. cit.*, nota 343.

370 Resuelta por la Primera Sala el 4 de julio de 2012.

penales, al analizar la clasificación jurídica propuesta por el Ministerio Público, otorguen una clasificación jurídica *distinta*.

Sobre esta cuestión, la SCJN ha considerado que tal circunstancia es constitucionalmente admisible y no supone una violación al principio acusatorio (especialmente tratándose de etapas preliminares, como sucedía el caso del “auto de formal prisión”) toda vez que si bien es cierto que el juzgador debe ceñirse a los *hechos* consignados por el Ministerio Público, sin poder cambiarlos o introducir otros (pues es a éste último órgano a quien la CPEUM le ha delegado el ejercicio de la acción penal), también lo es que:

[Ello] de ninguna manera significa que el juez esté impedido de modificar o variar la *calificación jurídica* otorgada preliminarmente por la representación social, pues es precisamente al órgano jurisdiccional a quien corresponde en última instancia apreciar, desde el punto de vista técnico y jurídico, la calificación legal en el cual debe ubicarse el hecho delictivo previamente acreditado y consignado por el Ministerio Público, y por el cual habrá de seguirse el proceso penal. Lo anterior [...] siempre que con ello no se altere la base fáctica señalada por la representación social en su escrito de consignación.³⁷¹

Cabe destacar que un criterio similar sostuvo la Corte IDH en el *caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*,³⁷² si bien a la luz del principio de “coherencia o correlación entre acusación y sentencia”. En este caso la Corte IDH sostuvo que, si bien la CADH no consagra un modelo procesal particular:

Al determinar el alcance de las garantías contenidas en el artículo 8.2 de la Convención, la Corte debe considerar el papel de la “acusación” en el debido proceso penal *vis-à-vis* el derecho de defensa. La descripción material de la conducta imputada contiene los datos fácticos recogidos en la acusación, que constituyen la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa del imputado y la consecuente consideración del juzgador en la sentencia. De ahí que el imputado tenga derecho a conocer, a través de una descripción clara, detallada y precisa, los hechos que se le imputan. La calificación jurídica de éstos puede ser modificada durante el proceso por el órgano acusador o por el juzgador, sin que ello atente contra el derecho de defensa, cuando se mantengan sin variación los hechos mismos y se observen las garantías procesales previstas en la ley para llevar a cabo la nueva calificación. El llamado “principio de coherencia o de correlación entre acusación y sentencia” implica que la sentencia puede versar únicamente sobre hechos o circunstancias contemplados en la acusación. [...] Por constituir el principio de coherencia o correlación un corolario indispensable del derecho de defensa, la Corte considera que aquél constituye una garantía fundamental del debido proceso en materia penal, que los Estados deben observar en cumplimiento de las obligaciones previstas en los incisos b) y c) del artículo 8.2 de la Convención.

371 SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 5415/2016, resuelto en sesión de 28 de junio de 2017.

372 Corte IDH. Caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126, párr. 66-68.

En suma, tanto la SCJN como la Corte IDH han considerado que no es incompatible con el principio acusatorio, la división de funciones y el debido proceso, el hecho de que las juezas y los jueces penales atribuyan a los hechos de la acusación una *clasificación jurídica distinta* a la propuesta por el Ministerio Público. Ello, siempre y cuando no modifiquen o alteren los *hechos* determinados por este último y se garantice el derecho de defensa.

3.3. *Facultad de los jueces y las juezas penales para corregir o enmendar el escrito de acusación*

Otro tema que ha sido analizado por la SCJN, a la luz del *principio acusatorio* y la *división de funciones*, es el relativo a la posibilidad de que las juezas y los jueces penales *intervengan o interfieran* en la acusación (por ejemplo, identificando *irregularidades* en las conclusiones acusatorias a fin de que sean *subsanadas o corregidas* por el Ministerio Público).

Como quizá se recordará, antes de la entrada en vigor de la reforma constitucional de 2008 y la expedición del CNPP, diversos códigos procesales facultaban a los jueces y las juezas penales identificar las *irregularidades* o *defectos* que tuvieran las conclusiones acusatorias del Ministerio Público (por ejemplo, porque fueren contrarias a las constancias procesales o no comprendieren algún delito probado en autos) y remitirlas al superior jerárquico del órgano acusador (es decir, al titular de la Procuraduría) a fin de que tales irregularidades fueran subsanadas. Un procedimiento similar solía preverse para el caso de conclusiones *no acusatorias* (es decir, absolutorias).

Pues bien, en diversos asuntos se planteó ante la SCJN la incompatibilidad de tales facultades/obligaciones del órgano jurisdiccional con el principio acusatorio. Dicha cuestión fue analizada por la Primera Sala en el *amparo directo en revisión 1603/2011*, así como en los *amparos en revisión 167/2012, 558/2012, 73/2014 y 636/2012*. En todos estos precedentes, la SCJN declaró la inconstitucionalidad de diversas normas procesales estatales, así como del abrogado CFPP, los cuales contenían facultades y obligaciones de los jueces penales en el sentido antes mencionado, al considerar que las mismas resultaban contrarias a los principios de imparcialidad, al principio acusatorio, el principio de igualdad entre las partes, entre otros. En el primero de estos asuntos, por ejemplo, la SCJN expresamente señaló que:

La problemática que plantea el artículo 339 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Michoacán, recae en la facultad que le otorga al juzgador para intervenir en la formulación de corrección [enmienda] de las conclusiones acusatorias, de tal manera que lo involucra para que asuma facultades que son propias del Ministerio Público. [...] Aspecto que evidentemente trastoca la división de funciones competenciales de los

órganos del Estado, pertenecientes al poder ejecutivo y judicial, en quienes recaen las facultades diferenciadas de persecución del delito y ejercicio de la acción penal —Ministerio Público—, que es plenamente diferenciado de la relativa a la administración de justicia —autoridad judicial—.

Es importante destacar, sin embargo, que el *amparo en revisión 119/2018*, al analizar la constitucionalidad del artículo 325 del CNPP³⁷³ (el cual prevé un procedimiento similar, para el caso de que el Ministerio Público no formule conclusiones en el plazo legal), la Primera Sala *distinguió* —o, mejor dicho, *acotó*— el alcance de tales precedentes. En efecto, en este último caso la Sala consideró que la obligación de las juezas y jueces de control prevista en el sistema penal acusatorio de *dar vista* al Procurador cuando el Ministerio Público omitiere formular acusación en el plazo de quince días que prevé el artículo 324 del mismo ordenamiento (a fin de que aquél determine lo conducente), no implica una invasión a las facultades de la representación social para formular su acusación. Ello es así, a juicio de la Primera Sala, toda vez que en este último caso:

[L]a vista al Procurador no implica que el juzgador se sustituya o realice atribuciones de acusación o de órgano investigador que no le corresponden, mucho menos que verifique la corrección de la acusación del Ministerio Público o que lo auxilie en ese sentido, pues su papel como rector del proceso, únicamente se limita a informar al Procurador que éste no cumplió con la referida obligación, para que se pronuncie en el plazo de quince días, sin que ello implique asumir facultades de la representación social como sería el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado, ya que únicamente vigila la instrucción legal del proceso. [...] Bajo esa misma línea argumentativa, no es dable estimar que el Juez de Control, al actuar en los términos del artículo 325, sea parcial a favor del Ministerio Público, pues no se materializa posibilidad alguna en el sentido de que el juzgador interfiera en el proceso con acciones que son propias de la autoridad ministerial [...]

De acuerdo con lo anterior, la Primera Sala sostuvo que, a diferencia de lo que ocurría con las normas del sistema tradicional que fueron analizadas en los precedentes mencionados, la referida vista al Procurador prevista en el CNPP:

[N]o implica subsanar deficiencia alguna del Ministerio Público o coadyuvar con éste; tampoco autoriza al juzgador a revisar oficiosamente las conclusiones presentadas de manera extemporánea, para verificar si fue correcta su formulación; menos aún concede una segunda oportunidad para que las mejore o las corrija el Fiscal, ya que es la ausencia de las conclusiones ministeriales o su presentación extemporánea, lo que actualiza la

373 Artículo 325. Extinción de la acción penal por incumplimiento del plazo. Cuando el Ministerio Público no cumpla con la obligación establecida en el artículo anterior, el Juez de control pondrá el hecho en conocimiento del Procurador o del servidor público en quien haya delegado esta facultad, para que se pronuncie en el plazo de quince días. Transcurrido este plazo sin que se haya pronunciado, el Juez de control ordenará el sobreesimiento.

hipótesis en la que el juzgador interviene como rector del proceso, al hacer del conocimiento del Procurador tal acontecimiento.

En consecuencia, la Sala determinó que el referido precepto del CNPP “cumple con la exigencia constitucional de que el juzgador mantenga una posición imparcial frente a las partes del proceso penal”, lo que “implica la prohibición de interferir de tal manera que asuma la representación o defensa de alguna de ellas”.

3.4. *Prueba de oficio*

Por último, un tema muy controversial —tanto en México como en el derecho comparado— y que suele ser debatido a la luz del principio acusatorio tiene que ver con los *poderes probatorios* de las juezas y los jueces penales, y particularmente, con la posibilidad de solicitar *prueba de oficio* (es decir, prueba no aportada por las partes).³⁷⁴

Como se dijo en el apartado anterior, durante la vigencia del sistema tradicional o mixto-inquisitivo, la SCJN sostuvo que la “iniciativa probatoria” de los jueces penales “no es *per se* incompatible con el principio de presunción de inocencia, la división de funciones en materia penal y el principio de imparcialidad”.³⁷⁵ Lo anterior, ya que ello únicamente tiene como propósito que el juzgador pueda emitir un fallo lo más cercano a la verdad material posible, lo que incluso puede repercutir en beneficio del imputado. En efecto, desde el *amparo directo en revisión* 666/97, de donde derivó la tesis P. L/99, de rubro PRUEBAS PARA ACREDITAR LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL Y LA RESPONSABILIDAD. EL ARTÍCULO 124 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL, NO VIOLA LA GARANTÍA DE IMPARCIALIDAD CONSAGRADA POR EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, la Primera Sala sostuvo que tal facultad:

374 Como ha señalado Ferrer, la prueba de oficio no es el único *poder probatorio* con el que pueden contar los jueces penales. Dentro de esta categoría cabe incluir también la facultad para admitir o excluir medios de prueba, acuerdos probatorios o de imponer deberes de producción probatoria, entre otros. Cfr. Ferrer Beltrán, Jordi, “Los poderes probatorios del juez y el modelo del proceso” en *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, vol. 7(2), 2017, pp. 137-164. Para una revisión de los poderes probatorios de los jueces penales para recabar prueba de oficio en el derecho comparado, véase entre otros Picó i Junoy, Joan, *El Juez y la Prueba: Estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibáñez, Colección Internacional, núm. 32, 2011.

375 Véase SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 3596/2016, resuelto el 15 de noviembre de 2017.

[N]o contraviene el principio de imparcialidad contenido en el artículo 17 constitucional, pues, precisamente esta posibilidad de que el juzgador emplee las pruebas que sean necesarias para esclarecer la verdad material y formal, tiene como finalidad que pueda emitir un fallo encaminado a alcanzar el ideal de equidad y justicia, sin que ello signifique que se sustituya o invada la órbita del Ministerio Público [...] en tanto que acorde a los principios de división de la carga procesal, la autoridad judicial se encuentra imposibilitada para mejorar en forma oficiosa la acusación, pues de lo contrario el sistema procesal pasaría de acusatorio a inquisitorio, convirtiéndose en Juez y parte al mismo tiempo. [Tal facultad tiene] como propósito que el juzgador se valga de todos los medios de prueba que tenga a su alcance para justificar el dictado de un auto de sujeción a proceso o formal prisión o bien, una sentencia de condena, sino allegarse y emplear los elementos de prueba que estime conducentes para resolver lo que en derecho proceda, lo que incluso puede repercutir en beneficio del propio acusado quien se podría ver favorecido por un auto de libertad por falta de elementos o bien por una sentencia absolutoria.

En otras palabras, durante la vigencia del sistema tradicional o mixto, la SCJN entendió que la prueba oficio en materia penal no era *per se* problemática de cara a los principios de imparcialidad y división de funciones, entre otras razones, ya que no es posible saber de antemano cuál será su resultado, es decir, si favorecerá o no la hipótesis de la acusación o de la defensa. De ahí que no podía considerarse que la actuación del juez suponga una intervención en las facultades de la acusación o que tienda a favorecer a alguna de las partes.

Aunado a lo anterior, debe destacarse que en diversos precedentes (también del sistema tradicional) la SCJN señaló que existen ciertos supuestos en los cuales los jueces y las juezas penales no sólo tienen la facultad, sino además el *deber* de recabar prueba de oficio, con la finalidad de no dejar en estado de indefensión a personas pertenecientes a *grupos vulnerables*. En el *Expediente Varios 1396/2011*,³⁷⁶ por ejemplo, al analizar las obligaciones de los jueces y las juezas penales en casos relacionados con violencia de género, el Pleno de la SCJN señaló que los jueces penales tienen el deber, inclusive de manera oficiosa, de impartir justicia con base en una perspectiva de género, ello:

[A] fin de verificar si existe una situación de violencia o vulnerabilidad que, por cuestiones de género, impida impartir justicia de manera completa e igualitaria, tomando en cuenta lo siguiente: (I) Identificar si existen situaciones de poder que por cuestiones de género den cuenta de un desequilibrio entre las partes de la controversia; (II) Cuestionar los hechos y valorar las pruebas desechando cualquier estereotipo o prejuicio de género, a fin de visualizar las situaciones de desventaja provocadas por condiciones de sexo o género; (III) *En caso de que el material probatorio no sea suficiente para aclarar la situación de violencia, vulnerabilidad o discriminación por razones de género, ordenar las pruebas necesarias para visibilizar dichas situaciones; [...]. [Cursivas añadidas]*

376 Resuelto por el Pleno de la SCJN el 11 de mayo de 2015.

De manera similar, al resolver el *amparo directo en revisión* 6181/2016, la Primera Sala concedió el amparo a una mujer que fue acusada de haber participado en el homicidio de su pareja a fin de que se le juzgara nuevamente con perspectiva de género y se tomara en cuenta el contexto de violencia en el que vivía. Al precisar los efectos, la Sala ordenó a los tribunales responsables recabar, en caso de que fuera necesario, *prueba de oficio* para corroborar el contexto de violencia en el que vivía la acusada, en los siguientes términos:

Si todos los elementos mencionados no son suficientes para comprobar que la recurrente vivió un contexto de violencia al momento de que ocurrieron, *el juez de la causa está obligado por la jurisprudencia de esta Primera Sala de allegarse del material probatorio suficiente para aclarar la situación de violencia, vulnerabilidad o discriminación por razones de género. [...] Por lo tanto ordenará las pruebas pertinentes para la detección de violencia, que pueden incluir —sin que sea una lista exhaustiva—, peritajes psicológicos y físicos; o un peritaje psicosocial el cual “se centra en la experiencia de las personas afectadas por violaciones a los derechos humanos, mediante el cual se analizará el entorno psicosocial [de la recurrente] así como de las circunstancias y el medio en que se desenvolvía. [Cursivas añadidas]*

Este *poder-deber* de recabar prueba de oficio en materia penal también fue establecida por la Primera Sala en casos relacionados con víctimas de delito menores de edad. Tal criterio puede observarse en la tesis 1a. CCCLXXXVII/2015 (10a.), de rubro MENOR DE EDAD VÍCTIMA DEL DELITO. OBLIGACIONES DEL JUZGADOR PARA GARANTIZAR SUS DERECHOS, derivada *del amparo directo en revisión* 1072/2014, cuyo contenido es el siguiente:

En la práctica judicial en materia penal, cuando un menor interviene como víctima del delito, el interés superior del niño encauza al juzgador a tomar las medidas necesarias para garantizar y proteger su desarrollo, así como el ejercicio pleno de los derechos que le son inherentes. Así, el juzgador está obligado, con la finalidad de garantizar los derechos del menor de edad, a lo siguiente: [...] *d) dictará, incluso oficiosamente, todas las medidas necesarias para esclarecer los hechos que motivan el proceso, como serían las relativas a corroborar elementos contextuales que permitan la precisión de tiempo y lugar en suplencia de la incapacidad del niño para expresar dichos conceptos de forma abstracta y convencional. [Cursivas añadidas]*

En síntesis: durante la vigencia del sistema tradicional o mixto-inquisitivo, la SCJN entendió que la *facultad* de los jueces y juezas penales de recabar prueba de oficio no era *per se* incompatible con el principio acusatorio, ni con el principio de imparcialidad judicial. Y no sólo eso, en algunos casos, la SCJN llegó incluso a sostener que los jueces y las juezas penales tienen la *obligación* de recabar prueba de oficio, derivado de los deberes específicos del Estado para tutelar los derechos de personas en una o más situaciones de vulnerabilidad. De este modo, utilizando la clásica distinción de Damaška entre sistemas procesales destinados a la mera *solución de conflictos* y sistemas orientados a la *aplicación de políticas estata-*

les,³⁷⁷ puede decirse que para la SCJN el sistema procesal tradicional o mixto se asemejaba más a los segundos que a los primeros.

Con todo, cabe aclarar que en algunos precedentes la SCJN también precisó que la facultad de los jueces penales de recabar prueba de oficio *no es de ningún modo absoluta o ilimitada*. En el *amparo directo en revisión 3596/2016*,³⁷⁸ por ejemplo, la Primera Sala precisó que tanto el principio acusatorio, el principio de imparcialidad, el principio de presunción de inocencia, como la garantía de defensa imponen ciertos “límites” al juzgador o juzgadora penal que deben ser observados al ejercer tal facultad. Tales límites son, de acuerdo con la Sala, los siguientes: (a) en primer lugar, la prueba solicitada por el juez o la jueza “debe ceñirse en todo momento a los hechos que son objeto del proceso penal”; (b) en segundo lugar, es indispensable que existan “fuentes de prueba en el proceso” a partir de las cuales “se desprenda la necesidad de la práctica u obtención de nuevos medios probatorios” (en otras palabras, la solicitud de prueba de oficio no puede traducirse en una “actividad inquisitoria” encubierta); y (c) en tercer lugar, la autoridad jurisdiccional debe garantizar en todo momento el principio de contradicción y el derecho de defensa de las partes, permitiendo su intervención en la práctica de la prueba, así como el ofrecimiento de pruebas de refutación.³⁷⁹

Ahora bien, como se ha venido diciendo, todos estos precedentes fueron dictados en casos derivados del *sistema penal tradicional o mixto-inquisitivo*. A la fecha en la que se escriben estas líneas, no se tiene conocimiento de algún precedente en el que la SCJN se haya pronunciado sobre la compatibilidad de los poderes probatorios de los jueces penales para recabar prueba de oficio con el sistema de justicia penal acusatorio y oral, tomando en consideración los principios establecidos en la reforma constitucional de 2008 y el CNPP (por cierto que este último parece ser *lagunoso* en este tema, pues no contiene ninguna habilitación ni prohibición expresa en ese sentido). La pregunta que cabría plantear aquí es la siguiente: ¿son o podrían ser *trasladables* los criterios dictados en sistema tradicional que admitían la prueba de oficio al sistema penal acusatorio?

377 Para Damaška existen dos formas de concebir al Estado que, a su vez, generan dos ideas contrastantes acerca del objetivo del proceso. Para la primera visión, el proceso sirve para resolver conflictos, para la segunda, sirve para poner en vigor la política estatal, a partir de la correcta aplicación del derecho previamente establecido por el legislador. El primer modelo favorece una “morfología de la competición”, el segundo, la “morfología de la investigación”. Damaška, Mirjan R., *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 154.

378 *Op. cit.*, nota 375.

379 Un estándar similar ha sostenido el TCE. Véase, entre otros, Sentencia 188/2000, de 10 de julio de 2000.

Desde nuestra perspectiva, la respuesta a estas interrogantes dependerá de cómo conciba e interprete la SCJN el principio acusatorio tras la reforma constitucional de 2008. Como ha destacado Jordi Ferrer Beltrán, en la actualidad existe una tendencia muy extendida que consiste en *correlacionar* los modelos de proceso judicial dirigidos a la búsqueda de la verdad con los sistemas “inquisitivos” y, a su vez, a identificar los procesos “adversariales” como aquellos que niegan ese objetivo.³⁸⁰ Existe, además, como señalaba Michelle Taruffo, una tesis extendida según la cual “la presencia de un juez dotado de poderes de instrucción autónomos sería uno de los indicadores seguros de que nos encontramos en un sistema autoritario”, en tanto que “un sistema auténticamente liberal no debería atribuir al juez ningún poder de iniciativa instructora”.³⁸¹ Sin olvidar que, como también refiere Ferrer Beltrán, en prácticamente casi todos los países de Latinoamérica, así como en España e Italia, “se han alzado voces radicalmente contrarias al otorgamiento de esos poderes y a su ejercicio, con un impacto importante en nuestra cultura jurídica”.³⁸²

En resumidas cuentas, en la actualidad existe una concepción muy extendida según la cual en un *genuino* sistema penal acusatorio o adversarial liberal —y, por ende, no autoritario— las juezas y los jueces penales no deberían gozar de ningún tipo de poder de iniciativa probatoria de oficio, es decir, *motu proprio*. Según esta concepción, el papel del órgano jurisdiccional debería circunscribirse a la solución del conflicto —es decir, a la decisión del caso concreto— a partir de las pruebas aportadas por las partes. De tal suerte que, aun y cuando las juezas o los jueces penales adviertan la necesidad de recabar un medio probatorio a fin de *esclarecer la verdad de los hechos*, por no haber sido oportunamente recabada o aportada por las partes, tendrían el deber —según un modelo estrictamente adversarial— de abstenerse de recabarla oficiosamente, con independencia de que ello pueda perjudicar o favorecer la hipótesis acusatoria o defensiva. Ésta es, por cierto, la interpretación que parecía asumir la SCJN en el *amparo directo en revisión 1603/2011*, cuando refería que, a diferencia del sistema penal acusatorio, “el sistema inquisitivo, permite la concentración de funciones en el juzgador, facultándolo para investigar, obtener pruebas y juzgar”, característica que, dijo, “también es identificable aún en los sistemas que asumen una posición mixta, pero con inclinación al modelo inquisitivo”.

380 Cfr. Ferrer Beltrán, Jordi, *op. cit.*, nota 374, p. 147.

381 Taruffo, Michele, *La prueba*, [traducción: Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán], Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 161.

382 Ferrer Beltrán, Jordi, “La conformación del conjunto de elementos de juicio I: proposición de pruebas” en Ferrer Beltrán, Jordi (coord.), *Manual de razonamiento probatorio*, México, SCJN, 2022, p. 81.

Pues bien, de mantener una concepción estricta del modelo penal acusatorio en esos términos, es probable que la SCJN decida vedar por completo la posibilidad de que las juezas y los jueces penales del sistema acusatorio recaben prueba de oficio, a diferencia de lo que sucedía con sus homólogos del sistema tradicional. Con lo cual resultarían inaplicables todos los precedentes a los que hemos hecho referencia anteriormente en relación con la prueba de oficio, incluyendo aquellos relacionados con grupos vulnerables, como mujeres víctimas de violencia o menores de edad (salvo, por supuesto, que en este último caso la SCJN encuentre razones constitucionales de peso que justifiquen hacer una *excepción* especial).

Con todo, debe decirse que existen también buenos argumentos para sostener una visión menos radical del modelo acusatorio y admitir en consecuencia —si bien con ciertos límites— la prueba oficio. En primer lugar, como han destacado Taruffo³⁸³ y Ferrer Beltrán,³⁸⁴ no es claro que entre el modelo acusatorio y adversarial y la prohibición de la prueba de oficio exista verdaderamente una correlación *necesaria*, como a veces se argumenta. Prueba de ello es que incluso en uno de los sistemas considerados históricamente adversariales por antonomasia, esto es, el sistema procesal estadounidense, la prueba de oficio no está prohibida. En efecto, las *Federal Rules of Evidence* establecen expresamente esta posibilidad en las *rules* 614.a³⁸⁵ y 706,³⁸⁶ las cuales atribuyen a las juezas y los jueces la facultad para disponer de oficio pruebas testimoniales y periciales no propuestas por las partes, respectivamente.³⁸⁷

Por otra parte, y como puso de manifiesto Taruffo, un análisis cuidadoso del derecho comparado muestra que tampoco “existe ninguna conexión entre la atribución al juez de poderes más o menos amplios de iniciativa instructora y la vigencia de regímenes políticos autoritarios y antidemocráticos”.³⁸⁸ Como refiere este autor:

[U]n juez potencialmente ‘activo’ para complementar las iniciativas probatorias de las partes, dentro de un contexto procesal en el que estén aseguradas las garantías de las par-

383 Taruffo, Michele, *op. cit.*, nota 381.

384 Ferrer Beltrán, Jordi, *op. cit.*, nota 382.

385 Rule 614. Court’s Calling or Examining a Witness

(a) Calling. The court may call a witness on its own or at a party’s request. Each party is entitled to cross-examine the witness.

386 Rule 706. Court-Appointed Expert Witnesses

(a) Appointment Process. On a party’s motion or on its own, the court may order the parties to show cause why expert witnesses should not be appointed and may ask the parties to submit nominations. The court may appoint any expert that the parties agree on and any of its own choosing. But the court may only appoint someone who consents to act.

387 Cuestión distinta es que en la práctica tales facultades se ejerzan con poca frecuencia.

388 Taruffo, Michele, *op. cit.*, nota 381, p. 172.

tes en el ámbito de un sistema político democrático, y un juez inquisidor en el marco de un sistema político y procesal de carácter autoritario, *son cosas completamente distintas*. El primer caso se presenta [...] en los ordenamientos procesales modernos, en los que se cumple con el principio dispositivo, las garantías de defensa y el principio de contradicción, pero en los que el juez dispone de poderes más o menos amplios de iniciativa instructora. El segundo caso, en realidad, no se presenta en ninguno de los ordenamientos europeos ni en la mayor parte de los ordenamientos extraeuropeos. La diferencia entre un juez ‘activo’ y un juez ‘autoritario’ se constata por el hecho de que la función ‘activa’ del juez respecto a la adquisición de las pruebas se configura claramente como complementaria y supletoria respecto a la actividad probatoria de las partes, de modo que cuando éstas ejercen completamente su derecho a proponer todas las pruebas disponibles y, por tanto, proporcionan al juez elementos suficientes para la determinación de los hechos —como ocurre frecuentemente en la práctica— no hay ninguna necesidad de que el juez ejercite sus poderes. Sería completamente distinta una función inquisitoria y autoritaria de un juez que recabara las pruebas de oficio, por iniciativa propia y negando a las partes los derechos y las garantías que les corresponden en el ámbito del proceso. Sin embargo, no hay indicio alguno de una función semejante en los ordenamientos modernos.³⁸⁹ [Cursivas añadidas]

Una opinión similar ha expresado Picó i Junoy para quien una “limitada iniciativa probatoria” del juez penal de ninguna manera supone una infracción al principio acusatorio, entre otras razones, porque cuando el órgano jurisdiccional decide ejercer dicha facultad:

[N]o se decanta 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 que 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 pericial, no conoce cual va a ser su resultado, o respecto a la 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 cualquier otra inquietud del juzgador, como podría ser la de ayudar a la parte más débil.³⁹⁰

Con todo, este último autor también reconoce que una “ilimitada iniciativa probatoria” sí puede comprometer el principio acusatorio, la imparcialidad judicial y el derecho de defensa. Por ello, considera que tal iniciativa debe estar sujeta a tres límites, a saber: (a) la prueba debe ceñirse a los hechos objeto de discusión en el juicio oral; (b) es preciso que consten en el juicio las fuentes de prueba sobre las cuales tendrá lugar la posterior actividad probatoria; y (c) es necesario que en desarrollo de la prueba practicada a instancia del juez se respete escrupulosamente el principio de contradicción y el derecho de defensa que todo litigante posee

389 *Ibidem*, pp. 172-173.

390 Picó i Junoy, Joan, *op. cit.*, nota 374, p. 166.

en la ejecución de cualquier medio probatorio.³⁹¹ Nótese, por cierto, que se trata de los mismos límites especificados por la Primera Sala en el ya citado *amparo directo en revisión 3596/2016*, bajo el sistema penal tradicional.

Sea como fuere —y como recientemente ha señalado también Ferrer Beltrán— en caso de que en nuestro país se reconociera en alguna medida la facultad de los jueces penales de recabar prueba de oficio, un aspecto importante será determinar el *momento procesal* en el que podrá ejercerse esta facultad. Como destaca este autor, tal facultad podría limitarse a la etapa intermedia del proceso penal —es decir, a la fase de proposición y a admisión de pruebas— o bien, extenderse a toda la fase probatoria, incluyendo la etapa de juicio oral. En todo caso, dado que la relevancia o necesidad de una prueba no ofrecida por las partes puede surgir o hacerse evidente hasta el desahogo de otros de medios de prueba, parece conveniente extender tal posibilidad hasta la conclusión de la fase probatoria.³⁹²

Finalmente, otra cuestión que habría que definir —se insiste, sólo *en caso de* que se admitiera la prueba de oficio en materia penal— es la forma en la que se ordenaría, practicaría y desahogaría eventualmente una prueba solicitada *de oficio* por los jueces y las juezas en el contexto del sistema penal acusatorio. Como se dijo, el CNPP no establece reglas específicas al respecto, lo cual podría generar algunas dificultades de orden práctico. Así, por ejemplo, no es claro a cuál de las partes correspondería efectuar el interrogatorio y cuál el contrainterrogatorio, o bien, si en tales correspondería al juez o tribunal realizar directamente el interrogatorio al testigo o perito citado oficiosamente.

391 *Ibidem*, pp. 172-174.

392 Ferrer Beltrán, Jordi, *op. cit.*, nota 382, pp. 112-113.

Capítulo IV

Garantías procesales de carácter epistemológico o de verdad

1. PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN

1.1. *Fundamento y contenido*

A partir de la reforma constitucional de 2008, el primer párrafo del artículo 20 de la CPEUM establece expresamente que el proceso penal será acusatorio y oral, y se regirá por diferentes principios, entre los que se encuentra el *principio de contradicción*. De manera general, dicho principio tiene como objetivo garantizar que las partes en un proceso penal se encuentren en *igualdad de oportunidades* ante el juez o jueza, de manera que tanto la fiscalía como el acusado puedan presentar y argumentar sus respectivas teorías del caso, apoyados en los datos o medios de prueba que consideren pertinentes y conducentes, y el juez o jueza pueda tomar postura sobre los puntos opuestos sujetos a debate.³⁹³

Como señala Mauricio Duce, el derecho a confrontar a testigos y peritos de cargo —una de las vertientes de la contradicción— es “un elemento central del debido proceso en los sistemas procesales contemporáneos”. Se trata, además, de “una de las principales manifestaciones del derecho a defensa de los acusados”.³⁹⁴ Por ello, en la actualidad se afirma que el derecho a la contradicción (o confrontación) constituye una garantía ampliamente reconocida en los tratados internacionales de derechos humanos y el derecho comparado. Prueba de ello es que dicha garantía es considerada actualmente uno de los elementos “mínimos” del *debido proceso* en materia penal en los artículos 8.2.f de la CADH³⁹⁵ y 14.3.e del PIDCP.³⁹⁶ Preceptos que —de manera muy similar— consagran el derecho de

393 Véase la tesis aislada CCL/2011 de la Primera Sala, con el rubro: SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO. INTERPRETACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN CON LA INSTITUCIÓN DE LA SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE.

394 Duce J., Mauricio, *Derecho a confrontación y uso de declaraciones emitidas en un juicio previo anulado*, Polít. crim. vol. 9, núm.17, Santiago 2014, disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992014000100004>

395 Artículo 8. Garantías Judiciales
[...]

toda persona acusada de un delito a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo.

En términos generales, la garantía de contradicción o confrontación entraña diversas obligaciones para el Estado, las cuales son propias de sistemas procesales de corte *acusatorio y adversarial*.³⁹⁷ En primer lugar, dicha garantía impone un deber al Estado de conceder al acusado una *oportunidad razonable* para cuestionar las pruebas y, específicamente, a los testigos de cargo. Conforme a esta garantía, el acusado debe tener oportunidad de examinar a los testigos, preferentemente a través de un interrogatorio cruzado (*cross-examination*), con la finalidad de controvertir o sentar dudas sobre su credibilidad. Dicho interrogatorio, además, debe tener lugar preferentemente en la audiencia de juicio oral y ante el tribunal que ha de pronunciarse sobre la responsabilidad del acusado. En segundo lugar, la confrontación también impone a los Estados el deber correlativo de abstenerse de utilizar como prueba de cargo declaraciones de testigos o peritos que no cumplan las exigencias mencionadas anteriormente. Así, por regla general, ninguna sentencia condenatoria debe basarse en declaraciones rendidas fuera de juicio (por ejemplo, aquellas que son rendidas durante la indagatoria ante la policía u otros órganos de investigación), especialmente cuando el acusado no tuvo oportunidad de controvertirlas en alguna etapa previa del procedimiento.³⁹⁸

En el caso particular de México, la SCJN ha sostenido que el principio de contradicción reconocido en el artículo 20 de nuestra CPEUM se manifiesta en al menos dos vertientes, las cuales son además *complementarias* entre sí. La primera vertiente —entendida como un *derecho a la defensa*— implica que todas las partes involucradas en un proceso penal deben tener el derecho a expresar sus argumentos y a ofrecer sus pruebas, así como la oportunidad de someter a

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

[...]

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

396 Artículo 14

[...]

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

[...]

e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;

397 Duce J., Mauricio, *op. cit.*, nota 394.

398 Sobre esto, véase Treschel, Stefan, *op. cit.*, nota 318, pp. 309-312.

refutación y contra argumentación toda aquella información, actos o pruebas de la contraparte. La segunda vertiente —entendida como una *garantía de formación de la prueba*— se aplica específicamente a la producción de la prueba testimonial y exige que la contraparte del oferente de la prueba cuente con la oportunidad de conainterrogar al testigo sobre el contenido de sus afirmaciones, con el propósito de *controvertir la credibilidad de su testimonio*.³⁹⁹

Para la SCJN esta última vertiente resulta fundamental para garantizar el derecho de defensa del acusado y la *calidad epistémica* de la decisión, ya que —como la propia Corte ha puesto de relieve desde el *amparo directo en revisión 3457/2013*— la forma paradigmática mediante la cual la defensa puede controvertir la credibilidad de un testimonio de la acusación —la cual viene garantizada precisamente por el principio de contradicción— es adoptando alguna de las siguientes estrategias: (i) cuestionando la forma en la que el testigo adquirió el conocimiento sobre los hechos, a fin de que aclare si se trata de un conocimiento personal, de referencia o inferencial; o (ii) cuestionando la credibilidad de los “atributos” de la declaración, poniendo en duda la veracidad del testimonio, la objetividad de aquello que el testigo dice creer, o bien, (iii) cuestionando la calidad de su percepción.

1.2. *Incorporación (mediante lectura o reproducción) de declaraciones de testigos ausentes rendidas fuera de la audiencia de juicio oral*

Uno de los temas más debatidos en el derecho comparado en relación con el principio de contradicción y el derecho a interrogar a los testigos de cargo tiene que ver con la posibilidad de admitir como prueba de cargo (generalmente mediante lectura o reproducción) declaraciones de testigos ausentes rendidas fuera de juicio (*out-of-court statements*). Como ha destacado Pablo Rovatti, “[p]ocos temas han despertado tanto debate y es comprensible que así sea”, pues es mucho lo que está en juego.⁴⁰⁰ Y es que, en efecto, en no pocas ocasiones la teoría del caso de la fiscalía puede depender de la declaración de un testigo *no disponible* para declarar en juicio, por lo que su inadmisibilidad puede acarrear la absolución de

399 Al respecto, véase la tesis aislada XLIX/2018 de la Primera Sala, con el rubro: DECLARACIONES INCORPORADAS MEDIANTE LECTURA A LA AUDIENCIA DE JUICIO. SU REGULACIÓN EN EL ARTÍCULO 374, FRACCIÓN II, INCISO D), DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE MÉXICO, VIOLA EL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN.

400 Véase Rovatti, Pablo, “Testigos no disponibles y confrontación: fundamentos epistémicos y no epistémicos”, en *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, vol. 1, 2020, pp. 31-66.

una persona culpable. Piénsese, por ejemplo, en el caso de un menor de edad que reconoce o identifica fehacientemente a su agresor ante la policía o el médico que le atiende, momentos antes de morir. ¿Debería excluirse dicha declaración al tratarse de evidencia que no fue desahogada en juicio bajo el principio de contradicción?

Como es evidente, la respuesta a esta interrogante depende en buena medida de si consideramos que el principio de contradicción y el derecho a interrogar testigos de cargo es absoluto o admite excepciones. Como hemos visto, el principio de contradicción exige que las partes tengan oportunidad de refutar las pruebas de la contraparte y el conainterrogatorio de testigos es una de las manifestaciones más claras de este derecho, por lo que es evidente que la incorporación mediante lectura o reproducción de declaraciones de testigos ausentes supone una grave *tensión* con dicho principio, al imposibilitar a la defensa para cuestionar la credibilidad del testimonio.⁴⁰¹ La pregunta es: ¿se trata de una regla absoluta o puede ser limitada o sujeta excepciones? Y, en su caso, ¿cuáles?

En el derecho comparado es posible encontrar al menos dos grandes modelos que han buscado dar solución a esta problemática: el modelo europeo y el modelo estadounidense.⁴⁰² Veamos en qué consiste cada uno de ellos.

En una ya larga tradición jurisprudencial, el TEDH ha considerado que el derecho a la confrontación de los testigos de cargo previsto en el artículo 6 del Convenio Europeo *no es un fin en sí mismo*, sino que forma parte del derecho a un juicio justo.⁴⁰³ Para el TEDH, el hecho de que una persona no haya tenido oportunidad de conainterrogar en juicio a quienes deponen en su contra no implica *en automático* una violación al Convenio, sino que es necesario realizar una evaluación “global” del juicio a fin de determinar si ésta ha quedado en estado de indefensión.⁴⁰⁴ Así, aunque el Tribunal ha señalado que por regla general toda evi-

401 Sobre esto, véase SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 3457/2013, fallado en sesión de 23 de noviembre de 2014.

402 A diferencia del sistema europeo y estadounidense, el derecho a interrogar a los testigos de cargo no ha generado una jurisprudencia tan abundante en el sistema interamericano. La mayoría de los casos en los que se ha analizado esta cuestión han tenido que ver legislaciones que imponían obstáculos a las partes para interrogar a ciertos testigos o con la admisibilidad de declaraciones provenientes de “testigos anónimos”. Cfr. Caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, *op. cit.*, nota 326, párr. 150-156; así como Caso *Norín Catriman y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*, *op. cit.*, nota 197, párr. 241-247.

403 Cfr. Miranda Estrampes, Manuel, “Derecho del acusado a interrogar a los testigos que declaren en su contra [art. 6.3.d) CEDH]”, publicado en *Revista de la Justicia Penal*, núm. 10, octubre 2014, Santiago de Chile, pp. 53-113. Véase también López Barja de Quiroga, Jacobo, *La Cláusula de la Confrontación en el Proceso Penal*, España, Civitas-Thompson Reuters, 2013.

404 Treschel, Stefan, *op. cit.*, nota 318, p. 314.

dencia testimonial debe ser producida en juicio con miras a un debate adversarial, también ha señalado que dicha regla admite excepciones, siempre que (a) exista una buena razón (*good reason*) que justifique la incomparecencia del testigo⁴⁰⁵ y se hayan hecho esfuerzos serios para localizarle y (b) la sentencia no se base únicamente o en un grado decisivo en una declaración rendida fuera de juicio (*sole or decisive rule*).

Dicho estándar, además, ha venido siendo flexibilizado por el Tribunal en fechas recientes con la finalidad de permitir cada vez mayores supuestos de admisibilidad de declaraciones de testigos ausentes que se consideran *fables*.⁴⁰⁶ En *Al-Khawaja and Tahery vs. UK* (2011), por ejemplo, el Tribunal precisó que una sentencia sí puede basarse de modo decisivo en un testimonio no confrontado, siempre que existan “salvaguardas procesales robustas” (como sería una motivación reforzada, que la declaración haya quedado videograbada, que exista prueba de corroboración, o bien, que el acusado haya tenido oportunidad de interrogar al testigo en alguna etapa del procedimiento). Por otra parte, en *Schatschaschwili vs. Germany* (2015) el Tribunal flexibilizó el estándar de la regla de “buena razón”, pues indicó que —aunque se trata de un elemento muy importante— la falta de una buena razón no implica, *per se*, una violación al derecho a un juicio justo. Adicionalmente, en este caso el TEDH estableció que la llamada *sole or decisive rule* no debía ser interpretada en términos amplios, sino estrechos, de manera que entre mayor *evidencia de corroboración* exista, menos “decisivo” será el testimonio no confrontado.

Como ha destacado recientemente Rovatti, la *sole or decisive rule* —tal y como ha sido formulada por el TEDH con posterioridad al caso *Al-Khawaja*— entraña una concepción del principio de contradicción y el derecho a interrogar los testigos de cargo que puede calificarse de *instrumental-epistémica*, pues parece asumir que el principal objetivo de la confrontación es permitir al acusado “controlar la confiabilidad” de la declaración quienes deponen en su contra.⁴⁰⁷ Esto explicaría por qué razón si la *confiabilidad* de la declaración de un testigo ausente puede ser corroborada por otros medios (es decir, distintos a la confrontación o *cross-exa-*

405 Como “buenas razones” que justifican la ausencia de un testigo, el Tribunal ha considerado casos de testigos fallecidos, mental o físicamente incapacitados, que no pueden ser localizados, que tienen alguna relación de parentesco con las partes, o bien, cuando están en riesgo o han sido atemorizados. Rovatti, Pablo, “Interrogar a los testigos de cargo: fundamentos y alcances del derecho. Balance de una década de jurisprudencia de la Suprema Corte mexicana”, en Rovatti, Pablo (coord.), *Manual sobre Derechos Humanos y prueba en el proceso penal*, México, SCJN, 2021, p. 149.

406 Para un muy completo análisis de la evolución de la jurisprudencia del TEDH, véase *ibidem*, pp. 144-163.

407 *Idem*.

mination en juicio), la prueba no necesariamente debería ser excluida y su valoración tampoco implicaría *en automático* una violación al derecho a un juicio justo.

En cuanto al modelo estadounidense, la SCEU asumió durante mucho tiempo un criterio muy similar. En particular, en *Ohio vs. Roberts* (1980) la SCEU sostuvo que la admisión de una declaración rendida fuera de juicio no representaba *per se* una violación a la Sexta Enmienda y la “cláusula de la confrontación” (*confrontation clause*), incluso si el acusado no tuvo oportunidad de confrontar al testigo en una etapa previa, siempre que se cumplieran dos condiciones: (a) que el testigo no estuviera disponible para testificar en juicio y que la acusación hubiere hecho todo lo posible para lograr su comparecencia y (b) que existieran suficientes “indicios de fiabilidad” (*indicia of reliability*).⁴⁰⁸

No obstante, dicho criterio fue abandonado expresamente al fallar el caso *Crawford vs. Washington*⁴⁰⁹ en 2004. En este caso, bajo la ponencia del Juez Scalia, luego de analizar la historia de la “cláusula de la confrontación” la SCEU estableció que, de conformidad con la verdadera intención de los Padres Fundadores, el criterio de admisibilidad de una declaración rendida fuera de juicio no podía ser su “fiabilidad” (criterio difuso y difícil de evaluar, según la sentencia), como se había venido diciendo hasta entonces, sino el hecho de que la defensa hubiere tenido oportunidad de contrainterrogar al testigo en “alguna fase del proceso”. Para la SCEU, lo que la “cláusula de la confrontación” mandata en realidad no es que la evidencia sea confiable, sino más bien que su confiabilidad sea evaluada de una manera muy específica: esto es, mediante su examen a través del *contrainterrogatorio*. En definitiva, de acuerdo con la SCEU, la “cláusula de la confrontación” es una regla que refleja un *juicio* de los Padres Fundadores, no sólo acerca de lo deseable que es que la evidencia sea confiable (cosa poco controvertible), sino *sobre la mejor manera en la que esa fiabilidad puede ser determinada*.

Desde entonces, la SCEU ha sostenido que una declaración “testimonial”⁴¹⁰ rendida fuera de juicio sólo es admisible conforme a la Sexta Enmienda y la “cláu-

408 En cuanto a la fiabilidad de la evidencia, la SCEU sostuvo que ésta podía tenerse por acreditada “sin más”, cuando la declaración se ubicara en un algún supuesto de excepción a la *prueba de referencia* firmemente afianzado (*firmly rooted hearsay exception*). En los demás casos, la SCEU sostuvo que la declaración debía excluirse, salvo que se demostrara que existían otras garantías específicas de credibilidad (*guarantees of trustworthiness*).

409 541 U.S. 36 (2004).

410 Cabe aclarar también que la SCEU ha adoptado una interpretación estrecha sobre lo que se considera una declaración “testimonial” propiamente dicha. En efecto, en *Davis v. Washington*, la SCEU señaló que una declaración es testimonial cuando las circunstancias objetivas del caso indican que (i) no hay una emergencia en curso (*ongoing emergency*) y (ii) el objeto principal del interrogatorio es establecer o probar hechos que podrían ser potencialmente relevantes para una acusación penal. Así, ha señalado que las grabaciones de una llamada realizada por

sula de la confrontación” cuando el testigo no está disponible para declarar en juicio y siempre que el acusado haya tenido oportunidad de contrainterrogarlo en alguna fase previa del proceso.⁴¹¹ Así, siguiendo la terminología usada por Rovatti, puede decirse que, a diferencia del TEDH, para la SCEU la cláusula de la confrontación *post-Crawford* es más bien una garantía *no-instrumental* o *no-epistémica*,⁴¹² en tanto que no tiene como finalidad primordial garantizar la fiabilidad de la evidencia, sino el respeto a los derechos constitucionales del acusado. Se trata de una regla que funciona más bien de forma estricta e, incluso, como *un fin en sí misma*. Una opinión similar ha definido Mike Redmayne, para quien —con posterioridad al caso *Crawford*— pareciera que el fin de la cláusula de la confrontación en Estados Unidos es la confrontación misma (*the ‘purpose of confrontation is confrontation’*).⁴¹³

Ahora bien, ¿qué sucede en el caso de México? ¿Es el principio de contradicción y el derecho a interrogar los testigos de cargo un derecho absoluto? El texto constitucional no es claro al respecto. Las únicas excepciones (o modulaciones) expresadas al principio de contradicción e intermediación parecieran ser la prueba anticipada (artículo 20, apartado A, fracción III, de la CPEUM) y el caso de actuaciones practicadas en la fase de investigación en asuntos relacionados con el delito de “delincuencia organizada”, las cuales podrán tener valor probatorio cuando “no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas” (artículo 20, apartado B, fracción V, segundo párrafo, de la CPEUM). Sin embargo, ningún artículo de la CPEUM establece expresamente si es posible admitir, por ejemplo, la declaración de un testigo que ha fallecido imprevisiblemente antes de la audiencia de juicio oral y que fue recabada, por ejemplo, durante la investigación inicial o complementaria.

En un primer conjunto de asuntos en los que la Primera Sala analizó esta cuestión a la luz del sistema de justicia penal acusatorio y la reforma constitu-

la víctima al 911 no pueden considerarse testimoniales, pues son hechas en el contexto de una emergencia, además que el propósito del interrogatorio es salvaguardar la integridad de la víctima y no obtener evidencia para un eventual caso penal.

411 En *Crawford*, sin embargo, la SCEU también dejó ver la posibilidad de establecer dos excepciones a esta regla. La primera es la pérdida del derecho por mala conducta (*forfeiture by wrongdoing*) y la segunda el caso de las declaraciones de testigos moribundos (*dying declarations*).

412 En *Crawford*, la propia SCEU distinguió entre enfoques “sustantivos” (*Roberts*) y “procesales” (*Crawford*) de la cláusula de la confrontación.

413 Redmayne, Mike, “Confronting Confrontation”, en Roberts, Paul y Hunter, Jill (eds.), *Criminal Evidence and Human Rights: Reimagining Common Law Procedural Traditions*, Oxford, Hart Publishing, 2012, p. 283 y ss.

cional de 2008⁴¹⁴ —nos referimos a los *amparos directos en revisión 243/2017 y 2308/2016*— parecía entender que el principio de contradicción era *absoluto*, de manera que *en ningún caso* la declaración de un testigo ausente no confrontado en juicio podría ser incorporada mediante lectura al juicio oral, ni valorada por el tribunal de enjuiciamiento. De manera particular, en el *amparo directo en revisión 243/2017*⁴¹⁵ la SCJN sostuvo que el artículo 374, fracción II, inciso d), del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México,⁴¹⁶ que permitía la incorporación mediante lectura de declaraciones previas a juicio de testigos cuan-

414 Durante la mayor parte del sistema tradicional o mixto-inquisitivo, la jurisprudencia permitió la admisión y valoración de declaraciones de testigos recabadas en la averiguación previa, aunque el acusado no hubiere tenido oportunidad de confrontarles en el proceso judicial. De hecho, la SCJN llegó a afirmar un principio de “inmediatez procesal”, según el cual las declaraciones rendidas inmediatamente después de los hechos (normalmente aquellas rendidas ante el Ministerio Público) debían merecer mayor valor probatorio que aquellas rendidas posteriormente en el proceso (véase la tesis aislada CCLXXXVIII/2013 de la Primera Sala, de rubro: PRUEBA TESTIMONIAL. EL PRINCIPIO DE INMEDIATEZ ES APLICABLE SIN IMPORTAR LA CATEGORÍA EN LA CUAL SE PRETENDA CLASIFICAR AL TESTIGO). Con todo, dicho criterio fue limitado en los últimos años de la vigencia del sistema tradicional, especialmente a partir del *amparo directo 14/20211* en dónde se estableció que incluso en ese sistema el acusado debía tener la posibilidad de someter todos los actos del Ministerio Público al “matiz del contradictorio”, el cual formaba parte del “debido proceso”. No obstante, la SCJN también estableció excepciones a esta doctrina, pues consideró que existen casos en los que era válido admitir declaraciones recabadas en la averiguación previa que no habían sido corroboradas en juicio, siempre que se actualizara una “condición de extrema excepcionalidad real”. De hecho, en el *amparo directo en revisión 3048/2014*, la Primera Sala retomó en buena medida el estándar del TEDH y concluyó que las declaraciones rendidas en averiguaciones previas son admisibles siempre que a) exista una “buena razón” para que el testigo no comparezca al juicio y el Ministerio Público haya hecho todo lo posible para localizarle; y b) la sentencia no se base únicamente o en un grado decisivo en este tipo de declaraciones (véase en sentido la tesis aislada XLVIII/2017 de la Primera Sala, con el rubro DERECHO A INTERROGAR TESTIGOS DE CARGO EN EL PROCESO PENAL. CRITERIOS QUE CONDICIONAN LA POSIBILIDAD DE ADMITIR LA EXCEPCIÓN CONSISTENTE EN LA IMPOSIBILIDAD DE LOCALIZAR AL TESTIGO). En este último caso, sin embargo, la propia SCJN hizo la aclaración de que tal interpretación derivaba del texto constitucional previo a la reforma constitucional 2008 (que prevía el sistema conocido como “mixto”), toda vez que “en un sistema genuinamente adversarial, hacia el cual el Constituyente impone dirigirnos, resultaría necesario replantearnos el alcance de la excepción al derecho de confrontación basada en la imposibilidad de localizar testigos”.

415 Resuelto por la Primera Sala de la SCJN en sesión de 10 de enero de 2018.

416 Artículo 374. Podrán incorporarse al juicio oral, previa su lectura o reproducción, los registros en que consten diligencias anteriores, cuando:

[...]

II. Las partes lo soliciten y el juez lo estime procedente, por lectura o reproducción del registro respectivo, en la parte conducente:

[...]

do “*se ignore su residencia actual*” y por ello no hubiere sido posible solicitar su desahogo anticipado, era inconstitucional por violar los principios de contradicción e inmediatez.

Por lo que hace específicamente al *principio de contradicción*, la Sala señaló de manera contundente que la disposición legal impugnada transgredía dicho principio constitucional toda vez que la ausencia del declarante en la audiencia de juicio y la autorización de incorporar su testimonio mediante lectura anula “la posibilidad de que la contraparte del oferente someta al sujeto de prueba al escrutinio de un ejercicio contradictorio, a través del contrainterrogatorio que le permita controvertir la credibilidad de su testimonio”.⁴¹⁷ Este criterio fue reiterado en el *amparo directo en revisión 2308/2016*, en donde la Sala invalidó una norma también del Código Penal para el Estado de México que autorizaba la incorporación mediante lectura o reproducción de declaraciones de testigos rendidas fuera de juicio, “cuando por la gravedad de los hechos delictuosos, se advierta la negativa de aquéllos”.

En estos asuntos, sin embargo, la SCJN no adelantó si tales principios podrían eventualmente admitir *excepciones*, por lo que parecía que para la Sala el derecho a la contradicción de los testigos de cargo sería una regla absoluta. No obstante, esta percepción duró poco. Al resolver el *amparo directo en revisión 2929/2018*, la SCJN matizó su criterio y sostuvo que sí es válido admitir la incorporación mediante lectura de declaraciones rendidas fuera de juicio en caso de testigos que “hayan fallecido y por eso motivo no hubiere sido posible su desahogo anticipado”. En particular, luego de retomar tanto la doctrina del TEDH como de la SCEU, la Primera Sala explicó que el principio de contradicción *no es absoluto y admite excepciones*, siempre y cuando (a) exista una “buena razón” para la incomparecencia del testigo (especialmente cuando se trata de una “contingencia insuperable material y jurídicamente”) y (b) se haya respetado el derecho de defensa del acusado a través de alguna de las siguientes condiciones: (b.i) que éste haya contado con la oportunidad de interrogar o contrainterrogar el testimonio de cargo en algún momento de las etapas previas al juicio oral; o bien (b.ii) la declaración incorporada mediante lectura no constituya el principal elemento de prueba para justificar la sentencia de condena (nótese como la Primera Sala retomó expresamente el estándar europeo, si bien modulado con algunos elementos del modelo estadounidense). Asimismo —como una especie de garantía adicional— la Sala precisó que la incorporación de este tipo de declaraciones a la audiencia de juicio oral debe realizarse en todo caso a través de un “testigo de acreditación”, a fin de que este último explique quién la

d) Las declaraciones de coimputados, testigos o peritos que hayan fallecido, perdido la razón o la capacidad para declarar en juicio, estén fuera del país, se ignore su residencia actual y por eso no hubiese sido posible solicitar su desahogo anticipado.

417 Dichas consideraciones quedaron plasmadas en la tesis aislada XLIX/2018, *op. cit.*, nota 399.

obtuvo, dónde se obtuvo, cómo se obtuvo, pero sobre todo, para saber si la declaración que se incorpora al juicio es la “misma” que se practicó en etapas previas. Todo lo cual permitirá a la contraparte estar en condiciones de controlar y debatir sobre su “autenticidad o fiabilidad”.

La posibilidad de admitir excepciones implícitas en la CPEUM al principio de contradicción ha sido reiterada en precedentes posteriores. En el *amparo directo en revisión 6392/2018*,⁴¹⁸ por ejemplo, la Primera Sala sostuvo que permitir la incorporación de declaraciones de testigos rendidas fuera de juicio, por el sólo hecho de que se trata de los “coimputados”, también viola los principios de contradicción e intermediación. Si bien, la Sala no hizo referencia a la doctrina del TEDH, reconoció que “en ciertos casos y bajo ciertas circunstancias” podría analizarse “la razonabilidad de que existan previsiones normativas en relación con la protección de personas (en su vida e integridad física, psicológica y emocional)”. Sin embargo, en el caso la Sala advirtió que la excepción en cuestión —el mero hecho de que se trata de los coimputados— no tenía como base “la tutela de otros derechos o bienes jurídicos”. En todo caso, para la Sala además “no es posible comprometer los principios de contradicción e intermediación con tan sólo la justificación de resolver más pronta y expeditamente los asuntos”.

Finalmente, al resolver el *amparo directo en revisión 1956/2019*,⁴¹⁹ la SCJN sostuvo que permitir la incorporación de declaraciones de testigos ausentes cuando estos presenten un “trastorno mental, permanente o transitorio” y por ese motivo hayan perdido la capacidad de declarar, constituye también una excepción válida a los principios de contradicción e intermediación, pues se trata de una *buena razón* que justifica la imposibilidad de recabar su testimonio en juicio. En este caso, la Sala sí reiteró el estándar de admisibilidad de este tipo de declaraciones establecido en el *amparo directo en revisión 2929/2018* y señaló que la obligación de colmar alguna de las dos condiciones apuntadas en dicho precedente (véase *supra b.i* y *b.ii*) obedece a “la necesidad de encontrar un *punto de equilibrio* entre los objetivos que persigue el proceso y observar las exigencias del derecho a la defensa adecuada y del principio de igualdad procesal”. [Cursivas añadidas].

En resumen, aunque en un inicio parecía asumir una lectura estricta sobre el principio de contradicción, en fechas más recientes, la SCJN ha sostenido que dicho principio no es absoluto y admite excepciones no expresamente previstas en la CPEUM. Esto, siempre y cuando exista una “buena razón” que justifique la incomparecencia del testigo en juicio y, además, se garantice el derecho de defensa del acusado a través de alguna de las siguientes condiciones (*i*) que éste haya con-

418 Fallado por la Primera Sala el 5 de junio de 2019.

419 Fallado por la Primera Sala el 14 de abril de 2021.

tado con la oportunidad de interrogar o conainterrogar el testimonio de cargo en algún momento de las etapas previas al juicio oral, o bien (ii) la declaración incorporada mediante lectura no constituya el principal elemento de prueba para justificar la sentencia de condena.

El debate, sin embargo, dista mucho de estar enteramente clausurado. Hasta ahora la SCJN no ha aclarado en qué consiste, según su propia doctrina, una “buena razón”, ni en qué casos se puede considerar que la declaración no confrontada no constituye el “principal elemento de prueba”. Como ha puesto de relieve Rovatti, entre lo resuelto por la Primera Sala en el *amparo directo en revisión 243/2017* y el estándar establecido en el *amparo directo en revisión 2929/2018* existe una tensión que genera confusión, toda vez que:

[U]na vez que se admite la existencia de excepciones plausibles al derecho de examinar a los testigos de cargo, no parece haber ninguna justificación para incluir dentro de ese universo al caso del testigo que ha muerto, pero no al del que no puede ser localizado, o [...] al de aquel que está demasiado atemorizado para declarar en casos de delitos graves. Segundo, porque la SCJN, tanto antes como después de los dos fallos comentados, usó a la jurisprudencia del TEDH como guía interpretativa y este Tribunal ha admitido, como vimos, que ambos supuestos constituyen “buenas razones” para apartarse de lo que normalmente exige el artículo 6.3.d del Convenio Europeo. Y tercero, porque [...] incluso antes de acudir al test europeo esa misma había sido la posición de la SCJN al considerar, en varias oportunidades, el caso del testigo a quien no es posible localizar.⁴²⁰

Una posible explicación a lo anterior podría ser que, para la Primera Sala, la disposición procesal analizada en el *amparo directo en revisión 243/2017* no ofrecía suficientes garantías —ni siquiera a la luz de lo resuelto en el *amparo directo en revisión 3048/2014*— pues únicamente establecía como supuesto de admisibilidad de testigos ausentes el mero hecho de que “se ignore su residencia actual”, con lo cual parecía relevar al Ministerio Público de prácticamente cualquier carga o deber de localización o de garantizar su comparecencia. En efecto, no hay que olvidar que en este último asunto la Primera Sala también estableció que, por virtud del principio de presunción de inocencia, es el Ministerio Público “quien debe agotar los medios legítimos a su alcance para lograr que los testigos de cargo que él ofrece estén en condiciones de comparecer”. Así, se dijo que, si el Ministerio Público “es absolutamente negligente en el cumplimiento de su obligación de obtener la comparecencia del testigo que como prueba desea ofrecer, el juez no puede tomar ese dicho en consideración; es decir, no puede darle valor probatorio alguno”.⁴²¹

420 Rovatti, Pablo, *op. cit.*, nota 405, pp. 176-177.

421 Véase la tesis aislada XLVII/2017 de la Primera Sala, con el rubro: DERECHO A INTERROGAR TESTIGOS EN EL PROCESO PENAL. POR EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE

Sea como fuere, coincidimos con Rovatti en que se trata de una cuestión que —junto con el fundamento o razón de ser del principio de contradicción en nuestro sistema⁴²², así como los alcances de la *sole or decisive rule*— convendría ser clarificada en desarrollos jurisprudenciales posteriores.

1.3. *Procedimiento abreviado*

Otra problemática a la que se ha enfrentado la SCJN, en relación con los alcances del principio de contradicción, tiene que ver con, si dicho principio es vulnerado al no permitírsele a una persona presentar y desahogar pruebas en su defensa durante un *procedimiento abreviado*. Como se sabe, la reforma constitucional de 2008 promovió la posibilidad de adoptar mecanismos de solución alterna en materia penal (como los acuerdos reparatorios o la suspensión condicional del procedimiento) y mecanismos de terminación anticipada (como el procedimiento abreviado). En particular, el artículo 20, apartado A, fracción VII, de la CPEUM dispone lo siguiente:

Una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del inculpado, se podrá decretar su terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley. Si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, el juez citará a audiencia de sentencia. La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculpado cuando acepte su responsabilidad;

En ese sentido, una de las cuestiones que ha tenido que analizar la SCJN en relación con estos procedimientos ha sido si, para poder condenar a una persona en

INOCENCIA, EL MINISTERIO PÚBLICO ES QUIEN TIENE LA CARGA DE LOCALIZAR A LOS TESTIGOS DE CARGO A FIN DE LOGRAR SU COMPARECENCIA ANTE EL JUEZ.

422 En “Confronting confrontation”, de manera muy interesante Mike Redmayne puso de relieve que, si bien existen diferentes formas de interpretar el fundamento y justificación de la cláusula de la confrontación, en su opinión la mejor forma de entender este principio (y sus excepciones), consiste no en entenderla como una garantía de “fiabilidad” de la evidencia o de la “justicia” del proceso, sino más bien como una forma de garantizar el principio de “mejor evidencia disponible” (*best evidence principle*). Cfr. Redmayne, Mike, *op. cit.*, nota 413. Una opinión similar ha defendido Rovatti, para quien “el derecho analizado es uno a interrogar o contra-examinar a los testigos razonablemente disponibles y contiene la facultad específica de exigir que la acusación sea responsable en la presentación de la mejor evidencia disponible. En cambio, no abarca un derecho específico de exigir que la acusación se vea privada de utilizar en apoyo de su caso declaraciones previas de un testigo que ya no está disponible por motivos serios y atendibles”. Rovatti, Pablo, *op. cit.*, nota 400, p. 62.

un procedimiento abreviado, es necesario que se haya garantizado la posibilidad de controvertir los datos o medios de prueba en los que se sustenta la acusación.

Esta cuestión fue analizada, entre otros asuntos, en el *amparo directo en revisión 2018/2018*.⁴²³ En este caso, la Primera Sala explicó que cuando una persona acepta sujetarse a un procedimiento abreviado, se parte de la base de que existió un reconocimiento de culpabilidad respecto del delito materia de la acusación, de forma que en estos supuestos el juez de control que dirige esta forma de terminación anticipada del procedimiento no tiene por qué realizar un juicio de contraste para ponderar el valor probatorio de cada elemento y, en su caso, formarse una convicción sobre la culpabilidad o inocencia del inculpado. Consecuentemente, la SCJN ha considerado que en estos casos no tiene aplicación (es decir, se excluye) el principio de contradicción, pues de lo contrario carecería de sentido la existencia de un procedimiento abreviado como medio anticipado de solución de la controversia penal.⁴²⁴

2. PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN

2.1. *Fundamento y contenido*

El principio de contradicción se encuentra íntimamente ligado con un diverso principio rector del procedimiento penal acusatorio y adversarial: el *principio de inmediación*. El contenido específico de este principio podemos encontrarlo en el artículo 20, apartado A, fracción II, de la propia CPEUM, en donde se establece que “[t]oda audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y la valoración de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera libre y lógica”. Al respecto, la SCJN ha señalado que el principio de inmediación “presupone que todos los elementos de prueba vertidos en un proceso y que servirán para decidir sobre la responsabilidad penal de una persona, deben ser presenciados sin mediaciones o intermediarios por el juez en una audiencia”.⁴²⁵

423 Resuelto por la Primera Sala de la SCJN en sesión de 10 de octubre de 2018.

424 Dichas consideraciones quedaron plasmadas en la tesis aislada CCLXXX/2018 de la Primera Sala, con el rubro: PROCEDIMIENTO ABREVIADO. SE EXCLUYE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN PROBATORIA.

425 Tesis jurisprudencial 54/2019 de la Primera Sala, con el rubro: PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN COMO HERRAMIENTA METODOLÓGICA PARA LA FORMACIÓN DE LA PRUEBA. EXIGE EL CONTACTO DIRECTO Y PERSONAL DEL JUEZ CON LOS SUJETOS Y EL OBJETO DEL PROCESO DURANTE LA AUDIENCIA DE JUICIO.

Como es sabido, la introducción de este principio en el texto constitucional en 2008 buscó erradicar una de las prácticas más comunes del antiguo sistema penal mixto, consistente en que la dirección de la mayoría de las audiencias era delegada por el juez a un secretario del juzgado, lo que evidentemente incluía el desahogo, conformación y valoración del material probatorio.⁴²⁶ De esta manera, mediante del principio de inmediatez se buscó asegurar que la misma persona que dictara sentencia fuera la que tuvo un contacto personal y directo con las pruebas ofrecidas y desahogadas por las partes.⁴²⁷ No obstante, como ha reconocido la propia SCJN, debe tenerse presente que dicho principio no es exclusivo de la etapa de enjuiciamiento, sino que se extiende también a las audiencias preliminares del juicio.⁴²⁸

Cabe destacar, sin embargo, que el principio de inmediatez tampoco es *absoluto*. El propio artículo 20, apartado A, fracción III, de la CPEUM establece que, si bien, por regla general, para efectos de la sentencia “sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio”, también establece que “[l]a ley establecerá las excepciones y los requisitos para admitir en juicio la prueba anticipada, que por su naturaleza requiera desahogo previo”. En ese sentido, el artículo 304 del CNPP actualmente establece la posibilidad de desahogar medios de prueba antes de la audiencia de juicio oral y ante un Juez de control *distinto* al tribunal de enjuiciamiento, siempre que “se estime probable que algún testigo no podrá concurrir a la audiencia de juicio, por vivir en el extranjero, por existir motivo que hiciere temer su muerte, o por su estado de salud o incapacidad física o mental que le impidiese declarar”. Por su parte, el artículo 20, apartado B, fracción V, segundo párrafo, de la CPEUM, establece que tratándose específicamente de casos de “delincuencia organizada”, las actuaciones realizadas en “la fase de investigación” podrán tener valor probatorio, siempre que “no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o

426 Tesis jurisprudencial 55/2018 de la Primera Sala, con el rubro: PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN COMO REGLA PROCESAL. REQUIERE LA NECESARIA PRESENCIA DEL JUEZ EN EL DESARROLLO DE LA AUDIENCIA.

427 Tesis aislada LVI/2018 de la Primera Sala, de rubro: PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN. PARA GARANTIZAR SU EFICACIA EN LA AUDIENCIA DE JUICIO, EL JUEZ QUE DIRIGE LA PRODUCCIÓN DE LAS PRUEBAS DEBE SER EL QUE DICTE LA SENTENCIA, SIN DAR MARGEN A RETRASOS INDEBIDOS.

428 Tesis jurisprudencial 29/2018 de la Primera Sala, con el rubro: PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN. EL JUEZ DE CONTROL QUE DICTE EL AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO DEBE SER EL MISMO QUE CONOCIÓ DE LA IMPUTACIÓN Y LA SOLICITUD DE VINCULACIÓN POR EL MINISTERIO PÚBLICO.

víctimas”, sin perjuicio del derecho del inculpado de objetarlas o impugnarlas y aportar pruebas en contra.⁴²⁹

2.2. Componentes o vertientes del principio de inmediación

En el *amparo directo en revisión 492/2017*, luego de hacer una revisión exhaustiva de la doctrina, el derecho comparado, el texto constitucional, así como de los fines de la reforma constitucional de 2008, la Primera Sala concluyó que el principio de inmediación se compone por, al menos, los siguientes elementos: (i) necesaria presencia del juez o jueza en el desarrollo de la audiencia, (ii) percepción directa y personal de los elementos probatorios útiles para la decisión y (iii) que el juez o jueza que interviene en la producción de las pruebas personales sea la misma que emita el fallo, en el menor tiempo posible.

En cuanto a la primera vertiente, la Primera Sala explicó que la necesaria presencia del juez en la audiencia tiene por objeto “garantizar la corrección formal del proceso y velar por el debido respeto de las partes”. Respecto a la segunda, la Sala indicó que ésta constituye “una herramienta metodológica de la formación de la prueba” que permite al juez percibir toda la información que de ella se desprenda, incluyendo elementos paralingüísticos (como el tono, volumen o cadencia de la voz, pausas, titubeos, disposición del cuerpo, dirección de la mirada, muecas, sonrojo, etcétera). Finalmente, respecto de la última vertiente, la SCJN señaló que con ella se buscan asegurar las “ventajas de la inmediación en el desarrollo de la causa y la recepción de las pruebas”, toda vez que “el beneficio obtenido por la intervención directa y personal del juez o tribunal se debilitaría si gradualmente se admitiera un cambio del juez”, en tanto que con ello “se privaría de todos los efectos positivos de este principio”. Además, “de muy poco valdría que el propio juez escuche a las partes o participe en sus discusiones [...] si dichos actos los realiza en momentos aislados, distantes en mucho tiempo unos de otros, interferidos por cuestiones incidentales, y todo ello a tiempo lejano del instante en que se abocara a razonar y pronunciar su fallo”.

Por último, en dicho precedente, la Primera Sala también precisó que la inmediación constituye un componente fundamental del *debido proceso*, de manera que su infracción en la audiencia de juicio oral irremediablemente conduce a la *reposición del procedimiento*, esto es, “a que se repita la audiencia de juicio”. Ello

429 Si bien no se tiene conocimiento de un precedente de la SCJN que así lo haya sostenido, nos parece que dicho precepto puede catalogarse igualmente como una *excepción* constitucional al principio de inmediación, en tanto que autoriza en ciertos casos particulares la admisibilidad de pruebas (como pueden ser testimoniales) que no han sido desahogadas ante el tribunal de enjuiciamiento, sino de una autoridad *distinta*.

es así —señaló— toda vez que “sin intermediación la sentencia condenatoria que se emite carece de fiabilidad, en tanto que no se habrá garantizado la debida formación de la prueba y, por ende, no habrá bases para considerar que el juez dispuso de pruebas de cargo válidas para sentenciar”.

2.3. Valoración de elementos paralingüísticos de las declaraciones testimoniales

Como se dijo, la SCJN ha sostenido que una de las finalidades del principio de intermediación es que el tribunal que ha de dictar sentencia tenga contacto *directo* con las pruebas, de manera que pueda valorar, incluso, los elementos *paralingüísticos* de las pruebas personales (testigos y peritos), como son el tono de voz, titubeos, muecas, nerviosismo, seguridad, etcétera. Así, aunque la jurisprudencia no es concluyente a este respecto, bajo cierta lectura pareciera que para la Sala que los elementos *paralingüísticos* o *no verbales* de las declaraciones testimoniales pueden ser, en ciertos casos, elementos *relevantes* para valorar la *credibilidad* de los testigos. Dicho de otro modo: bajo cierta interpretación, la Sala pareciera entender que, gracias a la intermediación, las juezas y los jueces penales de primera instancia (es decir, quienes integran el tribunal de enjuiciamiento) están en mejor condición de determinar si un testigo “miente”, pues sólo mediante este mecanismo es posible apreciar directamente todos los “ademanos, conductas o expresiones involuntarias e incontrolables” que son indicativos de la mentira.⁴³⁰

Leer de esta forma el precedente sería, sin embargo, altamente cuestionable desde el punto de vista científico y, específicamente, desde la psicología del testimonio. Como han destacado numerosos autores, si bien algunos estudios indican que en ciertos casos es posible identificar la mentira a partir de ciertas micro expresiones visibles por quien “posea el entrenamiento y los implementos audiovisuales adecuados”,⁴³¹ también reconocen que es imposible extraer *conclusiones absolutas* a partir de manifestaciones faciales o no verbales, pues en ello influyen siempre las diferencias y características individuales de cada persona.⁴³² Diversos estudios también han demostrado que la mayoría de nuestras intuiciones sobre lo que creemos que son rasgos o manifestaciones claras de la mentira como no sostener la mirada, no se corresponden en realidad con la evidencia empírica, pues se ha demostrado que “algunas personas están perfectamente para sostener ese contacto mientras mienten”. Algo similar puede decirse de otro tipo de

430 Contreras Rojas, Cristian, *La valoración de la prueba de interrogatorio*, Madrid, Marcial Pons, 2015, p. 248.

431 *Ibidem*, p. 251.

432 *Ibidem*, p. 252.

expresiones no verbales, como la sudoración, el titubeo, el nerviosismo, etcétera, cuyas causas pueden ser diversas y no necesariamente la mentira. Como ha señalado Giuliana Mazzoni, aunque se trata de una creencia muy extendida no sólo entre personas legas sino también entre juristas, la evidencia científica revela que “la relación entre seguridad [del testigo] y la exactitud [del testimonio] es extremadamente baja”, por lo que “el nivel de seguridad no es un buen predictor de la calidad de la declaración”.⁴³³ Esto se debe, como refiere Mazzoni, a que en la exactitud del testimonio y la seguridad del testigo influyen diversos factores distintos, muchos de ellos incluso azarosos.⁴³⁴ En esa misma línea, luego de revisar la literatura científica sobre el tema, Víctor de Paula ha concluido que “hasta el día de hoy, la psicología experimental demuestra de forma muy clara (con un alto grado de comprobación científica) que no hay manera de que una persona pueda detectar la mentira”, de modo que “lo que se hace normalmente en el ámbito jurídico (cuando se buscan separar testigos sinceros de no sinceros) son ejercicios de adivinación, muchas veces menos precisos que el lanzamiento de una moneda al aire”.⁴³⁵ En definitiva, de acuerdo con este autor: “[l]a idea de que el juez pueda valorar a un testigo con base en el tono de su voz, nerviosismo, la forma de mover la cabeza o incluso en contradicciones en las que este caiga es simplemente falsa.”⁴³⁶ [Cursivas añadidas].⁴³⁷

Así pues, ante la abrumadora evidencia y literatura científicas que *rechazan* la utilización de elementos no verbales como criterios para la valoración racional de la prueba testifical, no parece conveniente interpretar el criterio de la SCJN so-

433 Mazzoni, Giuliana, *Psicología del testimonio*, [traducción: Amparo Moreno Hernández] Madrid, Trotta, 2019, p. 92.

434 *Ibidem*, pp. 93-94.

435 De Paula Ramos, Víctor, *La prueba testifical: Del subjetivismo al objetivismo, del aislamiento científico al diálogo con la psicología y la epistemología*, [traducción: Laura Criado Sánchez], Madrid, Marcial Pons, 2019, p. 114.

436 *Ibidem*, p. 164. En esa misma línea, Contreras Rojas sostiene que las “técnicas conductuales no son útiles para fijar con precisión la verdad o la mentira, sino que sólo permiten detectar una serie de estados emocionales, como ansiedad, nerviosismo o estrés, los que pueden deberse a un sinfín de razones”. Sin mencionar que “no es posible identificar ningún comportamiento individual que se manifieste indefectiblemente en cada oportunidad que una persona miente” (como la “nariz de Pinocho”). Contreras Rojas, Cristian, *op. cit.*, nota 430, pp. 250-251.

437 De Paula Ramos, Víctor, *op. cit.*, nota 435, p. 168. Por ello —y ante la extrema debilidad epistémica de la prueba testifical y las dificultades de su valoración— De Paula considera que la valoración de la prueba testifical debe realizarse siempre “*en conjunto* con las demás pruebas de los autos” y nunca de forma aislada. Para De Paula, es necesario abandonar las tesis presuntivistas y en su lugar adoptar una visión no presuntivista que invierta la lógica de la prueba testifical: “en vez de presumirse que todo lo que el testigo diga es verdadero salvo prueba en contrario, [debe entenderse que] si lo afirmado por el testigo no se corrobora por ningún otro medio, no se podrá afirmar ni que [...] la información es verdadera, ni que es falsa”. *Ibidem*, p. 169.

bre las funciones o finalidades del principio de inmediación de forma amplia, sino más bien *acotada*. A nuestro modo de ver, una mejor lectura de los precedentes es interpretarlos en el sentido de que si bien es cierto que el *contacto directo* del juez con los testigos puede facilitar la percatación inmediata y directa de elementos paralingüísticos o no verbales, estos últimos sólo son *relevantes* y pueden ser utilizados por el tribunal con la exclusiva finalidad de garantizar el *correcto desarrollo de la audiencia* (por ejemplo, para adoptar medidas de orden o seguridad, ante la notoria incomodidad física o emocional del testigo⁴³⁸), *pero no para conceder credibilidad o fiabilidad al testimonio*. Desde nuestra perspectiva, interpretar de forma más extensa el precedente —esto es, en el sentido de que los jueces pueden o deben considerar elementos no verbales en la valoración de la credibilidad de pruebas personales— implicaría retroceder nuevamente hacia concepciones *irracionales* de la prueba (como el modelo de la *íntima convicción*), las cuales han sido consideradas por la propia SCJN como sistemas contrarios a la presunción de inocencia, al derecho de defensa y a un modelo garantista. Esto último, en la medida que impiden el *control racional* de las inferencias probatorias extraídas por las y los jueces penales al dictar el fallo (condenatorio o absolutorio).⁴³⁹

2.4. *Inmediación en segunda instancia*

Un problema distinto, aunque estrechamente relacionado con el anterior, tiene que ver con la posibilidad de que los tribunales de alzada *revisen* las decisiones de los jueces de primera instancia en materia probatoria o de hechos. Quienes consideran que la inmediación es una herramienta diseñada para *adquirir conocimiento* y lograr así una mejor *valoración de las pruebas* (concretamente la prueba testifical) —bajo la premisa de que sólo así el juez o jueza puede “acceder” a un conjunto de elementos paralingüísticos o no verbales, ambientales o auditivos, que son indispensables para la correcta valoración de la credibilidad o fiabilidad (como el tono de voz, gestos, seguridad o nerviosismo, etcétera)— suelen argumentar que ello no es posible, pues tales elementos sólo pueden ser ponderados por el juez que presencié directamente el desahogo de la prueba. Según esta postura, al no tener ese “acceso” directo, el tribunal de alzada no estaría en condiciones de revisar la valoración de la prueba o sustituir la decisión del juez de instancia, quien se supone siempre en una mejor posición epistémica.⁴⁴⁰ Por ende, lo único

438 Agradecemos a Alejandro Alberto Díaz Cruz habernos hecho notar esta posibilidad.

439 Sobre esto abundaremos al analizar el principio de presunción de inocencia.

440 Hay quienes incluso argumentan que el acceso posterior a las videograbaciones de la audiencia no es suficiente para garantizar inmediación en segunda instancia, pues la calidad visual y auditiva suele diferir (ser menor) de aquella que tuvo el juez de juicio oral.

que podría revisar el tribunal de alzada son cuestiones de *derecho*, pero no de *prueba* o de *hechos*.

Quienes en cambio consideran que la intermediación no es una herramienta diseñada para *adquirir conocimiento* ni garantizar una correcta *valoración de la prueba*, sino únicamente para asegurar la correcta conformación y desahogo de la misma (al permitir, por ejemplo, que el juez solicite precisiones o aclaraciones a los testigos durante su declaración), no suelen encontrar obstáculo alguno a la revisión en segunda instancia de las inferencias y conclusiones probatorias extraídas por los jueces de instancia a partir de las pruebas desahogadas.⁴⁴¹ Según esta postura, dado que los elementos no verbales son irrelevantes para la valoración de la prueba (lo que importa es más bien el contenido de la declaración y su corroboración con otras pruebas), el tribunal de alzada estaría en perfectas condiciones para examinar si las *inferencias probatorias* extraídas por el tribunal de enjuiciamiento se corresponden o no (es decir, son razonables) con el contenido efectivo de los medios de prueba desahogados durante la audiencia de juicio oral (especialmente cuando éstos han quedado registrados por escrito o de manera audiovisual).⁴⁴²

¿Cuál de estos dos modelos asume nuestro ordenamiento? ¿Es una técnica de adquisición de conocimiento o simplemente una técnica de conformación de la prueba? Como es sabido, al diseñar y expedir el CNPP, el Congreso de la Unión parecía haber optado por la primera interpretación el principio de intermediación, pues en el artículo 468, fracción II, estableció expresamente que las sentencias definitivas dictadas por los tribunales de enjuiciamiento sólo serían apelables “en relación con aquellas consideraciones contenidas en la misma, *distintas a la valoración de la prueba* siempre y cuando no comprometan el principio de intermediación” [cursivas añadidas]. Es decir, el Congreso de la Unión parecía entender que la intermediación era una herramienta diseñada para garantizar, primordialmente, la correcta apreciación y valoración de la prueba; de manera que el tribunal de alzada estaría imposibilitado de revisar o sustituirse en el tribunal de juicio oral, al no haber estado presente en el desahogo de la prueba.

No obstante, al revisar la constitucionalidad de dicho precepto procesal, la SCJN ha considerado que tal interpretación del principio de intermediación en el

441 Sobre esto véase Contreras Rojas, Cristian, *op. cit.*, nota 430, pp. 316-320.

442 Esta es la postura que parece sostener, por ejemplo, Perfecto Andrés Ibáñez, para quien “[l]a intermediación no es un método de adquisición de conocimiento, sino un medio de empleo en el juicio de instancia, necesario pero no suficiente a aquel efecto, que tiene sus reglas de uso y sus limitaciones”. Véase Andrés Ibáñez, Perfecto, “Sobre el valor de la intermediación (una aproximación crítica)”, en *Jueces para la democracia*, núm. 46, 2003, pp. 57-66, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=409555>

proceso penal es incorrecta, además de que lesiona el derecho fundamental a un recurso judicial efectivo en materia penal, por lo que ha declarado la inconstitucionalidad de dicha porción. En efecto, al resolver el *amparo directo en revisión* 777/2019 —de donde derivó la tesis 1a. CVI/2019— la Primera Sala sostuvo que dicha porción es inconstitucional, toda vez que la misma:

[V]iola el derecho a contar con un recurso efectivo previsto en el artículo 17 constitucional, pues el legislador federal pretendió establecer un límite a la procedencia del recurso de apelación en materia penal, de manera que únicamente puedan analizarse cuestiones estrictamente jurídicas o argumentativas vedando toda posibilidad de revisión de las cuestiones fácticas o de valoración probatoria, lo que constituye una barrera que impide a quienes han sido condenados penalmente, a que un Tribunal de Alzada revise, a través de un recurso efectivo, los hechos que el Juez Oral o tribunal de enjuiciamiento de primera instancia consideró probados y suficientes para determinar una condena penal.

En dicho precedente, la Primera Sala precisó que el derecho a un recurso efectivo para impugnar errores o violaciones en la valoración probatoria, “no rompe con el principio de inmediación”, toda vez que “la revisión de la valoración probatoria en segunda instancia no significa abrir nuevamente el juicio oral ni la etapa de desahogo de pruebas”. De acuerdo con la Primera Sala, “no debe confundirse la inmediación con la corrección en la motivación sobre la valoración y alcance demostrativo de la prueba personal” ya que lo que se analiza en una segunda instancia es “el manejo que realiza el juez con la información que como resultado arroja la prueba”, esto es, “el valor que el juzgador atribuye a una prueba y su alcance sea el que le corresponda”. En suma, para la Primera Sala:

[A] diferencia de lo que acontece en el juicio oral, en la segunda instancia la actuación del órgano que conoce del medio de impugnación se limita a la realización de un proceso lógico-jurídico sobre lo existente en los registros del juicio oral y la sentencia de primera instancia, con independencia de que ello implique o no llegar a la misma conclusión que el juzgador de juicio oral. [...] En este sentido, para la resolución del recurso de apelación, será suficiente el examen de los registros que sobre el juicio oral obren en audio y/o video, así como del sustento documental y la sentencia o resolución reproducida por escrito, allegados al órgano jurisdiccional de segunda instancia, mediante los cuales éste podrá obtener los elementos necesarios para formarse de convicción y emitir la decisión de alzada debidamente fundada y motivada.

De esta manera, el debate sobre la (in)compatibilidad de la inmediación con el recurso de apelación —así como sobre la posibilidad de revisión en segunda instancia de la valoración probatoria realizada por el tribunal de juicio oral— parece estar de momento zanjado, pues, como se ha visto, para la SCJN el tribunal de alzada no sólo puede, sino que incluso *debe* revisar la valoración de la prueba efectuada por el tribunal de primera instancia, en aras de garantizar el derecho a un recurso judicial efectivo.

3. DERECHO DE DEFENSA

3.1. Generalidades del derecho de defensa

Además del derecho inherente del acusado a defenderse por sí mismo, hasta antes de la reforma de 2008, la CPEUM permitió que las personas acusadas de un delito fueran asistidas por abogado o abogada e, incluso, por una “persona de confianza”, aunque ésta no fuera profesionista en derecho. Esto último cambió al instaurarse el sistema penal acusatorio mediante la reforma de 18 de junio de 2008,⁴⁴³ pues el artículo 20, apartado B, inciso VIII, de la CPEUM⁴⁴⁴ ahora establece expresamente el derecho de las personas imputadas a una “defensa adecuada por abogado [o abogada]”, quien podrá ser designado o designada por el acusado o la acusada libremente desde el momento de la detención y, en caso de que no quiera o no pueda, a que se le designe uno de *oficio* por el Estado. En el ámbito internacional, este derecho se encuentra también reconocido y protegido en el artículo 8.2, incisos d) y e), de la CADH⁴⁴⁵ y en el numeral 14.3, inciso d), del PIDCP.⁴⁴⁶

443 Aunque desde 2013, la SCJN señaló que esto debía ser garantizado también en el sistema mixto, debido a que así lo exigen las normas de derechos humanos contenidas en tratados internacionales y el principio *pro persona*. Véanse los amparos directos en revisión 207/2012 y 2886/2012, ambos resueltos por Pleno de la SCJN y fallados el 10 de junio de 2013.

444 Artículo 20

[...]

B. De los derechos de toda persona imputada:

[...]

VIII. Tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención. Si no quiere o no puede nombrar un abogado, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor público.

También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera, y

[...].

445 Artículo 8. Garantías Judiciales

[...]

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

[...]

d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

[...].

Al analizar el contenido de este derecho, la SCJN⁴⁴⁷ —atendiendo, por cierto, en buena medida a la jurisprudencia emitida por la Corte IDH⁴⁴⁸— ha establecido que una defensa adecuada exige un elemento “formal” y uno “material”. El primero se relaciona con lo que se conoce como la *defensa técnica* (es decir, proporcionada por un licenciado o licenciada en derecho); mientras que el segundo exige que la defensa sea *efectiva* (actuar diligente). Además, la SCJN ha reconocido que este derecho también comprende el derecho de todo inculpado a que su defensor participe en todas las etapas del proceso, aportar pruebas, presentar medios de impugnación, exponer argumentos y utilizar los beneficios procesales que la legislación correspondiente establezca para la defensa.⁴⁴⁹

Por lo que hace a la *vertiente formal* (esto es, el derecho a una *defensa técnica*), la SCJN ha señalado que el documento idóneo para acreditar la competencia técnica del abogado defensor es el título profesional de Licenciado en Derecho, emitido por la institución docente legalmente autorizada para ello. De esta manera, se ha señalado por el mismo Tribunal que las autoridades judiciales tienen la obligación de verificar que la persona que asiste al imputado cuenta con la calidad de Licenciado en Derecho.⁴⁵⁰

En cuanto a la *vertiente material*, si bien en un inicio la SCJN sostuvo que el derecho a una defensa adecuada no implicaba analizar la debida actuación de la

446 Artículo 14

[...]

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

[...]

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;

[...].

447 Amparo directo en revisión 2886/2012, *op. cit.*, nota 7.

448 Corte IDH. Caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*, *op. cit.*, nota 314, y Corte IDH. Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220.

449 Véase los amparos directos 8/2008, 9/2008, 10/2008 y 33/2008, resueltos por Primera Sala de la SCJN, los primeros tres en sesión de 12 de agosto de 2009 y el último en sesión de 4 de noviembre de 2009.

450 Véanse los amparos directos en revisión 3044/2012 y 3111/2014, resueltos por la Primera Sala de la SCJN en sesiones de 7 de febrero de 2014 y 25 de marzo de 2015, respectivamente. Además, véase la contradicción de tesis 1/2020, resuelta por la Primera Sala de la SCJN en sesión de 27 de mayo de 2020.

o el defensor,⁴⁵¹ posteriormente cambió su criterio y admitió esta posibilidad. En particular, la Primera Sala señaló que en un proceso penal, la persona abogada defensora debe satisfacer un “estándar mínimo de diligencia” en el cumplimiento de sus deberes profesionales. Estos deberes consisten en proteger y promover los intereses del inculpado de acuerdo con las circunstancias fácticas (pruebas, hechos, etc.) y normativas (posibilidades jurídicas como recursos, beneficios, etc.) del caso.⁴⁵² Lo cual puede ser evaluado, incluso, por los tribunales de amparo.

Con todo, la SCJN también ha sostenido que *no cualquier deficiencia* del defensor o defensora ocasiona una violación al derecho a gozar de una defensa adecuada en su aspecto material. Para la SCJN, una discrepancia no sustancial con la estrategia de defensa o el resultado desfavorable del proceso penal respecto a los intereses del inculpado —por ejemplo, que la persona haya sido condenada—, no es, por sí misma, razón suficiente para afirmar que se vulneró el derecho en cuestión. Para ello, debe tratarse de una *negligencia inexcusable o manifiesta incapacidad*,⁴⁵³ para lo cual el órgano jurisdiccional debe evaluar si se ha presentado alguno de los siguientes indicios: (a) ausencia sin justificación evidente de medios de prueba; (b) silencio inexplicable de la defensa; (c) ausencia de interposición de recursos; (d) omisión de asesoría; (e) desconocimiento técnico del procedimiento penal del abogado o abogada y (f) ausencia o abandono total de la defensa. En caso de que se advierta que la defensa ha incurrido en una negligencia inexcusable, el órgano jurisdiccional debe preguntar al acusado o acusada si desea cambiar de defensor o defensora y, en caso de que decida mantenerle, nombrar a un defensor o defensora pública que colabore con la defensa particular a fin de evitar que puedan vulnerarse sus derechos.⁴⁵⁴

Es importante resaltar que el derecho a la defensa en general guarda una estrecha relación con el derecho humano al *debido proceso*, consagrado en el artículo 14 de la CPEUM, pues forma parte del núcleo duro de garantías que el Estado debe salvaguardar para poder estar en aptitudes de modificar las esferas jurídicas de los involucrados en el proceso.⁴⁵⁵ De esta manera, el Estado tiene el deber de

451 Véase la tesis jurisprudencial 12/2012 de la Primera Sala, con el rubro: DEFENSA ADECUADA. FORMA EN QUE EL JUEZ DE LA CAUSA GARANTIZA SU VIGENCIA.

452 Véase los amparos directos en revisión 1182/2018 y 1183/2018, resueltos por Primera Sala de la SCJN en sesión de 3 de mayo de 2019.

453 Véase Corte IDH. Caso *Ruano Torres y otros vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 303.

454 Véase la tesis aislada CI/2019 de la Primera Sala, con el rubro: DEFENSA ADECUADA EN SU VERTIENTE MATERIAL. DIRECTRICES A SEGUIR PARA EVALUAR SI ESTE DERECHO HA SIDO VIOLADO.

455 Este “núcleo duro” se compone por las siguientes garantías: (i) la notificación del inicio del procedimiento; (ii) la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la de-

tratar al individuo en todo momento como un verdadero *sujeto del proceso*, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo.⁴⁵⁶ La importancia del derecho a la defensa ha sido destacada también por la SCEU, la cual ha señalado desde hace casi un siglo que:

El derecho a ser oído sería, en muchos casos, de poco provecho si no comprendiera el derecho a ser oído a través de un abogado. Incluso una persona común con inteligencia y educación tiene una poca o incluso nula habilidad en las cuestiones jurídicas. Si se le acusa de un delito, generalmente es incapaz de determinar por sí mismo si la acusación tiene mérito o no. No está familiarizado con las reglas de evidencia. Si se le deja sin el auxilio de un abogado, puede ser llevado a juicio sin un cargo adecuado y condenado con evidencia incompleta, o evidencia irrelevante para el asunto en cuestión o de algún modo inadmisibles. Esta persona carece tanto de las habilidades como del conocimiento para preparar adecuadamente su defensa, incluso si tuviera una perfecta. Necesita que la mano de un abogado lo guíe en cada paso del proceso en su contra. Sin él, aunque no sea culpable, se enfrenta al peligro de ser condenado porque no sabe cómo establecer su inocencia.⁴⁵⁷

Por lo demás, es importante destacar que, en adición a la defensa técnica y material, nuestra CPEUM reconoce también un conjunto de *garantías específicas de defensa*,⁴⁵⁸ como son: derecho a la no autoincriminación; el derecho a la notificación, contacto y asistencia consular; y el derecho a contar con un intérprete en caso de ser necesario (especialmente tratándose de personas pertenecientes a grupos y comunidades indígenas), los cuales han sido considerados por la SCJN como una especie genérica del derecho de defensa. A continuación, nos referiremos a cada uno de ellos.

fensa; (iii) la oportunidad de alegar; y, (iv) una resolución que dirima las cuestiones debatidas. Ver amparo directo en revisión 2206/2019, resuelto por el Pleno de la SCJN en sesión de 22 de septiembre de 2021.

456 Corte IDH. Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, *op. cit.*, nota 314; y Corte IDH. Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador, *op. cit.*, nota 453.

457 Powell v. Alabama, 287 U.S. 45 (1932). La traducción es propia de los autores: “The right to be heard would be, in many cases, of little avail if it did not comprehend the right to be heard by counsel. Even the intelligent and educated layman has small and sometimes no skill in the science of law. If charged with crime, he is incapable, generally, of determining for himself whether the indictment is good or bad. He is unfamiliar with the rules of evidence. Left without the aid of counsel, he may be put on trial without a proper charge, and convicted upon incompetent evidence, or evidence irrelevant to the issue or otherwise inadmissible. He lacks both the skill and knowledge adequately to prepare his defense, even though he have a perfect one. He requires the guiding hand of counsel at every step in the proceedings against him. Without it, though he be not guilty, he faces the danger of conviction because he does not know how to establish his innocence”.

458 SCJN, Primera Sala, Contradicción de tesis 29/2004-PS, fallado en sesión de 22 de septiembre de 2004.

3.2. Garantías específicas del derecho de defensa

3.2.1. Derecho a la no autoincriminación

3.2.1.1. Fundamento y contenido

Tanto el artículo 20, apartado B, fracción II, de la CPEUM⁴⁵⁹ como el numeral 8.2, inciso g, de la CADH,⁴⁶⁰ consagran el derecho de todo inculpado a declarar o guardar silencio. La SCJN ha interpretado esta garantía como el derecho que tiene todo inculpado a *no ser obligado a declarar*, ya sea confesando o negando los hechos que se le imputan; razón por la cual se prohíben la incomunicación, la intimidación y la tortura.⁴⁶¹ Por su parte, la Corte IDH ha sostenido que la confesión del imputado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza, es decir, que no se limita al supuesto de que se haya perpetrado un acto de tortura o trato cruel, sino que se extiende a “cualquier tipo de coacción” que sea capaz de quebrantar la expresión espontánea de la voluntad de la persona, lo que implica la obligación de excluir la evidencia respectiva del proceso judicial.⁴⁶² De igual modo, el TEDH ha reconocido el derecho a guardar silencio y a la no autoincriminación como estándares que tienen como base fundamental el derecho al debido proceso, al grado que ha considerado este derecho como un derecho absoluto.⁴⁶³

459 Artículo 20

[...]

B. De los derechos de toda persona imputada:

[...]

II. A declarar o a guardar silencio. Desde el momento de su detención se le harán saber los motivos de la misma y su derecho a guardar silencio, el cual no podrá ser utilizado en su perjuicio. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida sin la asistencia del defensor carecerá de todo valor probatorio; [...].

460 Artículo 8. Garantías Judiciales

[...]

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

[...]

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

[...].

461 Contradicción de tesis 29/2004-PS, *op. cit.*, nota 458.

462 Corte IDH. Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, *op. cit.*, nota 448.

463 TEDH. Caso *John Murray v. the United Kingdom, Judgment*, Application No. 14310/88, 8 de febrero de 1996.

Para la SCJN, de esta última garantía se desprende también la imposibilidad de *inferir* la culpabilidad del imputado o imputada “a partir de su pasividad oral o escrita”. En efecto, la SCJN ha considerado que el derecho del acusado a guardar silencio no puede ser utilizado nunca como un *indicio* de responsabilidad en los hechos que se le imputan, sobre todo bajo premisas injustificadas, como es considerar que una persona inocente, actuando racionalmente, se defendería desde el momento mismo en que se le hacen saber los motivos de la acusación.⁴⁶⁴ En pocas palabras, para la SCJN, *el derecho del acusado a guardar silencio nunca puede ser usado en su contra*.

Cabe destacar, sin embargo, que esto último no es completamente pacífico en la doctrina y la jurisprudencia comparada. Algunas sentencias del TEDH⁴⁶⁵ como del TCE han admitido la posibilidad de extraer inferencias del silencio del inculpado, en los casos en que “existiendo pruebas incriminatorias objetivas al respecto, cabe esperar del imputado una explicación”.⁴⁶⁶ La doctrina ha denominado a esto último como el “test de la explicación”, según el cual se permite considerar como indicio la falta de declaración cuando las circunstancias del caso demandan del imputado o acusado una explicación.

Con todo, hay también quienes en esas jurisdicciones consideran que la recepción de dicha doctrina resulta sumamente criticable y, en todo caso, habría que distinguir entre el “silencio total” y el “silencio parcial” del acusado, como de hecho sucede en Alemania⁴⁶⁷. Esta es la postura que sostiene, por ejemplo, López Ortega, para quien la incorporación de dicha doctrina al ordenamiento español sin “modulación alguna” resulta por lo demás criticable. Para este autor, aunque podría haberse limitado a casos de criminalidad grave, lo más censurable a su juicio es que se haya prescindido de otras construcciones del derecho comparado mucho más matizadas, como la alemana, según la cual:

[C]uando el inculpado rehúsa toda declaración o se limita a negar su autoría, su silencio no puede ser valorado en modo alguno, pues de otro modo su derecho a guardar silencio correría el riesgo de convertirse en algo ilusorio; en cambio, si el imputado presta declaración y únicamente no declara sobre algunas preguntas particulares, se convierte él mismo, por su libre decisión, en medio de prueba y, con ello, se somete a la libre va-

464 SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 5236/2014, fallado en sesión de 22 de abril de 2015.

465 TEDH, Caso *John Murray v. the United Kingdom*, *op. cit.*, nota 463.

466 TCE, Sentencia 202/2000, de 24 de agosto de 2000.

467 Sobre esta distinción en Alemania véase Roxin, Claus y Schünemann, Bernd, *Derecho procesal penal*, [traducción: Mario F. Amoretti y Darío N. Rolón, revisada por Ignacio F. Tedesco], Buenos Aires, Didot, 2019, pp. 321-323.

loración del tribunal; si el imputado es interrogado en el marco de otro proceso y rehúsa declarar, ese silencio tampoco puede ser valorado en su contra.⁴⁶⁸

3.2.1.2. *Alcances del derecho a la no autoincriminación respecto de evidencia material*

Una interrogante que suele presentarse en el contexto del derecho a la no autoincriminación consiste en determinar si éste tiene el alcance de proteger a las personas acusadas de un delito exclusivamente respecto de evidencia testimonial o si también abarca la evidencia material. En Estados Unidos, por ejemplo, los tribunales han sostenido expresamente que la garantía de no autoincriminación protege únicamente a la *evidencia testimonial*.⁴⁶⁹

En el caso de México, al resolver el *amparo directo en revisión 3457/2013*,⁴⁷⁰ la SCJN sostuvo que “[e]ste derecho no sólo comporta el derecho a guardar silencio, sino también una prohibición dirigida a las autoridades de obtener evidencia autoincriminatoria producida por el propio inculgado a través de coacción o engaño”. Con todo, recientemente, al pronunciarse sobre la toma coercitiva de muestras biológicas cuando el acusado se niega a proporcionarlas voluntariamente,⁴⁷¹ la Primera Sala precisó que, si bien el concepto “no declarar” incluye la posibilidad de reservarse cualquier expresión, incluso no verbal, en relación con la acusación formulada,⁴⁷² la garantía en cuestión “se refiere exclusivamente a aquellas de carácter testimonial”.⁴⁷³ De esta manera, la SCJN concluyó que, si

468 López Ortega, Juan José, “La declaración del imputado (a propósito de la “voluntariedad” de la confesión como presupuesto de validez)”, en *Cuadernos Digitales de Formación*, núm. 29, 2009, p. 207.

469 Kanovitz, Jacqueline R., *Constitutional Law for Criminal Justice*, Nueva York, Routledge, 2015, p. 383.

470 *Op. cit.*, nota 401.

471 Código Nacional de Procedimientos Penales:

Artículo 270. Toma de muestras cuando la persona requerida se niegue a proporcionarlas

Si la persona a la que se le hubiere solicitado la aportación voluntaria de las muestras referidas en el artículo anterior se negara a hacerlo, el Ministerio Público por sí o a solicitud de la Policía podrá solicitar al Órgano jurisdiccional, por cualquier medio, la inmediata autorización de la práctica de dicho acto de investigación, justificando la necesidad de la medida y expresando la persona o personas en quienes haya de practicarse, el tipo y extensión de muestra o imagen a obtener. De concederse la autorización requerida, el Órgano jurisdiccional deberá facultar al Ministerio Público para que, en el caso de que la persona a inspeccionar ya no se encuentre ante él, ordene su localización y comparecencia a efecto de que tenga verificativo el acto correspondiente.

472 Para ello, toma en cuenta el *amparo directo en revisión 5236/2014*, *op. cit.*, nota 464.

473 SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 1034/2019, fallado en sesión de 15 de julio de 2020.

bien la obtención de muestras biológicas de forma coercitiva puede considerarse una prueba con potencial incriminatorio, en estos casos el imputado no funge como *autoridad epistémica* (como lo sería, en todo caso, un perito). Esto es así, pues será en todo caso el juez o la jueza penal quien percibirá las características de la prueba directamente y la valorará. De ahí que —a juicio de la Corte— la simple obtención de muestras no pueda considerarse prueba testimonial y, por tanto, protegida por el derecho a la no autoincriminación.⁴⁷⁴

3.2.2. Derecho a una defensa culturalmente adecuada y a contar con intérprete indígena

3.2.2.1. *Fundamento y contenido*

El artículo 2 de la CPEUM consagra diversas garantías a favor de los pueblos y comunidades indígenas y afrodescendientes de nuestro país, una de las cuales es el derecho que tienen a *acceder plenamente a la jurisdicción del Estado* y a que se tomen en cuenta sus usos y costumbres, en el marco de lo que establece la Constitución. Para garantizar lo anterior, el artículo 2, apartado A, fracción VIII, de la CPEUM⁴⁷⁵ establece el derecho de las personas indígenas y afromexicanas a contar en todo momento con intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura. En similares términos, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo establece en su artículo 12 que los Estados que deberán garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuera necesario, intérpretes u otros medios eficaces.⁴⁷⁶

474 *Idem*.

475 Artículo 2.

[...]

A. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para:

[...]

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

476 En el mismo sentido las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, llevadas a cabo del 4 al 6 de marzo de 2008, disponible en: https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/MM_Transparencia/ReglasdeBrasilia-2008.pdf.

El reconocimiento de este derecho instrumental en México tuvo como objetivo superar el grave problema lingüístico que padecían las personas indígenas vinculadas a un proceso penal, pues en no pocas ocasiones, a pesar de no hablar el idioma español (en el cual se desenvuelve el proceso penal), eran imputadas, procesadas y sentenciadas, a pesar de no haber tenido plena participación en el proceso. Como la propia SCJN ha señalado, en muchos casos, la participación de las personas indígenas en el proceso penal era muy limitada, ya que no podían siquiera comunicarse eficazmente con el defensor que los asistía, afectándose con ello gravemente su derecho a la defensa.⁴⁷⁷

En ese contexto, al interpretar esta garantía, la SCJN ha sostenido que el derecho a una *defensa culturalmente adecuada* en materia penal exige que la persona indígena cuente con un intérprete que conozca su lengua y cultura, además de un defensor o defensora encargada de llevar la defensa técnica. Ambos personajes —ha dicho la Corte— deben estar “unidos”, pues participan de los intereses de la persona indígena sujeta a proceso penal. Sin embargo, no es forzoso que ambos tengan conocimiento de la lengua y cultura de la persona indígena, pues la aportación del defensor se concentra en la asesoría técnica profesional. En cualquier caso, si el defensor o defensora no conoce la lengua y cultura del acusado o acusada, bastará con que éste cuente además con un intérprete que cuente con tales conocimientos.⁴⁷⁸

Ahora bien, en el caso particular del intérprete, la SCJN ha precisado o que no basta con que se trate de un mero “traductor”, sino que es indispensable que tenga conocimientos amplios y profundos de la lengua y la cultura tanto de origen como de destino, pues será a través de él que la persona indígena podrá estar debidamente informada y entienda los pormenores del juicio llevado en su contra, así como ser escuchada plenamente en todos los actos y por todos los actores del proceso penal —juez, ministerio público, defensor, testigos, etcétera—, quienes a su vez deberán tomar en consideración sus costumbres y especificidades culturales al momento de tomar las decisiones respectivas.⁴⁷⁹ Para la SCJN, sólo de esta forma se logra la finalidad constitucional relativa a erradicar el problema lingüístico que padecían las personas indígenas cuando están sujetas a proceso penal. Además, no

477 Al respecto, véanse los amparos directos 47/2011, 54/2011, 1/2012, 51/2012, 77/2012, 50/2012 y 59/2011, así como el amparo en revisión 450/2012, todos resueltos por la Primera Sala de la SCJN.

478 Al respecto, véase la tesis jurisprudencial 60/2013 de la Primera Sala, con el rubro: PERSONAS INDÍGENAS. INTERPRETACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE SER ASISTIDOS POR INTÉRPRETES Y DEFENSORES QUE TENGAN CONOCIMIENTO DE SU LENGUA Y CULTURA.

479 Amparo directo 48/2012, resuelto por la Primera Sala de la SCJN en sesión de 28 de noviembre de 2012.

debe perderse de vista que sólo por medio de estos factores de “compensación” se permite que grupos vulnerables cuenten con un verdadero acceso a la justicia y un debido proceso.⁴⁸⁰

3.2.2.2. *Posibilidad de renunciar al derecho*

Una primera cuestión debatida en torno a este derecho consiste en si se trata o no de una garantía *renunciable* por el imputado, es decir, si la persona indígena está en posibilidad o no de rechazar la asistencia de un intérprete. Al respecto, la Primera Sala ha sostenido una larga línea jurisprudencial⁴⁸¹ en el sentido de que la asistencia por intérprete es disponible, *pero únicamente por el imputado*. Así, se ha admitido la posibilidad de que una persona indígena rechace la asistencia cultural durante el proceso penal, siempre y cuando tanto las autoridades ministeriales como las autoridades judiciales *constaten* que el imputado tiene un desenvolvimiento aceptable en el idioma español, así como que cuente un entendimiento del procedimiento al que está sujeto y sus posibles consecuencias.

Para ello, la SCJN ha señalado que las autoridades deben realizar una diligencia en la que tenga participación un perito intérprete que conozca la lengua y cultura el imputado, a partir de las cuales se corrobore la voluntad del imputado y se le hagan saber las consecuencias de su decisión, todo lo cual deberá quedar asentado en una constancia. Lo anterior, *so pena* de que dependiendo de la etapa procesal en la que se verificó la violación al derecho fundamental en cuestión, se excluyan los medios de prueba vinculados con la misma o se ordene la reposición del procedimiento respectivo.

3.2.2.3. *Peritos prácticos*

Una segunda cuestión que ha sido debatida en la jurisprudencia consiste en dilucidar si la persona intérprete debe ser *especializada y profesional*, es decir, si debe contar con algún tipo de certificación oficial que demuestre su conocimiento de la cultura y lengua indígenas de que se trate para tener por respetado el derecho en cuestión. Al enfrentarse a este problema, la Primera Sala ha señalado que lo *óptimo* es que el intérprete se encuentre respaldado o certificado por alguna

480 Cfr. Corte IDH. Caso *Herrera Espinoza y otros vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2016. Serie C No. 316.

481 Al respecto, véanse los amparos directos 47/2011, 54/2011, 1/2012, 51/2012, 77/2012, 50/2012 y 59/2011, así como el amparo en revisión 450/2012, todos resuelto por la Primera Sala de la SCJN.

institución oficial, como podría ser el Instituto Nacional de Lenguas Indígenas.⁴⁸² Sin embargo, considerando la enorme variedad de lenguas prehispánicas que se hablan en México,⁴⁸³ ha reconocido que en muchos casos sería complicado encontrar un intérprete que reúna estas características, por lo que ha abierto la posibilidad de nombrar “peritos prácticos”.⁴⁸⁴

Con todo, la Primera Sala ha aclarado que esto último no significa que en todos los casos y de manera indiscriminada pueda designarse como intérprete a cualquier persona que afirme conocer el idioma y la cultura del imputado. Para determinar si en un caso concreto se ha respetado el derecho a un intérprete indígena, se deberá verificar si la autoridad judicial o ministerial requirió, en un primer momento y a través de todos los mecanismos disponibles, a instituciones oficiales de carácter estatal o federal la asignación de un intérprete certificado. De no contar con una respuesta favorable a su solicitud, podrá nombrarse un perito práctico pero que cuente con el respaldo de la comunidad o, en su caso, con algún tipo de certificado institucional. Finalmente, sólo en caso de que se justifique y demuestre que no se pudo obtener algún intérprete respaldado por la comunidad o por algún tipo de certificado, será admisible nombrar a un perito respecto del que se “tengan elementos para determinar que conoce el idioma y la cultura del detenido indígena, ya sea porque pertenece a la misma comunidad o tiene un referente de relación con dicha cultura e idioma”.⁴⁸⁵ En este supuesto extraordinario, no basta que el intérprete *manifieste* pertenecer a la comunidad del inculpado, sino que debe *demostrar* dicha circunstancia a partir de elementos como el uso de documentos de identificación, constancia de residencia, o bien, el reconocimiento de órganos de representación de la comunidad indígena sobre su pertenencia al grupo o de alguno con similares características culturales. Solo así la autoridad podrá garantizar que la persona intérprete esté en condiciones de informar al imputado las cuestiones relevantes para el ejercicio de su derecho a una defensa adecuada.⁴⁸⁶

Finalmente, vale la pena destacar que la Primera Sala también ha admitido la posibilidad de que, de manera muy *excepcional* y sólo cuando no se haya logrado

482 Véase, SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 2954/2013, resuelto en sesión de 28 de mayo de 2014.

483 La SCJN refiere que, según datos del Instituto Nacional de Lenguas Indígenas, existen alrededor de 364 variantes lingüísticas, disponible en: <http://www.inali.gob.mx/clin-inali/index.html>.

484 Al respecto, véase la tesis jurisprudencial 86/2013 de la Primera Sala, con el rubro: PERSONAS INDÍGENAS SUJETAS A PROCESO PENAL. ELEMENTOS BÁSICOS QUE DEBEN SATISFACERSE PARA DESIGNAR A UN TRADUCTOR PRÁCTICO, A FIN DE GARANTIZAR EL DERECHO HUMANO DE ACCESO PLENO A LA JURISDICCIÓN.

485 Amparo directo 77/2012, *op. cit.*, nota 481, p. 80.

486 Véase el *amparo directo en revisión 913/2016*. Fallado por la Primera Sala de la SCJN en sesión de 31 de mayo de 2017.

designar un perito a través de alguna de las alternativas anteriores, se designen como intérpretes en un proceso penal a defensores públicos “indígenas” o “bilingües” adscritos al Instituto Federal de la Defensoría Pública, a los cuales ha equiparado a “peritos prácticos”. Ello, por cierto, aun y cuando la persona indígena haya designado como defensor o defensora a un abogado o abogada particular.⁴⁸⁷

3.2.3. Derecho a la notificación, contacto y asistencia consular

3.2.3.1. *Fundamento y contenido*

Derivado de lo dispuesto en el artículo 36, párrafo primero, de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares,⁴⁸⁸ la Primera Sala ha sostenido que, en el marco de un sistema democrático, una vez que una persona se encuentra en territorio de un Estado del cual no es nacional, dicho Estado se encuentra obligado a concederle un *estándar mínimo* de derechos. Uno de ellos, cuya importancia resulta trascendental, es la posibilidad de que el extranjero sea asistido por algún miembro de la delegación consular de su país en el territorio en el que se encuentre, lo que se ha concretado como el derecho a la notificación, contacto y asistencia consular, cuya importancia radica en ser un *derecho instrumental* para la defensa de otros derechos o intereses de personas extranjeras, de manera

487 *Idem.*

488 Artículo 36. Comunicación con los nacionales del estado que envía.

1. Con el fin de facilitar el ejercicio de las funciones consulares relacionadas con los nacionales del Estado que envía:

a) los funcionarios consulares podrán comunicarse libremente con los nacionales del Estado que envía y visitarlos. Los nacionales del Estado que envía deberán tener la misma libertad de comunicarse con los funcionarios consulares de ese Estado y de visitarlos;

b) si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente en ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva. Cualquier comunicación dirigida a la oficina consular por la persona arrestada, detenida o puesta en prisión preventiva, le será asimismo transmitida sin demora por dichas autoridades, las cuales habrán de informar sin dilación a la persona interesada acerca de los derechos que se le reconocen en este apartado;

c) los funcionarios consulares tendrán derecho a visitar al nacional del Estado que envía que se halle arrestado, detenido o en prisión preventiva, a conversar con él y a organizar su defensa ante los tribunales. Asimismo, tendrán derecho a visitar a todo nacional del Estado que envía que, en su circunscripción, se halle arrestado, detenido o preso en cumplimiento de una sentencia. Sin embargo, los funcionarios consulares se abstendrán de intervenir a favor del nacional detenido, cuando éste se oponga expresamente a ello.

que estén en condiciones de enfrentar un proceso penal en plenas condiciones de igualdad.⁴⁸⁹

El derecho a la notificación, contacto y asistencia consular está estrechamente vinculado con el *derecho de defensa* y el derecho a un *debido proceso*. No hay que perder de vista que las personas extranjeras suelen enfrentar *desventajas* singulares al momento de ser detenidos por una autoridad y someterse a un proceso penal a la luz de normas de un ordenamiento jurídico que les parece extraño y, en muchos casos, desconociendo incluso el idioma. En ese contexto, la asistencia consular juega un papel indiscutible en la reducción de las *barreras culturales* que suelen enfrentar estas personas.⁴⁹⁰ De ahí que la Corte IDH haya reconocido que el derecho a la asistencia consular es parte del *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos contemporáneo, por lo que debe ser reconocido y considerado en el marco de las garantías mínimas para brindar a los extranjeros la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa y contar con un juicio justo.⁴⁹¹

Al analizar la razón de ser de esta garantía, la Primera Sala ha sostenido que la misma tiene una función propia y diferenciada tanto del derecho a tener un abogado como del derecho a tener un traductor o intérprete. Lo anterior es así, pues a través de ella se garantiza que un funcionario consular se asegure, en primer término, que la persona extranjera no sea simplemente informada de la acusación y de los derechos que le asisten, sino que los *comprenda cabalmente*. En otras palabras, la asistencia consular cumple una función relativa a la idiosincrasia cultural que no puede ser cubierta por una “simple explicación” del significado gramatical de las palabras facilitada por un traductor o por una explicación técnica de las implicaciones de la acusación que pudiera ser facilitada por un abogado habilitado para ejercer en ese país.⁴⁹² Incluso, la SCJN ha resaltado que el derecho

489 SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 517/2011, resuelto en sesión de 23 de enero de 2013.

490 SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 1249/2016, resuelto en sesión de 11 de enero de 2017.

491 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99 (“*El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*”), emitida el 1 de octubre de 1999, párr. 122.

492 Véanse la tesis aislada CLXXII/2013 de la Primera Sala de la SCJN, con el rubro: DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS EXTRANJEROS A LA NOTIFICACIÓN, CONTACTO Y ASISTENCIA CONSULAR. SUS DIFERENCIAS CON EL DERECHO A TENER UN ABOGADO Y EL DERECHO A TENER UN TRADUCTOR O INTÉRPRETE; y la tesis aislada CXC-VI/2016 de la Primera Sala con el rubro: ASISTENCIA CONSULAR. COMPRENDE LOS DIVERSOS DERECHOS HUMANOS DE LA PERSONA EXTRANJERA DETENIDA DE CONTAR CON UN TRADUCTOR, DE SER ASISTIDO LEGALMENTE POR UN DEFEN-

a la asistencia consular no depende de los conocimientos que tenga el extranjero del idioma del país en el que ha sido detenido.⁴⁹³

Por otra parte, al analizar el contenido y los alcances de este derecho fundamental, la Primera Sala ha sostenido que de éste se derivan diversos *derechos específicos* para garantizar la adecuada defensa de las personas extranjeras, los cuales analizaremos a continuación.⁴⁹⁴

En primer término, el derecho a la asistencia consular implica un *derecho de la persona extranjera a ser informada sin dilación del mismo por las autoridades competentes*. De acuerdo con la SCJN, para concluir que la autoridad dio cumplimiento al deber de notificar al extranjero sobre el derecho que le asiste de contactar a la oficina consular de su país, aquélla deberá explicar al detenido de manera clara y precisa los diferentes derechos y alternativas que tiene por su calidad de extranjero, haciéndole saber que puede contactar a su oficina consular.⁴⁹⁵ De esta manera, de acuerdo con la doctrina constitucional de la SCJN, en estos casos no basta la *mera lectura* de los derechos que asisten al extranjero, sino que es necesario que conste y se acredite que el imputado comprendió a cabalidad el alcance de dicho derecho, mediante respuestas y reacciones voluntarias, conscientes e inteligentes, que reflejen el entendimiento pleno por parte del extranjero.⁴⁹⁶

Por lo que hace al elemento de “sin dilación” previsto en el artículo 36, párrafo primero, inciso b), de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, la Primera Sala ha interpretado que ello se refiere a que la notificación en cuestión debe realizarse *inmediatamente después de la privación de la libertad*; por lo que las autoridades del Estado receptor, desde el momento de la detención y antes de que rinda cualquier declaración ante una autoridad, están obligadas a informar —por

SOR PÚBLICO O PRIVADO Y DE CONTAR CON EL APOYO DE LA OFICINA CONSULAR DE SU PAÍS DE ORIGEN.

493 Tesis aislada CDIV/2014 de la Primera Sala, cuyo rubro es: NOTIFICACIÓN, CONTACTO Y ASISTENCIA CONSULAR DE LAS PERSONAS MEXICANAS DETENIDAS QUE TENGAN DOBLE O MÚLTIPLE NACIONALIDAD. LA AUTORIDAD NO PUEDE TOMAR EN CUENTA ELEMENTOS DE ALEGADA PERTENENCIA NACIONAL PARA NEGAR AQUEL DERECHO HUMANO.

494 Véase la tesis jurisprudencial 96/2017 de la Primera Sala, con el rubro: DERECHO FUNDAMENTAL A LA NOTIFICACIÓN, CONTACTO Y ASISTENCIA CONSULAR. SU CONTENIDO ESPECÍFICO Y RELEVANCIA PARA GARANTIZAR UNA DEFENSA ADECUADA DE LOS EXTRANJEROS.

495 SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 4980/2014, resuelto en sesión de 25 de marzo de 2015.

496 Tesis aislada CXL/2015 de la Primera Sala, cuyo rubro es: DERECHO FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA CONSULAR. OBLIGACIONES DE LAS AUTORIDADES PARA TENER POR CUMPLIDO EL DEBER DE INFORMAR AL EXTRANJERO LA EXISTENCIA DE SU DERECHO A CONTACTAR A SU REPRESENTACIÓN CONSULAR.

lo menos verbalmente— a la persona extranjera detenida de todos los derechos que le asisten en torno al contacto y asistencia consular, así como de los motivos de la detención, lo cual deberá constar en el parte informativo u oficio de puesta a disposición respectivo.⁴⁹⁷

En segundo lugar, el derecho a la asistencia consular implica también *un derecho de la persona extranjera a decidir si quiere ejercer o no el mismo*. Al respecto, la SCJN ha sostenido que el derecho fundamental al contacto y asistencia consular depende *exclusivamente* de la voluntad de la persona extranjera detenida, una vez que ha sido debidamente informado de dichas prerrogativas. Lo anterior, pues el inciso b) del párrafo primero del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, establece claramente que las autoridades sólo podrán llevar a cabo la comunicación consular “si el interesado lo solicita”.⁴⁹⁸ Así, la comunicación con la oficina consular del país de la persona extranjera detenida sólo podrá llevarse a cabo una vez que ésta haya sido notificada de su derecho al contacto y asistencia consular, y *que ha expresado su voluntad para que se llevara a cabo dicha comunicación*.⁴⁹⁹

De esta manera, la SCJN ha determinado que si una vez informada la persona extranjera sobre su derecho a la notificación, contacto y asistencia consular, ésta decide libremente no ejercer dicho derecho, la obligación estatal se entenderá por cumplida. Ello, pues las autoridades no pueden, contrariando la libre voluntad de la persona detenida, contactar a un consulado con la finalidad de que la asista.⁵⁰⁰ Sin embargo, la aceptación o negativa del contacto consular por parte del extranjero deberá siempre ser recabada por la autoridad que corresponda y ésta deberá hacer constar de manera fehaciente que la misma fue expresada por el detenido, ya sea con la firma, rúbrica, huella digital del detenido o de su abogado o por cualquier otro medio que permita constatar que el extranjero fue informado de sus derechos y expresó su voluntad de forma consciente y libre. Solo así se

497 Tesis aislada CLXXXI/2016 de la Primera Sala, cuyo rubro es: DERECHO FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA CONSULAR. ALCANCE DEL TÉRMINO “SIN DILACIÓN” A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 36, NUMERAL 1, INCISO B), DE LA CONVENCIÓN DE VIENA, ANTES DE QUE RINDA SU PRIMERA DECLARACIÓN ANTE CUALQUIER AUTORIDAD.

498 Amparo directo en revisión 4980/2014, *op. cit.*, nota 495.

499 Tesis aislada CXXXIX/2015 de la Primera Sala, cuyo rubro es: DERECHO FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA CONSULAR. ACEPTACIÓN DEL EXTRANJERO DETENIDO DE CONTACTAR A SU REPRESENTACIÓN CONSULAR Y RECIBIR ASISTENCIA. Además, véase la tesis aislada CLXXXV/2016 de la Primera Sala, cuyo rubro es: ASISTENCIA CONSULAR. ESTE DERECHO FUNDAMENTAL SE ENCUENTRA SUBORDINADO A LA VOLUNTAD DE LA PERSONA EXTRANJERA DETENIDA.

500 SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 1747/2014, resuelto en sesión de 12 de noviembre de 2014.

considerará válida la renuncia que haga el extranjero a ejercer el aludido derecho fundamental.⁵⁰¹

Una vez que la persona extranjera es informada sobre su derecho a comunicarse con el representante consular de su país y aquella manifiesta su voluntad de que se realice dicha comunicación, surge el *derecho de la persona extranjera a que las autoridades notifiquen a la oficina consular de su país más cercana*. En este supuesto, la comunicación con la oficina consular por parte de las autoridades del Estado receptor debe ser *inmediata* y realizarse a través de *todos los medios que estén al alcance de la autoridad respectiva*; es decir, dicho contacto no debe limitarse a un trámite formal, destinado a fracasar, sino que las autoridades deben cerciorarse de que los agentes consulares reciban la comunicación de la persona extranjera detenida.⁵⁰² Lo anterior deberá encontrarse debidamente documentado a través de algún tipo de constancia, oficio o acuse de recibido por parte de la oficina consular respectiva, pues de lo contrario no podría tenerse por cumplida la obligación de contacto con la oficina consular por parte de las autoridades.⁵⁰³

En este punto es importante destacar que la SCJN ha reconocido que la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares entraña el derecho de cada Estado de defender a sus nacionales; sin embargo, también existe la posibilidad de que un país decida *no defender*, por razones de política interna, a uno de sus nacionales detenidos.⁵⁰⁴ En estos casos, se considera que la decisión es una prerrogativa del Estado de otorgar la asistencia consular una vez que es notificado del hecho de que un nacional suyo está detenido en un Estado receptor. De manera que, si el Estado notificado decide no asistir a la persona detenida, ello no es imputable al Estado receptor y, con la notificación, se da por cumplida su obligación interestatal.⁵⁰⁵

501 Tesis aislada CCCXXXVII/2015 de la Primera Sala, cuyo rubro es: NOTIFICACIÓN, CONTACTO Y ASISTENCIA CONSULAR. LA PERSONA EXTRANJERA DETENIDA PUEDE DECIDIR LIBREMENTE NO EJERCER DICHO DERECHO HUMANO.

502 Tesis aislada CXLI/2015 de la Primera Sala, cuyo rubro es: DERECHO FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA CONSULAR. OBLIGACIONES DE LAS AUTORIDADES PARA TENER POR CUMPLIDO EL DEBER DE NOTIFICAR A LA REPRESENTACIÓN CONSULAR DE LA SITUACIÓN DEL EXTRANJERO. Además, véase la tesis aislada CLXXXI/2016 de la Primera Sala, cuyo rubro es: ASISTENCIA CONSULAR. OBLIGACIONES DE LAS AUTORIDADES POLICIALES Y MINISTERIALES PARA FACILITAR EL CUMPLIMIENTO MATERIAL Y FORMAL DE ESE DERECHO FUNDAMENTAL.

503 *Idem*.

504 SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 496/2014, resuelto en sesión de 8 de octubre de 2014.

505 Tesis aislada CDII/2014 de la Primera Sala, cuyo rubro es: CONTACTO Y ASISTENCIA CONSULAR. SE CUMPLE CON ESTA OBLIGACIÓN SI EL ESTADO RECEPTOR NOTI-

Finalmente, existe también un *derecho de la persona extranjera a que la autoridad garantice la comunicación, visita y contacto entre ésta y la oficina consular de su país*, lo cual se considera ya el derecho a la asistencia consular en sentido estricto, pues implica como tal el facilitar la libre comunicación entre los funcionarios consulares y la persona extranjera detenida, con el objeto de preparar la defensa del extranjero frente a los tribunales. Con todo, si llegara a haber oposición de la persona extranjera detenida a las visitas de los funcionarios consulares, éstas deberán interrumpirse y se deberá dejar constancia de dicha situación.⁵⁰⁶

Es importante destacar que las obligaciones antes apuntadas a cargo de las autoridades competentes en torno al derecho fundamental a la notificación, contacto y asistencia consular o diplomática surgen a partir de que éstas tienen conocimiento de que el inculcado tiene la calidad de extranjero o, por lo menos, al advertir características particulares que hacen presumir fundamentalmente que tiene esa condición. Así, una vez que se actualice cualquiera de esas hipótesis, se activa el deber de las autoridades de informar al extranjero sobre la existencia del derecho y los deberes consecuentes.⁵⁰⁷

3.2.3.2. *Doble nacionalidad*

Una cuestión que ha sido discutida por los tribunales de nuestro país ha consistido en determinar si el derecho a la notificación, contacto y asistencia consular debe ser reconocido respecto de personas con *doble nacionalidad*, cuando una de ellas sea la mexicana. Actualmente, existe ya una amplia línea jurisprudencial de la SCJN, en el sentido de que no puede dejar de reconocerse este derecho a las personas que, además de contar con la nacionalidad mexicana, sean también nacionales de uno o más Estados extranjeros.

En efecto, la SCJN ha sido enfática en el sentido de que cuando una persona con *doble o múltiple nacionalidad* —siendo una de ellas mexicana— esté detenida, las autoridades no pueden presumir que, por ese simple hecho, se encuentra cubierto el elemento relativo a la idiosincrasia cultural o proceder a evaluar

FICA A OTRO SOBRE LA DETENCIÓN DE UNO DE SUS NACIONALES, NO OBSTANTE QUE EL ESTADO NOTIFICADO DECIDA NO ASISTIR A LA PERSONA DETENIDA.

506 Tesis aislada CXLII/2015 de la Primera Sala, cuyo rubro es: DERECHO FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA CONSULAR. OBLIGACIONES DE LAS AUTORIDADES PARA TENER POR CUMPLIDO EL DEBER DE ASISTENCIA AL EXTRANJERO POR SU REPRESENTACIÓN CONSULAR.

507 Tesis aislada CLXXXVII/2016 de la Primera Sala, cuyo rubro es: ASISTENCIA CONSULAR. ETAPAS PROCEDIMENTALES PARA HACER EL RECLAMO DE RESPETO A LA ASISTENCIA CONSULAR POR PARTE DE LA PERSONA EXTRANJERA DETENIDA.

elementos de alegada pertenencia nacional de dicha persona para negar dicho derecho, pues se trata de un derecho humano que siempre debe ser reconocido.⁵⁰⁸ Así, resulta irrelevante si la persona detenida habla español, tiene residencia o vínculos familiares en el país o si tiene conocimiento de la cultura, pues ello llevaría al absurdo de que ningún hispanoparlante, o extranjero proveniente de países con similitudes culturales a México, que llevaran mucho tiempo viviendo en nuestro país o que tuvieran familiares aquí, pudieran tener acceso a su derecho a la asistencia consular.⁵⁰⁹ En todo caso, lo que podría variar son los *efectos* de la violación a este derecho cuando es constatado en etapas avanzadas del proceso.

4. DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

4.1. *Fundamento y contenido*

Tras la reforma constitucional de 2008, el derecho a la presunción de inocencia cuenta ya con un fundamento *expreso* en el artículo 20, apartado B, fracción I, de la CPEUM.⁵¹⁰ Previa a dicha reforma, no existía referencia directa alguna a este derecho fundamental en el texto constitucional. Sin embargo, ello no impidió que la SCJN reconociera dicho derecho que se contenía de manera *implícita* en la CPEUM.⁵¹¹ Por lo demás, dicho derecho se encuentra también reconocido

508 Tesis aislada CDIII/2014 de la Primera Sala, cuyo rubro es: NOTIFICACIÓN, CONTACTO Y ASISTENCIA CONSULAR. NO PUEDE HACERSE DISTINCIÓN ALGUNA EN EL RECONOCIMIENTO DE ESTE DERECHO A LAS PERSONAS MEXICANAS DETENIDAS QUE TENGAN DOBLE O MÚLTIPLE NACIONALIDAD.

509 Tesis aislada CDIV/2014 de la Primera Sala, cuyo rubro es: NOTIFICACIÓN, CONTACTO Y ASISTENCIA CONSULAR DE LAS PERSONAS MEXICANAS DETENIDAS QUE TENGAN DOBLE O MÚLTIPLE NACIONALIDAD. LA AUTORIDAD NO PUEDE TOMAR EN CUENTA ELEMENTOS DE ALEGADA PERTENENCIA NACIONAL PARA NEGAR AQUEL DERECHO HUMANO.

510 Artículo 20.

[...]

B. De los derechos de toda persona imputada:

I. A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa;

[...].

511 SCJN, Pleno, Amparo en revisión 1293/2000, resuelto en sesión de 15 de agosto de 2002. Al respecto, se dijo que éste se contenía *implícitamente* en sus artículos 14, párrafo segundo (formalidades esenciales del procedimiento); 16, primer párrafo (obligación de fundamentación y motivación); 19, párrafo primero (requisitos para el dictado del auto de formal prisión); 21, párrafo primero (obligación del Ministerio Público de investigar y perseguir los delitos); y 102,

expresamente en diversos instrumentos internacionales, entre los que destacan el artículo 11.1 de la DUDH;⁵¹² el artículo 14.2 del PIDCP;⁵¹³ y el artículo 8.2 de la CADH.⁵¹⁴

Del contenido literal de las disposiciones antes referidas es posible afirmar que el derecho a la presunción de inocencia tiene, *en términos generales*, las siguientes características: (i) se trata de un verdadero derecho; (ii) vinculado a personas acusadas o imputadas de un delito; (iii) a que se “presuma” su inocencia; (iv) mientras no se pruebe su culpabilidad mediante una sentencia emitida por autoridad judicial; y (v) conforme a la ley y/o respetando las garantías necesarias para su defensa. Pese a ello, el entendimiento del derecho a la presunción de inocencia en el mundo, y particularmente en nuestro país, no ha tenido un desarrollo pacífico y ha sido objeto de innumerables trabajos académicos y resoluciones judiciales que han buscado desentrañar con mayor precisión el qué significa que una persona deba ser *presumida* como inocente.⁵¹⁵

En principio, como se dijo, podría estimarse que se trata de una labor aparentemente sencilla, pues tanto de nuestro texto constitucional como de los tratados internacionales relevantes puede desprenderse con mediana claridad que lo que se pretende es reconocer un verdadero derecho fundamental a que una persona sea considerada y tratada como inocente hasta en tanto no exista una sentencia condenatoria en su contra. Sin embargo, este punto de partida viene necesariamente acompañado de innumerables interrogantes: ¿A qué tipo de autoridades

apartado A, párrafo segundo (obligación del Ministerio Público de buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de los inculcados).

512 Artículo 11

1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

[...].

513 Artículo 14

[...]

2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

[...].

514 Artículo 8. Garantías Judiciales

[...]

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

[...].

515 Ferrer Beltrán, Jordi, “Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia”, en Cavani, Renzo y de Paula Ramos, Vitor, *Prueba y proceso judicial*, Breña, Instituto Pacífico, 2015, p. 73.

o individuos se dirige la presunción de inocencia? ¿Qué decisiones o conductas de las autoridades en específico exige o prohíbe la presunción de inocencia? ¿La presunción de inocencia rige exclusivamente durante el proceso penal ante una acusación por un delito u opera también fuera de éste? ¿Es posible extender los postulados de la presunción de inocencia a otras ramas del derecho o es exclusiva a la materia penal?

Hoy en día, una de las mejores aproximaciones para comenzar a construir respuestas a algunas de estas interrogantes y clarificar los alcances del derecho que nos ocupa, consiste en entender a la presunción de inocencia como un derecho fundamental de carácter “poliédrico”,⁵¹⁶ es decir, un derecho que cuenta con diversas caras, manifestaciones o vertientes, y cada una de estas facetas se encuentra dirigida a garantizar o regular distintos aspectos del proceso judicial. Como explica Jordi Ferrer, lo que se ha hecho es tomar un “macro-derecho a la presunción de inocencia” y descomponerlo en derechos más específicos que rigen en distintos ámbitos de aplicación.⁵¹⁷

Esta forma de entender el derecho a la presunción de inocencia podemos encontrarla plasmada, por cierto, en la jurisprudencia comparada⁵¹⁸ y, particularmente, en la doctrina de la Primera Sala de la SCJN. En ella se han identificado *por lo menos* cuatro vertientes del derecho a la presunción de inocencia: (i) como *principio informador del proceso penal*; (ii) como *regla probatoria*; (iii) como *estándar probatorio o regla de juicio* y (iv) como *regla de trato*.⁵¹⁹ Además, se ha reconocido que, si bien la presunción de inocencia opera fundamentalmente en el campo del *proceso penal*, este último aspecto también opera en situaciones *extraprocesales*, por lo que podríamos identificar que la presunción de inocencia como regla de trato tiene tanto una *vertiente procesal* como una *vertiente extraprocesal*.⁵²⁰ A continuación, exploraremos cada uno de estos aspectos.

4.2. Vertientes de la presunción de inocencia

4.2.1. Presunción de inocencia como principio informador del proceso penal

Esta vertiente de la presunción de inocencia es en realidad una de las más amplias, pues se entiende a ésta como una *directriz* o un *principio* que debe per-

516 *Ibidem*, p. 75.

517 *Ibidem*, p. 78.

518 Véase, por ejemplo, TCE. Sentencia 66/1984, de 19 de junio de 1984.

519 SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 466/2011, resuelto en sesión de 9 de noviembre de 2011, pp. 13-19.

520 Amparo directo en revisión 517/2011, *op. cit.*, nota 489.

mear en todo el proceso penal. Como afirma Mercedes Fernández López, “la presunción de inocencia tiene como fin encontrar el justo equilibrio entre esos dos intereses contrapuestos: por un lado, el interés del Estado en la represión de la delincuencia y, por otro, el interés del imputado en la salvaguardia de su libertad y su dignidad”.⁵²¹ Para lograr lo anterior, se entiende que del principio de presunción de inocencia pueden desprenderse obligaciones dirigidas tanto al legislador ordinario como a la judicatura. Al primero le impone la obligación de regular de determinada manera el proceso penal en las leyes respectivas, incorporando las garantías necesarias para que en la *mayor medida posible* se les otorgue a los procesados el trato de “no autores” respecto de los delitos por los cuales se les acusa. La segunda comporta una prohibición dirigida a jueces y magistrados relativa a no realizar interpretaciones legales que resulten incompatibles con el contenido del derecho a la presunción de inocencia.⁵²²

Aunque la existencia de esta vertiente ha sido expresamente reconocida en el derecho comparado y dentro de nuestro sistema jurídico, la doctrina ha cuestionado seriamente su relevancia práctica. Por ejemplo, Jordi Ferrer ha puesto en tela de juicio la independencia de esta vertiente con aquellas que se verán más adelante, concluyendo que “la faceta de la presunción de inocencia como principio informador del proceso penal se reduce a la aplicación de esos mismos derechos y, por tanto, no es una faceta independiente de ellos”.⁵²³ En efecto, resulta cuestionable la utilidad de reconocer a la vertiente de principio informador como una faceta independiente del resto de las manifestaciones de la presunción de inocencia, pues no es más que la consecuencia lógica y necesaria de la vigencia del resto de las vertientes. Siguiendo el ejemplo de Jordi Ferrer, es evidente que “el derecho subjetivo del ciudadano, por ejemplo, a no ser condenado en un proceso penal si no hay prueba de cargo en su contra, es correlativo al deber de los jueces de no condenar sin esa prueba y al deber del poder legislativo de no regular el proceso penal de manera que esa condena sea posible”.⁵²⁴

Esto último podría explicar por qué, si bien en los primeros precedentes de la Primera Sala de la SCJN se reconoció expresamente esta vertiente del derecho a la presunción de inocencia, en asuntos más recientes se eliminó la referencia a esta manifestación y, en su lugar, la doctrina constitucional se concentró en desarrollar las vertientes restantes que analizaremos a continuación.⁵²⁵

521 Fernández López, Mercedes, *Prueba y presunción de inocencia*, Madrid, Iustel, 2005, p. 120.

522 *Ibidem*, pp. 119-123.

523 Ferrer Beltrán, Jordi, *op. cit.*, nota 515, p. 79.

524 *Idem*.

525 Véase, SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 349/2012, resuelto en sesión de 26 de septiembre de 2012, p. 18.

4.2.2. Presunción de inocencia como regla probatoria

Precisado lo anterior, el primer derecho específico que podemos derivar de la presunción de inocencia es su manifestación como *regla probatoria*, la cual ha sido entendida como los requisitos específicos que se deben cumplir durante el procedimiento de ofrecimiento, admisión y desahogo de pruebas, así como las características que deben reunir dichos medios probatorios para ser considerados como pruebas de cargo válidas dentro de una sentencia condenatoria.⁵²⁶ Lo anterior, pues se ha considerado que “no basta que recaiga sentencia que declare la culpabilidad para que ceda la presunción de inocencia: esa declaración debe ser la conclusión de un procedimiento probatorio con todas las garantías procesales”.⁵²⁷

Como incluso puede desprenderse de algunas de las definiciones abordadas al inicio del presente estudio, no basta que una persona simplemente sea *declarada culpable* de un determinado hecho delictivo para enervar el derecho a la presunción de inocencia, sino que es necesario también que esa culpabilidad se encuentre probada conforme a los requerimientos mínimos que exige la ley. Por tanto, como podrá intuirse, en esta vertiente la presunción de inocencia se entrelaza irremediabilmente con un cúmulo amplio de principios, derechos fundamentales y garantías del procedimiento penal que constituyen como tal el *debido proceso*, como son: el derecho a un tribunal imparcial, el derecho a ser informado de la acusación, el derecho a ser asistido legalmente por un profesional o el derecho a examinar testigos.⁵²⁸

En el caso de España, por ejemplo, el TCE ha desarrollado criterios muy específicos para considerar derrotada la presunción de inocencia, entre los que se encuentran: (a) debe ser la conclusión de un procedimiento en el que haya existido una mínima actividad probatoria; (b) que pueda considerarse prueba de cargo; (c) que sea suministrada por la acusación; (d) practicada en el juicio oral; y (e) que haya sido obtenida respetando todas las garantías constitucionales y legales.⁵²⁹

En una línea similar, la SCJN ha vinculado esta vertiente de la presunción de inocencia con los principios de publicidad, contradicción e inmediación que actualmente se contemplan en el artículo 20 constitucional, señalando que “toda

526 SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 4380/2013, resuelto en sesión de 19 de marzo de 2014.

527 Ferrer Beltrán, Jordi, *op. cit.*, nota 515, p. 83.

528 De hecho, Jordi Ferrer cuestiona precisamente por esta razón los alcances que se le han dado a esta vertiente del derecho a la presunción de inocencia, pues si “se afirma que el derecho a la presunción de inocencia como regla probatoria abarca todas esas sub-reglas, entonces es fácil observar que muchas de ellas se tornan garantías irrelevantes puesto que ya están protegidas por otros derechos u otras facetas de la presunción de inocencia”. *Ibidem*, p. 84.

529 TCE. Sentencia 31/1981, de 28 de julio de 1981. *Ibidem*, p. 83.

prueba aportada por el Ministerio Público en el juicio deberá respetarlos para poder considerarse prueba de cargo válida al momento de la valoración probatoria”.⁵³⁰ De igual manera, la SCJN ha sostenido que para considerarse como prueba de cargo válida, los medios probatorios deberán conformarse también a los criterios de *relevancia*, es decir, que el medio probatorio en cuestión se encuentre encaminado *directa o indirectamente* a acreditar los hechos relevantes en un proceso penal, consistentes en la existencia del delito y la responsabilidad del procesado en su comisión,⁵³¹ y de *licitud*, lo que significa que no podrán tener este carácter aquellas pruebas que han sido obtenidas a través de violaciones a derechos fundamentales.⁵³²

Finalmente, de manera destacada, la SCJN ha reconocido también que de esta vertiente se desprende una regla implícita de *carga de la prueba*, entendida como la norma que determina a cuál de las partes le corresponde la carga procesal de suministrar las pruebas de cargo a un juicio —en el derecho anglosajón a esta cuestión se le conoce como el *burden of producing evidence*—.⁵³³ En el caso mexicano, esta regla puede desprenderse expresamente del artículo 20, apartado A, fracción V, de la CPEUM⁵³⁴ que dispone que en el proceso penal la carga de la prueba le corresponde a la parte acusadora, así como del segundo párrafo del artículo 21⁵³⁵ que asigna *en principio* al Ministerio Público esa carga procesal.

530 Amparo en revisión 349/2012, *op. cit.*, nota 525, p. 20.

531 En torno al criterio de relevancia, la SCJN sostuvo que “para determinar si una prueba de cargo es directa o indirecta hay que atender a la relación entre el objeto del medio probatorio y los hechos a probar en el proceso penal”. En este sentido, se señala que “[l]a prueba de cargo será directa si el medio de prueba versa sobre el hecho delictivo en su conjunto o algún aspecto de éste susceptible de ser observado (elementos del delito) y/o sobre la forma en la que una persona ha intervenido en esos hechos (responsabilidad penal)”. Por el contrario, “la prueba de cargo será indirecta si el medio probatorio se refiere a un hecho secundario a partir del cual pueda inferirse la existencia del delito, de alguno de sus elementos y/o la responsabilidad del procesado”. Amparo directo en revisión 4380/2013, *op. cit.*, nota 526, pp. 22-23.

532 SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 3623/2014, resuelto en sesión de 26 de agosto de 2015, p. 41.

533 Amparo en revisión 349/2012, *op. cit.*, nota 525, pp. 20-21.

534 Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

A. De los principios generales:

[...]

V. La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal. Las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente;

[...].

535 Artículo 21. La investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquél en el ejercicio de esta función.

4.2.3. Presunción de inocencia como estándar probatorio o regla de juicio

A diferencia de la vertiente analizada anteriormente —la cual como vimos se enfoca a los requisitos que deben cumplir los diversos elementos probatorios al momento de ser ofrecidos, admitidos y desahogados— la vertiente de *estándar probatorio o regla de juicio* cobra relevancia al momento de la *valoración* dichos medios probatorios.⁵³⁶ De manera particular, la SCJN ha definido esta manifestación de la presunción de inocencia como “una norma que ordena a los jueces la absolución de los inculpados cuando durante el proceso no se han aportado pruebas de cargo suficientes para acreditar la existencia del delito y la responsabilidad de la persona”.⁵³⁷

Esta vertiente entraña la concepción más tradicional de la presunción de inocencia y, sin lugar a duda, la faceta más importante de la presunción de inocencia como derecho fundamental.⁵³⁸ Basta observar, por ejemplo, cómo la Corte IDH se ha enfocado principalmente en esta vertiente —así como en la vertiente de regla de trato, como se verá más adelante— al desarrollar el contenido y alcances del derecho en cuestión, y muy particularmente al señalar que “[e]l principio de presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo 8.2 de la CADH, exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal”, por lo que “[s]i obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla”.⁵³⁹

En esta vertiente, la presunción de inocencia implica dos cuestiones íntimamente vinculadas entre sí: por un lado (*i*) un *estándar probatorio* propiamente dicho, es decir, las condiciones que tiene que satisfacer la prueba de cargo para considerarla suficiente para condenar a una persona; y, paralelamente (*ii*) una regla de *carga de la prueba*, entendida ya no como la norma que determina a qué parte corresponde aportar las pruebas de cargo, sino como la regla que determina

El ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al Ministerio Público. La ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial.
[...].

536 Amparo en revisión 349/2012, *op. cit.*, nota 525, p. 21.

537 Amparo en revisión 466/2011, *op. cit.*, nota 519, p. 15.

538 Ferrer Beltrán, Jordi, *op. cit.*, nota 515, p. 88. Se cree que la primera formulación de este principio tuvo lugar en 1791 en un juicio celebrado en Old Bailey, en el que el abogado William Garrow sostuvo que “todo hombre es presumido inocente hasta que se prueba su culpabilidad”, lo cual a la postre se convertiría en el *golden thread* del derecho penal inglés: la presunción de inocencia y la carga de la prueba. Véase *The Secret Barrister: Stories of the Law and How it's Broken*, Londres, MacMillan, 2018, p. 41.

539 Corte IDH. Caso *Cantoral Benavides vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párr. 120.

a cuál de las partes en el juicio *perjudica* el hecho de que no se satisfaga dicho estándar —es decir, lo que en el derecho anglosajón se conoce como el *burden of proof*—. ⁵⁴⁰

Por lo que hace al *estándar probatorio*, la SCJN ha sostenido que el derecho a la presunción de inocencia supone la constitucionalización de un *estándar de prueba penal*, ⁵⁴¹ el cual, según el consenso mayoritario tanto en nuestro sistema jurídico como en el derecho comparado, consiste en probar los hechos “más allá de toda duda razonable” (*beyond any reasonable doubt*, en el derecho anglosajón). De hecho, así se encuentra previsto ya en nuestro CNPP, el cual establece expresamente en su artículo 402 que “[n]adie 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.” [Cursivas añadidas].

Con todo, pese a su popularidad y extendida recepción, debe decirse que en la actualidad existen profundos debates en torno a qué debe entenderse como “*duda razonable*” para efectos de la determinación del estándar de prueba en materia penal y, en particular, cómo es que puede considerarse que en un caso se alcanza dicho estándar de prueba. Hay incluso quienes sostienen que deberíamos abandonar este tipo de estándares (a su juicio extremadamente subjetivos) y, en su lugar, transitar hacia la definición de estándares de prueba más precisos y objetivos. Esta es la postura que han sostenido, por ejemplo, Larry Laudan y Jordi Ferrer Beltrán. ⁵⁴²

Sea como fuere, en la actualidad parecen existir al menos dos grandes formas de interpretar el estándar de prueba más allá de toda duda razonable. Por un lado, están las llamadas *concepciones subjetivistas* de la prueba, las cuales conciben el concepto de *duda* en clave *psicológica*, es decir, como la “falta de convicción” o la “indeterminación del ánimo o pensamiento” del Juez. ⁵⁴³ Esta era la concepción que, por ejemplo, se tuvo originalmente en el TCE y el TSE, en donde se puso el énfasis en el *estado psicológico* de duda que las pruebas practicadas en el proceso pueden suscitar en el juzgador. ⁵⁴⁴

Por el otro lado, están las *concepciones objetivistas* de la prueba que, en lugar de poner el énfasis en la convicción íntima del juzgador, lo ponen en el *grado de corroboración* que ha logrado la hipótesis acusatoria a partir de las pruebas

540 Amparo en revisión 466/2011, *op. cit.*, nota 519, p. 16.

541 Ferrer Beltrán, Jordi, *op. cit.*, nota 515, p. 89.

542 Laudan, Larry, *op. cit.*, nota 100; y Ferrer Beltrán, Jordi, *op. cit.*, nota 90.

543 *Ibidem*, pp. 91-92.

544 *Ibidem*, pp. 89.

efectivamente desahogadas. Esta es la postura que ha venido sosteniendo en fechas recientes nuestra SCJN, la cual expresamente ha rechazado las concepciones subjetivistas o irracionales de la prueba, al considerar que impiden establecer objetivamente cuándo existe evidencia suficiente para tener por acreditada una hipótesis probatoria.⁵⁴⁵ En definitiva, la SCJN ha optado en fechas recientes por una *concepción de valoración racional de la prueba*, conforme a la cual —para considerar que hay *prueba de cargo suficiente* para enervar la presunción de inocencia— el Juez debe cerciorarse de que las pruebas de cargo han desvirtuado la hipótesis de inocencia *efectivamente alegada* por la defensa en el juicio y, al mismo tiempo —en el caso de que existan—, debe también descartar que las *pruebas de descargo* o *contraindicios* generen o den lugar a una duda “razonable” sobre la hipótesis de culpabilidad sustentada por la parte acusadora.⁵⁴⁶

Al analizar este tema, la SCJN ha precisado que “cuando existen tanto pruebas de cargo como de descargo”, la hipótesis de la acusación sólo puede estar probada, suficientemente, si al momento de valorar el material probatorio “se analizan conjuntamente los niveles de corroboración tanto de la *hipótesis de culpabilidad* propuesta por la acusación como de la *hipótesis de inocencia* alegada por la defensa”.⁵⁴⁷ En otras palabras, para la SCJN, la suficiencia de las pruebas de cargo sólo se puede establecer *en confrontación* con las pruebas de descargo, sin que sea posible desestimar o restarle valor probatorio a las segundas bajo el argumento de que existen pruebas de cargo suficientes.⁵⁴⁸ De acuerdo con la Sala, será en todo caso a partir de esta confrontación entre pruebas de cargo y de descargo que el juzgador podrá determinar si existe una *duda razonable*, en los casos en los que se cuestione la fiabilidad de las pruebas de cargo o cuando la hipótesis de inocencia efectivamente alegada por la defensa esté corroborada por esos elementos exculpatorios.⁵⁴⁹

Por último, en lo que respecta a la *carga de la prueba*, la SCJN ha señalado que el principio de *in dubio pro reo* constituye una especie de regla de segundo orden que mandata *absolver* al procesado en caso de *duda* sobre el cumplimiento del estándar.⁵⁵⁰ Dicho en otras palabras, de acuerdo con la regla de la carga de la prueba implícita en la presunción de inocencia, es en todo caso la acusación la parte que debe resultar *perjudicada* por la no actualización del estándar de prueba antes mencionado.⁵⁵¹

545 Amparo directo en revisión 3457/2013, *op. cit.*, nota 401, p. 24.

546 *Ibidem*, pp. 25-28.

547 *Idem*.

548 *Idem*.

549 *Ibidem*, pp. 20-21.

550 *Idem*.

551 *Idem*.

4.2.4. Presunción de inocencia como regla de trato procesal

La presunción de inocencia también incide en la forma en la que debe ser tratada cualquier persona sometida a un proceso penal. A este respecto, la SCJN ha sostenido que esta faceta implica “el derecho a ser tratado como inocente en tanto no haya sido declarada su culpabilidad por virtud de una sentencia judicial y se le haya seguido un proceso con todas las garantías”.⁵⁵² En efecto, conforme a esta vertiente el derecho a la presunción de inocencia entraña también el derecho de toda persona a *ser tratado como inocente* en tanto no se declare su culpabilidad por virtud de una sentencia condenatoria, lo que implica que los jueces penales deberán impedir en lo posible la aplicación de medidas que impliquen una *equiparación de hecho* entre una persona imputada y una persona culpable. Dicho en otras palabras: la regla de tratamiento prohíbe el dictado de resoluciones judiciales que de alguna manera supongan la anticipación de la pena.⁵⁵³

4.2.4.1. Compatibilidad con la imposición de medidas cautelares

Una cuestión particularmente interesante sobre este tema tiene que ver con la (in)compatibilidad de las *medidas cautelares* del proceso penal a la luz del principio de presunción de inocencia y, particularmente, la *prisión preventiva*. Ello, pues resulta extraño afirmar, por un lado, que las juezas y los jueces deben *tratar* al inculcado como inocente hasta que recaiga una sentencia condenatoria y, por otro, que pueden imponerle medidas cautelares *muy similares* a una pena, como la prisión preventiva. Como apunta Jordi Ferrer, se trata de un debate por demás antiguo y que tiene posturas que van desde las abolicionistas de la presunción de inocencia hasta las abolicionistas de la prisión preventiva.⁵⁵⁴

Con todo, en el caso de México, la SCJN ha dicho que las medidas cautelares como la prisión preventiva no son *per se* incompatibles con la presunción de inocencia. Dicho criterio ha sido sostenido desde el *amparo en revisión 1028/1996*, en donde la SCJN sostuvo que “la prisión preventiva viene a constituir una excepción justificable a las garantías de libertad y debido proceso legal o de audiencia, así como al principio de presunción de inocencia [...], porque tiende a preservar el adecuado desarrollo del proceso penal y a garantizar la ejecución de la pena, en lo que la sociedad indudablemente está interesada”.⁵⁵⁵

552 Amparo en revisión 466/2011, *op. cit.*, nota 519, p. 16.

553 *Ibidem*, p. 27.

554 Ferrer Beltrán, Jordi, *op. cit.*, nota 515, p. 81.

555 Tesis aislada XIX/98 del Tribunal Pleno, con el rubro: PRISIÓN PREVENTIVA. SU NO CONTRADICCIÓN CON LA GARANTÍA DE AUDIENCIA DERIVA DE LOS FINES QUE PERSIGUE Y NO DE SU CARÁCTER CAUTELAR.

De manera similar, la Corte IDH ha admitido la posibilidad de imponer como medida cautelar la prisión preventiva. Sin embargo, en su caso, ha sido enfática en cuanto a que debe tratarse de una *medida excepcional* —guiada por los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad—, y que debe estar orientada en todo caso a evitar: (i) que el detenido no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones; o (ii) que eludirá la acción de la justicia.⁵⁵⁶

4.2.4.2. *Compatibilidad con la prisión preventiva oficiosa*

Un debate más reciente, y que a la fecha en que se escriben estas líneas no ha recibido una respuesta definitiva por parte de la SCJN, es el relativo a si la llamada *prisión preventiva oficiosa* es compatible con el derecho a la presunción de inocencia en su vertiente de regla de trato procesal. Como se sabe, si bien en la reforma constitucional de 2008 se intentó limitar la imposición de la prisión preventiva (la cual solía ser la regla en el sistema tradicional o mixto), en el artículo 19, párrafo segundo, última parte, de la CPEUM se mantuvo la posibilidad de ordenar la prisión preventiva “oficiosamente” —es decir, en automático— para ciertos delitos considerados graves.⁵⁵⁷ Esto último, ha sido interpretado —*hasta ahora*— por la mayoría de los jueces y las juezas penales y la academia en el sentido de que, en caso de que una persona sea vinculada por alguno de los delitos previstos en dicho catálogo, no es necesario acreditar ni justificar la existencia de algún riesgo procesal y, por ende, la necesidad de la cautela.⁵⁵⁸

556 Corte IDH. Caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*, *op. cit.*, nota 314, párr. 121.

557 Artículo 19. [...]

El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva oficiosamente, en los casos de abuso o violencia sexual contra menores, delincuencia organizada, homicidio doloso, feminicidio, violación, secuestro, trata de personas, robo de casa habitación, uso de programas sociales con fines electorales, corrupción tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones, robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades, delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, así como los delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad, y de la salud.
[...].

558 Con todo, hay quienes también sostienen que es posible interpretar el artículo 19, segundo párrafo, de la CPEUM de manera distinta. Para algunos, es posible considerar que el carácter “oficioso” de la medida en estos casos particulares no implica que la medida deba dictarse “en

Recientemente, en sesiones de 5 y 6 de septiembre de 2022, el Pleno de la SCJN discutió un —segundo— proyecto de resolución relativo a la *acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada*, en el que el Ministro Ponente, Luis María Aguilar, propuso *inaplicar* la prisión preventiva oficiosa prevista en la CPEUM por considerarla inconveniente. Sin embargo, al no alcanzarse la votación necesaria, el proyecto fue retirado por el propio Ponente, quien se comprometió a elaborar una nueva propuesta que pudiera generar consenso entre las Ministras y los Ministros. Propuesta que —a la fecha de elaboración de este trabajo— no ha sido aún discutida.

Ahora bien, más allá de los problemas relacionados con la posibilidad de *inaplicar* una disposición de rango constitucional que surgieron durante esas sesiones —tema sin duda relevante para la decisión del asunto—, durante la discusión fue posible observar también distintas posturas en torno a la posible (in) compatibilidad de la llamada “prisión preventiva oficiosa” con la presunción de inocencia. Una de las posiciones más contundentes a este respecto fue la del Ministro Presidente Arturo Zaldívar, quien expresamente señaló que:

A mí me parece clarísimo que la prisión preventiva oficiosa viola el principio de presunción de inocencia, que la Corte lo había reconocido desde hace tiempo y desde dos mil ocho está en nuestra Constitución y al margen de todas las normas incorporadas de derecho internacional, justamente en la vertiente de trato procesal: el derecho de toda persona a no ser tratada como culpable dentro de un proceso. Y esta consecuencia, de esta vertiente de la presunción de inocencia, lo lógico es que una persona no esté en prisión hasta que haya una sentencia definitiva que establezca su culpabilidad. Cualquier interpretación sería del principio de presunción de inocencia nos lleva a eso. En un Estado democrático constitucional de derecho, la única razón que justifica que una persona esté en prisión preventiva es que haya riesgo de fuga o que ponga en peligro el proceso, entendiendo por esto que pueda afectar a la integridad física de las víctimas, o de los testigos, o destruir pruebas; en ningún caso se puede usar la prisión preventiva como un castigo anticipado o apoyarse en fines preventivos o como estrategia de política criminal. Esta interpretación de la presunción de inocencia —no es solo mía— está en la Constitución, está en los derechos humanos de fuente internacional —que son Constitución— y los diversos organismos de derecho internacional son contestes.⁵⁵⁹

Con todo, no fue una postura unánime. La Ministra Esquivel Mossa, por ejemplo, además de considerar que la SCJN no tiene facultades para *inaplicar* una disposición constitucional, consideró que:

automático”, sino más que no requiere “petición de parte”. Así, según esta interpretación, en estos casos la CPEUM únicamente autorizaría a los jueces a dictar la medida de prisión preventiva aunque no lo haya solicitado expresamente el Ministerio Público, siempre y cuando se justifique y acredite la existencia de un riesgo procesal.

559 Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la SCJN, celebrada el martes 6 de septiembre de 2022, pp. 69 y 70.

[L]a Constitución —sí— puede prever casos en los que la prisión preventiva se imponga de manera obligatoria cuando existan datos sobre la realización de determinados delitos que ofendan gravemente a la sociedad, pues el principio de presunción de inocencia, como todo derecho humano, este principio tampoco es absoluto, por lo que válidamente puede ser restringido cuando el Constituyente Permanente lo considere necesario. Por esto, en este caso y por razones de política criminal; pero, sobre todo, para proteger los derechos humanos de las víctimas, su vida, su integridad y de la población, en general, en delitos de alto impacto, como es el feminicidio, el abuso y violencia sexual contra menores, la violación, el secuestro, la trata de personas, el homicidio, la delincuencia organizada, entre otros tantos. [...] La prisión preventiva oficiosa no es una medida cautelar deseable para el Estado Mexicano por los enormes costos económicos que demanda la seguridad en los reclusorios del país; sin embargo, suprimirla significaría una decisión que generaría mayores costos sociales porque implicaría dejar a la sociedad a merced de las bandas dedicadas al crimen organizado, pues —como hemos visto— estas, en muchos casos, tienen la capacidad financiera y operativa para enfrentar a los cuerpos de seguridad pública, inclusive, con armamento de alto poder. Existen razones fundadas para suponer que las víctimas, los testigos, los peritos e, inclusive, autoridades ministeriales y juzgadores quedan en peligro su vida y de sucumbir ante las agresiones de estas personas, con todo lo cual se podrán obstaculizar los procesos y destruir o alterar las pruebas que incriminen a sus integrantes. Los derechos humanos no solo rigen para las personas involucradas en la comisión de un delito, también para el resto de todos y cada uno de los habitantes del país, que queremos que se respete la vida, la integridad, la seguridad y la dignidad de las personas.⁵⁶⁰

Como puede observarse, a la fecha en la que se escriben estas líneas existen al menos dos grandes posturas en la SCJN en torno a los *alcances* del derecho a la presunción de inocencia, de cara a la imposición de medidas cautelares, como la *prisión preventiva oficiosa*: una que considera que cualquier imposición de una medida cautelar restrictiva de libertad sólo puede ser impuesta cuando se acredita plenamente un *riesgo procesal* (como riesgo de fuga o afectaciones a la investigación) y otra que estima que existen casos excepcionales (especialmente tratándose de delitos graves o delincuencia organizada) en los que está constitucionalmente justificado imponer una medida de esta naturaleza atendiendo únicamente al “tipo” o la “gravedad” de delito imputado. Esto último, debido a los graves riesgos que en estos casos pueden existir para víctimas, testigos e, incluso, autoridades.

4.2.5. Presunción de inocencia como regla de trato extraprocesal

Si bien, como se señaló, el derecho a la presunción de inocencia encuentra su mayor expresión en la dimensión procesal, este derecho también encuentra un amplio ámbito de aplicación en situaciones *externas* al proceso penal. A esto se

560 *Ibidem*.

le conoce como la vertiente de regla de trato *extraprocesal*.⁵⁶¹ Esta manifestación de la regla de trato ha sido ampliamente reconocida en el derecho comparado⁵⁶² y, recientemente, por la SCJN, la cual la definió como “el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no partícipe en hechos de carácter delictivo o análogos a éstos y determina, por ende, el derecho a que no se apliquen las consecuencias o los efectos jurídicos anudados a hechos de tal naturaleza”.⁵⁶³

La doctrina ha identificado que las situaciones extraprocesales pueden ser de dos tipos: (i) aquellas en las que se encuentra involucrado un agente del Estado y (ii) aquellas que surgen de las relaciones entre particulares.⁵⁶⁴ Un ejemplo paradigmático de esta situación es el *amparo directo en revisión 517/2011*, en el que la SCJN declaró la violación a esta vertiente de la presunción de inocencia en un caso en el que la policía organizó, junto con varios medios de comunicación, una escenificación ajena a la realidad en las que supuestamente detenían en flagrancia a un grupo de secuestradores. Sobre ello, la SCJN señaló que a ningún fin práctico llevan las garantías penales “cuando las autoridades encargadas de investigar el delito realizan diversas acciones que tienen como finalidad exponer públicamente a alguien como responsable del hecho delictivo”. Para la Primera Sala “[f]rente a estas acciones se corre el enorme riesgo de condenar al denunciado antes de tiempo, ya que el centro de gravedad que corresponde al proceso como tal, se ha desplazado a la imputación pública realizada por la policía”.⁵⁶⁵ Asimismo, en dicho asunto la SCJN sostuvo que:

[L]a finalidad de brindar información sobre hechos delictuosos a los medios periodísticos no puede justificar la violación a la presunción de inocencia, como regla de trato en su vertiente extraprocesal, por parte de las autoridades que exponen como culpables a los detenidos. En este sentido, se estima que al proporcionar información sobre hechos delictuosos, las autoridades deben abstenerse de deformar la realidad a fin de exponer a una persona frente a la sociedad y, principalmente, frente a las futuras partes del proceso, como los culpables del hecho delictivo. Por el contrario, deben constreñirse a presentar en forma descriptiva y no valorativa la información relativa a la causa penal que pueda tener relevancia pública, absteniéndose de brindar información sugestiva que exponga al detenido a un juicio paralelo y viole su derecho a ser tratado como inocente durante el trámite del procedimiento e, incluso, desde antes de que se inicie.⁵⁶⁶

561 Ferrer Beltrán, Jordi, *op. cit.*, nota 515, pp. 75-77.

562 Véase, por ejemplo, la sentencia 109/1986 del TCE.

563 Amparo directo en revisión 517/2011, *op. cit.*, nota 489, pp. 128-129.

564 Ferrer Beltrán, Jordi, *op. cit.*, nota 515, p. 76.

565 Amparo directo en revisión 517/2011, *op. cit.*, nota 489, p. 129.

566 Tesis aislada CLXXVIII/2013 de la Primera Sala, con el rubro: PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y DERECHO A LA INFORMACIÓN. SU RELACIÓN CON LA EXPOSICIÓN DE DETENIDOS ANTE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN.

De acuerdo con la SCJN, las acciones de la policía y de los medios de comunicación pueden influir en un proceso judicial —en violación a la regla de trato de la presunción de inocencia— en relación con: (i) la conducta, credibilidad, reputación o antecedentes penales de alguna de las partes, testigos o posibles testigos; (ii) la posibilidad de que se produzca una confesión, admisión de hechos, declaración previa del imputado o la negativa de declarar; (iii) el resultado de exámenes o análisis a los que hubiese sometido alguien involucrado en un proceso; (iv) cualquier opinión sobre la culpabilidad del detenido; y (v) el hecho de que alguien hubiera identificado al detenido, entre muchas otras.⁵⁶⁷

Ahora bien, a fin de determinar *en qué casos* la exposición de una persona detenida en medios de comunicación afecta la *fiabilidad* del material probatorio, la SCJN ha señalado que cuando se plantea una violación en este sentido, “la exposición mediática (y la información asociada a ella) tienen que ser *suficientemente robustas* para que pueda considerarse que han generado una percepción estigmatizante” [cursivas añadidas]. Además, debe quedar patente que dicha violación “ha elevado, de modo indudablemente significativo, la probabilidad de que los testimonios y las pruebas recabadas contengan información parcial y, por ende, cuestionable”. En ese sentido, de acuerdo con la SCJN, algunos elementos que puede ponderar la autoridad judicial para determinar si en un caso concreto se logra este grado de “percepción estigmatizante”⁵⁶⁸ son:

1. El *grado de intervención y participación del Estado* en la creación o en la divulgación de la información, siendo que cuando el Estado es el que, deliberadamente, interviene para crear una imagen negativa y contribuye a su formación, los jueces deben ser especialmente escépticos para juzgar el material probatorio.
2. La *intensidad del ánimo estigmatizante* que subyace a la acusación y su potencial nocividad.
3. La *diversidad de fuentes noticiosas y el grado de homogeneidad* en el contenido que las mismas proponen. A este respecto, el juzgador podrá analizar si el prejuicio estigmatizante ha sido reiterado en diversas ocasiones o en diversos medios de comunicación y cuál es su nivel de circulación,

⁵⁶⁷ *Ibidem*, p. 130.

⁵⁶⁸ Tesis aislada CCC/2016 de la Primera Sala, con el rubro: PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA DE TRATO EN SU VERTIENTE EXTRAPROCESAL. ELEMENTOS A PONDERAR PARA DETERMINAR SI LA EXPOSICIÓN DE DETENIDOS ANTE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PERMITE CUESTIONAR LA FIABILIDAD DEL MATERIAL PROBATORIO.

así como si existen posiciones contrarias a este estigma que, de facto, sean capaces de contrarrestar la fuerza de una acusación.

4. La *accesibilidad que los sujetos relevantes tienen a esa información*, respecto de lo cual el juez puede analizar el grado de cercanía que él mismo, los testigos o los sujetos que intervienen en el proceso tienen con respecto a la información cuestionada. Así, si la información es demasiado remota, existirán pocas probabilidades de que el juzgador o tales sujetos hayan tenido acceso a la misma; consecuentemente, la fiabilidad de las pruebas difícilmente podría ser cuestionada.

Capítulo V

Garantías procesales de carácter no epistemológico o de libertad

1. GARANTÍAS DEL DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL

1.1. Generalidades del derecho a la libertad personal

El artículo 7.1 de la CADH reconoce el derecho de toda persona a la libertad y seguridad personales.⁵⁶⁹ Al interpretar este precepto, la Corte IDH ha definido a la libertad —en sentido amplio— como “la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido”. Por su parte, la seguridad ha sido interpretada como “la ausencia de perturbaciones que restrinjan o limiten la libertad más allá de lo razonable”.⁵⁷⁰

Visto de esta manera, podría argumentarse que el derecho a la libertad entraña un derecho amplísimo y que es, incluso, base de todos los demás.⁵⁷¹ Con todo, la Corte IDH ha sostenido que el artículo 7 de la CADH protege en realidad un ámbito muy específico de la libertad: el derecho a la libertad física, la cual protege “los comportamientos corporales que presuponen la presencia física del titular del derecho y que se expresan normalmente en el movimiento físico”.⁵⁷² En este contexto específico, la seguridad se entiende como “la protección contra toda interferencia ilegal o arbitraria de la libertad física”.⁵⁷³

Lo anterior permite explicar por qué el resto del referido artículo 7 contiene una serie de *garantías* que deben cumplirse al privar a una persona de su *libertad física* o *deambulatoria*, como son: (a) el deber de fijar los supuestos y condicio-

569 Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
[...].

570 Corte IDH. Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 52.

571 En nuestro país, esta libertad más “amplia” se encuentra amparada más bien por el *derecho al libre desarrollo de la personalidad*.

572 Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, *op. cit.*, nota 570, párr. 53.

573 *Idem*.

nes de detención, con anterioridad, en las constituciones o leyes de los Estados (artículo 7.2); (b) la prohibición de detenciones o encarcelamientos arbitrarios (artículo 7.3); (c) el deber de informar los motivos de la detención (artículo 7.4); (d) del deber llevar a la persona detenida sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por ley (artículo 7.5); (e) la posibilidad de recurrir ante un juez o tribunal para que decida sobre la legalidad del arresto o detención (artículo 7.6); y (f) la prohibición de detener a alguien por deudas (artículo 7.7).

De manera similar, en México, el artículo 16 de la CPEUM⁵⁷⁴ consagra un régimen general de libertades a favor de la persona, entre las que se encuentra la libertad personal, entendida como libertad de movimiento o libertad deambulatoria. Este derecho fundamental ha sido interpretado por la SCJN en el sentido de que sólo puede ser limitado bajo determinados supuestos de *excepcionalidad previstos* en la propia CPEUM.⁵⁷⁵ De acuerdo con lo anterior, la SCJN ha sostenido que del artículo 16 constitucional se desprende una *regla general* en el sentido de que toda *privación* de la libertad física por parte del Estado debe estar precedida por una orden dictada por autoridad judicial (*orden de aprehensión*), la cual admite únicamente dos *excepciones* reconocidas taxativamente en el mismo artículo 16 de la CPEUM: las detenciones en flagrancia y las detenciones ministeriales por caso urgente.⁵⁷⁶ A continuación nos referiremos tanto a la regla general, como a estas dos excepciones.

1.2. Garantías específicas del derecho a la libertad personal

1.2.1. Detenciones derivadas de mandato judicial previo: orden de aprehensión, arraigo y detención provisional con fines de extradición

1.2.1.1. Fundamento y contenido

Por regla general, toda privación de la libertad deambulatoria o de movimiento de una persona derivada de la probable comisión de un delito (es decir, toda detención propiamente dicha), debe estar precedida de un *mandato judicial*

574 Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. En los juicios y procedimientos seguidos en forma de juicio en los que se establezca como regla la oralidad, bastará con que quede constancia de ellos en cualquier medio que dé certeza de su contenido y del cumplimiento de lo previsto en este párrafo. [...].

575 SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 703/2012, resuelto en sesión de 6 de noviembre de 2013.

576 *Idem*.

previo.⁵⁷⁷ En nuestro país, este mandato judicial puede adoptar diversas formas, como son: *a*) la orden de aprehensión (artículo 16, párrafo tercero); *b*) la orden de arraigo (artículo 16, párrafo octavo); y *c*) la detención provisional con fines de extradición (artículo 119, párrafo tercero).⁵⁷⁸

La *orden de aprehensión* es de acuerdo con el CNPP, junto con el citatorio y la orden de comparecencia, una de las *formas de conducción* del imputado o imputada al proceso penal.⁵⁷⁹ Se trata de una orden judicial que tiene como finalidad que la persona investigada sea llevada ante un juez o una jueza de control, para que la fiscalía formule imputación en su contra.

Para que dicha orden pueda ser librada, el tercer párrafo del artículo 16 constitucional dispone que ésta deberá: (*a*) provenir necesariamente de una autoridad judicial; (*b*) estar precedida por una denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, el cual deberá ser sancionado por la ley penal con pena privativa de libertad; y (*c*) deberán obrar datos de prueba *suficientes* que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la *probabilidad* de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

Adicional a ello, la SCJN ha señalado que un elemento distintivo y obligatorio para que el juez o la jueza de control pueda emitir una orden de aprehensión, sin que medie alguna otra forma de conducción al proceso, es que la representación social deberá acreditar que en el caso se requiere de la *necesidad de cautela*.⁵⁸⁰ Este requisito surgió como una medida de *contrapeso* propia del sistema penal acusatorio y adversarial en aras de evitar abusos por parte de las autoridades, al reducirse el “estándar probatorio”⁵⁸¹ para el libramiento de una orden de aprehensión.⁵⁸² Conforme a este requisito, el Ministerio Público debe probar, en cierto grado, que el citatorio o la orden de comparecencia son insuficientes para condu-

577 En México existen otras formas de detención administrativa que no serán materia de este estudio, como son el arresto administrativo hasta por 36 horas y las detenciones migratorias.

578 Esta última fue reconocida como otra excepción a la libertad deambulatoria en el amparo en revisión 528/2016, resuelto el 9 de octubre de 2019.

579 SCJN, Primera Sala, Contradicción de tesis 300/2019, resuelto en sesión de 22 de enero de 2020.

580 *Idem*.

581 El estándar de prueba ha sido definido como un “umbral” a partir del cual se aceptará una hipótesis como probada; en otras palabras, definen un criterio para establecer “cuándo está justificado aceptar como verdadera la hipótesis normativa”, misma que descansa en grados de confirmación probabilística. Véase: *Cfr. Ferrer Beltrán, Jordi, Prueba y verdad en el derecho*, 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, p. 91 y ss.

582 Dictamen de primera lectura en la Cámara de Diputados de 11 de diciembre de 2007, el cual fue ratificado en las posteriores etapas del proceso legislativo, durante el proceso de reforma del artículo 16 de la Constitución General.

cir al imputado ante el juez y que, por tanto, la orden de aprehensión es la *única forma idónea* para lograr dicho cometido y, con ello, estar en aptitud de formular la imputación respectiva, formalizar la investigación y continuar con la secuela procesal.⁵⁸³

A este respecto, la Primera Sala de la SCJN ha señalado que la *necesidad de cautela* no se satisface con la sola circunstancia de que los hechos del caso correspondan a un delito que amerite *prisión preventiva oficiosa*, sino que se requiere que el fiscal exponga una serie de circunstancias —entre las que podría estar dicha cuestión, pero no como razón única— que conduzcan al juez o jueza de control a determinar que *solamente* a través de una orden de aprehensión —y no mediante una forma diversa⁵⁸⁴— se puede lograr llevar o conducir al inculpado a la audiencia inicial.⁵⁸⁵ Para ello, el Ministerio Público debe exponer que cuenta con datos que permiten suponer que: (a) existe riesgo de que se sustraiga de la acción de la justicia; (b) se ponga en riesgo la integridad de la víctima, del ofendido, de los testigos, o la comunidad; o bien, (c) se ponga en peligro el desarrollo de la investigación misma.⁵⁸⁶

Finalmente, como todo *acto de molestia*, conforme al primer párrafo del artículo 16 constitucional la decisión judicial debe estar debidamente *fundada y motivada*, a fin de otorgar seguridad y certeza jurídica sobre sus alcances. Sin embargo, no es preciso que tal motivación conste por “escrito”, pues la propia disposición constitucional establece que “[e]n los juicios y procedimientos seguidos en forma de juicio en los que se establezca como regla la oralidad, bastará con que quede constancia de ellos en cualquier medio que dé certeza de su contenido y del cumplimiento de lo prevista en este párrafo”.

Esto último ha sido interpretado por la SCJN en el sentido de que ya no resulta indispensable que la orden de aprehensión sea emitida por escrito, pues en los procesos penales de corte acusatorio existe una clara preeminencia del principio de oralidad, tanto para el desarrollo de las actuaciones procesales como para la toma de decisiones, existiendo la videograbación y almacenamiento de la audiencia donde se libró la referida orden.⁵⁸⁷ Así, basta que el órgano jurisdiccional proporcione a los elementos aprehensores una constancia en la que se encuentren los puntos resolutivos de la decisión que se emitió oralmente, así como la copia

583 Contradicción de tesis 300/2019, *op. cit.*, nota 579.

584 Véase los artículos 141, 142 y 142 del CNPP.

585 Contradicción de tesis 300/2019, *op. cit.*, nota 579.

586 No se debe confundir la orden de aprehensión (forma de conducción a proceso) y las medidas cautelares, pues las finalidades son distintas.

587 SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 1090/2017, resuelto en sesión de 6 de junio de 2008.

del audio y video de la audiencia relativa, para que la persona detenida cuente con la certeza y seguridad del acto de autoridad y pueda actuar en consecuencia.⁵⁸⁸

Otra de las formas que puede tomar una detención por mandato judicial previo es la *orden de arraigo*, establecida en el artículo 16, párrafo octavo, de la CPEUM, la cual consiste en la privación de la libertad de una persona en centros especializados durante un periodo máximo de 40 días o, en caso de que se justifique la subsistencia de las causas que le dieron origen, de hasta 80 días. De acuerdo con el texto constitucional, dicha orden puede ser solicitada por el Ministerio Público y otorgada por una autoridad judicial *exclusivamente* en casos de delincuencia organizada, siempre que se demuestre que la medida resulta necesaria para: (i) el éxito de la investigación; (ii) la protección de personas o bienes jurídicos; o (iii) cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga de la acción de la justicia.

El reconocimiento de esta restricción en el texto constitucional es —junto con la prisión preventiva oficiosa, analizada anteriormente— uno de los debates más álgidos a nivel nacional en materia de garantías penales. De hecho, previo a su incorporación en el artículo 16 constitucional, la figura del arraigo —regulada tanto en el abrogado CFPP como en diversas legislaciones adjetivas locales— fue declarada inconstitucional por la SCJN. Efectivamente, al resolver la *acción de inconstitucionalidad 20/2003*, el Pleno sostuvo que la figura de arraigo en materia penal era incompatible con las garantías a la libertad personal y libertad de tránsito establecidas en la CPEUM, pues en ella se establecían de manera taxativa los diferentes condiciones y plazos para la afectación de la libertad de las personas, sin que ninguno de ellos hiciera referencia en ese momento al arraigo en materia penal.⁵⁸⁹ Sin embargo, en las reformas constitucionales en materia penal de 2008, el Poder Reformador incorporó la figura del arraigo penal en el texto constitucional y así se ha mantenido hasta el día de hoy.

En esta última reforma, sin embargo, se estableció que a partir de la entrada en vigor del sistema penal acusatorio el arraigo procedería única y exclusivamente para delitos de *delincuencia organizada*. Con base en ello, la SCJN ha interpretado que, al tratarse de una materia exclusiva del Congreso de la Unión conforme al artículo 73, fracción XXI, de la CPEUM, *las legislaturas locales carecen de com-*

588 *Ibid.*

589 Tesis aislada XXII/2006 del Tribunal Pleno, con el rubro: ARRAIGO PENAL. EL ARTÍCULO 122 BIS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA QUE LO ESTABLECE, VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD PERSONAL QUE CONSAGRAN LOS ARTÍCULOS 16, 18, 19, 20 Y 21 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

petencia para legislar sobre ella. Con este criterio, la figura del arraigo ha quedado muy limitada, pues sólo puede ser utilizada para un tipo de delito en particular.⁵⁹⁰

Uno de los temas debatidos sobre el arraigo tiene que ver con su (in)compatibilidad con los derechos humanos a la libertad personal y a la presunción de inocencia. Para algunos, se trata de una medida incompatible con dichos principios, toda vez que implica “detener para investigar”, siendo que los estándares internacionales exigen, como requisito para la detención de una persona, la existencia de al menos una “causa probable”. En el *amparo directo en revisión 1250/2011* el Pleno de la SCJN tuvo oportunidad de discutir si, en atención al artículo 1º constitucional, dicha figura podía seguir siendo aplicada en nuestro ordenamiento, o bien, si por virtud del principio *pro persona*, debían prevalecer los derechos a la libertad y a la presunción de inocencia. En ese sentido, luego de una intensa discusión, una mayoría de Ministras y Ministros se decantó por considerar que el arraigo es una *restricción constitucional expresa* y, por tanto, *válida*, que justifica limitar la libertad personal.⁵⁹¹ Cabe destacar, sin embargo, que al día que se escriben estas líneas, se encuentran pendientes de resolución ante la Corte IDH dos casos en los que se ha impugnado la inconventionalidad de la figura del arraigo —se trata del caso *Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México* y el caso *García Rodríguez y otro vs. México*—, los cuales podrían dar un giro importante a esta discusión en nuestro país.

Finalmente, otra forma de mandato judicial previo es la *detención provisional con fines de extradición*. Al respecto, el artículo 119, párrafo tercero, de la CPEUM señala que cuando un Estado extranjero realice un requerimiento de extradición, éste será tramitado por el Ejecutivo Federal, con la intervención de la autoridad judicial. En particular, la disposición establece que “el auto del juez que mande cumplir la requisitoria será bastante para motivar la detención hasta por sesenta días naturales”. Sobre el particular, en algunos asuntos se ha cuestionado si esta forma de detención constituye una afectación injustificada a la libertad personal, particularmente bajo el argumento de que dicha figura se ubica en la “parte orgánica” de la CPEUM y no en su “parte dogmática”. Sin embargo, la SCJN ha desestimado estas impugnaciones y ha sostenido que este tipo de detenciones

590 Tesis jurisprudencial 31/2014 del Tribunal Pleno, con el rubro: ARRAIGO EN MATERIA PENAL. A PARTIR DE LA REFORMA A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 18 DE JUNIO DE 2008, LAS LEGISLATURAS LOCALES CARECEN DE COMPETENCIA PARA LEGISLAR SOBRE AQUELLA FIGURA, AL SER FACULTAD EXCLUSIVA DEL CONGRESO DE LA UNIÓN.

591 SCJN, Pleno, Amparo directo en revisión 1250/2011, resuelto en sesión de 14 de abril de 2015.

constituye una restricción a la libertad personal, adicional a las hipótesis previstas en los artículos 16 y 19 de la CPEUM.⁵⁹²

1.2.2. Flagrancia y controles preventivos

1.2.2.1. *Fundamento y contenido*

Como se adelantó, en nuestro sistema jurídico existen únicamente dos excepciones a la *regla general*, según la cual toda privación de la libertad debe estar precedida de una orden judicial. La primera de estas excepciones se encuentra en el quinto párrafo del artículo 16 constitucional, la cual establece que “[c]ualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido”. Dicha excepción se encuentra también desarrollada en el artículo 146 del CNPP.⁵⁹³

Cabe destacar que el texto vigente es resultado de la reforma constitucional de 18 de junio de 2008, mediante la que se introdujo el sistema penal acusatorio en nuestro país. Como la propia SCJN ha señalado, mediante dicha reforma se buscó *reincorporar* al concepto de flagrancia el elemento de *inmediatez* a que había hecho alusión la SCJN en sus primeras interpretaciones de la Quinta Época⁵⁹⁴ pero que posteriormente fue abandonada. Esto se puede apreciar en el hecho de que ahora el texto señala expresa y claramente que cualquier persona puede detener a un indiciado *en el momento* en que esté cometiendo el delito o *inmediatamente después* de haberlo cometido. Con lo cual se otorga un alcance más restringido y acotado que el texto anterior, el cual simplemente hablaba de “delito flagrante”.

592 Amparo en revisión 528/2016, *op. cit.*, nota 578.

593 Artículo 146. Supuestos de flagrancia

Se podrá detener a una persona sin orden judicial en caso de flagrancia. Se entiende que hay flagrancia cuando:

I. La persona es detenida en el momento de estar cometiendo un delito, o

II. Inmediatamente después de cometerlo es detenida, en virtud de que:

a) Es sorprendida cometiendo el delito y es perseguida material e ininterrumpidamente, o

b) Cuando la persona sea señalada por la víctima u ofendido, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere intervenido con ella en la comisión del delito y cuando tenga en su poder instrumentos, objetos, productos del delito o se cuente con información o indicios que hagan presumir fundadamente que intervino en el mismo.

Para los efectos de la fracción II, inciso b), de este precepto, se considera que la persona ha sido detenida en flagrancia por señalamiento, siempre y cuando, inmediatamente después de cometer el delito no se haya interrumpido su búsqueda o localización.

594 Tesis aislada de la Primera Sala, con el rubro: LIBERTAD, PRIVACIÓN ILEGAL DE LA.

Así pues, a partir de dicha reforma, la SCJN ha sostenido que para que una detención en flagrancia sea constitucionalmente válida debe actualizarse alguno de los siguientes supuestos: (i) que se observe *directamente* al autor del delito cometer la acción en ese preciso instante —es decir, durante el *iter criminis*—; o bien (ii) que se persiga al autor del delito que se acaba de cometer y existan elementos objetivos que hagan posible identificarlo y corroborar que en el momento inmediato anterior se encontraba cometiendo el delito.⁵⁹⁵ En ningún caso es válido detener a una persona con base en *simples sospechas* de que ha cometido un delito; para investigar un supuesto hecho delictivo o, peor aún, por cualquier motivo relacionado con su mera actitud o apariencia.⁵⁹⁶ Tampoco resulta válido detener a una persona en aquellos supuestos que solían denominar los códigos procesales estatales como “flagrancia equiparada”.⁵⁹⁷

Ahora bien, un tema interesante, discutido incluso en la doctrina comparada, tiene que ver con el concepto de “delito flagrante” o “flagrancia delictiva”. En particular, se discute si para detener a una persona bajo flagrancia “basta con la constatación de que se está ante un hecho formalmente típico, o si es necesario, además, que se trate de un comportamiento antijurídico y, eventualmente, culpable y punible”.⁵⁹⁸ Imaginemos, por ejemplo, que un policía detiene una persona al observar que ha lesionado a otra, pero hay elementos para suponer que ello fue realizado en *legítima defensa*. ¿Sería legal la detención realizada por el agente? En el derecho comparado algunos autores, como Oliver Calderón, afirman que sí, toda vez que —en su opinión— la flagrancia únicamente exige “la constatación de la tipicidad”. Para este autor, en casos en los que hay duda en torno a la existencia de situaciones excluyentes o exculpantes (como legítima defensa o estado de necesidad), no le corresponde al policía dispararlas, sino al tribunal (e incluso, en nuestro sistema, al Ministerio Público).⁵⁹⁹ Con todo, en opinión del mismo autor, si en el momento de la detención es *evidente* la concurrencia de una causa de justificación, el policía no debería proceder con la detención, *so pena* de ser declarada ilegal.⁶⁰⁰

595 Amparo directo en revisión 4380/2013, *op. cit.*, nota 526.

596 SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 648/2013, resuelto en sesión de 8 de julio de 2015.

597 SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 6024/2014, resuelto en sesión de 2 de septiembre de 2015.

598 Oliver Calderón, Guillermo, “Evolución (o involución) de la audiencia de control de la detención y algunos problemas interpretativos”, en Hoyl Moreno, Gonzalo (ed.), *La audiencia de control de detención y sus repercusiones a través del proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p. 113.

599 *Ibidem*, p. 115-116.

600 *Idem*.

Si bien se trata de una cuestión poco debatida en México, coincidimos con este autor en que es necesario distinguir el *delito en estricto sentido* y el *delito flagrante* o la *flagrancia delictiva*. Como se sabe, para tener por acreditado un delito en sentido estricto —específicamente para condenar— se requiere acreditar, más allá de toda duda razonable, la existencia de una conducta típica, antijurídica y culpable. En este caso, como es claro, el *hecho probar* es el hecho delictivo mismo, lo cual puede acreditarse a partir de cualquier medio de prueba relevante. En cambio, en el caso de la *flagrancia delictiva* pareciera que el hecho probar —al menos para efectos del control de la detención— es distinto. En este caso lo *relevante* no es acreditar que el imputado ha cometido un delito en estricto sentido (como sí sucede en la vinculación y la sentencia definitiva, si bien con estándares de prueba diferenciados), sino más bien si la actuación del agente fue *razonable*, a partir de los elementos que él mismo percibió. Esto, evidentemente, exige asumir un concepto de delito flexible o menos estricto, sobre todo si se considera que la propia doctrina de la SCJN prohíbe detener a una persona y después investigar si cometió un delito. Para la SCJN, una vez practicada la detención, la persona debe ser puesta a disposición *sin demora* del Ministerio Público. En ese sentido, no parece razonable exigir al agente que, en el momento de la detención, corrobore todos y cada uno de los elementos del delito en sentido estricto (incluyendo la antijuricidad y la culpabilidad) sino únicamente que haya percibido un hecho que, objetivamente, aparezca como *típico*. Ya será en la investigación ante el Ministerio Público o en el proceso que se determinará si los hechos percibidos por el agente constituyen efectivamente un *delito en sentido estricto*. Sostener lo contrario y exigir al agente que acredite la existencia de un delito con todos sus elementos, significaría tanto como adelantar el objeto de la vinculación a proceso o del juicio al control de la detención.⁶⁰¹

Una segunda cuestión de interés —estrechamente relacionada, por cierto, con la anterior— es la relativa a la *prueba o evidencia* de la flagrancia. ¿Cómo puede un agente y eventualmente el Ministerio Público acreditar ante un órgano jurisdiccional que existió flagrancia delictiva? Al analizar este tema, la Primera Sala ha señalado que, al calificar la legalidad de una detención, los jueces no deben limitarse a verificar o indagar si la persona detenida se encontraba efectivamente cometiendo un delito, sino que deben analizar la *evidencia* con la que contaban los elementos aprehensores al momento de la detención y, en su caso, la *forma* en

601 Por lo demás, sólo de esta manera se explica por qué, para la SCJN, el análisis sobre la existencia de la flagrancia siempre debe partir *desde la perspectiva del agente*, sin poder utilizar elementos que *a posteriori* demuestran que el imputado efectivamente ha cometido un delito (véase *infra*).

la que obtuvieron dicha evidencia.⁶⁰² Por tanto, aunque *a posteriori* sea posible concluir que la persona efectivamente se encontraba cometiendo un delito, si los agentes no contaban *en ese momento* con evidencia que mostrara esta circunstancia, ello necesariamente conllevará a la declaración de ilegalidad de la detención. De la misma manera, aunque *a posteriori* se determinara la inexistencia del delito que justificó la detención, pero en su momento existió evidencia razonable para suponer su comisión, ello implicaría ordenar la libertad de la persona detenida pero no conllevaría a declarar ilegal la detención.⁶⁰³

Esta regla, inspirada en la jurisprudencia estadounidense,⁶⁰⁴ busca evitar que los agentes aprehensores puedan *justificar* como legítimas detenciones en flagrancia aquellas que tuvieron su origen en *meras sospechas* o *prejuicios*, así como en *registros ilegales* personas u objetos o entradas ilegales a domicilios que, una vez realizados, proporcionan la evidencia de flagrancia.⁶⁰⁵ En ese sentido, no podría calificarse legal, por ejemplo, la detención de una persona que es retenida y revisada por los agentes aprehensores por motivos meramente discriminatorios (por ejemplo, basados exclusivamente de su apariencia o aspecto físico), aun y cuando, como consecuencia de dicha revisión corporal —la cual ha derivado, se insiste, de una retención ilegal— se le hubiere encontrado en posesión de algún objeto o sustancia prohibida.

1.2.2.2. *Controles preventivos provisionales*

Lo dicho anteriormente nos conduce a la doctrina de los llamados *controles preventivos provisionales*. En síntesis, dicha doctrina indica que, derivado de sus facultades constitucionales en materia de seguridad pública, las autoridades policiales pueden tener diferentes *niveles de contacto* con una persona cuando ante la *sospecha razonable* de que se está cometiendo un delito.⁶⁰⁶ Esto, con la finalidad de prevenir algún posible delito, salvaguardar la integridad o la vida de los agentes de la policía o corroborar la identidad de alguna persona con base en información de delitos previamente denunciados ante la policía o una autoridad.⁶⁰⁷

602 Amparo directo en revisión 3623/2014, *op. cit.*, nota 532.

603 *Idem*.

604 Kanovitz, Jacqueline, *op.cit.*, nota 469, p. 129.

605 *Idem*.

606 Una sospecha razonable es aquella que se deriva de criterios objetivos —información, hechos y circunstancias— a partir de los cuales pudiera razonablemente inferirse la posibilidad de que se está cometiendo un delito y se distingue de la sospecha simple, entendida como aquella derivada de criterios subjetivos del agente de autoridad, como podrían ser prejuicios sobre una persona por su vestimenta, apariencia, color de piel, pertenencia étnica o religiosa, etcétera.

607 Amparo directo en revisión 3623/2014, *op. cit.*, nota 532.

En específico, la SCJN ha señalado que existen *tres niveles de contacto* entre autoridades y particulares. El primer nivel se refiere a la simple *inmediación* o acercamiento entre el agente de seguridad y la persona, para efectos de investigación, identificación o de prevención del delito. A diferencia del primero, el segundo nivel ya implica una *restricción temporal* —aunque ésta puede darse en diferentes grados— al ejercicio de un derecho como la libertad personal, la propiedad, la libre circulación o la intimidad con la finalidad de salvaguardar la seguridad pública. Por último, el tercer nivel se refiere a la *detención* en sentido estricto de la persona.⁶⁰⁸

El segundo nivel de contacto es el que mayor relevancia cobra en relación con el derecho a la libertad personal, considerando que el primer nivel de contacto se refiere lisa y llanamente a labores comunes de los agentes de seguridad pública y no requiere una justificación especial, al no suponer ninguna incidencia en la esfera jurídica de la persona; mientras que el tercer nivel de contacto ya se refiere *per se* a una privación de la libertad de la persona en cuestión, con motivo de la actualización de alguno de los supuestos admitidos constitucionalmente. Por este motivo, la SCJN ha sostenido que el control preventivo provisional de segundo nivel puede darse en un *grado menor* o en un *grado superior* dependiendo de las circunstancias específicas a las que se enfrente el agente de seguridad o, en su caso, derivado del consentimiento expreso del posible afectado.⁶⁰⁹

En efecto, la SCJN ha señalado que en aquellos casos en los que exista una *sospecha razonable* de que se está o se acaba de cometer un delito, las autoridades pueden incidir y restringir temporalmente los derechos de las personas (especialmente su libertad deambulatoria y su intimidad), con la finalidad de garantizar la seguridad pública o su propia integridad. Esta intervención puede ser de *mayor o menor grado* dependiendo de las circunstancias del caso concreto, y puede ir desde la simple detención temporal y la inspección superficial de la persona, sus posesiones o vehículos, hasta un registro más intenso, en aquellos casos en los que se advierta necesario con la finalidad de salvaguardar o evitar riesgos a bienes jurídicos.⁶¹⁰

Es importante aclarar, sin embargo, que la existencia de una *sospecha razonable* no justifica por sí misma la detención de una persona, sino únicamente una restricción temporal a su libertad deambulatoria o intimidad, durante el tiempo que sea estrictamente necesario para la revisión. Sin embargo, si derivado de dicha inspección la autoridad percibe la comisión de un delito flagrante (como

608 *Idem.*

609 *Idem.*

610 *Idem.*

podría ser la posesión de instrumentos u objetivos ilícitos) entonces podrá pasar al siguiente nivel de contacto que, como se dijo, es la detención propiamente dicha. Con todo, para que la detención en flagrancia sea válida, la autoridad debe justificar que el control preventivo provisional derivó de una *sospecha razonable* y no de una mera corazonada y menos aún de apreciaciones discriminatorias.⁶¹¹

La doctrina de los controles preventivos desarrollada por la SCJN encuentra su inspiración en la doctrina de las *investigatory stops* desarrollada por la SCEU. En específico, al resolver el caso *Terry vs. Ohio*,⁶¹² la SCEU sostuvo que la policía puede detener provisionalmente a un individuo para investigarlo cuando de su conducta se pueda desprender una sospecha razonable de que se está desarrollado una actividad criminal, siendo que esta investigación debe realizarse lo más expedito posible y utilizando los medios *menos intrusivos* de acuerdo a las circunstancias. Si de la investigación se confirma la sospecha, el oficial podrá proceder al arresto.⁶¹³

1.2.2.3. *Persecución material e ininterrumpida*

En otro orden de ideas, por lo que hace al supuesto de la detención realizada “inmediatamente después” de haberse cometido el delito, la SCJN ha establecido que éste se actualiza cuando “el indiciado es perseguido físicamente después de haber cometido o participado en la perpetración de la acción delictiva”.⁶¹⁴ En estos casos resulta indispensable que la detención derive de la intervención inmediata del aprehensor al instante subsecuente de la consumación del delito mediante la *persecución material* del inculpaado.⁶¹⁵

Sobre este tema, la SCJN ha sostenido que este tipo de flagrancia se actualiza, por regla general, cuando el probable responsable es sorprendido en el momento de estar cometiendo el delito y es perseguido material e ininterrumpidamente por la persona que percibió directamente el hecho. Sin embargo, ha considerado admisibles también, bajo dicho supuesto, aquellos casos en los que la detención es realizada por una persona que, aunque no presencié directamente los hechos, tiene conocimiento del delito *inmediatamente después* de su comisión y cuenta además con *datos objetivos* que le permiten identificar y detener al probable responsable en ese momento, los cuales pueden incluso provenir del señalamiento de

611 *Idem.*

612 392 U.S. 1 (1968).

613 *Cfr.* Kanovitz, Jacqueline, *op. cit.*, nota 469, p. 129.

614 SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 384/2017, resuelto en sesión de 22 de agosto de 2018.

615 *Ibid.*

la víctima u ofendido, así como de algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere intervenido con ella en la comisión del delito.⁶¹⁶

En cualquier caso, la SCJN ha señalado que el elemento clave en ambos supuestos consiste en que la persecución se realice de manera *inmediata e ininterrumpida* después de la comisión del hecho delictivo en cuestión. A este respecto, la SCJN ha señalado además que la persecución de un indiciado puede apoyarse en el resultado de las *nuevas tecnologías*, siempre que éstas permitan un seguimiento confiable de los sujetos activos en tiempo real, tales como las cámaras de video vigilancia o el rastreo satelital a través de dispositivos de posicionamiento global.⁶¹⁷

1.2.2.4. Consecuencias del incumplimiento de los estándares

La SCJN ha sostenido que cualquier detención aducida en flagrancia que no se realice bajo el respeto irrestricto del marco constitucional y convencional antes expuesto, deberá ser considerada como una *detención arbitraria* y, por tanto, *ilegal*. Esto último no sólo trae como consecuencia la ilegalidad de la detención misma —lo que en el caso del control de la detención en audiencia inicial debe ocasionar la libertad inmediata de la persona y eventualmente la imposición de sanciones disciplinarias o penales—,⁶¹⁸ sino también la *nulidad y/o exclusión* de todos los datos y medios de prueba obtenidos de manera directa e inmediata con motivo de dicha detención (de ahí el carácter *no epistemológico* de esta garantía). Esto último en aplicación de la regla de nulidad y/o exclusión de la prueba ilícitamente obtenida a la que nos referiremos más adelante.⁶¹⁹

1.2.3. Detenciones con motivo de caso urgente

1.2.3.1. Fundamento y contenido

La segunda excepción a la regla general, según la cual toda privación de la libertad personal o debe estar necesariamente precedida de una orden judicial, se encuentra en el sexto párrafo del artículo 16 constitucional, el cual establece que “[s]ólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón

616 SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 1074/2014, resuelto en sesión de 3 de junio de 2015.

617 SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 5577/2015, resuelto en sesión de 29 de junio de 2016.

618 SCJN, Primera Sala, Contradicción de tesis 312/2016, resuelto en sesión de 1 de mayo de 2017.

619 *Idem*.

de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder". Dicha figura se encuentra regulada en el artículo 150 del CNPP.⁶²⁰

Al analizar esta figura, la SCJN ha sostenido que se trata de una restricción al derecho a la libertad personal que tiene un carácter extraordinario y excepcional.⁶²¹ De acuerdo con el artículo 16 constitucional, para que concurra una detención por caso urgente, debe siempre existir: (a) una orden *previa* a la detención, (b) emitida por el *Ministerio Público* con las debidas fundamentación y motivación, y (c) habiendo concurrido los requisitos constitucionales para tal efecto.⁶²²

Por lo que hace al momento en que debe dictarse la orden de caso urgente, la SCJN ha sido enfática en que ésta debe expedirse *antes* de que se lleve a cabo la detención, por lo que no resulta constitucionalmente admisible que el Ministerio Público emita una orden de detención por caso urgente para justificar o validar una detención ilegal que ya ha sido ejecutada previamente por un agente de policía.⁶²³ Además, estas órdenes solamente pueden ser expedidas por el Ministerio

620 Artículo 150. Supuesto de caso urgente

Sólo en casos urgentes el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad y fundando y expresando los datos de prueba que motiven su proceder, ordenar la detención de una persona, siempre y cuando concurran los siguientes supuestos:

I. Existan datos que establezcan la existencia de un hecho señalado como delito grave y que exista la probabilidad de que la persona lo cometió o participó en su comisión. Se califican como graves, para los efectos de la detención por caso urgente, los delitos señalados como de prisión preventiva oficiosa en este Código o en la legislación aplicable así como aquellos cuyo término medio aritmético sea mayor de cinco años de prisión;

II. Exista riesgo fundado de que el imputado pueda sustraerse de la acción de la justicia, y

III. Por razón de la hora, lugar o cualquier otra circunstancia, no pueda ocurrir ante la autoridad judicial, o que de hacerlo, el imputado pueda evadirse.

Los delitos previstos en la fracción I de este artículo, se considerarán graves, aún tratándose de tentativa punible.

Los oficiales de la Policía que ejecuten una orden de detención por caso urgente, deberán hacer el registro de la detención y presentar inmediatamente al imputado ante el Ministerio Público que haya emitido dicha orden, quien procurará que el imputado sea presentado sin demora ante el Juez de control.

El Juez de control determinará la legalidad del mandato del Ministerio Público y su cumplimiento al realizar el control de la detención. La violación de esta disposición será sancionada conforme a las disposiciones aplicables y la persona detenida será puesta en inmediata libertad. Para los efectos de este artículo, el término medio aritmético es el cociente que se obtiene de sumar la pena de prisión mínima y la máxima del delito consumado que se trate y dividirlo entre dos.

621 SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 3506/2014, resuelto en sesión de 3 de junio de 2015.

622 *Idem.*

623 *Idem.*

Público, bajo su más estricta responsabilidad y fundando y motivando su proceder; encontrándose estrictamente vedado para cualquier otra autoridad —incluso aquellas que realizan funciones de seguridad pública— ordenar la detención de personas presuntamente involucradas en hechos delictivos.⁶²⁴

En lo que respecta a la concurrencia de los requisitos constitucionales, la CPEUM exige como *primer requisito* que “se trate de delito grave así calificado por la ley”. Para determinar esta circunstancia, debe acudir al artículo 150 del CNPP,⁶²⁵ en el cual se dispone que se califican como graves para efectos de la detención por caso urgente: (i) los delitos señalados con prisión preventiva oficiosa; y (ii) aquellos cuyo término medio aritmético sea mayor de cinco años de prisión.

El *segundo requisito* constitucional consiste en que exista un “*riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia*”; lo cual, de acuerdo con la SCJN, debe estar basado en razones objetivas y razonables, como podrían ser las circunstancias personales del inculpado; sus posibilidades de ocultarse; el haber sido sorprendido al tratar de abandonar el ámbito territorial de jurisdicción de la autoridad que estuviera conociendo del hecho; o, en general, cualquier indicio que haga presumir fundadamente que puede sustraerse de la acción de la justicia.⁶²⁶ Así, en la orden de detención respectiva el Ministerio Público deberá demostrar cómo dichas circunstancias reflejan de manera objetiva y razonable la intención del inculpado de sustraerse de la acción de la justicia y que, además, está en posibilidad de hacerlo.⁶²⁷

Finalmente, la CPEUM exige como *tercer requisito* que podrá dictarse una orden de caso urgente “siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia”. Esto implica que el Ministerio Público debe justificar los motivos por los que no pudo acudir ante una autoridad judicial para solicitar la detención de la persona inculpada, como pueden ser: (a) la hora, dado que la detención se pretende ejecutar fuera de los horarios laborales de los juzgados penales y éstos no disponen de guardia; (b) el lugar, dado que donde se pretende ejecutar la detención no existen jueces penales o estos

624 *Idem*.

625 Artículo 150. Supuesto de caso urgente

[...]

I. [...] Se califican como graves, para los efectos de la detención por caso urgente, los delitos señalados como de prisión preventiva oficiosa en este Código o en la legislación aplicable así como aquellos cuyo término medio aritmético sea mayor de cinco años de prisión;

[...]

[S]e considerarán graves, aún tratándose de tentativa punible.

626 Amparo directo en revisión 3506/2014, *op. cit.*, nota 621.

627 *Idem*.

se encuentran en un lugar lejano; o (c) otras circunstancias, es decir, que concurra alguna circunstancia de modo, tiempo o lugar extraordinaria por la que resulte necesario llevar a cabo la detención de una persona.⁶²⁸

1.2.3.2. Órdenes de búsqueda, localización y presentación

Un tema muy cuestionado en la jurisprudencia, especialmente durante la vigencia del sistema tradicional o mixto, fue respecto al papel y la naturaleza de las llamadas “órdenes de búsqueda, localización y presentación”. Lo anterior, pues era una práctica común que las autoridades de investigación emitieran *motu proprio* este tipo de órdenes con la finalidad de detener a personas sospechosas y presentarlas ante el Ministerio Público para que declararan, al tiempo que se preparaba una orden de detención por caso urgente, la cual solía ser ejecutada mientras la persona se encontraba a disposición del Ministerio Público.⁶²⁹ Todo ello, al margen del régimen de excepcionalidad en materia de restricciones a la libertad personal previsto en el artículo 16 constitucional.

Afortunadamente, en 2016, la doctrina constitucional de la SCJN puso un alto a este tipo de prácticas, el determinar que las órdenes de búsqueda, localización y presentación no autorizan en ningún caso la detención de una persona, pues sólo permiten localizarla e informarle que existe una investigación en su contra y que tiene derecho a declarar si así lo desea.⁶³⁰ En ese sentido, la SCJN sostuvo que cuando los agentes de seguridad cuentan con este tipo de órdenes, sólo se encuentran facultados para: (i) notificar a la persona la existencia de una investigación en su contra; y (ii) señalarle que cuenta con el derecho de comparecer ante el Ministerio Público para realizar su correspondiente declaración;⁶³¹ pero, en ningún caso, para detener a una persona. Lo anterior es así —señaló la Corte— máxime que la persona en cuestión mantiene siempre su *derecho a la no autoincriminación*, de forma que en ninguna circunstancia podría ser obligada o inducida a declarar.⁶³² Con todo, en caso de que el imputado asista *voluntariamente* a declarar al Ministerio Público con motivo de una orden de búsqueda, localización y presentación, y de su declaración se desprendan elementos que corroboren su probable comisión de un delito, el Ministerio Público se encuentra en libertad para dictar una orden

628 *Idem.*

629 Contradicción de tesis 312/2016, *op. cit.*, nota 618.

630 *Idem.*

631 *Idem.*

632 *Idem.*

de caso urgente, siempre que se reúnan los requisitos expuestos en el presente apartado.⁶³³

1.2.3.3. *Consecuencias del incumplimiento de los estándares*

Al igual que como sucede con las detenciones en flagrancia, el incumplimiento de los requisitos constitucionales expuestos al momento de dictar una orden de caso urgente tendrá como consecuencia la ilegalidad de la detención, lo que implica que la persona deberá ser puesta en libertad y las autoridades involucradas serán objeto de las responsabilidades administrativas o penales que correspondan.⁶³⁴ Adicionalmente, tampoco podrán admitirse ni valorarse aquellos elementos de prueba que hayan sido obtenidos con motivo de la detención ilegal o tengan una relación con ésta, al tratarse de *pruebas ilícitas*.⁶³⁵

1.2.4. **Derecho de toda persona detenida a ser puesta a disposición sin demora ante una autoridad competente**

1.2.4.1. *Fundamento y contenido*

El artículo 7.5 de la CADH⁶³⁶ establece la obligación de llevar sin demora a la persona detenida ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales. En esta misma línea, el párrafo cuarto del artículo 16 constitucional dispone que “[l]a autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculpado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad”, especificándose que el incumplimiento de esta disposición “será sancionada por la ley penal”. De acuerdo con esta disposición, toda persona detenida por orden de aprehensión debe ser puesta de manera *inmediata* ante el *juez* que haya emitido la orden. En estos casos, no existe el deber

633 *Idem*.

634 Contradicción de tesis 312/2016, *op. cit.*, nota 618.

635 *Idem*.

636 Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

[...]

5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

[...].

de calificar o ratificar su legalidad en audiencia inicial, en tanto que el control judicial tiene lugar de manera previa o *ex ante*.⁶³⁷

Por su parte, el párrafo quinto del artículo 16 constitucional dispone que en los casos de detención en flagrancia se deberá poner al detenido “sin demora a disposición de la autoridad civil más cercana y ésta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público”, lo cual se encuentra previsto también en los artículos 113 y 147 del CNPP.⁶³⁸ Tal obligación se refiere a los casos de detenciones en flagrancia y caso urgente, en el entendido de que en estos casos recaerá en el Ministerio Público la obligación de verificar, en primer lugar, el cumplimiento de los requisitos constitucionales correspondientes. Ello, con independencia de que posteriormente el juez o la jueza de control califique la legalidad de la detención en el proceso (en este caso, el control judicial es *a posteriori*).⁶³⁹

La finalidad de este derecho radica en garantizar que toda persona detenida se encuentre privada de su libertad *el menor tiempo posible* sin que exista alguna instancia de control y vigilancia, tanto de las razones que motivaron la detención como de los derechos humanos que en general le asisten como inculpado.⁶⁴⁰ Una dilación en la puesta a disposición de una persona detenida ante este tipo de autoridades encargadas del control y vigilancia aumenta considerablemente las probabilidades de que esa persona sea objeto de malos tratos o incluso tortura. Por ello, la SCJN ha reconocido que una dilación en la puesta a disposición genera una “*presunción de coacción*” y constituye un elemento relevante a considerar en los

637 Ello, sin perjuicio de que el juez de control esté en aptitud de analizar otros elementos o circunstancias que pudieran dar lugar a violaciones a derechos humanos, como podría ser precisamente una dilación en su puesta a disposición, o bien un uso excesivo de la fuerza durante la ejecución de la detención o la existencia de tortura u otro tipo de malos tratos, en cuyo caso deberá actuar en consecuencia y verificar su trascendencia dentro del proceso penal, así como disponer lo que corresponda en su esfera de competencia para que dichas conductas sean sancionadas en la vía correspondiente.

638 artículo 113. Derechos del Imputado

El imputado tendrá los siguientes derechos:

[...]

XIII. A ser presentado ante el Ministerio Público o ante el Juez de control, según el caso, inmediatamente después de ser detenido o aprehendido;

[...].

artículo 147. Detención en caso de flagrancia

[...]

[C]uando reciban de cualquier persona o autoridad a una persona detenida, deberán ponerla de inmediato ante el Ministerio Público, quien realizará el registro de la hora a la cual lo están poniendo a disposición.

639 Amparo en revisión 703/2012, *op. cit.*, nota 575.

640 SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 2470/2011, resuelto en sesión de 18 de enero de 2012.

casos en los que se alegue la comisión de actos de tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.⁶⁴¹

En cuanto a sus alcances, la SCJN ha sostenido que se actualizará una violación a este mandato constitucional cuando la persona continúe a disposición de sus aprehensores y no sea entregada a la autoridad competente para definir su situación jurídica, sin que existan *motivos razonables* que imposibiliten dicha puesta a disposición inmediata.⁶⁴² De acuerdo con el Alto Tribunal, tales motivos razonables únicamente pueden tener su origen en “*impedimentos fácticos, reales y comprobables*” y deben ser compatibles con las facultades estrictamente concedidas a las autoridades.⁶⁴³

1.2.4.2. *Motivos razonables para la dilación en la puesta a disposición*

En diversos precedentes, la SCJN ha identificado diversos *motivos razonables* que pueden dar lugar a justificar una dilación en la puesta a disposición de una persona detenida. Por ejemplo, ha considerado la *distancia* que existe entre el lugar de la detención y aquél en que deba realizarse la puesta a disposición;⁶⁴⁴ la existencia de una necesidad urgente de *salvaguardar otros bienes jurídicos*, como podría ser la vida y libertad personal de víctimas de secuestro o evitar la comisión de otro delito;⁶⁴⁵ o la necesaria intervención de los agentes para *lograr la detención* de otros posibles responsables del delito.⁶⁴⁶

No obstante, la SCJN ha sido muy enfática al señalar que la identificación de estos motivos razonables no puede llevarse al extremo de nulificar el derecho fundamental a la puesta a disposición sin demora.⁶⁴⁷ Por ello, una vez haya cesado la condición que motivó la urgencia de la intervención de los agentes, resulta imperativo que los agentes de seguridad cumplan con el mandato constitucional de poner a disposición a la persona detenida.⁶⁴⁸ Incluso, se dispone que de ser posible los agentes de policía deben encontrar formas de proteger ambos intereses; por ejemplo, encargando a un grupo de agentes la puesta a disposición y a otro grupo el hacer frente a la situación de emergencia en cuestión.⁶⁴⁹

641 SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 2397/2014, resuelto en sesión de 26 de noviembre de 2014.

642 Amparo directo en revisión 2470/2011, *op. cit.*, nota 640.

643 *Idem.*

644 *Idem.*

645 SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 4822/2014, resuelto en sesión de 11 de marzo de 2015.

646 *Idem.*

647 *Idem.*

648 *Idem.*

649 *Idem.*

Paralelamente, la SCJN también ha identificado una serie de escenarios respecto de los que considera que no se actualiza una justificación para la dilación en la puesta a disposición. Entre ellos, ha señalado que la policía no puede retener a una persona a fin de obtener su confesión, o bien, información relacionada con la investigación que realizan;⁶⁵⁰ de realizar diligencias de investigación, como la “búsqueda de la verdad”, “la debida integración del material probatorio” o incluso para que sea identificado por los testigos de los hechos;⁶⁵¹ de realizar exposiciones a medios de comunicación;⁶⁵² o de realizar tareas administrativas, como podrían ser el traslado a instituciones de seguridad, Marina o Ejército, práctica de exámenes médicos o coordinación para el traslado —todas ellas deben ser realizadas con posterioridad a la puesta a disposición—. ⁶⁵³

1.2.4.3. *Consecuencias del incumplimiento de los estándares*

Nuevamente, la violación al derecho fundamental de puesta a disposición del indiciado ante el Ministerio Público conlleva la invalidez de todos los elementos de prueba que tengan como fuente directa la demora injustificada, los cuales no producirán efecto alguno en el proceso ni podrán ser valorados por el juez.⁶⁵⁴ Ello, por supuesto, incluye la evidencia que hayan recolectado los agentes aprehensores durante las diligencias de investigación —sin la conducción y mando del Ministerio Público— y a partir de las cuales se prolongó injustificadamente la detención del inculpado, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas y penales que pudieran ser imputables a estos agentes.⁶⁵⁵

2. GARANTÍAS DEL DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL

2.1. *Generalidades del derecho a la integridad personal*

El artículo 5 de la CADH tutela el derecho a la integridad personal,⁶⁵⁶ el cual tiene una vinculación estrecha con la dignidad inherente al ser humano, así como

650 SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 997/2012, fallada en sesión de 6 de junio de 2012.

651 SCJN, Primera Sala, Amparo directo 14/2011, resuelto en sesión de 9 de noviembre de 2011.
652 *Idem*.

653 Amparo en revisión 703/2012, *op. cit.*, nota 575.

654 SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 3403/2012, resuelto en sesión de 4 de diciembre de 2013.

655 *Idem*.

656 Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

con otros derechos como la vida y la libertad personal. De acuerdo con dicha disposición, el derecho a la integridad personal protege a la persona de afectaciones en tres ámbitos: físicas, psicológicas y morales.⁶⁵⁷ De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte IDH, la infracción a este derecho puede tener diversas connotaciones de *grado* y cuyas secuelas variarían atendiendo a factores *endógenos* —referidos a las características del trato, tales como la duración, el método utilizado o el modo en que fueron infligidos— y *exógenos* —referidos a las circunstancias particulares de la víctima, tales como la edad, el sexo, el estado de salud y cualquier otra circunstancia personal—. ⁶⁵⁸

Atendiendo a estos factores, se entiende que existe una afectación a la *integridad física* cuando haya una afectación al cuerpo, su bienestar o a la apariencia física. Lo anterior, incluso cuando no existan afectaciones inherentes a la salud, pues el menoscabo a la salud no es una condición constitutiva de la vulneración del derecho a la integridad física.⁶⁵⁹ Incluso, una intervención médica que sea beneficiosa para la salud de un sujeto podrá llegar a ser considerada como contraria al derecho a la integridad física, si éste no presta su *consentimiento* para tal efecto.⁶⁶⁰ Por su parte, se entiende que existe una afectación a la *integridad psíquica* cuando se produce un menoscabo en el libre desarrollo de la personalidad, siendo lo determinante la producción de un trastorno en la psique de la víctima que le

2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.

4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.

5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.

6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

657 Corte IDH. Caso *Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2018. Serie C No. 346, párr. 175.

658 Corte IDH. Caso *Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*. *op. cit.*, nota 197, párr. 388.

659 Canosa Usera, Raúl, Fix Zamudio, Héctor y Corzo Sosa, Edgar, “Capítulo III. El derecho a la integridad personal” en García Roca, Javier, *et al.* (eds.), *El diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2012, pp. 140-141.

660 De hecho, la *falta de consentimiento* es un elemento clave para apreciar la vulneración del derecho a la integridad, tal como puede observarse en la práctica de tribunales internacionales. En efecto, el TEDH y la Corte IDH han considerado que rasurar la cabeza de un recluso [caso *Yankov v. Bulgaria*, de 11 de diciembre de 2003] o introducir a una persona en la maletera de un vehículo [caso *Los Niños de la Calle vs. Guatemala*, de 19 de noviembre de 1999] son afectaciones al derecho a la integridad, con independencia de su impacto en la salud de la persona.

impida ejercer su libre desarrollo de la personalidad.⁶⁶¹ En cambio, una lesión al derecho a la *integridad moral* puede actualizarse, por ejemplo, a partir de una humillación o cuando se degrada la dignidad de una persona como ser humano.⁶⁶²

Tales afectaciones tienen un carácter *gradual*. En esa línea, la Corte IDH ha señalado que una violación al derecho a la integridad puede abarcar desde la tortura hasta otro tipo de vejaciones o tratos crueles, inhumanos o degradantes, incluyendo todo uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario acorde al comportamiento de una persona detenida por agentes estatales e, incluso, la mera amenaza de que ocurra una conducta prohibida siempre y cuando éste sea lo suficientemente real e inminente.⁶⁶³ Con todo, derivado de su carácter fundamental en la esfera del ser humano y el grave impacto que puede llegar a tener una conducta de esta naturaleza, se ha sido considerado que la prohibición de tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, tiene un carácter especialmente inderogable y no puede ser suspendido en ninguna circunstancia.⁶⁶⁴ A continuación, analizaremos cada uno de estos supuestos.

2.2. Garantías específicas del derecho a la integridad personal

2.2.1. Prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes

2.2.1.1. Fundamento y contenido

La prohibición universal de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes tiene como objeto y finalidad principal la protección al derecho a la integridad personal, al punto que podría entenderse como una especie de derecho derivado de este último.⁶⁶⁵ Dado que la tortura constituye un ataque especialmente grave y reprochable a la dignidad humana, su prohibición ha alcanzado un lugar preponderante en el derecho internacional, al punto de que hoy en día constituye un delito de *lesa humanidad*⁶⁶⁶ y pertenece al ámbito del *ius cogens*.⁶⁶⁷ Esto último significa que dicha prohibición es *absoluta, inderogable y no puede*

661 Canosa Usera, Raúl, Fix Zamudio, Héctor y Corzo Sosa, Edgar, *op. cit.*, nota 659.

662 *Idem*.

663 SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 4530/2014, resuelto en sesión de 30 de septiembre de 2015.

664 *Idem*.

665 Amparo directo 9/2008, *op. cit.*, nota 343.

666 *Idem*.

667 SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 257/2018, resuelto en sesión de 3 de octubre de 2018.

ser suspendida en ninguna circunstancia, incluso tratándose de situaciones extremas, como la guerra, la amenaza de guerra, la lucha contra el terrorismo o cualquier otro delito, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas.⁶⁶⁸

La prohibición absoluta de la tortura se encuentra plasmada en los artículos 20, apartado B, fracción II, y 22 de la CPEUM,⁶⁶⁹ así como en diversos instrumentos internacionales, entre los que destacan el artículo 5 de la DUDH,⁶⁷⁰ el artículo 7 del PIDCP⁶⁷¹ y el artículo 5.2 de la CADH.⁶⁷² Sin embargo, en ninguno de estos ordenamientos encontramos un concepto o definición de lo que debe entenderse por tortura o, en su caso, por tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Para ello, debemos acudir al artículo 1.1 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes,⁶⁷³ así como los artículos

668 *Idem.*

669 Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

[...]

B. De los derechos de toda persona imputada:

II. A declarar o a guardar silencio. Desde el momento de su detención se le harán saber los motivos de la misma y su derecho a guardar silencio, el cual no podrá ser utilizado en su perjuicio. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida sin la asistencia del defensor carecerá de todo valor probatorio; [...].

Artículo 22. Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado [...].

670 Artículo 5. Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

671 Artículo 7. Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.

672 Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal

[...]

2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

[...].

673 Artículo 1

1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término “tortura” todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u

2 y 3 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura,⁶⁷⁴ de los cuales es posible extraer algunos elementos comunes que contribuyen a identificar los actos que pueden clasificarse como tortura, en específico que: (i) exista la *intención* de generar (ii) sufrimientos *físicos o mentales* (iii) con *cualquier* finalidad y (iv) que sean cometidos por servidores públicos o, en su caso, particulares con la instigación, consentimiento o aquiescencia de los primeros. Además, ambas convenciones excluyen de la definición de tortura aquellos dolores, penas o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones o medidas legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.

Con todo, debe decirse que entre ambos instrumentos internacionales existen algunas diferencias centrales en torno a la definición de tortura, pues mientras la primera exige que se inflijan *dolores o sufrimientos graves*, la segunda se limita a señalar *penas o sufrimientos físicos o mentales* sin hacer referencia alguna a la gravedad o severidad que debieran revestir dichas acciones para ser consideradas como tortura. Adicionalmente, la Convención Interamericana introduce un supuesto adicional en el que sostiene que “[s]e entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica”.

Al respecto, la Corte IDH —retomando la jurisprudencia del TEDH⁶⁷⁵— ha reconocido que para una conducta pueda ser considerada como inhumana o de-

otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.

674 Artículo 2. Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo.

Artículo 3. Serán responsables del delito de tortura:

- a. los empleados o funcionarios públicos que actuando en ese carácter ordenen, instiguen, induzcan a su comisión, lo cometan directamente o que, pudiendo impedirlo, no lo hagan.
- b. las personas que a instigación de los funcionarios o empleados públicos a que se refiere el inciso a. ordenen, instiguen o induzcan a su comisión, lo cometan directamente o sean cómplices.

675 TEDH. Caso *Ireland v. United Kingdom, Judgment*, Application No. 5310/71, 18 de enero de 1978, párrs. 162-163.

gradante o, en su caso más extremo, como tortura, necesariamente debe alcanzar un mínimo nivel de *severidad*.⁶⁷⁶ Sin embargo, la determinación de este nivel mínimo es relativa y dependerá de las circunstancias de cada caso, entendiendo a los factores endógenos y exógenos antes explicados.⁶⁷⁷ Así, el referido tribunal internacional ha establecido que los elementos constitutivos de la tortura son: (a) un acto intencional; (b) que cause severos sufrimientos físicos o mentales; y (c) que se cometa con determinado fin o propósito.⁶⁷⁸

En la misma línea, la SCJN ha acudido a estos instrumentos internacionales en su jurisprudencia en la materia y ha concluido que la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura es “la norma más protectora por la amplitud de supuestos de protección”.⁶⁷⁹ Por tanto, apoyándose en dicha Convención y en la jurisprudencia de la Corte IDH, ha concluido que un acto será considerado tortura cuando: a) cause severos sufrimientos físicos o mentales o ejerza un método tendiente a anular la personalidad o disminuir la capacidad física o mental de la víctima; b) estos sean infligidos intencionalmente; y c) se cometa con cualquier fin o propósito.⁶⁸⁰

Como puede observarse, tanto la Corte IDH como la SCJN reconocen que es necesario que los *sufrimientos* que resienta una persona tengan un carácter *severo* o *agudo* para ser considerados tortura, los cuales pueden provenir tanto de violencia física como psicológica o moral. Además, ambos tribunales han sostenido que el requisito de *intencionalidad* exige que los sufrimientos en cuestión sean deliberadamente infligidos en contra de la víctima y no como consecuencia de una conducta imprudente, accidental o de caso fortuito. Finalmente, en lo que respecta al propósito o finalidad, se ha considerado que la tortura puede perseguir *diversos fines* como pudieran ser la intimidación, degradación, humillación, castigo o control de la persona que la recibe. Con todo, debe tenerse presente que se trata de un listado ejemplificativo, pues —para ser considerada como tal— la tortura puede ser ejercida con cualquier finalidad o propósito.

En ese orden ideas, la Corte IDH ha considerado como tortura psicológica, por ejemplo, casos en los que la víctima es encapuchada, mantenida en un cuarto, esposada a una cama, con la luz encendida y la radio a todo volumen, para impedirle dormir, así como sometida a interrogatorios sumamente prolongados

676 Corte IDH. Caso *Caesar vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de marzo de 2005. Serie C No. 123, párr. 67.

677 *Ibidem*, párr. 69.

678 Corte IDH. Caso *Bueno Alves vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164, párr. 79.

679 Amparo directo en revisión 90/2014, *op. cit.*, nota 10.

680 *Idem*.

durante los que se le fotografías con personas con signos de tortura o muertas, amenazándola de que así encontrarían a su familia y procediendo a mostrarle fotografías de estos últimos.⁶⁸¹ De igual manera, ha considerado como tortura casos en los que se detiene a la víctima y durante su traslado recibe amenazas de muerte contra ella y su familia, así como de que sería “contagiada con SIDA”.⁶⁸²

La Corte IDH ha sostenido que, incluso, el derecho a la integridad personal no sólo involucra obligaciones negativas (o de no realizar ciertos actos), sino también positivas (o de realizar ciertos actos). Ello, bajo la premisa de que los agentes del Estado tienen una *posición de garante* respecto de los derechos de toda persona que se encuentre bajo su custodia, por lo que éstos se encuentran obligados a salvaguardar la salud y bienestar general de las personas detenidas. En este sentido, el tribunal interamericano ha sostenido que la falta de atención médica adecuada no satisface los requisitos mínimos para un tratamiento digno, por lo que dependiendo de las circunstancias podría ser considerado como un trato cruel, inhumano o degradante, o incluso tortura.⁶⁸³

2.2.1.2. *Distinción entre la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes*

Una cuestión compleja consiste en *distinguir* los actos de tortura de los tratos crueles, inhumanos o degradantes —en adelante, comprendidos dentro de la expresión “malos tratos”—. Si bien los instrumentos internacionales definen lo que debe entenderse por tortura, no sucede lo mismo con los “malos tratos”. En cualquier caso, ya sea que califiquemos una determinada conducta de tortura o de malos tratos, ésta siempre debe entenderse como expresa y estrictamente prohibida por la legislación nacional e internacional.⁶⁸⁴

Sobre este tema, la Corte IDH ha utilizado la *gravedad* o *intensidad* de la conducta como el elemento diferenciador entre los malos tratos y la tortura, de tal forma que dependerá tanto del tipo de acto realizado como de las características de la víctima

681 Corte IDH. Caso *Maritza Urrutia vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103.

682 Corte IDH. Caso *Espinoza Gonzáles vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289.

683 Corte IDH. Caso *Vera Vera y otra vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2011. Serie C No. 226.

684 En este mismo sentido se ha pronunciado el Comité contra la Tortura, el cual ha sostenido que las obligaciones para prevenir y sancionar la tortura y los malos tratos son indivisibles, interdependientes e interrelacionadas, por lo que éstas deben aplicarse indistintamente a los casos de tortura y de malos tratos. Véase, Comité contra la Tortura, Observación General 2. Aplicación del artículo 2 por los Estados Parte, párr. 3.

el que se clasifique una conducta en uno u otro sentido; aunque ha advertido que —derivado de las crecientes exigencias de protección a los derechos y libertades fundamentales— ciertos actos que en un momento pudieran ser calificados como tratos inhumanos o degradantes podrían ser calificados en un futuro como torturas.⁶⁸⁵ Por su parte, organismos internacionales como el Comité de Derechos Humanos han minimizado la importancia de realizar esta distinción tajante entre tortura y malos tratos, al señalar que no resulta necesario hacer una distinción concreta entre las formas de trato prohibidas e incluso optar en la mayoría de los casos por no distinguir claramente entre actos que constituyen tortura y actos que constituyen malos tratos.⁶⁸⁶ En la misma línea, el Comité contra la Tortura ha observado que, en la práctica, no suele estar claro el límite conceptual entre los malos tratos y la tortura.⁶⁸⁷

2.2.1.3. *Distinción entre la tortura como delito y la tortura como violación a derechos humanos*

Una vez establecido el contenido y alcances de la prohibición de la tortura y los malos tratos, vale la pena adentrarse en una distinción desarrollada por la Primera Sala de la SCJN y que ha resultado de la mayor importancia para el orden jurídico nacional: (i) la tortura como delito; y (ii) la tortura como violación a derechos humanos. Al respecto, si bien esta distinción fue desarrollada principalmente a la luz del concepto de tortura, de la jurisprudencia de la SCJN puede desprenderse con claridad que dicha distinción resulta aplicable a la tortura y a los malos tratos por igual.⁶⁸⁸

Por lo que se refiere a la primera vertiente, la SCJN identificó que entre las obligaciones del Estado mexicano respecto de la erradicación de la tortura se encontraba la de establecer la tortura como delito, así como prevenir y sancionar otros actos que constituyen tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, aunque no lleguen a constituir tortura.⁶⁸⁹ En cumplimiento a dicha obligación, en la Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes se tipificaron los delitos de tortura y de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.⁶⁹⁰

685 Amparo directo en revisión 4530/2014, *op. cit.*, nota 663.

686 Comité de Derechos Humanos, Observación General 20 al artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, párr. 5.

687 Comité contra la Tortura, *op. cit.*, nota 684, párr. 3.

688 Amparo directo en revisión 4530/2014, *op. cit.*, nota 663.

689 *Idem.*

690 Artículo 24. Comete el delito de tortura el Servidor Público que, con el fin de obtener información o una confesión, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como

En este sentido, para acreditar la tortura en su vertiente de *delito* la SCJN ha sostenido que —al igual que como con cualquier otro ilícito penal— se requiere que, a partir de una investigación y de un proceso penal en el que se respeten todas y cada una de las garantías propias del debido proceso, se reúnan, ofrezcan y valoren todos los elementos probatorios pertinentes para acreditar los elementos del tipo, en un nivel de corroboración tal que permita enervar el derecho a la presunción de inocencia de las personas involucradas. Es decir, la acusación debe demostrar *más allá de toda duda razonable* tanto el hecho delictivo imputado como la responsabilidad de los sujetos en su comisión.⁶⁹¹ Lo anterior, con el objetivo de sancionar a los individuos involucrados y garantizar la reparación del daño de la víctima de tortura.⁶⁹²

Con todo, la SCJN también ha reconocido que las obligaciones del Estado no se agotan con la investigación y sanción de la tortura en su vertiente de delito, pues una afectación a la integridad personal en este contexto puede además tener un impacto perjudicial en el derecho al debido proceso de la víctima de tortura o malos tratos. Ello es así, pues si bien es cierto que la tortura y los malos tratos pueden ejercerse con cualquier finalidad, lo común es que este tipo de actos se realicen en el contexto de una investigación criminal para efecto de *obtener declaraciones, confesiones*, o cualquier otro dato o información relevante para el éxito de aquella.⁶⁹³ En tales casos, además de la franca violación al derecho a la integridad personal, se genera para la víctima de la tortura un perjuicio adicional, relacionado con la introducción y utilización de medios probatorios obtenidos a través de dichas conductas ilícitas.

Por esta razón, tanto la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura como la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes prevén la obligación de no admitir como medio de prueba en un proceso penal aquellas declaraciones que se *compruebe* o *demuestre* que fueron obtenidas mediante tortura.⁶⁹⁴ Durante mucho tiempo, sin embargo,

castigo personal, como medio de coacción, como medida preventiva, o por razones basadas en discriminación, o con cualquier otro fin:

I. Cause dolor o sufrimiento físico o psíquico a una persona;

II. Cometa una conducta que sea tendente o capaz de disminuir o anular la personalidad de la Víctima o su capacidad física o psicológica, aunque no le cause dolor o sufrimiento, o

III. Realice procedimientos médicos o científicos en una persona sin su consentimiento o sin el consentimiento de quien legalmente pudiera otorgarlo.

691 Amparo directo en revisión 4530/2014, *op. cit.*, nota 663.

692 *Idem.*

693 *Idem.*

694 La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura señala:
Artículo 10

muchos tribunales nacionales interpretaron dicha obligación en el sentido de que era necesaria una *sentencia condenatoria* en contra de los perpetradores de los actos de tortura para tener por *comprobada* o *demostrada* ésta y, en consecuencia, proceder a la exclusión probatoria correspondiente.

Sobra decir que este criterio resultaba de lo más atroz, pues sujetaba la posibilidad de excluir la evidencia obtenida mediante tortura al éxito del procedimiento penal seguido en contra de los perpetradores; el cual, como se señaló, requiere de un nivel de corroboración sumamente alto, no sólo respecto del hecho en cuestión sino también de la responsabilidad de las personas involucradas en su comisión. Así, a fin de revertir esta inercia, a partir de 2014 la SCJN diferenció entre la tortura como “delito” y como “violación a derechos humanos” que tiene impacto en el proceso seguido contra la víctima de tortura. De acuerdo con esta distinción, la SCJN sostuvo que cuando persona sujeta a un proceso penal denuncia haber sido víctima de tortura —y que ello conllevó, además, la introducción de evidencia inculpativa con motivo de la misma— o, bien, cuando las autoridades tienen conocimiento de dicha circunstancia por cualquier medio, debe iniciarse de inmediato una investigación imparcial en el marco de dicho proceso penal y ordenar *de oficio* las diligencias probatorias que se consideren necesarias para verificar la posible existencia de actos de tortura y, en su caso, la introducción de evidencia contaminada por dichos actos.⁶⁹⁵

De acuerdo con la SCJN, esta investigación es *completamente autónoma* de la investigación que inicie el Ministerio Público respecto del delito de tortura⁶⁹⁶ y en

Ninguna declaración que se compruebe haber sido obtenida mediante tortura podrá ser admitida como medio de prueba en un proceso, salvo en el que se siga contra la persona o personas acusadas de haberla obtenido mediante actos de tortura y únicamente como prueba de que por ese medio el acusado obtuvo tal declaración”.

La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes establece:

Artículo 16

1. Todo Estado Parte se comprometerá a prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura tal como se define en el artículo 1, cuando esos actos sean cometidos por un funcionario público u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales, o por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de tal funcionario o persona. Se aplicarán, en particular, las obligaciones enunciadas en los artículos 10, 11, 12 y 13, sustituyendo las referencias a la tortura por referencias a otras formas de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

695 Amparo directo en revisión 4530/2014, *op. cit.*, nota 663. Una cuestión interesante radica en si dichas facultades probatorias que otorgó la SCJN al juez en el sistema inquisitivo-mixto pueden ser trasladadas al sistema penal acusatorio, particularmente en lo que respecta al juez de control. Para adentrarse en este debate, se recomienda al lector acudir al Capítulo III, apartado 3, del presente libro en lo que respecta al *principio acusatorio*.

696 *Idem*.

ella no corresponderá a quien alega la violación demostrar la veracidad de su dicho —sin que ello sea obstáculo para que presente evidencia para soportarlo—, sino que recaerá en la autoridad judicial el deber de allegarse de todos los indicios de los que pudieran acreditarse los actos de tortura —por ejemplo, certificados de lesiones o estudios psicológicos realizados conforme al Protocolo de Estambul, mecánica de hechos o la existencia de una dilación en la puesta a disposición injustificada—. En todo caso, corresponderá al Ministerio Público la obligación de desvirtuar dichos indicios, así como aportar una *explicación razonable* de las circunstancias de la detención y de lo sucedido con la persona durante el tiempo que estuvo detenido.⁶⁹⁷

Esto, por supuesto, no significa que para tener por acreditada la tortura como “violación a derechos humanos” baste la declaración de la presunta víctima. Lo que sí significa es que, en todo caso, será suficiente que de la investigación respectiva surjan indicios no desvirtuados o “*evidencia razonable*” respecto de la afectación a la integridad personal de la persona imputada para tenerla por acreditada y proceder a la *exclusión probatoria* correspondiente. Lo anterior, sin que para ello sea necesario identificar en ese momento al o los perpetradores de la misma o el grado de afectación a dicho derecho, en tanto que el objetivo de la investigación no es sancionar a los responsables sino determinar si se ha violado el derecho del inculpado a no ser sometido a torturas o tratos crueles.⁶⁹⁸

Ahora bien, una de las consecuencias más importantes que trajo consigo la distinción entre tortura como delito y como violación a derechos humanos fue el establecimiento de un *estándar probatorio* mucho menor para tener acreditada la tortura en esta segunda vertiente (es decir, como violación a derechos humanos).⁶⁹⁹ En efecto, mientras que para acreditar la tortura como “delito” se requiere cumplir con el estándar penal de *más allá de toda duda razonable*, en el caso de la tortura como “violación a derechos humanos” basta con que existan *indicios razonables* de su comisión. Aunque la SCJN no lo explica en estos términos,⁷⁰⁰ una posible forma de explicar este último estándar es que basta la acreditación de lo que en el derecho comparado se conoce como *probabilidad preponderante*. Es decir, que sea más probable que hayan tenido lugar actos de tortura o coacción a que no, con independencia de quien o quienes los cometieron.⁷⁰¹

697 Protocolo de Estambul, publicado el 9 de agosto de 1999, disponible en: <https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?q=s6n2if7Uv7A+Z8I0w3ky6Y-jlYW25rFY0T3sLZR09FR+lrSpjZB4bv5xjVtCNT/jO>.

698 *Idem*.

699 Amparo directo en revisión 4530/2014, *op. cit.*, nota 663.

700 *Idem*.

701 Los estándares de prueba cumplen principalmente una función de *distribuir riesgos de error* entre las partes, lo que supone hacer juicios de valor sobre los costos que tiene cada tipo de error (falsos positivos y falsos negativos). En este sentido, en el *common law* (particularmente

Debe aclararse, sin embargo, que la existencia de una investigación y eventual toma de decisión sobre la tortura como violación a derechos humanos no excluye la obligación del Estado mexicano de sancionar estas conductas por la vía penal.⁷⁰² Por ello, la SCJN ha establecido que el juzgador que conozca de una denuncia de tortura o advierta su existencia deberá dar vista de inmediato a la autoridad ministerial correspondiente para que ésta inicie a la brevedad la investigación de la tortura como delito. Sin embargo, se insiste, al tratarse de investigaciones autónomas, es irrelevante si logra demostrarse la tortura como delito para efectos de tenerla acreditada como violación a derechos humanos y que surta efectos en el proceso penal relativo la exclusión probatoria que corresponda.

Sobre este tema —y en la línea de lo que ha sostenido la Corte IDH en, por ejemplo, el *caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*— la SCJN ha sostenido que al tener por demostrada la tortura como violación a derechos humanos, lo procedente es *excluir* cualquier tipo de declaraciones, datos o información que haya derivado directamente de los actos de tortura, así como cualquier otro elemento de prueba que haya derivado directa o indirectamente de aquellos.⁷⁰³ Lo anterior incluye, por ejemplo, las declaraciones de testigos o cómplices que hayan sido víctimas de tortura y que tienen un impacto en el proceso penal de una determinada persona.⁷⁰⁴

Adicionalmente, si bien la SCJN no ha abordado este tema frontalmente en su jurisprudencia, nos parece que de acuerdo con la teoría del fruto del árbol envenenado (*the fruit of the poisonous tree*) es posible sostener que la exclusión probatoria en materia de tortura no sólo es aplicable a evidencia testimonial sino también a evidencia material. De acuerdo con lo anterior, si en un caso se acredita que una persona fue torturada con la finalidad de obtener información, habría que excluir no sólo su eventual declaración en caso de que se ofreciera en juicio, sino también la evidencia material *directa* que hubiere derivado de la tortura —cómo podría

en los Estados Unidos) suelen utilizarse tres tipos de estándares de prueba: 1. El *preponderance of evidence* (probabilidad preponderante), que consiste en que para tener probado un hecho basta con que, a partir de la evidencia disponible, aparezca que es *más probable que no* (*more likely than not*) y se utiliza preponderantemente en casos civiles; 2. El *clear and convincing evidence* (prueba clara y convincente), el cual consiste en que para que un hecho pueda tenerse por probado no basta con que sea más probable que la hipótesis contraria, sino que debe ser altamente probable (aunque sin llegar al estándar de más allá de toda duda razonable) y se usa en algunos casos civiles que inciden en intereses sensibles y que van más allá de una simple pérdida pecuniaria; y finalmente, 3. El *beyond any reasonable doubt* (más allá de toda duda razonable), a partir del cual se requiere que exista (casi) certeza sobre el hecho y es el estándar utilizado en materia penal.

702 *Idem.*

703 *Idem.*

704 *Idem.*

ser el que se le hubiere forzado a colocar muestras biológicas (ADN) o huellas dactilares en algún objeto— e, incluso, evidencia material *indirecta* —por ejemplo, el hallazgo de objetos o productos de un delito derivados de una declaración arrancada mediante tortura—.

2.2.2. Prohibición del uso excesivo de la fuerza

2.2.2.1. *Fundamento y contenido*

Tanto la Corte IDH como SCJN han reconocido que todo Estado tiene la obligación de garantizar la seguridad de las personas y salvaguardar el orden público,⁷⁰⁵ de ahí que éste cuente con una facultad para hacer *uso de la fuerza pública* para lograr estos objetivos,⁷⁰⁶ la cual es definida en nuestro país como “la inhibición por medios mecánicos o biomecánicos, de manera momentánea o permanente, de una o más funciones corporales que lleva a cabo una persona autorizada por el Estado sobre otra, siguiendo los procedimientos y protocolos que establecen las normas jurídicas aplicables”.⁷⁰⁷ Dicha facultad, sin embargo, no es absoluta y tiene como límite principal los derechos humanos de las personas.

En específico, la Corte IDH ha sostenido que “todo uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario por el propio comportamiento de la persona detenida constituye un atentado a la dignidad humana, en violación del artículo 5 de la Convención Americana”,⁷⁰⁸ es decir, el derecho a la integridad personal. Además,

705 Constitución General:
Artículo 21.

[...]

La seguridad pública es una función del Estado a cargo de la Federación, las entidades federativas y los Municipios, cuyos fines son salvaguardar la vida, las libertades, la integridad y el patrimonio de las personas, así como contribuir a la generación y preservación del orden público y la paz social, de conformidad con lo previsto en esta Constitución y las leyes en la materia. La seguridad pública comprende la prevención, investigación y persecución de los delitos, así como la sanción de las infracciones administrativas, en los términos de la ley, en las respectivas competencias que esta Constitución señala. La actuación de las instituciones de seguridad pública se regirá por los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Constitución.

[...].

706 Corte IDH. Caso *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párr. 70. Véase también la acción de inconstitucionalidad 25/2016 y sus acumuladas 27/2016 y 28/2016, resuelta por el Pleno de la SCJN en sesión de 27 de marzo de 2017.

707 Artículo 3, fracción XIV, de la Ley Nacional sobre el Uso de la Fuerza.

708 Corte IDH. Caso *Loayza Tamayo vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33, párr. 57.

cuando la utilización de la fuerza de forma ilegítima, excesiva o desproporcionada da lugar a la pérdida de la vida, puede reputarse como una privación arbitraria de la vida en contravención con el artículo 4.1 de la CADH.⁷⁰⁹ En este sentido, la Corte IDH ha identificado una serie de obligaciones internacionales de los Estados en materia de uso de la fuerza, en específico: (i) regular adecuadamente su aplicación, mediante un marco normativo claro y efectivo; (ii) capacitar y entrenar a sus cuerpos de seguridad sobre los principios y normas de protección de los derechos humanos, los límites y las condiciones a los que debe estar sometido toda circunstancia de uso de la fuerza; y (iii) establecer mecanismos adecuados de control y verificación de la legitimidad del uso de la fuerza.⁷¹⁰

Por lo que hace a la primera obligación, en nuestro país la facultad de uso de la fuerza de las instituciones que ejercen tareas de seguridad pública se encuentra regulada en la *Ley Nacional sobre el Uso de la Fuerza*. De acuerdo con el artículo 4 de esta Ley, el uso de la fuerza se regirá en todo momento por cinco principios: I. Absoluta necesidad; II. Legalidad; III. Prevención; IV. Proporcionalidad; y V. Rendición de cuentas y vigilancia. Con todo, estos principios deben interpretarse y aplicarse en consonancia con los criterios que han desarrollado tanto la Corte IDH como la SCJN en torno a las condiciones que deben existir en todo momento durante el despliegue del uso de la fuerza por parte del Estado.⁷¹¹ A continuación analizaremos cada uno de estos principios, aunque en un orden distinto al en que se encuentran plasmados en la Ley respectiva.

Por lo que hace al *principio de legalidad*,⁷¹² se entiende que la acción de las instituciones de seguridad debe realizarse con estricto apego a la CPEUM, a las leyes y a los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. Sobre ello, la SCJN ha sostenido que todas las acciones de los agentes de seguridad pública deben estar basadas en ley y ser llevadas de conformidad a ésta. Por ello, resulta de una importancia fundamental que la legislación interna, en la medida de lo posible, provea un marco legal claro para la autorización y el empleo del uso de la fuerza y

709 Corte IDH. Caso Cruz Sánchez y otros vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de abril de 2015. Serie C No. 292, párr. 261.

710 Corte IDH. Caso Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 371.

711 Acción de inconstitucionalidad 25/2016 y sus acumuladas 27/2016 y 28/2016, *op. cit.*, nota 706.

712 Artículo 4. El uso de la fuerza se regirá por los principios de:

[...]

II. Legalidad: para que la acción de las instituciones de seguridad se realice con estricto apego a la Constitución, a las leyes y a los Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano sea parte;

[...].

armas letales.⁷¹³ En efecto, de acuerdo con la SCJN, el primer requisito para que el uso de la fuerza no se considere arbitrario, estriba en que deberá estar basado en un fundamento jurídico adecuado, en el cual se establezcan las condiciones que justifiquen el uso de la fuerza en nombre del Estado y se prevea un sistema de depuración de responsabilidades para los casos en que se traspasen esos límites. Por tanto, este requisito se incumple si se emplea la fuerza sin que lo autorice la legislación.⁷¹⁴

Por otro lado, es importante hacer referencia a los *principios de prevención y rendición de cuentas*.⁷¹⁵ El primero de ellos exige que los operativos deben ser planificados y llevados a cabo, en la medida de lo posible, minimizando el uso de la fuerza y, cuando esto sea inevitable, reduciendo al mínimo los daños que de ello puedan resultar. De esta manera, en el artículo 30 de la Ley Nacional sobre el Uso de la Fuerza⁷¹⁶ se prevén una serie de garantías para dar cumplimiento a este prin-

713 Acción de inconstitucionalidad 25/2016 y sus acumuladas 27/2016 y 28/2016, *op. cit.*, nota 706.

714 *Idem*.

715 Artículo 4. El uso de la fuerza se regirá por los principios de:

[...]

III. Prevención: para que los operativos para el cumplimiento de la ley sean planificados y se lleven a cabo, en la medida de lo posible, minimizando el uso de la fuerza y, cuando esto sea inevitable, reduciendo al mínimo los daños que de ello puedan resultar;

[...]

V. Rendición de cuentas y vigilancia: para que existan controles que permitan la evaluación de las acciones de uso de la fuerza y sea valorada su eficacia en términos del desempeño de las responsabilidades y funciones previstas por esta Ley.

716 Artículo 30. En el uso de la fuerza y la planeación de operativos siempre se tomará en consideración la salvaguarda de los objetivos y principios que establece esta Ley para garantizar la protección a los derechos humanos de todos los potenciales involucrados. Además, deberán cumplir con lo siguiente:

I. Determinar el agente o agentes al mando del operativo, que serán responsables de su debido cumplimiento;

II. El mando deberá realizar reuniones para la coordinación con las diferentes autoridades participantes y los agentes que participarán en el operativo, con el objetivo de plantear las estrategias adecuadas y la toma de decisiones para definir el cumplimiento de los objetivos;

III. Contar con planes operativos y logísticos para hacer frente al evento de que se trate, que contemplen la forma para controlar la eventual resistencia, considerando la capacidad de respuesta del objetivo, las características físicas del lugar, las entradas y salidas para poder considerar la retirada en caso de que el uso de la fuerza resulte inadecuado y la vida de los agentes corra peligro, así como evitar la huida de la o las personas en caso de que se trate de una detención;

IV. Los planes operativos deberán establecer acciones para repeler, contrarrestar y neutralizar cualquier tipo de resistencia;

V. Contemplar en el desarrollo del operativo el uso progresivo y diferenciado de la fuerza, procurando generar el menor daño posible;

VI. Contar con un plan de desplazamiento de los agentes en la zona del operativo;

VII. Antes del operativo, pasar revista de agentes, equipo, armamento, cartuchos y vehículos, misma que deberá constar por escrito;

cipio, entre las que se encuentran la obligación el contar con planes operativos y logísticos; de que exista una constante comunicación entre mandos operativos y superiores; de que se evalúen los factores de riesgo para planear la estrategia adecuada; de que se planeen las rutas para poner a salvo a personas ajenas; o la facultad de grabar o filmar el desarrollo de cualquier operativo, entre muchas otras.

Por su parte, el *principio de rendición de cuentas* impone la obligación de que existan controles que permitan la evaluación de las acciones de uso de la fuerza y la valoración de su eficacia en términos del desempeño de las responsabilidades y funciones previstas por esta Ley. En este sentido, la SCJN ha sido enfática en cuanto a que, derivado de la importancia de la responsabilidad y deberes que guardan los agentes es que están legitimados para hacer uso de la fuerza pública y, por tanto, es indispensable que estén sujetos a un régimen de rendición de cuentas respecto a las conductas que violen los derechos humanos de las personas. En general, de acuerdo con la SCJN, un sistema efectivo de rendición de cuentas debe cubrir las siguientes áreas: investigación penal; investigación disciplinaria; procedimientos civiles o administrativos de reparación del daño; y la constante revisión o supervisión de funcionamiento institucional.⁷¹⁷

Ahora bien, en lo que respecta al *principio de absoluta necesidad*,⁷¹⁸ éste implica que el uso de la fuerza debe ser la última alternativa para tutelar la vida e integridad de las personas o evitar que se vulneren bienes jurídicamente protegidos o con el fin de mantener el orden y la paz pública, al haberse agotado otros medios para el desistimiento de la conducta del agresor. Sobre ello, la Corte IDH ha señalado que en cada caso concreto lo primero que hay que determinar es si se justifica el uso de la fuerza y, en su caso, en qué medida. En otras palabras, la fuerza sólo debería utilizarse como último recurso y, en caso de ser necesario, se deberá hacer un uso gradual de la misma (la mínima necesaria).⁷¹⁹

VIII. Asegurar que el mando operativo mantenga una constante comunicación con sus superiores para la toma de decisiones durante la realización del operativo, incluida la posible negociación con las personas que ejercen la resistencia;

IX. Evaluar los factores de riesgo para planear la estrategia adecuada;

X. Determinar las rutas para poner a salvo a las personas ajenas, y

XI. Es legal grabar o filmar el desarrollo del operativo, desde el inicio hasta la conclusión del mismo.

717 Acción de inconstitucionalidad 25/2016 y sus acumuladas 27/2016 y 28/2016, *op. cit.*, nota 706.

718 Artículo 4. El uso de la fuerza se regirá por los principios de:

I. Absoluta necesidad: para que el uso de la fuerza sea la última alternativa para tutelar la vida e integridad de las personas o evitar que se vulneren bienes jurídicamente protegidos o con el fin de mantener el orden y la paz pública, al haberse agotado otros medios para el desistimiento de la conducta del agresor;

[...].

719 Corte IDH. Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 2014. Serie C No. 281.

En este sentido, el artículo 11 de la Ley Nacional sobre el Uso de la Fuerza⁷²⁰ establece los siguientes niveles de uso de la fuerza, según el orden en que deben agotarse: (i) Presencia de autoridad, entendida como la primera forma de contacto que tienen los agentes con la ciudadanía en general; (ii) Persuasión o disuasión verbal, a través del uso de palabras o gesticulaciones que sean catalogadas como órdenes y que permitan a la persona facilitar a los agentes a cumplir con sus funciones; (iii) Reducción física de movimientos, mediante acciones cuerpo a cuerpo a efecto de que se controle a la persona que se ha resistido y ha obstaculizado que los agentes cumplan con sus funciones; (iv) Utilización de armas incapacitantes menos letales, a fin de someter la resistencia activa de una persona, tales como el bastón, esposas, sustancias irritantes, etc.; y (v) Utilización de fuerza letal. Esta última, de acuerdo con el artículo 9, fracción V, de la Ley Nacional sobre el Uso de la Fuerza, se entiende como aquella que genera el cese total de las funciones corporales y, además, se presume como tal el uso de armas de fuego.⁷²¹

2.2.2.2. *Uso legítimo de la fuerza letal*

Uno de los temas más delicados y sensibles en esta materia consiste en determinar en qué circunstancias se justifica el uso de la llamada *fuerza letal*. En nuestro país, de acuerdo con los artículos 9, 10 y 11 de la Ley respectiva,⁷²² el uso de *fuerza letal* sólo puede actualizarse para repeler una *resistencia de alta peligrosidad*, la cual es

720 Artículo 11. Los niveles del uso de la fuerza, según el orden en que deben agotarse, son:

I. Presencia de autoridad: es la primera forma de contacto que tienen los agentes con la ciudadanía en general. Se manifiesta a través de:

a) El uso adecuado del uniforme;
b) El uso adecuado de equipo, acorde a las circunstancias, y
c) Una actitud diligente.

II. Persuasión o disuasión verbal: a través del uso de palabras o gesticulaciones que sean catalogadas como órdenes y que permitan a la persona facilitar a los agentes a cumplir con sus funciones;

III. Reducción física de movimientos: mediante acciones cuerpo a cuerpo a efecto de que se controle a la persona que se ha resistido y ha obstaculizado que los agentes cumplan con sus funciones;

IV. Utilización de armas incapacitantes menos letales: a fin de someter la resistencia activa de una persona, y

V. Utilización de armas de fuego o de fuerza letal: para repeler las resistencias de alta peligrosidad.

721 Artículo 9. Los mecanismos de reacción en el uso de la fuerza son:

[...]

V. Fuerza Letal: su límite es el cese total de funciones corporales. Se presume el uso de la fuerza letal cuando se emplee arma de fuego contra una persona.

722 Artículo 10. La clasificación de las conductas que ameritan el uso de la fuerza, ordenadas por su intensidad, es:

I. Resistencia pasiva: conducta de acción u omisión que realiza una o varias personas, exenta de violencia, para negarse a obedecer órdenes legítimas comunicadas de manera directa por los sujetos obligados, quienes previamente se han identificado como autoridad. Contra la resisten-

definida como aquella “conducta de acción u omisión que realiza una o varias personas, empleando la violencia, el amago o la amenaza con armas o sin ellas para causar a otra u otras o a miembros de las instituciones de seguridad, lesiones graves o la muerte, negándose a obedecer órdenes legítimas comunicadas de manera directa por los sujetos obligados, quienes previamente se han identificado como autoridad”.

En esa misma línea, el artículo 7 de la Ley en comento establece diversos supuestos en los que se considera que existen “amenazas letales inminentes”, entre las que se encuentran: (i) apuntar con un arma de fuego o una réplica en dirección a una persona; (ii) no soltar un arma de fuego o una réplica después de una advertencia clara; (iii) poner en riesgo la integridad de una persona con un arma punzocortante; (iv) disparar un arma de fuego; (v) portar o manipular un explosivo o una réplica; y (vi) perturbar objetos o sistemas que puedan tener efectos letales o incapacitante en una o más personas. Por su parte, los artículos 12 y 13⁷²³ disponen que el uso de la fuerza letal será el *último recurso* en cualquier operativo y que los agentes deberán comprobar que existía una agresión real, actual e inminente.

En ese sentido, una cuestión a la que muy seguramente deberán enfrentarse los tribunales estriba en determinar cuáles son los alcances del artículo 7 en relación con el uso de la fuerza letal, es decir, si basta que se actualice alguna de las hipótesis del

cia pasiva podrán oponerse los mecanismos de reacción a los que se refieren las fracciones I y II del artículo anterior;

II. Resistencia activa: conducta de acción u omisión que realiza una o varias personas, empleando la violencia, el amago o la amenaza, para negarse a obedecer órdenes legítimas comunicadas de manera directa por los sujetos obligados, quienes previamente se han identificado como autoridad. Contra la resistencia activa podrán oponerse los mecanismos de reacción a los que se refieren las fracciones I, II, III y IV del artículo anterior, y

III. Resistencia de alta peligrosidad: conducta de acción u omisión que realiza una o varias personas, empleando la violencia, el amago o la amenaza con armas o sin ellas para causar a otra u otras o a miembros de las instituciones de seguridad, lesiones graves o la muerte, negándose a obedecer órdenes legítimas comunicadas de manera directa por los sujetos obligados, quienes previamente se han identificado como autoridad. Contra la resistencia de alta peligrosidad podrán oponerse los mecanismos de reacción a los que se refieren las fracciones I, II, III, IV y V del artículo anterior.

723 Artículo 12. El uso de la fuerza sólo se justifica cuando la resistencia o agresión es:

I. Real: si la agresión se materializa en hechos apreciables por los sentidos, sin ser hipotética ni imaginaria;

II. Actual: si la agresión se presenta en el momento del hecho, no con anterioridad o posterioridad, y

III. Inminente: si la agresión está próxima a ocurrir y, de no realizarse una acción, esta se consumaría.

Artículo 13. El uso de la fuerza letal será el último recurso en cualquier operativo. En su caso, los agentes deberán comprobar que la agresión era real, actual o inminente, sin derecho, que ponía o podría poner en peligro la vida o integridad física de personas ajenas o de uno de ellos y que el uso de la fuerza en los niveles referidos en las fracciones I a la IV del artículo 11, eran insuficientes para repeler, contrarrestar o neutralizar los actos de resistencia.

referido artículo 7 o, si por el contrario, de acuerdo con los artículos 12 y 13, en todo caso los agentes deben demostrar que en el caso concreto existió una *amenaza real, actual e inminente de peligro a la vida o integridad de las personas*, con independencia de que en los hechos se actualizara uno de los supuestos genéricos del artículo 7.⁷²⁴ Se trata de una cuestión nada menor, toda vez que de ello no sólo depende la determinación respecto a si en un caso concreto se ha violado el derecho a la integridad de una persona, sino también si el agente que hizo uso de la fuerza debe ser considerado —o no— penal y/o administrativamente responsable por la generación de lesiones injustificadas e, incluso, la privación de la vida de una persona.

Lo anterior se relaciona con otro de los principios que rigen el uso de la fuerza. Nos referimos al *principio de proporcionalidad*,⁷²⁵ según el cual el nivel de fuerza utilizado debe ser siempre acorde al nivel de resistencia ofrecido por el agresor y el nivel de riesgo exhibido, lo que exige aplicar medios y métodos bajo un criterio de uso diferenciado y progresivo de la fuerza. De acuerdo con la SCJN, lo que prohíbe el principio de proporcionalidad es la generación de un *daño excesivo* por parte de los agentes del orden público al momento de recurrir a la fuerza.⁷²⁶ De acuerdo con lo anterior, la SCJN ha sostenido que este principio impone a los agentes aceptar que no siempre se podrán alcanzar ciertos objetivos legítimos (como la detención de una persona); en otras palabras, que *el fin no justifica los medios*.⁷²⁷

En suma, conforme al *principio de proporcionalidad*, el uso de la fuerza sólo puede incrementarse en función del grado de resistencia ofrecido por la persona, de manera que si el máximo uso de fuerza permitido por la ley para dicho supuesto es insuficiente para lograr el objetivo, la autoridad deberá abstenerse de pasar al siguiente nivel. En ese sentido, por ejemplo, frente a una *resistencia pasiva* —es decir, una conducta carente de violencia pero que implica una negativa de cumplir órdenes legítimas de la autoridad— sólo puede ejercerse la presencia de autoridad y la persuasión o disuasión verbal, sin que sea posible escalar a la reducción física de movimientos y mucho menos a la fuerza letal. De igual manera, una *resistencia activa* —es decir, una acción que implique el uso de la violencia, el amago o la amenaza, pero sin la existencia de un

724 Por ejemplo, la fracción IV del artículo 7 entiende como una amenaza letal inminente el *disparar un arma de fuego*; sin embargo, si un sujeto dispara el arma al aire o a un punto claramente alejado de las personas, ¿ello autorizaría en automático el uso de la fuerza letal?

725 Artículo 4. El uso de la fuerza se regirá por los principios de:

[...]

IV. Proporcionalidad: para que el nivel de fuerza utilizado sea acorde con el nivel de resistencia ofrecido por el agresor y el nivel de riesgo exhibido, de tal forma que los agentes apliquen medios y métodos bajo un criterio de uso diferenciado y progresivo de la fuerza, y

[...].

726 Acción de inconstitucionalidad 25/2016 y sus acumuladas 27/2016 y 28/2016, *op. cit.*, nota 706.

727 *Idem*.

riesgo de causar lesiones o pérdida de la vida— los agentes podrán hacer uso exclusivamente de mecanismos como la reducción física o la fuerza menos letal, incluyendo por supuesto la presencia de la autoridad y la persuasión.

2.2.2.3. *Vínculo entre el uso excesivo de la fuerza y la legalidad de las detenciones*

Una vez desarrollados los principios que rigen el uso de la fuerza, conviene destacar que la Primera Sala de la SCJN ha vinculado en ciertos precedentes el uso excesivo de la fuerza por parte de los agentes de policía con la *legalidad* de la detención. En particular, al resolver el *amparo directo en revisión 3153/2014*,⁷²⁸ la SCJN determinó que para que la detención de una persona sea válida, además del cumplimiento de las garantías respectivas que han sido analizadas anteriormente como el que exista una causa que justifique la detención o que no exista una dilación en la puesta a disposición, las personas juzgadoras deberán también evaluar si en el caso se dio cumplimiento a los principios y deberes en el uso de la fuerza pública aquí desarrollados, *so pena* de que la detención sea considerada arbitraria y tenga lugar la liberación de la persona o, en su caso, la exclusión probatoria que corresponda, sin perjuicio, además, de las sanciones pertinentes a los agentes de seguridad.

3. GARANTÍAS DEL DERECHO A LA VIDA PRIVADA

3.1. *Generalidades del derecho a la vida privada*

Los artículos 11.2 de la CADH⁷²⁹ y 17 del PIDCP⁷³⁰ prevén en términos prácticamente idénticos que nadie podrá ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. De manera muy similar, el primer párrafo del artículo 16 de la CPEUM señala que “[n]adie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de manda-

728 SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 3153/2014, resuelto en sesión de 10 junio de 2015.

729 Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad

[...]

2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

730 Artículo 17

1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

miento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”.

La SCJN ha sostenido que de esta disposición se desprende el derecho a la privacidad o intimidad, el cual tiene como objetivo el respeto a un ámbito de la vida privada, personal y familiar que, por regla general, debe estar excluido del conocimiento, injerencias e intromisiones de los demás, con las limitantes que la propia CPEUM o, en su caso, las leyes, establecen para las autoridades.⁷³¹ Como señala Díez-Picazo, “[l]a existencia de una esfera privada, en la que los demás (poderes públicos o particulares) no pueden entrar sin el consentimiento de la persona, no implica sólo un reconocimiento del altísimo valor que tiene la faceta privada de la vida humana, sino que constituye también una garantía básica de libertad: en un mundo donde toda la actividad de los hombres fuera pública, no cabría la autodeterminación individual”.⁷³²

Ahora bien, como han reconocido tanto la propia SCJN como la Corte IDH, el derecho a la vida privada tiene un contenido sumamente amplio, abarcando todas las posibles intromisiones o molestias que por cualquier medio puedan realizarse en este ámbito reservado de la vida.⁷³³ No obstante, en este capítulo nos concentraremos en dos ámbitos que tienen una especial relevancia para las garantías penales: las comunicaciones privadas y el domicilio.

3.2. *Garantías específicas del derecho a la vida privada*

3.2.1. Inviolabilidad de las comunicaciones privadas

3.2.1.1. *Fundamento y contenido*

Por lo que hace al primero de los ámbitos de protección señalados, el propio artículo 16 constitucional, en sus párrafos décimo segundo y décimo tercero,⁷³⁴

731 SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 3244/2016, resuelto en sesión de 28 de junio de 2017.

732 Díez-Picazo, Luis María, *op. cit.*, nota 318, p. 279.

733 Amparo directo en revisión 2420/2011, *op. cit.*, nota 9..

734 Artículo 16

[...]

Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas, excepto cuando sean aportadas de forma voluntaria por alguno de los particulares que participen en ellas. El juez valorará el alcance de éstas, siempre y cuando contengan información relacionada con la comisión de un delito. En ningún caso se admitirán comunicaciones que violen el deber de confidencialidad que establece la ley.

establece —como una derivación del derecho a la protección de la vida privada— una *garantía específica a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas*.⁷³⁵ En esta disposición se señala con toda claridad que las comunicaciones privadas son inviolables y que cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas será sancionada penalmente. Con todo, se entiende que el ámbito de protección de este derecho se dirige exclusivamente a terceros *ajenos* a la comunicación, los cuales pueden consistir tanto en particulares como en autoridades.

Como ha señalado la SCJN, este derecho se configura como una garantía formal, es decir, resulta irrelevante para la protección de las comunicaciones privadas el contenido que éstas tengan o, incluso, el medio a través del cual se realizan.⁷³⁶ De esta forma, para considerar transgredido este derecho, bastará la interceptación o el conocimiento antijurídico de una comunicación ajena —ya sea en tiempo real o con posterioridad al momento en que se produce la comunicación—. ⁷³⁷ La violación a este derecho quedará consumada, además, en el momento en que se escucha, se graba, se almacena, se lee o se registra dicha comunicación, con independencia de que con posterioridad se difunda o no su contenido.⁷³⁸ Con todo, nuestro tribunal constitucional también ha sostenido que la consumación a este derecho fundamental requiere necesariamente de la *intención* del tercero ajeno a la comunicación, por lo que no se considerará que existió tal violación si dicha interceptación o el conocimiento de la comunicación se realiza por error o casualidad, *siempre y cuando no difunda el contenido de la misma*.⁷³⁹

Al analizar el alcance de esta garantía, la SCJN ha considerado que la misma protege no sólo el *contenido* de la comunicación, sino también todos aquellos *datos* que identifican a la comunicación (*metadatos*),⁷⁴⁰ pues de ellos es posible extraer información sobre las circunstancias en las que se realizó la comunicación

Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor.

735 Cfr. Díez-Picazo, Luis María, *op. cit.*, nota 318, p. 298.

736 SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 3004/2012, resuelto en sesión de 23 de enero de 2013.

737 *Idem.*

738 *Idem.*

739 *Idem.*

740 Por ejemplo, el registro de los números marcados por un usuario de la red telefónica, la identidad de los interlocutores, la duración de la llamada telefónica o la identificación de una dirección de protocolo de internet (IP).

en cuestión, lo que también puede afectar de modo directo o indirecto la privacidad de los comunicantes.⁷⁴¹ En esa línea, por ejemplo, la SCJN ha sostenido que la solicitud de acceso a los datos de tráfico retenidos por los concesionarios en términos del artículo 190, fracción II, de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión⁷⁴² debe realizarse conforme a los parámetros que establece el artículo 16 constitucional, los cuales analizaremos a continuación.

741 Amparo directo en revisión 3004/2012, *op. cit.*, nota 736.

742 Artículo 190. Los concesionarios de telecomunicaciones y, en su caso, los autorizados deberán: [...]

II. Conservar un registro y control de comunicaciones que se realicen desde cualquier tipo de línea que utilice numeración propia o arrendada, bajo cualquier modalidad, que permitan identificar con precisión los siguientes datos:

- a) Nombre, denominación o razón social y domicilio del suscriptor;
- b) Tipo de comunicación (transmisión de voz, buzón vocal, conferencia, datos), servicios suplementarios (incluidos el reenvío o transferencia de llamada) o servicios de mensajería o multimedia empleados (incluidos los servicios de mensajes cortos, servicios multimedia y avanzados);
- c) Datos necesarios para rastrear e identificar el origen y destino de las comunicaciones de telefonía móvil: número de destino, modalidad de líneas con contrato o plan tarifario, como en la modalidad de líneas de prepago;
- d) Datos necesarios para determinar la fecha, hora y duración de la comunicación, así como el servicio de mensajería o multimedia;
- e) Además de los datos anteriores, se deberá conservar la fecha y hora de la primera activación del servicio y la etiqueta de localización (identificador de celda) desde la que se haya activado el servicio;
- f) En su caso, identificación y características técnicas de los dispositivos, incluyendo, entre otros, los códigos internacionales de identidad de fabricación del equipo y del suscriptor;
- g) La ubicación digital del posicionamiento geográfico de las líneas telefónicas, y
- h) La obligación de conservación de datos, comenzará a contarse a partir de la fecha en que se haya producido la comunicación.

Para tales efectos, el concesionario deberá conservar los datos referidos en el párrafo anterior durante los primeros doce meses en sistemas que permitan su consulta y entrega en tiempo real a las autoridades competentes, a través de medios electrónicos. Concluido el plazo referido, el concesionario deberá conservar dichos datos por doce meses adicionales en sistemas de almacenamiento electrónico, en cuyo caso, la entrega de la información a las autoridades competentes se realizará dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, contadas a partir de la notificación de la solicitud.

La solicitud y entrega en tiempo real de los datos referidos en este inciso, se realizará mediante los mecanismos que determinen las autoridades a que se refiere el artículo 189 de esta Ley, los cuales deberán informarse al Instituto para los efectos de lo dispuesto en el párrafo tercero, fracción I del presente artículo.

Los concesionarios de telecomunicaciones y, en su caso, los autorizados, tomarán las medidas técnicas necesarias respecto de los datos objeto de conservación, que garanticen su conservación, cuidado, protección, no manipulación o acceso ilícito, destrucción, alteración o cancelación, así como el personal autorizado para su manejo y control.

En todo caso, es importante tener presente que la violación al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas conlleva, además de una eventual sanción penal de las y los responsables, que la comunicación en cuestión sea considerada como *prueba ilícita* y, por tanto, que no pueda ser admitida en un juicio, en términos de lo que dispone el propio párrafo décimo segundo del artículo 16 constitucional. Los únicos supuestos en los que el contenido de una comunicación privada *sí puede ser válidamente admitida en juicio* es: (i) cuando sean aportadas de forma voluntaria por alguno de los particulares que participen en ellas; o (ii) cuando una autoridad judicial federal autorice a una diversa autoridad para realizar intervenciones a las comunicaciones privadas, frente al cumplimiento de determinados requisitos. Veamos esto con más detalle.

3.2.1.2. Consentimiento de los participantes en la comunicación

La primera de las excepciones mencionadas es, *en principio*, bastante clara, pues de la simple lectura del texto constitucional puede desprenderse que el derecho que nos ocupa no se vulnera cuando los propios interlocutores aportan el contenido de una comunicación o levantan el secreto de la comunicación.⁷⁴³ Como se señaló al inicio, el ámbito de protección de este derecho se dirige exclusivamente a *personas ajenas* a la comunicación en cuestión.

Con todo, al interpretar esta excepción la SCJN ha sostenido que “es innecesario el consentimiento de ambos o todos los comunicantes o participantes de la comunicación, ya que como partícipes son titulares autónomamente del referido derecho fundamental”.⁷⁴⁴ De acuerdo con la Corte, basta que uno de los interlocutores revele el contenido de la comunicación u otorgue su consentimiento para que un tercero pueda conocer su contenido y para que ésta pueda ser utilizada en juicio. Ello, sin perjuicio de que en ciertos casos esa divulgación pudiera actualizar una violación al *derecho a la intimidad* derivado del contenido de la comunicación en cuestión.⁷⁴⁵

Un problema interesante a este respecto se presentó en el *amparo directo en revisión 3886/2013*.⁷⁴⁶ En este caso se cuestionó ante la SCJN si el hecho de que el

Sin perjuicio de lo establecido en esta Ley, respecto a la protección, tratamiento y control de los datos personales en posesión de los concesionarios o de los autorizados, será aplicable lo dispuesto en la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares; [...].

743 Amparo en revisión 3004/2012, *op. cit.*, nota 736.

744 *Idem.*

745 *Idem.*

746 SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 3886/2013, resuelto en sesión de 18 de mayo de 2016.

Ministerio Público hubiere intervenido el teléfono de una víctima de secuestro con la finalidad de localizarla y lograr su rescate, sin autorización judicial, constituía una violación a la garantía de la inviolabilidad de las comunicaciones y, por ende, sí debía invalidarse la evidencia obtenida con motivo de dicha intervención.

Luego de valorar las circunstancias del caso concreto, la Primera Sala sostuvo que en estos casos no hay violación a la garantía de inviolabilidad de las comunicaciones, ya que de manera excepcional y siempre que el Ministerio Público acredite una urgencia real, es válido *presumir* que una persona desaparecida ha dado su consentimiento para ser localizada a través de aparatos móviles, especialmente cuando existe un peligro real o inminente para su integridad física o su vida. En estos casos urgentes y extremos, se entiende que la víctima se encuentra física o materialmente impedida para otorgar su consentimiento a fin de que pueda conocerse el contenido y/o datos de las comunicaciones en las que ha participado, con la finalidad de que sea localizada y eventualmente rescatada. Con todo, la SCJN ha precisado que dicha intervención debe tener como objetivo *exclusivo* encontrar información relevante que eventualmente permita ubicar su paradero y, en su caso, lograr su rescate o prevenir alguna afectación a su integridad.⁷⁴⁷

3.2.1.3. *Autorización de intervención de comunicaciones por autoridad judicial federal*

En cuanto a la segunda excepción a la regla de inviolabilidad, la CPEUM prevé la posibilidad de que la autoridad intervenga cualquier comunicación privada, con orden de una autoridad judicial *federal* mediante, siempre y cuando concurren determinados requisitos, a saber: (i) dicha orden debe estar precedida de una solicitud formada *exclusivamente* por aquellas autoridades federales que faculte la ley y por los titulares de los Ministerios Públicos de las entidades federativas; (ii) la solicitud debe expresar de manera fundada y motivada las causas legales de su solicitud, así como el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración; y (iii) en ningún caso podrá otorgarse esta autorización tratándose de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, así como tampoco en el caso de las comunicaciones de una persona detenida con su defensor.

Tales requisitos constitucionales se ven complementados con lo dispuesto en los artículos 291, 292, 293, 297, 298 y 299 del CNPP, en los que se desarrolla a mayor detalle los requisitos que deberán revestir tanto la solicitud de la autoridad correspondiente como la orden judicial que recaiga a dicha solicitud, así como los

747 *Idem.*

requisitos para el eventual registro de las comunicaciones privadas y las obligaciones de las autoridades con posterioridad la realización de la intervención en cuestión.

En cuanto al imperativo de contar con una orden judicial federal previa para la intervención de comunicaciones privadas, se ha estimado que este requisito opera incluso respecto de los dispositivos móviles obtenidos con motivo de una detención⁷⁴⁸ o que se encuentren abandonados.⁷⁴⁹ En estos casos, la autoridad no está habilitada para revisar *motu proprio* el contenido de los dispositivos móviles en cuestión, sino que debe resguardarlos e iniciar las gestiones correspondientes para obtener la autorización judicial a que se ha hecho referencia.

3.2.1.4. Geolocalización en tiempo real

Finalmente, es importante distinguir y no confundir la orden judicial que se requiere para realizar una intervención de comunicaciones privadas con aquella que se requiere para la *localización geográfica* en tiempo real, entendida como aquella “ubicación aproximada en que se procesa una búsqueda de un equipo terminal móvil asociado a una línea telefónica determinada”.⁷⁵⁰ Esta distinción es importante, pues de acuerdo con los criterios de la SCJN, la geolocalización en tiempo real no implica una “intervención de comunicaciones privadas” propiamente dicha, por lo que resulta constitucionalmente admisible que el legislador secundario otorgue un tratamiento o regulación *distinta* a esta clase de actuaciones (sin que ello signifique, por supuesto, que puedan darse facultades discrecionales a la autoridad que puedan derivar en actuaciones arbitrarias, pues también en estos casos puede encontrarse en juego el derecho a la privacidad en sentido amplio).⁷⁵¹

Los requisitos para obtener una autorización judicial en casos de localización geográfica en tiempo real se encuentra regulada en el artículo 303 del CNPP, el cual dispone que el Procurador o el servidor público en quien se delegue esta facultad —a diferencia de como sucede en la intervención de comunicaciones que recae exclusivamente en el titular del Ministerio Público de la entidad federativa— podrá *solicitar al juez de control* del fuero correspondiente —y no necesariamente un juez federal especializado, como sucede en casos de intervención de comunicaciones— que “requiera a los concesionarios de telecomunicaciones, los autorizados o proveedores de servicios de aplicaciones y contenidos, para que

748 SCJN, Pleno, Acción de inconstitucionalidad 10/2014, resuelta en sesión de 22 de marzo de 2018.

749 *Idem*.

750 SCJN, Pleno, Acción de inconstitucionalidad 32/2012, resuelta en sesión de 16 de enero de 2014.

751 *Idem*.

proporcionen con la oportunidad y eficiencia necesaria a la autoridad investigadora, la información solicitada para el inmediato desahogo de dichos actos de investigación”. Adicionalmente, el CNPP establece que cualquier solicitud en este sentido debe satisfacer diversos requisitos, entre los que se encuentran el expresar con precisión: (i) los equipos de comunicación móvil relacionados con los hechos que se investigan; (ii) los motivos e indicios que sustentan la necesidad de la medida; (iii) la duración de la diligencia; y (iv) la empresa autorizada o proveedora del servicio de telecomunicaciones. Por su parte, el juzgador en cuestión deberá resolver de manera inmediata dicha solicitud, por cualquier medio que garantice su autenticidad o en audiencia privada con la sola comparecencia del Ministerio Público.

Con todo, de manera excepcional, el CNPP reconoce también la facultad del Ministerio Público de ordenar directamente y bajo su más estricta responsabilidad —es decir, sin orden judicial previa— la localización geográfica en tiempo real a los concesionarios de telecomunicaciones, quienes deberán de atenderla de inmediato y con la suficiencia necesaria; siempre y cuando se actualice alguna de las siguientes circunstancias: (i) esté en peligro la integridad física o la vida de una persona; (ii) se encuentre en peligro el objeto del delito; o (iii) se trate de hechos relacionados con la privación ilegal de la libertad, secuestro, extorsión o delincuencia organizada. En cualquier caso, el CNPP prevé que, dentro de las 48 horas siguientes a la solicitud, el Ministerio Público deberá informar de ésta al juzgador competente para que la ratifique total o parcialmente, bajo pena de que la información obtenida no pueda ser incorporada al proceso penal.

3.2.2. Inviolabilidad del domicilio

3.2.2.1. *Fundamento y contenido*

Del artículo 16 constitucional, párrafos primero y décimo primero,⁷⁵² es posible derivar también una *garantía* o un *derecho fundamental a la inviolabilidad*

752 Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. En los juicios y procedimientos seguidos en forma de juicio en los que se establezca como regla la oralidad, bastará con que quede constancia de ellos en cualquier medio que dé certeza de su contenido y del cumplimiento de lo previsto en este párrafo.

[...]

En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir, a solicitud del Ministerio Público, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluirla, un acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por

del domicilio.⁷⁵³ Al respecto, la SCJN ha aclarado que el concepto de “domicilio” para efectos constitucionales no es equiparable al que se utiliza en derecho civil u otras ramas del derecho, pues —considerando que lo que se busca es proteger la vida privada de las personas— existe una necesidad de entender el término “domicilio” de la manera más amplia y flexible.⁷⁵⁴

En efecto, la SCJN ha sostenido que la referencia que hace el artículo 16 constitucional al domicilio debe interpretarse como “cualquier lugar cerrado en el que pueda transcurrir la vida privada, individual o familiar, aun cuando sea ocupado temporal o accidentalmente”.⁷⁵⁵ De esta manera, el elemento relevante para reconocer un domicilio —como un espacio constitucionalmente protegido— recae exclusivamente en el “destino” o “uso” que se le otorgue al mismo, sin que resulte relevante su ubicación, configuración física, su naturaleza de bien mueble o inmueble, el tipo de título jurídico que ampara su uso o la intensidad y periodicidad con la que se desarrolla la vida privada en el mismo.⁷⁵⁶ Incluso, la SCJN ha señalado que el legislador puede expandir dicha protección constitucional a otro tipo de “lugares cerrados”, como de hecho lo hace el CNPP.⁷⁵⁷

Tal entendimiento del concepto de domicilio, por cierto, es consistente con la jurisprudencia comparada.⁷⁵⁸ Por ejemplo, el TCE ha definido al domicilio para efectos constitucionales como “un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima”.⁷⁵⁹ De esta manera, y al igual que la SCJN, en España se ha entendido que *en principio* “cualquier espacio cerrado en el que la persona desarrolla su vida privada, incluso de manera puramente provisional, es domicilio a efectos constitucionales”.⁷⁶⁰

Así, atendiendo a las características específicas de cada espacio, es posible identificar distintos tipos de domicilios, entre los que se encuentran: los *domicilios fijos*, en los que un individuo fija su residencia indefinidamente (por ejemplo, departamentos

el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia.

[...].

753 Cfr. Díez-Picazo, Luis María, *op. cit.*, nota 318, p. 298.

754 Amparo directo en revisión 2420/2011, *op. cit.*, nota 9.

755 *Idem*.

756 *Idem*.

757 Amparo directo en revisión 2420/2011, *op. cit.*, nota 9.

758 Véase SCEU. Payton v. New York, 445 U.S. 573, 589-90 (1980); y Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 165.

759 TCE. Sentencia 22/1984, de 9 de marzo de 1984.

760 Díez-Picazo, Luis María, *op. cit.*, nota 318, p. 303.

o casas); los *domicilios accidentales o provisionales*, entendidos como los espacios cerrados en los que un individuo pernocta y mantiene objetos pertenecientes a su intimidad aunque sea de manera temporal (por ejemplo, habitaciones de hotel); y los *domicilios móviles*, en los que se ubican todos aquellos vehículos que sean aptos para servir como vivienda (por ejemplo, las *roulottes*, *campers* o autocaravanas).⁷⁶¹ Por el contrario, la SCJN ha negado que pueda dársele el carácter de domicilio para efectos constitucionales a “todos aquellos locales o recintos en los que está ausente la idea de privacidad”, tales como almacenes, fábricas, talleres, oficinas, tiendas, locales o establecimientos comerciales o de esparcimiento, así como lugares abiertos al servicio al público, como podrían ser los restaurantes, bares o discotecas en cualquiera de sus posibles manifestaciones o variantes.⁷⁶² Pese a ello, como ya se señaló, dado que el CNPP se refiere a “lugares cerrados” y “propiedad privada”, se entiende que la protección constitucional ha sido ampliada también a todos estos espacios.⁷⁶³

Ahora, si bien es cierto que la CPEUM establece una *protección reforzada* a la vida privada a través del derecho a la inviolabilidad del domicilio para los espacios antes mencionados, tanto la jurisprudencia como la legislación nacional han reconocido también cuatro supuestos en los que una autoridad se encuentra justificada para intervenir a pesar de esta protección reforzada: (a) cuando exista una orden judicial expedida en términos del párrafo décimo primero del artículo 16 constitucional; (b) cuando se trate de la comisión de un delito flagrante; (c) cuando se busque proteger la vida, la integridad o la libertad de las personas; y (d) cuando se cuente con la autorización del ocupante del domicilio.⁷⁶⁴ Veamos con más detalle cada uno de estos supuestos.

3.2.2.2. Orden de cateo

Tal y como sucede con otras intervenciones graves a los derechos fundamentales, en el caso de la protección del domicilio por *regla general* toda entrada a un lugar cerrado debe estar precedida por una orden emitida por autoridad judicial competente, la cual se conoce como “orden de cateo”. Como se adelantó, los requisitos para la expedición de este tipo de órdenes se encuentra regulada en el artículo 16, párrafo décimo primero, de la CPEUM, el cual dispone que: (i) ésta debe ser expedida por autoridad judicial a solicitud del Ministerio Público; (ii) debe contener el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de

761 Amparo directo en revisión 2420/2011, *op. cit.*, nota 9.

762 Amparo directo en revisión 2420/2011, *op. cit.*, nota 9.

763 Véanse los artículos 282 y 290 del CNPP.

764 SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 2179/2009, resuelto en sesión de 10 de febrero de 2010. Véase también el artículo 290 del CNPP.

aprehenderse y los objetos que se buscan, respecto de los cuales deberá limitarse la diligencia; y (iii) la autoridad correspondiente deberá levantar un acta circunstanciada en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del domicilio o, en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia.

Los artículos 282 a 290 del CNPP complementan estos requisitos constitucionales a través de regulaciones específicas en torno al contenido de la solicitud, la emisión de la orden y su ejecución. Entre ellos, destaca que previo a que el juez competente emita la orden de cateo es posible disponer de medidas de vigilancia o cualquier otra que no requiera autorización judicial para evitar la fuga del imputado o la sustracción, alteración, ocultamiento o destrucción de documentos o cosas que constituyen el objeto del cateo. Además, una vez autorizado el cateo, el juzgador deberá entregar al Ministerio Público la orden correspondiente o, en su caso, los puntos resolutivos, los cuales deberán a su vez ser mostrados por la autoridad que realiza el cateo al ocupante del inmueble o ser colocados a la entrada de no encontrarse nadie dentro del mismo.

3.2.2.3. *Flagrancia delictiva*

Por lo que hace al segundo supuesto, si bien no está expresamente previsto en la CPEUM, la SCJN ha entendido que resulta válida la intromisión a un domicilio sin orden judicial previa cuando en su interior se esté cometiendo un delito flagrante, o bien, cuando después de haberse ejecutado un delito en un sitio diverso, el sujeto activo es perseguido hasta el domicilio en cuestión.⁷⁶⁵ Como explicamos en apartados anteriores, la flagrancia delictiva requiere necesariamente en la primera hipótesis que el agente cuente con datos ciertos y no meras sospechas sobre la comisión del delito y, en el segundo caso, que la persecución además haya sido inmediata y continua. En cualquier caso, debe existir un elemento de *urgencia* en el sentido de que la intromisión al domicilio sea necesaria para evitar la consumación de un delito, hacer cesar sus efectos o impedir la huida del responsable.

3.2.2.4. *Protección de la vida, integridad o libertad de las personas*

El tercer supuesto de excepción a la inviolabilidad del domicilio se encuentra regulado actualmente en el artículo 290, fracción I, del CNPP, de acuerdo con el

⁷⁶⁵ Tesis jurisprudencial 21/2007 de la Primera Sala, con el rubro: INTROMISIÓN DE LA AUTORIDAD EN UN DOMICILIO SIN ORDEN JUDICIAL. EFICACIA DE LAS ACTUACIONES REALIZADAS Y DE LAS PRUEBAS OBTENIDAS, CUANDO ES MOTIVADA POR LA COMISIÓN DE UN DELITO EN FLAGRANCIA.

cual está justificada la entrada a un domicilio sin orden judicial cuando “[s]ea necesario para repeler una agresión real, actual o inminente y sin derecho que ponga en riesgo la vida, la integridad o la libertad personal de una o más personas”. Si bien dicho supuesto podría traslaparse en muchas ocasiones con el anterior (flagrancia delictiva), debe observarse que se trata en realidad de un supuesto *autónomo*, pues —como es evidente— no siempre el peligro a la vida, integridad o libertad de una persona coincidirá con (o derivará de) la comisión de un delito flagrante (piénsese por ejemplo en el caso de incendios, derrumbes o accidentes).

3.2.2.5. *Consentimiento del ocupante del lugar a inspeccionar*

Finalmente, también se considera una excepción a la regla general sobre la necesidad de una orden judicial aquellas entradas a domicilio que cuenten con la autorización o el consentimiento del ocupante del lugar. No obstante, para que el consentimiento resulte válido es necesario que sea prestado por una persona mayor de edad, capaz y facultado legalmente para ello, de manera consciente, libre y expresa. En estos casos, el registro debe circunscribirse al objeto por el cual se prestó el consentimiento, de forma que —por ejemplo— una autorización genérica para entrar un domicilio no autoriza en automático la posibilidad de realizar un registro sobre todos las habitaciones o espacios del inmueble.⁷⁶⁶

4. DERECHO FUNDAMENTAL A LA EXCLUSIÓN DE PRUEBAS ILÍCITAMENTE OBTENIDAS

4.1. *Fundamento y contenido*

Como hemos visto a lo largo de este trabajo, la reforma constitucional del 18 de junio de 2008 trajo consigo varios y muy importantes cambios para el sistema de justicia penal en nuestro país. Uno ellos fue la incorporación expresa al texto constitucional de una *regla general de exclusión de pruebas obtenidas con violación a derechos fundamentales* en el artículo 20, apartado A, fracción IX, de la CPEUM.⁷⁶⁷ Cabe señalar, sin embargo, que incluso antes de la entrada en vigor de

766 Tesis aislada CVI/2012 de la Primera Sala, con el rubro: INVIOLEABILIDAD DEL DOMICILIO. LA AUTORIZACIÓN DEL HABITANTE, A EFECTO DE PERMITIR LA ENTRADA Y REGISTRO AL DOMICILIO POR PARTE DE LA AUTORIDAD, NO PERMITE LA REALIZACIÓN DE CATEOS DISFRAZADOS.

767 Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

A. De los principios generales:

dicha reforma, la SCJN reconoció la existencia de una regla implícita de exclusión de pruebas ilícitas, a partir de una interpretación amplia del derecho a un *debido proceso*.⁷⁶⁸

Los primeros acercamientos de la SCJN a la regla de exclusión de pruebas ilícitas tuvieron lugar al analizar casos de violaciones al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas. Hay que recordar que el artículo 16 constitucional contiene —desde antes incluso de la reforma de 2008— una regla expresa en el sentido de que las intervenciones a comunicaciones obtenidas en contravención a dicho derecho carecerán de todo valor probatorio. En ese sentido, al resolver el *amparo en revisión 2/2000*⁷⁶⁹ y la *facultad de investigación 2/2006*,⁷⁷⁰ la SCJN determinó que son inadmisibles y, por tanto, de imposible valoración las conversaciones telefónicas obtenidas sin una autorización judicial o sin el consentimiento de los intervinientes. Si bien en estos casos la SCJN no reconoció una *regla general* de exclusión de pruebas ilícitas, sino que se limitó a aplicar la regla específica derivada del artículo 16 constitucional, constituyen precedentes importantes pues implicaron el reconocimiento por parte de la SCJN en el sentido de que la búsqueda de la verdad *no es absoluta* y debe en ocasiones ceder ante las reglas que garantizan la legalidad de la actividad jurisdiccional.⁷⁷¹

En 2009, sin embargo, la SCJN avanzó en ese sentido y estableció que la CPEUM —en su texto vigente con anterioridad a la reforma de 2008— contenía *implícitamente* una regla general de exclusión de pruebas ilícitas. En concreto, al resolver los *amparos directos 8/2008, 9/2008, 10/2008, 16/2008 y 33/2008* —relacionados con el llamado *caso Acteal*⁷⁷²— la SCJN calificó como *pruebas ilícitas* y, por ende, de nulo valor probatorio, una serie de fotografías, reconocimientos y confrontaciones que fueron obtenidas sin apego a las formalidades esenciales del procedimiento. En estos casos, la SCJN señaló en términos amplios que “si se pretende el respeto al derecho de ser juzgado por tribunales imparciales y el derecho a una defensa adecuada, es claro que una prueba cuya obtención ha sido irregular (ya sea por contravenir el orden constitucional o el legal), no puede sino

[...]

IX. Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula.

768 Cfr. Ponce Núñez, Carlos Gustavo, “La regla de exclusión de la prueba ilícita en la doctrina jurisprudencial de la SCJN: retos y perspectivas”, en Arellano Quintana, Jaime, y otros (coord.), *Diálogo regional sobre acceso a la justicia y debido proceso en el sistema acusatorio*, México, SCJN, 2020, p. 252.

769 Resuelto por la Segunda Sala de la SCJN en sesión de 11 de octubre de 2000.

770 Resuelto por el Tribunal Pleno de la SCJN en sesión de 29 de noviembre de 2007.

771 Ponce Núñez, Carlos Gustavo, *op. cit.*, nota 768, p. 254.

772 Resueltos por la Primera Sala de la SCJN.

ser considerada inválida”;⁷⁷³ de tal suerte que la SCJN parecía incluir dentro de esta regla constitucional implícita de exclusión probatoria tanto pruebas obtenidas con o mediante violación a derechos fundamentales, como aquellas obtenidas con infracción a ordenamientos legales o secundarios.

En precedentes posteriores, sin embargo, la SCJN precisó que el concepto de *prueba ilícita* se refiere exclusivamente a aquellas que han sido obtenidas, directa o indirectamente, violando *derechos fundamentales*,⁷⁷⁴ con lo cual distinguió expresamente las *pruebas ilícitas* propiamente dichas de las llamadas *pruebas irregulares*, es decir, aquellas han sido obtenidas ya no mediante la violación a derechos fundamentales, sino a través de una transgresión a leyes ordinarias o, en general, a las formalidades que rigen la obtención, desahogo y práctica de la prueba.⁷⁷⁵ Cabe señalar que tal distinción no es meramente conceptual, sino que trae aparejadas consecuencias jurídicas importantes. Ello es así, pues mientras que la *prueba ilícita* conlleva inevitablemente su inadmisión o exclusión del material probatorio, la *prueba irregular* sí admite ser integrada, subsanada o convalidada acorde a las normas procesales aplicables.⁷⁷⁶

Ahora bien, en sintonía con el derecho comparado, la SCJN ha señalado que la regla de exclusión de pruebas ilícitas no sólo se extiende a aquellos elementos probatorios obtenidos *directamente* del acto que constituyó la violación a derechos fundamentales, sino también a aquellos obtenidos *indirectamente* de ésta.⁷⁷⁷ Esto es lo que en la doctrina estadounidense se conoce como la “doctrina del fruto del árbol envenenado” y consiste básicamente en que la regla de exclusión no debe estar confinada a los elementos probatorios descubiertos como consecuencia directa de la violación constitucional, sino también a todos aquellos que si bien pudieron ser obtenidos respetando todas las garantías, su descubrimiento es consecuencia de la información proveniente de aquellas pruebas directamente obtenidas de forma ilícita.⁷⁷⁸

773 Tesis jurisprudencial 139/2011 de la Primera Sala, con el rubro: PRUEBA ILÍCITA. EL DERECHO A UN DEBIDO PROCESO COMPRENDE EL DERECHO A NO SER JUZGADO A PARTIR DE PRUEBAS OBTENIDAS AL MARGEN DE LAS EXIGENCIAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES.

774 Tesis aislada CLXII/2011 de la Primera Sala, con el rubro: PRUEBA ILÍCITA. LAS PRUEBAS OBTENIDAS, DIRECTA O INDIRECTAMENTE, VIOLANDO DERECHOS FUNDAMENTALES, NO SURTEN EFECTO ALGUNO.

775 Contradicción de tesis 359/2015, resuelta por la Primera Sala de la SCJN en sesión de 3 de mayo de 2017.

776 *Idem.*

777 Tesis aislada CLXII/2011, *op. cit.*, nota 774.

778 Cammack, Mark E., “The United States: The Rise and Fall of the Constitutional Exclusionary Rule”, en Thaman, Stephen C. (ed.), *Exclusionary Rules in Comparative Law*, Nueva York, Springer, 2013, pp. 12-13.

Por lo demás, debe decirse que la regla de exclusión de pruebas ilícitas ha jugado, sin lugar a dudas, un papel central en el reconocimiento y respeto a los derechos fundamentales en la doctrina constitucional mexicana contemporánea. Como hemos visto a lo largo del presente libro, la ilicitud probatoria es el principal *remedio o mecanismo reparador* al que ha recurrido la SCJN en un sinnúmero de supuestos de violación a las garantías penales reconocidas en nuestra CPEUM. A manera de ejemplo, la SCJN ha considerado como pruebas ilícitas, entre muchas otras, la declaración del inculpado rendida sin la asistencia de su abogado defensor (derecho a la defensa);⁷⁷⁹ la confesión obtenida mediante tortura (derecho a la integridad);⁷⁸⁰ las pruebas obtenidas con motivo de una detención prolongada en contravención al derecho a ser puesto a disposición de manera inmediata (derecho a la libertad);⁷⁸¹ así como las pruebas obtenidas en violación al derecho a la inviolabilidad del domicilio⁷⁸² y de las comunicaciones privadas (derecho a la vida privada).⁷⁸³

4.2. Límites a la regla de exclusión probatoria

Pese a lo dicho, la regla de exclusión de pruebas ilícitas no ha estado exenta de críticas en la doctrina y en el derecho comparado e, incluso, en fechas recientes se ha visto una tendencia hacia su disminución y limitación. El derecho estadouni-

779 Tesis jurisprudencial 35/2015 de la Primera Sala, con el rubro: PRUEBA ILÍCITA. TIENE ESE CARÁCTER LA DECLARACIÓN DEL IMPUTADO RENDIDA SIN LA ASISTENCIA JURÍDICA DE UN DEFENSOR PROFESIONAL EN DERECHO, POR LO QUE SU EXCLUSIÓN VALORATIVA DEBE REALIZARSE CON INDEPENDENCIA DE SU CONTENIDO.

780 Tesis aislada CXCII/2009 de la Primera Sala, con el rubro: TORTURA. OBLIGACIONES DEL ESTADO MEXICANO PARA PREVENIR SU PRÁCTICA.

781 Tesis aislada CCII/2014 de la Primera Sala, con el rubro: DERECHO DE LA PERSONA DETENIDA A SER PUESTA A DISPOSICIÓN INMEDIATA ANTE EL MINISTERIO PÚBLICO. LA RETENCIÓN INDEBIDA GENERA COMO CONSECUENCIAS Y EFECTOS LA INVALIDEZ DE LOS DATOS DE PRUEBA OBTENIDOS DIRECTA E INMEDIATAMENTE EN AQUÉLLA, AL SER CONSIDERADOS ILÍCITOS.

782 Tesis jurisprudencial 22/2007 de la Primera Sala, con el rubro: CATEO. EN ACATAMIENTO A LA GARANTÍA DE INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO, LA ORDEN EMITIDA POR LA AUTORIDAD JUDICIAL, DEBE REUNIR LOS REQUISITOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN, DE LO CONTRARIO DICHA ORDEN Y LAS PRUEBAS QUE SE HAYAN OBTENIDO COMO CONSECUENCIA DIRECTA DE LA MISMA, CARECEN DE EXISTENCIA LEGAL Y EFICACIA PROBATORIA.

783 Tesis aislada XXXIII/2008 del Tribunal Pleno, con el rubro: INTERVENCIÓN DE COMUNICACIONES PRIVADAS SIN AUTORIZACIÓN JUDICIAL. LAS GRABACIONES DERIVADAS DE UN ACTO DE ESA NATURALEZA CONSTITUYEN PRUEBAS ILÍCITAS QUE POR MANDATO EXPRESO DEL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL CARECEN DE TODO VALOR PROBATORIO.

dense es un ejemplo paradigmático de lo anterior.⁷⁸⁴ Si se observan las primeras sentencias de la SCEUA, se advertirá que a esta regla —no establecida expresamente en la Constitución de dicho país— se le otorgó una naturaleza de *principio de rango constitucional* e incluso como un *derecho* de la persona agraviada por la violación a sus derechos fundamentales.⁷⁸⁵ Sin embargo, con el paso del tiempo, la SCEUA comenzó lo que algunos autores han calificado un proceso de *desconstitucionalización* de la regla de la prueba ilícita, en respuesta a las preocupaciones que suscitó la aplicación a raja tabla de esta regla respecto a la búsqueda de la verdad, la impunidad y los esfuerzos de la policía en materia de seguridad e imposición del cumplimiento de la ley.⁷⁸⁶

Derivado de este proceso, en Estados Unidos la regla de exclusión de la prueba ilícita pasó de ser un principio de rango constitucional a un simple *remedio de creación jurisprudencial*, dirigido a desincentivar actos inconstitucionales por parte de la policía.⁷⁸⁷ Esto ha permitido a la SCEUA reconocer un conjunto importante de excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita a partir de una ponderación entre, por un lado, la necesidad de *desincentivar* conductas ilícitas de la policía y, por otro, los *costos* que la aplicación de la regla puede tener en la pérdida de evidencia relevante. En ese sentido, en dicho país se han reconocido como excepciones a la regla de exclusión de pruebas ilícitas: la buena fe (es decir, cuando la policía actúa de manera honesta, razonable o bien intencionada); la fuente independiente (esto es, cuando se demuestra que la prueba fue obtenida a través de una fuente que no tiene conexión alguna con el registro o confiscación ilegal); el descubrimiento inevitable (aplicable en aquellos casos en los que la policía demuestra que la prueba en cuestión iba a ser inevitablemente obtenida por medios legales); o la atenuación del nexo de antijuricidad (aplicable cuando una acción libre y posterior por parte del acusado rompe la cadena causal entre la prueba descubierta y la conducta inconstitucional de la policía).⁷⁸⁸

Este fenómeno —hay que decirlo— no es exclusivo del derecho estadounidense y es cada vez más común observar limitaciones a los alcances de la regla de exclusión de la prueba ilícita en otras jurisdicciones. Esto ha sucedido, por ejemplo, en el caso de España, en donde si bien a partir de la STC 114/1984 se concibió a la regla de exclusión como una *regla absoluta*, con el tiempo el TCE introdujo limitaciones, como la posibilidad de hacer una ponderación en casos de evidencia

784 Véase Cammack, Mark E., *op. cit.*, nota 778, pp. 3-5; y Miranda Estrampes, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, México, Ubijus, 2013, pp. 50-51.

785 Véase Cammack, Mark E., *op. cit.*, nota 778, p. 10.

786 *Ibidem*, pp. 31-32.

787 *Idem*.

788 *Ibidem*, pp. 15-22.

derivada e, incluso, acogió las excepciones del derecho estadounidense como el descubrimiento inevitable, el vínculo atenuado y la buena fe.⁷⁸⁹

En esta tendencia México tampoco ha sido la excepción. Al resolver el *amparo en revisión* 338/2012,⁷⁹⁰ la SCJN admitió —si bien a manera de *obiter dicta* y a la luz del sistema tradicional o mixto— que la regla general de exclusión de pruebas ilícitas no es absoluta, sino que admite ciertas excepciones, como son: (a) si la contaminación de la prueba se atenúa; (b) si hay una fuente independiente para la prueba; o (c) si la prueba hubiera sido descubierta inevitablemente. Para justificar esta decisión, la SCJN invocó los precedentes de la SCEUA sin reparar que en dicho país la regla de exclusión había venido sufriendo un proceso de *desconstitucionalización* (lo que ha permitido establecer excepciones), mientras que, en México, incluso antes de la reforma constitucional de 2008, se ha considerado una regla de fuente constitucional.

Ahora bien, con independencia de lo anterior, desde nuestra perspectiva la posibilidad de reconocer límites a la regla de exclusión de la prueba ilícita en un determinado sistema jurídico depende, en todo caso, de la respuesta que demos a dos preguntas fundamentales: primero, ¿cuál es el *fundamento* de la prueba ilícita en dicho sistema particular? Y segundo, ¿cuál es la *finalidad* que se persiguió al establecer o reconocer dicha regla?

Por lo que respecta a la primera pregunta, un primer punto determinar es el *rango* que tiene la regla de exclusión en un determinado sistema (es decir, si se trata de un principio o derecho de rango constitucional o si, por el contrario, tiene un rango inferior a la Constitución). En el caso de México, como se dijo, si bien en un principio la regla general autónoma de exclusión de pruebas ilícitas (es decir, distinta a la derivada de la intervención ilegal de comunicaciones privadas o tortura, las cuales han tenido fundamento constitucional expreso desde antes de 2008) derivó de una *construcción jurisprudencial*, tras la entrada en vigor de la reforma de 2008 la regla de exclusión de pruebas ilícitas tiene ya fundamento constitucional expreso. Lo anterior, nos lleva a reflexionar sobre la pregunta número dos, esto es, ¿qué buscó el Poder Reformador de la Constitución —ya no la SCJN— al reconocer o incluir dicha regla en el texto constitucional?

Para responder esta interrogante, conviene tener presente que a nivel doctrinal se han identificado diversas teorías o justificaciones que pueden atribuirse a la regla de exclusión de la prueba ilícita, entre las que se encuentran las siguientes:⁷⁹¹

789 Bachmaier Winter, Lorena, “Spain: The Constitutional Court’s Move from Categorical Exclusion to Limited Balancing”, en Thaman, Stephen C., *op. cit.*, nota 778, pp. 215-232.

790 Resuelto por la Primera Sala de la SCJN en sesión de 26 de noviembre de 2014.

791 Para una explicación detallada de los fundamentos de la prueba ilícita, véase Limardo, Alan, “Regla de exclusión de la prueba ilícita: una reevaluación de sus fundamentos con perspectiva

1. *La disuasión de conductas ilícitas.* Según esta teoría, el único objetivo o propósito de la regla de exclusión es evitar las autoridades se valgan de métodos que impliquen la violación a derechos constitucionales para hacerse de evidencia, al eliminar los incentivos para ello mediante la exclusión de las pruebas obtenidas a través de dichos métodos. De manera que si dicho objetivo no se cumple o es poco probable que se cumpla en un caso concreto (por ejemplo, porque la policía actuó de buena fe) la regla no debería ser aplicada.
2. *La protección de derechos humanos.* Para esta teoría, la regla de exclusión probatoria comporta un verdadero remedio o mecanismo de reparación de derechos fundamentales, toda vez que —mediante la referida exclusión— el sistema restablece a la víctima en la situación en la que se encontraría si no se hubiera llevado a cabo la violación a sus derechos.
3. *La protección de la integridad del sistema judicial.* De acuerdo con esta concepción, el objetivo de la regla de exclusión es más bien evitar que la integridad moral o reputación del sistema judicial —tanto desde la perspectiva individual del juez como desde la perspectiva institucional— se vea comprometida mediante la incorporación de pruebas obtenidas mediante mecanismos contrarios a derecho, convalidando así el actuar inconstitucional de las autoridades.
4. *La protección de la justicia o de las finalidades epistémicas del proceso.* Finalmente, según esta tesis la regla de exclusión buscaría garantizar más bien la fiabilidad de las pruebas que entran a un procedimiento judicial. En definitiva, lo que se busca es expulsar del proceso todos aquellos medios probatorios obtenidos de modo inadecuado que pudieran implicar un obstáculo para la búsqueda de la verdad en un caso concreto, al entrañar dudas sobre su fiabilidad.

Hay que señalar, sin embargo, que la regla de exclusión puede justificarse en varios y no sólo uno de estos fundamentos. En cualquier caso, como se dijo, lo relevante es precisar cuál o cuáles de ellos buscó adoptar el Poder Reformador al establecer una regla expresa de exclusión de pruebas ilícitas, pues sólo de esta forma podremos determinar, de forma coherente, si la misma es absoluta o admite excepciones y, en su caso, cuáles. Para ello, será importante tener en consideración que actualmente el *margen de apreciación* con el que cuenta la SCJN es mucho menor al estar consagrada en la CPEUM, por lo que es dudoso que puedan aplicar las mismas excepciones reconocidas en el sistema mixto o al menos con el mismo.

comparativa”, en Rovatti, Pablo (coord.), *Manual sobre derechos humanos y prueba en el proceso penal*, México, SCJN, 2021, pp. 6-22.

Una opinión similar sostuvo Miranda Estrampes, al señalar que tras la reforma de 2008 “resultaría un error la aplicación mecánica o automática de la doctrina y las excepciones elaboradas por la Corte Suprema Federal de EE.UU.”⁷⁹² En suma, aunque actualmente es una cuestión abierta en la jurisprudencia, eventual pero inevitablemente requerirá una toma de postura, pues sólo de esta forma estaremos en condiciones de determinar —insistimos, de forma coherente y racional— si se trata de una regla absoluta, o bien, si es posible crear un sistema congruente de excepciones y, en su caso, criterios para su ponderación frente a otros fines igualmente valiosos (como la búsqueda de la verdad) en casos concretos.

Sea como fuere, al hacer este análisis será importante no confundir la regla general de exclusión prevista en el artículo 20, apartado A, de la CPEUM con otras reglas de exclusión más específicas y que también están reconocidas en el texto constitucional. Nos referimos a (i) la regla de exclusión derivada del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas (artículo 16 constitucional) y (ii) la regla de exclusión de pruebas obtenidas mediante tortura (artículo 8.3 de la CADH y 10 de la CIPST).⁷⁹³ En el primer caso, debe tenerse presente que al resolver la referida *facultad de investigación 2/2006*, la SCJN dispuso que la regla de exclusión probatoria relacionada con la intervención de las comunicaciones privadas tiene un carácter *absoluto*, de forma que no admite excepciones o limitaciones.⁷⁹⁴ Asimismo, debe tenerse presente que en la actualidad existe un consenso internacional bastante generalizado en el sentido de que la regla de exclusión en materias de tortura o coacción tiene un carácter “absoluto e inderogable”,⁷⁹⁵ derivado del carácter de *ius cogens* que ha alcanzado la prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. En suma, aunque se llegaran a admitir excepciones o límites a la regla general de exclusión de pruebas ilícitas prevista en el artículo 20, apartado A, fracción IX de la CPEUM, habrá que tomar en consideración que estas dos últimas reglas específicas han tenido en la jurisprudencia un tratamiento autónomo y particular.

792 Miranda Estrampes, Manuel, *op. cit.*, nota 784, pp. 50-51.

793 Ponce Núñez, Carlos Gustavo, *op. cit.*, nota 768, pp. 269-270.

794 Facultad de investigación 2/2006, *op. cit.*, nota 770.

795 Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, *op. cit.*, nota 448, párr. 165.

Referencias bibliográficas

DOCTRINA

- Aguilera García, Edgar R., “¿Garantismo extremo o medurado? La legitimidad de la función jurisdiccional penal: construyendo el debate Ferrajoli-Laudan”, en *Isonomía*, núm. 40, abril 2014, pp. 61-93.
- Álvarez García, Francisco Javier, *Sobre el principio de legalidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.
- Ambos, Kai, “Dogmática jurídico-penal y concepto universal de hecho punible”, en *Política criminal*, núm. 5, 2008.
- , *Derecho penal nacionalsocialista: Continuidad y radicalización*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.
- Andrés Ibáñez, Perfecto, “Sobre el valor de la intermediación (una aproximación crítica)”, en *Jueces para la democracia*, núm. 46, 2003.
- Animal Político, “Aplauden propuesta del Bronco de cortar manos a corruptos en municipio donde 6 personas fueron mutiladas en 2016”, *Animal Político*, 30 de abril de 2018, disponible en: <https://www.animalpolitico.com/2018/04/bronco-mochar-manos/>
- Aristegui Noticias, “Panista señala que delincuentes son “bestias” que no merecen derechos humanos; AMLO y expertos critican postura”, *Aristegui Noticias*, 22 de agosto de 2022, disponible en: <https://aristeguinoticias.com/2208/mexico/panista-senala-que-delincuentes-son-bestas-que-no-merecen-derechos-humanos-amlo-y-expertos-critican-postura/>
- Bachmaier Winter, Lorena, “Spain: The Constitutional Court’s Move from Categorical Exclusion to Limited Balancing”, en Thaman, Stephen C. (ed.), *Exclusionary Rules in Comparative Law*, Nueva York, Springer, 2013.
- Bacigalupo, Enrique, *Principios constitucionales de derecho penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999.
- Baratta, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, México, Siglo XXI Editores, 1986.
- Beccaria, Cesare, *Tratado de los delitos y de las penas*, 17ª ed., México, Editorial Porrúa, 2008.
- Benito Sánchez, Demelsa y Gil Nobajas, María Soledad, “Introducción”, en Benito Sánchez, Demelsa y Gil Nobajas, María Soledad (coords.), *Alternativas político-criminales frente al Derecho penal de la aporofobia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.
- Bentham, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Estados Unidos, White Dog Publishing, 2010 (edición Kindle).
- Berman, Greg y Adler, Julian, *Start here: A road map to reducing mass incarceration*, Nueva York, The New Press, 2018.
- Bernal del Castillo, Jesús, *Derecho penal comparado: la definición del delito en los sistemas anglosajón y continental*, Barcelona, Atelier, 2011.
- Binder, Alberto M., *Introducción al derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1993.
- Bricola, Franco, *Teoría General del Delito*, Buenos Aires, Editorial B de F, 2018.

- Bulygin, Eugenio, “En defensa de El Dorado. Respuesta a Fernando Atria”, en Atria, Fernando, *et al.*, *Lagunas en el Derecho: Una controversia sobre el derecho y la función judicial*, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- Bunzel, Michael, “La fuerza del principio constitucional de proporcionalidad como límite de la protección de bienes jurídicos en la sociedad de la información”, en Hefendehl, Roland, *et al.* (eds.), *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2016.
- Caballero Ochoa, José Luis, *La interpretación conforme: El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*, México, Porrúa, 2015.
- Cammack, Mark E., “The United States: The Rise and Fall of the Constitutional Exclusionary Rule”, en Thaman, Stephen C. (ed.), *Exclusionary Rules in Comparative Law*, Nueva York, Springer, 2013.
- Canosa Usera, Raúl, Fix Zamudio, Héctor y Corzo Sosa, Edgar, “Capítulo III. El derecho a la integridad personal” en García Roca, Javier, *et al.* (eds.), *El diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2012.
- Carbonell, Miguel, “El principio de legalidad en materia penal (análisis del artículo 14, párrafo tercero, de la Constitución mexicana)”, en *Reforma Judicial: Revista Mexicana de Justicia*, UNAM, 2019.
- , “Nueva Interpretación del Principio Constitucional de Legalidad en Materia Penal”, en *Iter Criminis*, Revista de Ciencias Penales, Núm. 6, Tercera Época, México.
- Casals Fernández, Ángela, *La prisión permanente revisable*, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2019.
- Contreras Rojas, Cristian, *La valoración de la prueba de interrogatorio*, Madrid, Marcial Pons, 2015.
- Damaška, Mirjan R., *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2000.
- De Paula Ramos, Víctor, *La prueba testifical: Del subjetivismo al objetivismo, del aislamiento científico al diálogo con la psicología y la epistemología*, [traducción: Laura Criado Sánchez], Madrid, Marcial Pons, 2019.
- Díaz Revorio, Francisco Javier, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, México, Editorial Porrúa, 2011.
- Díez-Picazo, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, 4ª ed., Pamplona, Civitas-Thomson Reuters, 2013.
- Duce J., Mauricio, *Derecho a confrontación y uso de declaraciones emitidas en un juicio previo anulado*, Polít. crim. vol.9 no.17 Santiago 2014.
- Eiroa, Pablo D., “El ‘diálogo’ de los juristas argentinos con Luigi Ferrajoli. Derecho penal mínimo y democracia sustancial”, en Gargarella, Roberto y Pastor, Daniel R. (dir.), *Constitucionalismo, garantismo y democracia: Puentes dialógicos entre el derecho constitucional y el derecho penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2016.
- El País, “El gobernador de San Luis Potosí propone la pena de muerte a asesinos y la castración a violadores”, 20 de septiembre de 2022, disponible en: <https://elpais.com/mexico/2022-09-20/el-gobernador-de-san-luis-potosi-propone-la-pena-de-muerte-y-la-castracion-para-violadores.html>
- Fernández López, Mercedes, *Prueba y presunción de inocencia*, Madrid, Istel, 2005.

- Ferrajoli, Luigi, “La actualidad del pensamiento de Cesare Beccaria”, en Guzmán, Nicolás (coord.), *Escritos sobre derecho penal: nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal*, Tomo II, Buenos Aires, Hammurabi, 2014.
- , *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, 10ª ed., Madrid, Trotta, 2011.
- , *Derechos y garantías: La ley del más débil*, [traducción de Perfecto Andrés Ibáñez —, *El paradigma garantista: filosofía crítica del derecho penal*, Madrid, Trotta, 2016.
- Ferrer Beltrán, Jordi, “La conformación del conjunto de elementos de juicio I: proposición de pruebas” en Ferrer Beltrán, Jordi (coord.), *Manual de razonamiento probatorio*, México, SCJN, 2022.
- , “Los poderes probatorios del juez y el modelo del proceso” en *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, vol. 7, núm. 2, 2017.
- , “Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia”, en Cavani, Renzo y de Paula Ramos, Vitor, *Prueba y proceso judicial*, Breña, Instituto Pacífico, 2015.
- , *Prueba sin convicción: Estándares de prueba y debido proceso*, Madrid, Marcial Pons, 2021.
- , *Prueba y verdad en el derecho*, 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2005.
- Ferrer Mac-Gregor y Sánchez Gil, Rubén, *El juicio de amparo y el sistema procesal penal acusatorio*, México, SEGOB.
- Ferreres Comella, Víctor, “El control de las leyes penales por parte de los jueces ordinarios” en Mir Puig, Santiago, et al. (dir.), *Constitución y sistema penal*, Madrid, Marcial Pons, 2012.
- , *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (Una perspectiva constitucional)*, Madrid, Civitas, 2002.
- Filangieri, Gaetano, *Ciencia de la legislación*, vol. I, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2018.
- Finkelstein Nappi, Juan L., “Puntos de encuentro (y desencuentro) entre Ferrajoli y ciertos críticos”, en Gargarella, Roberto y Pastor, Daniel, R. (dir.), *Constitucionalismo, garantismo y democracia: Puentes dialógicos entre el derecho constitucional y el derecho penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2016.
- Foucault, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, 5ª ed., Barcelona, Gedisa, 2017.
- , *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*, [traducción: Aurelio Garzón del Camino], 2ª ed., México, Siglo XXI, 2015.
- García Ramírez, Sergio, “Consideraciones sobre el principio de legalidad penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Cuestiones Constitucionales*, núm. 24, enero-junio, 2011.
- Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Alfonso J., *La argumentación en el Derecho: algunas cuestiones fundamentales*, Lima, Palestra Editores, 2003.
- , “¿Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita”, en Ferrer, Jordi, et al., *Estudios sobre la prueba*, 2ª ed., México, Editorial Fontamara, 2011.
- , “La teoría general del garantismo: Rasgos principales”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (eds.), *Garantismo: Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005.
- , *Los hechos en el Derecho: bases argumentales de la prueba*, 3ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2010.

- Gimbernat Ordeig, Enrique, “Presentación”, en Hefendehl, Roland, *et al.* (eds.), *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2016.
- Guastini, Riccardo, “Interpretación y construcción jurídica”, en *Isonomia*, núm. 43, octubre 2015.
- , *Interpretar y argumentar*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.
- , *La interpretación de los documentos normativos*, [trad. César E. Moreno More], México, CIIJUS, 2018.
- Guzmán, Nicolás, “Una introducción al pensamiento de Luigi Ferrajoli en temas derecho penal y democracia”, en Gargarella, Roberto y Pastor, Daniel R. (dir.), *Constitucionalismo, garantismo y democracia: Puentes dialógicos entre el derecho constitucional y el derecho penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2016.
- , *La verdad en el proceso penal: una contribución a la epistemología jurídica*, Argentina, Ediciones Didot, 2018.
- Hunt, Lynn, *La invención de los derechos humanos*, [traducción: Jordi Ferrer Beltrán], Barcelona, Tusquets Editores, 2009.
- Jakobs, Günter y Cancio Meliá, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas, 2003.
- Jiménez de Asua, Luis, *Lecciones de Derecho penal*, México, Harla, 1997.
- Kanovitz, Jacqueline R., *Constitutional Law for Criminal Justice*, Nueva York, Routledge, 2015.
- Khulen, Lothar, “Sobre la relación entre el mandato de certeza y la prohibición de analogía”, en Montiel, Juan Pablo (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿deca-dencia o evolución?*, Madrid, Marcial Pons, 2012.
- Kleiman, Mark A. R., *When brute force fails: How to have less crime and less punishment*, Princeton, Princeton University Press, 2009.
- Kuhlen, Lothar, *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales*, Madrid, Marcial Pons, 2012.
- , *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales*, Madrid, Marcial Pons, 2012.
- Labardini Flores, Rodrigo, “La prisión vitalicia en México”, en *Iuris tantum*, núm. 20, 2009.
- Langer, Máximo, “La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado”, en Maier, Julio B. J. y Bovino, Alberto (comps.), *El procedimiento abreviado*, Buenos Aires, Editores del Puerblo, 2001.
- , “La larga sombra de las categorías acusatorio-inquisitivo”, en *Revista de Derecho Público*, Universidad de los Andes, núm. 32, enero-junio de 2014.
- Laudan, Larry, *Verdad, error y proceso penal: Un ensayo sobre epistemología jurídica*, [traducción: Carmen Vázquez y Edgar Aguilera], Madrid, Marcial Pons, 2013.
- Limardo, Alan, “Regla de exclusión de la prueba ilícita: una reevaluación de sus fundamentos con perspectiva comparativa”, en Rovatti, Pablo (coord.), *Manual sobre derechos humanos y prueba en el proceso penal*, México, SCJN, 2021.
- Lopera, Gloria, *El principio de proporcionalidad y ley penal: bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.
- López Barja de Quiroga, Jacobo, *La Cláusula de la Confrontación en el Proceso Penal*, España, Civitas-Thompson Reuters, 2013.

- López Ortega, Juan José, “La declaración del imputado (a propósito de la “voluntariedad” de la confesión como presupuesto de validez)”, en *Cuadernos Digitales de Formación*, 29-2009.
- Mazzoni, Giuliana, *Psicología del testimonio*, [traducción: Amparo Moreno Hernández] Madrid, Trotta, 2019.
- Mijangos y González, Pablo, *Historia mínima de la Suprema Corte de Justicia de México*, México, El Colegio de México, 2019 (edición Kindle).
- Miranda Estrampes, Manuel, “Derecho del acusado a interrogar a los testigos que declaren en su contra [art. 6.3.d) CEDH]”, publicado en *Revista de la Justicia Penal*, N° 10, octubre 2014, Santiago de Chile.
- , *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, México, Ubijus, 2013.
- Montaner, Raquel, “La autorregulación normativa en el derecho penal ambiental: problemas desde la perspectiva del principio de legalidad”, en Montiel, Juan Pablo (coord.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Madrid, Marcial Pons, 2012.
- Montesquieu, *Del Espíritu de las Leyes*, 17 ed., México, Porrúa, 2007.
- Montiel, Juan Pablo, *Estructuras analíticas del principio de legalidad*, en InDret: Revista para el análisis del derecho, Barcelona, enero de 2017.
- Morales Simón, José Ignacio y Ponce Núñez, Carlos Gustavo, “Marihuana y derechos humanos: Análisis e implicaciones de la doctrina de la SCJN”, en Muro, Adriana (coord.), *El control de constitucionalidad de las Altas Cortes sobre la prohibición del consumo de cannabis en América Latina*, México, SCJN, 2020.
- Moreso, José Juan, “Principio de legalidad y causas de justificación (Sobre el alcance de la taxatividad)”, en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, número 24, Universidad de Alicante, 2001.
- Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho Penal: Parte General*, 9ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- Niembro Ortega, Roberto, *La argumentación constitucional de la Suprema Corte: A diez años de la reforma de derechos humanos*, México, UNAM-IIJ, 2021.
- Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de Derecho Penal*, Buenos Aires, Gedisa, 2008.
- Ochoa Romero, Roberto A., “Criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la Tipificación de Conductas Ilícitas”, en García Ramírez, Sergio, et al. (coord.) *Criterios y jurisprudencia interamericana de derechos humanos: influencia y repercusión en la justicia penal*, UNAM-IIJ, México, 2014.
- Oliver Calderón, Guillermo, “Evolución (o involución) de la audiencia de control de la detención y algunos problemas interpretativos”, en Hoyl Moreno, Gonzalo (ed.), *La audiencia de control de detención y sus repercusiones a través del proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo, “¿Leyes taxativas interpretativas libérrimamente? Principio de legalidad e interpretación del Derecho penal”, en Montiel, Juan Pablo (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Madrid, Marcial Pons, 2012.
- Picó i Junoy, Joan, *El Juez y la Prueba: Estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibáñez, Colección Internacional, núm. 32, 2011.
- Ponce Núñez, Carlos Gustavo, “La regla de exclusión de la prueba ilícita en la doctrina jurisprudencial de la SCJN: retos y perspectivas”, en Arellano Quintana, Jaime et al. (coord.), *Diálogo regional sobre acceso a la justicia y debido proceso en el sistema acusatorio*, México, SCJN, 2020.
- Prieto Sanchís, Luis, *Apuntes de teoría del Derecho*, Madrid, Trotta, 2005.

- , *La filosofía penal de la Ilustración*, Lima, Palestra Editores, 2007.
- Quintino Zepeda, Rubén, *Teoría del Delito Actualizada Conforme al Código Nacional de Procedimientos Penales*, México, Editorial Arquinza, 2021.
- Rauter, Thomas, *Judicial Practice, Customary International Criminal Law and Nullum Crimen Sine Lege*, Suiza, Springer, 2017.
- Redmayne, Mike, “Confronting Confrontation”, en Roberts, Paul y Hunter, Jill (ed.), *Criminal Evidence and Human Rights: Reimagining Common Law Procedural Traditions*, Oxford, Hart Publishing, 2012.
- Rovatti, Pablo, “Interrogar a los testigos de cargo: fundamentos y alcances del derecho. Balance de una década de jurisprudencia de la Suprema Corte mexicana”, en Rovatti, Pablo (coord.), *Manual sobre Derechos Humanos y prueba en el proceso penal*, México, SCJN, 2021.
- , “Testigos no disponibles y confrontación: fundamentos epistémicos y no epistémicos”, en *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, vol. 1, 2020.
- Roxin, Claus y Schünemann, Bernd, *Derecho procesal penal*, [traducción: Mario F. Amoretti y Darío N. Rolón, revisada por Ignacio F. Tedesco], Buenos Aires, Didot, 2019.
- , *Derecho Penal: Parte General*, Tomo I, [trad. Diego-Manuel Luzón Peña], Madrid, Civitas, 1997.
- , *Teoría del tipo penal: tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, [Traducción: Enrique Bacigalupo], 2ª ed., México, Ubijus, 2011.
- Secret Barriester, *The secret Barrister: Stories of the Law and How it's Broken*, Londres, MacMillan, 2018.
- Schünemann, Bernd, “Protección de bienes jurídicos, ultima ratio y victimodogmática. Sobre los límites inviolables del Derecho Penal en un Estado de Derecho Liberal”, en Robles Planas, Ricardo (ed.), *Límites al derecho penal: Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Barcelona, Atelier, 2012.
- Sierra Castillo, Carolina Andrea, “Capítulo 3. La política criminal en Estados Unidos y prácticas político-criminales similares en Colombia”, en Gutiérrez Quevedo, Marcela y Olarte Delgado, Angela Marcela (eds.), *Política criminal y abolicionismo, hacia una cultura restaurativa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.
- Silva Sánchez, Jesús María, “¿Nullum crimen sine poena? sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”, en *Derecho penal y Criminología*, vol. 29, núm. 86-87, dic. 2008.
- , “La interpretación de las leyes y la cultura de los juristas”, en Montealegre, Lynett, et al. (eds.), *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo. Libro homenaje al Profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.
- Soberanes Fernández, José Luis, *Una historia constitucional de México*, Tomo I, México, UNAM, 2019.
- Sweeny, JoAnne, “Undead Statutes: The Rise, Fall, and Continuing Uses of Adultery and Fornication Criminal Laws”, *Loyola University Chicago Law Journal*, vo. 46, 2014, pp. 127-173.
- Taruffo, Michele, *La prueba*, [traducción: Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán], Madrid, Marcial Pons, 2008.
- Terradillos Basoco, Juan María, *Aporofobia y plutofilia: La deriva jánica de la política criminal contemporánea*, España, Bosch Editor, 2020.

- Trapani, Mario, “Cesare Beccaria y la interpretación de la ley penal. La creación judicial de la norma penal y su control político”, en Velásquez Velásquez, Fernando, *et al.* (comp.), *Cesare Beccaria y el control del poder punitivo del Estado. Doscientos cincuenta años después*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2016.
- Trechsel, Stefan, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- Valencia Mattin, German, “Derecho administrativo sancionador y principio de legalidad”, en *El principio de legalidad*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Doctrina Penal Nazi: La dogmática penal alemana entre 1933 y 1945*, Buenos Aires, Ediar, 2017.
- , *El enemigo en el derecho penal*, México, Ediciones Coyoacán, 2016.
- , *et al.*, *Manual de Derecho penal: Parte General*, 2ª ed., Buenos Aires, Ediar, 2006.
- Zaldívar, Arturo, “Reflexiones sobre la jurisdicción constitucional en México. A doce años de la reestructuración de la SCJN y a propósito de la reforma constitucional del 14 de septiembre de 2006”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 7, enero-junio, 2007.
- , *10 años de derechos: Autobiografía jurisprudencial*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2022.

PRECEDENTES EMITIDOS POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

PLENO

- Acción de inconstitucionalidad 10/2014, fallada en sesión de 22 de marzo de 2018.
- Acción de inconstitucionalidad 125/2017, fallada en sesión de 2 de junio de 2020.
- Acción de inconstitucionalidad 13/2016 y su acumulada 14/2016, fallada en sesión de 25 de febrero de 2020.
- Acción de inconstitucionalidad 147/2017, fallada en sesión de 15 de octubre de 2019.
- Acción de inconstitucionalidad 148/2017, fallada en sesión de 7 de septiembre de 2021.
- Acción de inconstitucionalidad 157/2007, fallada en sesión de 20 de octubre de 2008.
- Acción de inconstitucionalidad 196/2020, fallada en sesión 11 de mayo de 2021.
- Acción de inconstitucionalidad 20/2003, fallada en sesión de 19 de septiembre de 2005.
- Acción de inconstitucionalidad 23/2017, fallada en sesión de 7 de octubre de 2019.
- Acción de inconstitucionalidad 25/2016 y sus acumuladas 27/2016 y 28/2016, fallada en sesión de 27 de marzo de 2017.
- Acción de inconstitucionalidad 32/2012, fallada en sesión de 16 de enero de 2014.
- Acción de inconstitucionalidad 51/2018, fallada en sesión de 22 de agosto de 2019.
- Acción de inconstitucionalidad 9/2011, fallada en sesión de 31 de enero de 2013.
- Acción de inconstitucionalidad 91/2019 y sus acumuladas, fallada en sesión de 8 de marzo de 2021.
- Acción de inconstitucionalidad 97/2019, fallada en sesión de 8 de junio de 2020.
- Amparo directo en revisión 207/2012, fallado en sesión de 10 de junio de 2013.
- Amparo directo en revisión 2206/2019, fallado en sesión de 22 de septiembre de 2021.
- Amparo directo en revisión 2255/2015, fallado en sesión de 7 de marzo de 2016.
- Amparo directo en revisión 2886/2012, fallado en sesión de 10 de junio de 2013.
- Amparo directo en revisión 3153/2014, fallado en sesión de 10 junio de 2015.
- Amparo en revisión 1293/2000, fallado en sesión de 15 de agosto de 2002.

- Contradicción de tesis 11/2001-PL, fallada en sesión de 2 de octubre de 2001.
- Contradicción de tesis 293/2011, fallada en sesión de 3 de septiembre de 2013.
- Expediente varios 1396/2011, fallado en sesión de 11 de mayo de 2015.
- Facultad de investigación 2/2006, fallada en sesión de 29 de noviembre de 2007.
- Solicitud de modificación de jurisprudencia 2/2005-PL, fallada en sesión de 2 de junio de 2010.

PRIMERA SALA

- Amparo directo 10/2008, fallado en sesión de 12 de agosto de 2009.
- Amparo directo 14/2011, fallado en sesión de 9 de noviembre de 2011.
- Amparo directo 33/2008, fallado en sesión de 4 de noviembre de 2009.
- Amparo directo 4/2019, fallado en sesión de 16 de junio de 2021.
- Amparo directo 48/2012, fallado en sesión de 28 de noviembre de 2012.
- Amparo directo 49/2017, fallado en sesión de 30 de enero de 2019.
- Amparo directo 8/2008, fallado en sesión de 12 de agosto de 2009.
- Amparo directo 9/2008, fallado en sesión de 12 de agosto de 2009.
- Amparo directo en revisión 1182/2018, fallado en sesión de 3 de mayo de 2019.
- Amparo directo en revisión 1183/2018, fallado en sesión de 3 de mayo de 2019.
- Amparo directo en revisión 119/2014, fallado en sesión de 3 de abril de 2019.
- Amparo directo en revisión 1249/2016, fallado en sesión de 1 de enero de 2017.
- Amparo directo en revisión 1250/2011, fallado en sesión de 14 de abril de 2015.
- Amparo directo en revisión 1747/2014, fallado en sesión de 12 de noviembre de 2014.
- Amparo directo en revisión 181/2011, fallado en sesión de 6 de abril de 2011.
- Amparo directo en revisión 1956/2016, fallado en sesión de 14 de abril de 2021.
- Amparo directo en revisión 2018/2018, fallado en sesión de 10 de octubre de 2018.
- Amparo directo en revisión 2397/2014, fallado en sesión de 26 de noviembre de 2014.
- Amparo directo en revisión 2420/2011, fallado en sesión de 25 de agosto de 2011.
- Amparo directo en revisión 243/2017, fallado en sesión de 10 de enero de 2018.
- Amparo directo en revisión 2470/2011, fallado en sesión de 18 de enero de 2012.
- Amparo directo en revisión 2823/2012, fallado en sesión de 30 de enero de 2013.
- Amparo directo en revisión 2954/2013, fallado en sesión de 28 de mayo de 2014.
- Amparo directo en revisión 3004/2012, fallado en sesión de 23 de enero de 2013.
- Amparo directo en revisión 3033/2018, fallado en sesión de 3 de marzo de 2021.
- Amparo directo en revisión 3044/2012, fallado en sesión de 7 de febrero de 2014.
- Amparo directo en revisión 3111/2014, fallado en sesión de 25 de marzo de 2015.
- Amparo directo en revisión 3244/2016, fallado en sesión de 28 de junio de 2017.
- Amparo directo en revisión 3399/2013, fallado en sesión de 26 de marzo de 2014.
- Amparo directo en revisión 3403/2012, fallado en sesión de 4 de diciembre de 2013.
- Amparo directo en revisión 3457/2013, fallado en sesión de 23 de noviembre de 2014.
- Amparo directo en revisión 3506/2014, fallado en sesión de 3 de junio de 2015.

- Amparo directo en revisión 3596/2016, fallado en sesión de 15 de noviembre de 2017.
- Amparo directo en revisión 3623/2014, fallado en sesión de 26 de agosto de 2015.
- Amparo directo en revisión 3731/2015, fallado en sesión de 2 de diciembre de 2015.
- Amparo directo en revisión 3886/2013, fallado en sesión de 18 de mayo de 2016.
- Amparo directo en revisión 4031/2013, fallado en sesión de 12 de marzo de 2014.
- Amparo directo en revisión 4380/2013, fallado en sesión de 19 de marzo de 2014.
- Amparo directo en revisión 4384/2013, fallado en sesión de 29 de junio de 2016.
- Amparo directo en revisión 4503/2018, fallado en sesión de 13 de febrero de 2020.
- Amparo directo en revisión 4512/2014, fallado en sesión de 15 de mayo de 2015.
- Amparo directo en revisión 4530/2014, fallado en sesión de 30 de septiembre de 2015.
- Amparo directo en revisión 4770/2014, fallado en sesión de 30 de septiembre de 2015.
- Amparo directo en revisión 4822/2014, fallado en sesión de 11 de marzo de 2015.
- Amparo directo en revisión 496/2014, fallado en sesión de 8 de octubre de 2014.
- Amparo directo en revisión 4980/2014, fallado en sesión de 25 de marzo de 2015.
- Amparo directo en revisión 517/2011, fallado en sesión de 23 de enero de 2013.
- Amparo directo en revisión 5236/2014, fallado en sesión de 22 de abril de 2015.
- Amparo directo en revisión 5415/2016, fallado en sesión de 28 de junio de 2017.
- Amparo directo en revisión 5577/2015, fallado en sesión de 29 de junio de 2016.
- Amparo directo en revisión 5999/2017, fallado en sesión de 25 de abril de 2018.
- Amparo directo en revisión 6022/2017, fallado en sesión de 22 de mayo de 2019.
- Amparo directo en revisión 6024/2014, fallado en sesión de 2 de septiembre de 2015.
- Amparo directo en revisión 6312/2018, fallado en sesión de 22 de enero de 2020.
- Amparo directo en revisión 6392/2018, fallado en sesión de 5 de junio de 2019.
- Amparo directo en revisión 6888/2018, fallado en sesión de 14 de octubre de 2020.
- Amparo directo en revisión 7390/2018, fallado en sesión de 9 de septiembre de 2020.
- Amparo directo en revisión 85/2014, fallado en sesión de 4 de junio de 2014.
- Amparo directo en revisión 90/2014, fallado en sesión de 2 de abril de 2014.
- Amparo directo en revisión 913/2016, fallado en sesión de 31 de mayo de 2017.
- Amparo directo en revisión 92/2018, fallado en sesión de 2 de diciembre de 2020.
- Amparo directo en revisión 997/2012, fallado en sesión de 6 de junio de 2012.
- Amparo directo en revisión, 1603/2011, fallado en sesión de 4 de noviembre de 2011.
- Amparo en revisión 1034/2019, fallado en sesión de 15 de julio de 2020.
- Amparo en revisión 1074/2014, fallado en sesión de 3 de junio de 2015.
- Amparo en revisión 1090/2017, fallado en sesión de 6 de junio de 2008.
- Amparo en revisión 1156/2019, fallado en sesión 21 de abril de 2021.
- Amparo en revisión 121/2021, fallado en sesión de 29 de septiembre de 2021.
- Amparo en revisión 1248/2016, fallado en sesión de 25 de octubre de 2017.
- Amparo en revisión 1265/2017, fallado en sesión de 5 de septiembre de 2018.
- Amparo en revisión 1370/2005, fallado en sesión de 26 de octubre de 2005.

- Amparo en revisión 140/2022, fallado en sesión de 13 de julio de 2022.
- Amparo en revisión 159/2013, fallado en sesión de 16 de octubre de 2013.
- Amparo en revisión 161/2021, fallado en sesión de 25 de agosto de 2021.
- Amparo en revisión 1911/2009, fallado en sesión de 23 de septiembre de 2009.
- Amparo en revisión 2179/2009, fallado en sesión de 10 de febrero de 2010.
- Amparo en revisión 253/2014, fallado en sesión de 5 de noviembre de 2014.
- Amparo en revisión 257/2018, fallado en sesión de 3 de octubre de 2018.
- Amparo en revisión 333/2007, fallado en sesión de 20 de junio de 2007.
- Amparo en revisión 338/2012, fallado en sesión de 26 de noviembre de 2014.
- Amparo en revisión 349/2012, fallado en sesión de 26 de septiembre de 2012.
- Amparo en revisión 361/2007, fallado en sesión de 20 de junio de 2007.
- Amparo en revisión 384/2017, fallado en sesión de 22 de agosto de 2018.
- Amparo en revisión 391/2007, fallado en sesión de 27 de junio de 2007.
- Amparo en revisión 448/2010, fallado en sesión de 13 de julio de 2021.
- Amparo en revisión 466/2011, fallado en sesión de 9 de noviembre de 2011.
- Amparo en revisión 528/2016, fallado en sesión de 9 de octubre de 2019.
- Amparo en revisión 585/2020, fallado en sesión de 11 de mayo de 2022.
- Amparo en revisión 648/2013, fallado en sesión de 8 de julio de 2015.
- Amparo en revisión 703/2004, fallado en sesión de 26 de enero de 2005.
- Amparo en revisión 703/2012, fallado en sesión de 6 de noviembre de 2013.
- Amparo en revisión 860/2010, fallado en sesión de 2 de febrero de 2011.
- Amparo en revisión 999/2007, fallado en sesión de 21 de noviembre de 2007.
- Contradicción de tesis 1/2020, fallada en sesión de 27 de mayo de 2020.
- Contradicción de tesis 174/2012, fallada en sesión de 4 de julio de 2012.
- Contradicción de tesis 29/2004-PS, fallada en sesión de 22 de septiembre de 2004.
- Contradicción de tesis 300/2019, fallada en sesión de 22 de enero de 2020.
- Contradicción de tesis 312/2016, fallada en sesión de 1 de mayo de 2017.
- Contradicción de tesis 359/2015, fallada en sesión de 3 de mayo de 2017.
- Contradicción de tesis 39/2003-PS, fallada en sesión de 7 de enero de 2004.
- Contradicción de tesis 68/2009, fallada en sesión de 4 de noviembre de 2009.
- Impedimento 12/2017, fallado en sesión de 24 de enero de 2018.

SEGUNDA SALA

- Amparo en revisión 2/2000, fallado en sesión de 11 de octubre de 2000.

PRECEDENTES EMITIDOS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

- Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

- Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182.
- Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.
- Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206.
- Caso Bueno Alves vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164.
- Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220.
- Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de marzo de 2005. Serie C No. 123.
- Caso Cantoral Benavides vs. Perú. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69.
- Caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2004. Serie C No. 117.
- Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52.
- Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170.
- Caso Cruz Sánchez y otros vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de abril de 2015. Serie C No. 292.
- Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163.
- Caso Durand y Ugarte vs. Perú. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68.
- Caso Escué Zapata vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 165.
- Caso Espinoza González vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289.
- Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126.
- Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 2014. Serie C No. 281.
- Caso Herrera Espinoza y otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2016. Serie C No. 316.
- Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.
- Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275.
- Caso Kimel vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177.
- Caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162.

- Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276.
- Caso Loayza Tamayo vs. Perú. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33.
- Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103.
- Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260.
- Caso Mohamed vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 noviembre de 2012. Serie C No. 255.
- Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150.
- Caso Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 371.
- Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279.
- Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.
- Caso Pollo Rivera y otros vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de octubre de 2016. Serie C No. 319.
- Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2018. Serie C No. 346.
- Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2015. Serie C No. 308.
- Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197.
- Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 303.
- Caso Usón Ramírez vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207.
- Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2011. Serie C No. 226.
- Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99 (“*El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*”), emitida el 1 de octubre de 1999.

PRECEDENTES EMITIDOS POR ÓRGANOS INTERNACIONALES Y ALTAS CORTES EXTRANJERAS

- CIDH. *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*, OAS/Ser.L/V/II.rev.2, Doc. 36, 12 noviembre 2015.
- Comité contra la Tortura. Observación General 2. Aplicación del artículo 2 por los Estados Parte.
- Comité de Derechos Humanos. Observación General 20 al artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

- Consejo de Derechos Humanos. *Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez, A/HRC/28/68/Add.3*, 29 de diciembre de 2014.
- SCEU. Crawford v. Washington, 541 U.S. 36 (2004).
- SCEU. Payton v. New York, 445 U.S. 573, 589-90 (1980).
- SCEU. Powell v. Alabama, 287 U.S. 45 (1932).
- SCEU. Terry v. Ohio, 392 U.S. 1 (1968).
- TCE. Sentencia 101/2012, de 8 de mayo de 2012.
- TCE. Sentencia 109/1986, de 24 de septiembre de 1986.
- TCE. Sentencia 188/2000, de 10 de julio de 2000.
- TCE. Sentencia 202/2000, de 24 de agosto de 2000.
- TCE. Sentencia 22/1984, de 9 de marzo de 1984.
- TCE. Sentencia 31/1981, de 28 de julio de 1981.
- TCE. Sentencia 66/1984, de 19 de junio de 1984.
- TEDH, Caso Piersack v. Belgium, Judgment (Merits), Application No. 8692/79, 1 de octubre de 1982.
- TEDH. Case John Murray v. the United Kingdom, Judgment, Application No. 14310/88, 8 de febrero de 1996.
- TEDH. Case of Hutchinson v. The United Kingdom, Judgment, Application no. 57592/08, 17 enero 2017.
- TEDH. Caso Castillo Algar v. Spain, Judgment (Merits and Just Satisfaction), Application No. 28194/95 28194/95, 28 de octubre de 1998.
- TEDH. Caso De Cubber v. Belgium, Judgment (Merits), Application No. 9186/80, 26 de octubre de 1984.
- TEDH. Caso Ireland v. United Kingdom, Judgment, Application No. 5310/71, 18 de enero de 1978.
- TEDH. Caso Morice v. France, Judgment (Merits and Just Satisfaction), Application no. 29369/10, 11 de julio de 2013.
- TSE. STS 1026/2009, resuelto por la Segunda Sala de lo Penal el 16 de octubre de 2009.
- TSE. STS 1078/2012, resuelto por la Segunda Sala de lo Penal el 8 de noviembre de 2012.
- TSE. STS 140/2002, resuelto por la Segunda Sala de lo Penal el 8 de febrero de 2002.
- TSE. STS 692/2008, resuelto por la Primera Sala de lo Civil el 17 de julio de 2008.
- TSE. STS 953/2013, resuelto por la Segunda Sala de lo Penal el 16 de septiembre de 2013.

Tirant Online México, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa.



www.tirantonline.com.mx

Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- * Biblioteca Virtual
- * Tirant Derechos Humanos
- * Tirant TV
- * Personalización
- * Foros y Consultoría
- * Revistas Jurídicas
- * Gestión de despachos
- * Novedades
- * Tirant Online España
- * Petición de formularios

 (55) 65502317/18

 www.tirantonline.com.mx

 atencion.tolmex@tirantonline.com.mx

