

ENERO - JUNIO 2017

JURÍDICA IBERO

NUEVA ÉPOCA

REVISTA SEMESTRAL DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD IBEROAMERICANA

2

JURÍDICA IBERO

REVISTA SEMESTRAL DEL DEPARTAMENTO
DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD IBEROAMERICANA



Rector
DAVID FERNÁNDEZ DÁVALOS, S.J.

Vicerrector
ALEJANDRO GUEVARA SANGINÉS

JURÍDICA IBERO

REVISTA SEMESTRAL DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD IBEROAMERICANA.

Año 1, núm. 2

enero-junio 2017

UNIVERSIDAD IBEROAMERICANA, A.C.

DEPARTAMENTO DE DERECHO

Director
José Luis Caballero Ochoa

Jurídica Ibero

Director
Juan Federico Arriola Cantero

Coordinador Editorial
Erik Alejandro Hernández Zúñiga

CONSEJO EDITORIAL

Olga Sánchez Cordero
Denise González Núñez
Arturo Cossío Zazueta
Gilberto Santa Rita Tamés
José Luis Caballero Ochoa

Mónica González Contró
Héctor Fix Fierro
Carlos de Buen Unna
Juan Federico Arriola Cantero
Geraldina González de la Vega

Rodolfo Gómez Alcalá
Rogelio Flores
Erik Alejandro Hernández Zúñiga
Diego García Ricci

COMITÉ EDITORIAL

José Luis Caballero Ochoa
Gilberto Santa Rita Tamés

Juan Federico Arriola Cantero
Erik Alejandro Hernández Zúñiga

Rosalinda Martínez Jaimes

JURÍDICA IBERO, año I, núm. 2 es una publicación semestral editada por el Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, A.C. Paseo de la Reforma 880, Col. Lomas de Santa Fe, Ciudad de México, C.P. 01219. Teléfonos: 5950-5000 ext. 4124. Editor responsable: Juan Federico Arriola Cantero. Número de Certificado de Reserva otorgado por el Instituto Nacional de Derechos de Autor: 04-2016-072816404700-102. Número de Certificado de Licitud de Contenido y de Título: 16843 otorgado por la Comisión Calificadora de Publicaciones y Revistas Ilustradas de la Secretaría de Gobernación. Domicilio de la publicación: Dirección de Publicaciones de la Universidad Iberoamericana. Prol. Paseo de la Reforma 880, Col. Lomas de Santa Fe, Ciudad de México, C.P. 01219. Impresión: Alfonso Sandoval Mazariego, Tizapán 172, colonia Metropolitana Tercera Sección, Nezahualcóyotl, Estado de México. C.P. 57750. Distribución: Universidad Iberoamericana, A.C. Prolongación Paseo de la Reforma 880, Col. Lomas de Santa Fe, Ciudad de México, C.P. 01219. Teléfonos: 5950-5000 ext. 7600.

Todo artículo firmado es responsabilidad de su autor. Prohibida la reproducción parcial o total, por cualquier medio o procedimiento, del contenido de la revista, sin autorización previa y expresa, por escrito, de la Universidad Iberoamericana: publica@ibero.mx.

Este número se terminó de imprimir en agosto de 2017, con un tiraje de 300 ejemplares.

ÍNDICE

	Página
<i>Editorial</i>	9

JURÍDICA IBERO INTERNACIONAL

<i>Bioética y Envejecimiento</i>	13
MARÍA CASADO	

JURÍDICA IBERO NACIONAL

<i>Consideraciones en torno a la efectividad del sistema penal acusatorio adversarial en México</i>	25
ARTURO LUIS COSSÍO ZAZUETA	

<i>Reflexiones sobre el Código Nacional de Procedimientos Penales</i>	47
GILBERTO SANTA RITA TAMÉS	

<i>Discurso del ministro Juan Silva Meza con motivo del homenaje de la Universidad Iberoamericana a su trayectoria y a la de la ministra Olga Sánchez Cordero en la Suprema Corte de Justicia de la Nación</i>	61
JUAN SILVA MEZA	

<i>Comentario sobre el Amparo en revisión 378/2014 “Caso Pabellón 13”</i>	65
MINISTRO ALBERTO PÉREZ DAYÁN	

RESEÑAS

<i>Marion-Ética. Los expertos de la ONU imponen su ley de Marguerite A. Peeters</i> ..	79
ALBERTO PATIÑO	

<i>Universitario de vida completa. Memorias académicas y recuerdos personales de Héctor Fix-Zamudio</i>	85
JUAN FEDERICO ARRIOLA	

EDITORIAL



El segundo número de *Jurídica Ibero*, publicación del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, sale a la luz con tres artículos: uno de la profesora catalana, María Casado; otro del profesor de Derecho Procesal Penal en la Facultad de Derecho, Arturo Cossío Zazueta, y el tercero del profesor investigador de la Universidad Iberoamericana, Gilberto Santa Rita.

En el número anterior, *Jurídica Ibero* publicó el discurso de la entonces ministra de la Suprema Corte, Olga Sánchez Cordero, con motivo del homenaje que recibió, junto con su colega el también ministro Juan Silva Meza, en noviembre de 2015 en la Universidad Iberoamericana. Ahora, se da a conocer el discurso que el ministro Juan Silva Meza pronunció en aquella célebre ocasión. Agradecemos de antemano al ministro haber aceptado nuestra invitación para que sus palabras queden incorporadas en nuestra revista ya semestral.

Adicionalmente, contamos con un análisis interesante de un caso de Amparo en revisión, a cargo del ministro de la Suprema Corte de Justicia, Alberto Pérez Dayán.

Y finalmente, se incluyen dos reseñas de dos autores. La primera, sobre la obra de la autora estadounidense Marguerite Peeters, a cargo del profesor Alberto Patiño de la Universidad Iberoamericana; y, la segunda, da a conocer la última obra del investigador emérito de la UNAM, el jurista Héctor Fix Zamudio, comentada y analizada por el profesor Juan Federico Arriola.

Por este medio quiero anunciar el relevo de estafeta. A partir del siguiente número de *Jurídica Ibero*, la dirección de la revista la asume el Dr. Diego García Ricci, profesor de tiempo completo del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana.

Agradezco a los lectores de *Jurídica Ibero* por hacer posible la continuación de nuestra revista que lleva nueve lustros continuos.

LA VERDAD NOS HARÁ LIBRES

Prof. Dr. Juan Federico Arriola
Director de *Jurídica Ibero*

JURÍDICA IBERO INTERNACIONAL



BIOÉTICA Y ENVEJECIMIENTO¹



Dra. María Casado²

Introducción

La forma de recorrer la última parte de la vida atañe a todos y cada uno de nosotros; no obstante, nuestra cultura ha generado un tabú al respecto y cuesta abordarlo tanto de forma individual como colectiva. Aun si sabemos que todos nacemos para morir y que lo importante es vivir bien la vida mientras la tenemos, evitamos tratar esta cuestión y si lo hacemos es a través de generalizaciones y ambigüedades, sin aceptar esa fase del itinerario vital. Ello impide establecer previsiones sobre cómo queremos vivir —y morir incluso— cuando llegue el momento en que ya no seamos capaces de decidirlo por nosotros mismos.

El envejecimiento es un proceso que transforma a un sujeto adulto de buena salud en un individuo frágil, cuya competencia y reservas de energía disminuyen, lo que lo vuelve más vulnerable a la mayoría de las enfermedades. Pero esa transformación no está reservada a la última parte de la vida, sino que es el resultado de mecanismos biológicos continuos que se suceden a ritmos distintos. Hay factores intrínsecos analizados por biólogos, médicos y genetistas pero, por el momento, no se sabe aún lo suficiente

¹ Los rasgos básicos de este trabajo fueron presentados en mi intervención sobre “Los aspectos bioéticos del envejecimiento” y fueron debatidos en la reunión interdisciplinar que tuvo lugar el día 7 de marzo de 2017 en la Universidad Iberoamericana de México, a la que agradezco su invitación a dicha sesión y a preparar este artículo. Desde puntos de vista diversos, y a lo largo de toda mi carrera académica, me he ocupado del proceso de envejecimiento, de las consecuencias de los diagnósticos precoces en la enfermedad de Alzheimer y otras demencias seniles, de la buena muerte y la eutanasia, de los testamentos vitales, de los derechos de los pacientes, de la objeción de conciencia y de cuantos temas bioéticos se relacionan con el final de la vida, la autonomía de las personas, la justicia y la mercantilización de las relaciones humanas. Por ello, el presente texto resume y actualiza diversos trabajos en los que he tratado este tema, el cual tiene una importancia cada vez mayor en nuestras sociedades que de forma progresiva envejecen. Además de los documentos y artículos que ya se citan en sus lugares correspondientes, debo citar en especial algunos libros cuyas páginas se recogen en este artículo, tales como: Casado, M. (coord.), *El Alzheimer: problemas éticos y jurídicos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002; Casado, M. (coord.), *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*. Ed. Cívitas, 2009; y Casado, M. (coord.), *De la solidaridad al mercado. El cuerpo humano y el comercio biotecnológico*. Ed. Fontamara, 2016.

² Catedrática Acreditada y Profesora Titular de Filosofía del Derecho, Directora del Observatorio de Bioética y Derecho, Cátedra Unesco de Bioética, Universidad de Barcelona.

sobre ellos como para identificar los genes que realizan las funciones del envejecimiento, mas que en casos muy determinados. Además, junto a dichos factores intrínsecos entran en juego otros extrínsecos, como las condiciones generales de vida, de trabajo, de nutrición o de higiene, la educación, el estatus, la geografía, el ambiente y otras circunstancias de carácter socioeconómico que influyen de manera considerable en la salud de las personas y de las poblaciones. Se trata de determinantes sociales de salud, bien conocidos en salud pública, que desarrollan un importante papel en el proceso de envejecimiento.

En general, el aumento de la expectativa de vida repercute en el aumento de las personas con dependencia física y psíquica; y cuando las personas se hacen mayores e incapaces de valerse por sí mismas cabe acudir a dos alternativas: o bien se les cuida en el domicilio o bien se les lleva a una institución especializada. En el caso de los cuidados a domicilio hay que resaltar que hacen falta cuidadores y esto es una profesión —al dejar aparte todas las connotaciones afectivas que pudiera haber—. Con frecuencia se omite explicitar la feminización de los cuidados, cuestión muy importante en este ámbito, ya que, en la mayoría de los supuestos, tendríamos que hacer referencia a las “cuidadoras”. Y otro dato más: cuando el cuidado del enfermo discapacitado, por una demencia senil, se hace en casa es la hija quien lo cuida. Hay estadísticas alarmantes al respecto, pues esa realidad tiene un gran significado e impacto en las vidas intelectuales y profesionales de las mujeres, que no sólo asumen la crianza de los hijos, sino también el cuidado de los ancianos.

Esto sucede en un contexto social centrado en la autonomía de las personas y en la libertad para tomar decisiones propias, de acuerdo con los valores y las preferencias de cada uno. Todo el sistema social, político y económico está basado en la presunción de que, superada la niñez y la adolescencia, somos seres con plena autonomía y será así siempre. Sin embargo, ello no es cierto, pues hay personas que necesitan ser cuidadas y que alguien ha de hacerlo se pone de manifiesto de forma reiterada; aunque parece ser que preferimos no afrontarlo y no pensar en ello.

Se tiende a creer que cualquier enfermedad o limitación será temporal y que la medicina nos curará y volveremos al estado de autonomía y plenitud previo. A pesar de que no siempre es así, ese es el tratamiento que por lo habitual damos a la enfermedad, a la discapacidad, a la fragilidad, al envejecimiento. Con esta finalidad se han creado hospitales y todo tipo de instituciones y residencias que desempeñan funciones valiosas para la sociedad, pero que, en algunos casos, no han logrado que la vida de las personas que acogen siga siendo plena y valiosa para ellas. Hemos logrado alargar los años de vida, pero no llenar de “vida los años”, como proponía el conocido lema.

Aspectos sociales

La esperanza de vida en el mundo occidental se ha elevado más y más; al mismo tiempo que la población crece de forma exponencial, la franja de mayores de 80 años aumenta

aún en mayor proporción. Los estudios demográficos señalan que la esperanza de vida crece unos tres meses por año —con una diferencia constante a favor de las mujeres— y que el aumento de la población de la tercera edad no se verá compensado por el nacimiento de nuevos niños en la misma proporción; este es uno de los mayores problemas a que se enfrentarán las sociedades occidentales en los próximos decenios.

Estos datos son relevantes para una sociedad más envejecida y en la que cada vez habrá menor número de jóvenes. El equilibrio de la sociedad descansa en el conjunto de sus miembros y para conseguirlo hay que evitar generar procesos de exclusión, contrarios al respeto a los Derechos Humanos. Por ello nuestra sociedad tiene la obligación de priorizar la prevención y el cuidado de la calidad de vida de los ancianos al mantener su autonomía, tan ligada a la dignidad de la persona. Valga de ejemplo la doble protección que se requiere establecer para garantizar la igualdad de acceso a las prestaciones a personas mayores sin *handicap* —la edad nunca debe ser determinante del acceso— y la necesidad de acciones especiales en los otros casos, como la prevención y el aumento de los servicios de geriatría y de la investigación clínica, básica y social en estos problemas.

Aunque se hayan hecho intentos para cuantificar y jerarquizar las prestaciones que el sistema debe otorgar, no se dispone de coeficiente alguno que indique qué parte del esfuerzo económico colectivo debe dedicarse a sufragar gastos sanitarios, a pesar de que se han llevado a cabo algunos intentos de priorizar las prestaciones de acuerdo con sistemas de participación democrática. Se trata de elecciones claramente políticas —en el mejor de los sentidos—, que deben estar precedidas por un debate social en realidad democrático. En uno de sus interesantes informes,³ el Comité Nacional de Ética francés señala de manera específica la dimensión ética que tienen las opciones en las políticas públicas de salud, ya que la priorización del gasto que se realiza y el establecimiento de un catálogo de las prestaciones que se otorgan tienen repercusiones determinantes para la salud y la calidad de vida de los individuos. Por ello se recomienda establecer procedimientos de resolución de conflictos, pues estos suelen producirse al colisionar las aspiraciones individuales y las necesidades colectivas. Ello no sólo entre las diversas partidas destinadas a salud, sino también entre lo destinado a salud y lo que se otorga a otros servicios y prestaciones que son igual de cruciales para el bienestar colectivo, como puede ser el caso de las prestaciones de jubilación y desempleo o de educación. Entre el personal de sanidad existe un importante debate sobre el cambio de los objetivos de la medicina en función del impacto de las aplicaciones de las biotecnologías sanitarias; a ese debate deberían sumarse los ciudadanos desde todos los campos profesionales y todos los sectores sociales. Porque los asuntos de la salud incumben a todos y las elecciones a tomar en este campo son decisiones colectivas y no sólo de técnicos.⁴

³ *Avis 57*, Comité Consultatif National d'Éthique pour les sciences de la vie et de la santé. Disponible en: <www.ccn-ethique.fr>.

⁴ Son de interés en este ámbito los dos informes del Comité de Bioética de Cataluña, “Recomendaciones a los profesionales sanitarios para la atención a los enfermos al final de la vida”, 2010, y “Recomendaciones del Comité de Bioética de Cataluña ante el rechazo de los enfermos al tratamiento”, 2010. Disponibles en: <<http://www.gencat.cat/salut/depsalut/html/es/dir89/spbioe00.htm>>.

Puede decirse que existe cierto consenso, al menos en lo que se refiere a priorizar las medidas que corrijan las desigualdades y permitan acceder a los ciudadanos más desfavorecidos a los servicios sanitarios. El problema estriba en ¿cómo hacerlo?, ¿hasta qué nivel de servicios?, ¿puede modularse la accesibilidad según modos de vida, edad o situaciones de exclusión? En el caso de las demencias seniles, por ejemplo, es importante la prevención, pero ¿cabe hablar de la misma manera de un derecho en el acceso a la prevención igual que en el disfrute de las terapias que hoy se consideran el aspecto central en las prestaciones sanitarias? ¿Existe un derecho a la educación sanitaria de los ciudadanos y, en ciertos aspectos, de los propios profesionales de la salud? Y bien sabemos que el aumento de la esperanza de vida y el mejor estado de salud de las personas se deben mucho a los tratamientos, pero aún más a las medidas higiénicas, al estilo de vida y a la alimentación.

Es constatable que —aun cuando se han iniciado procesos de cambio— en las historias clínicas y sociales se documenta poco la información referente a las preferencias de las personas mayores, ni siquiera en la designación de la persona de confianza; así mismo, son escasas las personas que otorgan voluntades anticipadas. De forma paradójica, disponemos de estándares para la evaluación de la salud y la seguridad, pero no contamos con métodos para evaluar el éxito de un centro para ayudar a “bien vivir” a sus residentes.⁵ La sobrevaloración de la seguridad sobre la libertad de opción y los márgenes de decisión de las personas parece dirigirse antes a tranquilizar a familiares y autoridades que a la calidad de vida de los implicados. Es sabido que reclamamos más seguridad para los demás y más libertad para uno mismo; el miedo a que los demás se equivoquen y “decidan mal” es el núcleo del paternalismo, no sólo médico sino familiar y social. Es frecuente que en los servicios de atención a las personas mayores se adopten también actitudes paternalistas, tanto por parte de los propios profesionales como de los cuidadores, que pueden anular la voluntad de la persona, en especial cuando está afectada de algún tipo de deterioro cognitivo, al producir en algunos casos una “incapacitación de hecho”, aunque se disponga de capacidades.

Asimismo, hay que tener en cuenta la desvalorización social del retiro y la jubilación. En una sociedad como la nuestra, que idolatra el consumo y la juventud, la marginación de la vejez, que por lo general además coincide con una baja del poder adquisitivo, es un claro peligro que debe ser tenido en cuenta. Aunque, en la actualidad, ya se hable de los nuevos consumidores *seniors* y se hayan creado y comercializado algunas formas culturales y de ocio pensadas para la edad de oro —gran eufemismo—, es evidente que a los ancianos en muchos casos se les aparta, lo que agrava su situación, pues es sabido que el aislamiento, la soledad, el no ejercitar las capacidades y la autonomía, genera más incapacidad y un envejecimiento mayor.

⁵ Atul Gawande, *Ser mortal*. Galaxia Gutemberg, 2015.

Decisiones individuales

Ocuparse de decidir por uno mismo en lo que concierne a la salud es un ejemplo de asunción de la autonomía; pero en el contexto descrito con anterioridad ¿qué puede hacer el ciudadano para preservar la autonomía, además de fomentar y participar en tales procesos y, si puede, incluso hacer un seguro que le garantice el acceso a todas las prestaciones necesarias?

Por lo habitual, los ancianos se incluyen en la categoría de “personas vulnerables”, tanto desde el punto de vista técnico como normativo. No parece conveniente insistir en la existencia de categorías distintas de personas vulnerables (niños, mujeres, personas que viven en la pobreza, personas con discapacidad, presos, etc.), más bien lo que hay son diferentes “capas de vulnerabilidad” que se pueden acumular en cada persona de modo tal que se incrementan las dificultades para ejercer plenamente la autonomía personal.⁶ Si se entiende la vulnerabilidad como un cúmulo de circunstancias que actúan como “capas” superpuestas, y no como categorías cerradas, es más fácil analizar las causas y, de esta manera, disminuir sus efectos negativos en las personas y colectivos afectados.⁷ Es por ello que ante el riesgo de que las personas mayores se vean perjudicadas en su desarrollo y en su integridad física y mental, en momentos, casos y circunstancias bien determinados, deben beneficiarse de una especial protección que les permita disfrutar en igualdad de los derechos y libertades fundamentales.

Apoyar y ayudar no faculta para sustituir, no obstante, se suele presuponer que buena parte de las personas mayores se encuentran en una situación de heteronomía y que, por tanto, precisan de la voluntad de otro que decida por ellos (los hijos u otras personas o instituciones), lo que se traduce en actitudes paternalistas y discriminatorias por razón de la edad. Es el llamado “edadismo”. Estas actitudes y conductas (de los familiares, de los profesionales y de los prestadores de servicios) causan un detrimento de la libertad de las personas mayores no siempre justificado. Preocupados por evitar que puedan hacerse cualquier tipo de daño tienden a establecer tanta vigilancia, controles y límites que se les anula y asfixia. Ello tiene su reflejo incluso en la normativa que prima por encima de todo a la “seguridad”. Es cierto que el ejercicio de la autonomía puede conllevar cierto riesgo, eso es siempre así y en todos los ámbitos; por ello, al menos al nivel de riesgo calculado, dicho ejercicio debería ser admitido y protegido en beneficio de la libertad y la dignidad de la persona.

En los debates sobre la autonomía de los ancianos, los temas sobre la familia y el entorno están muy presentes por la incidencia que tienen como facilitadores u obstructores de su ejercicio. Los familiares desarrollan diferentes roles que deben ser tenidos en cuenta en cualquier análisis ético que se efectúe sobre la toma de decisiones de las

⁶ Luna, F., “La declaración de la Unesco y la vulnerabilidad: la importancia de la metáfora de las capas”, en: Casado, M. (coord.), *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la Unesco*, Navarra: Aranzadi, 2009.

⁷ Véase: *Documento sobre bioética y discapacidad*, del “Observatorio de bioética y derecho” de la Universidad de Barcelona. Disponible en: <<http://www.publicacions.ub.edu/refs/observatoriBioEticaDret/documents/08056.pdf>>.

personas mayores. A menudo son un elemento clave para la atención, el equilibrio emocional y el desarrollo de la persona, pero también pueden convertirse en un freno, incluso un obstáculo, para el desarrollo de la autonomía personal. Así, la actitud de los familiares más cercanos puede ser de respeto y cuidado hacia las personas mayores de la unidad de convivencia, pero también puede darse el caso de que actúe en sentido contrario. Un ejemplo cotidiano puede verse en los procesos asistenciales, en el ámbito de la salud y los servicios sociales, cuando la información sobre el estado de la persona la recibe la familia, en especial el cuidador principal, con la justificación de que es para “protegerlo” y para evitar que “le afecte psicológicamente”. Este protagonismo de los adláteres se extiende hasta la misma toma de decisiones al sustituirla a lo largo de todo el proceso, a menudo sin el consentimiento, ni el conocimiento, de la persona mayor afectada.⁸

El respeto a la libertad de la persona y a los derechos de los pacientes adquiere una especial relevancia en el marco de las relaciones asistenciales; ámbito en el que la autonomía de la persona constituye un elemento central y cuyas manifestaciones más evidentes se plasman en la necesidad de suministrar información y de recabar el consentimiento sobre las actuaciones terapéuticas que se deseen recibir, o no. La exigencia del consentimiento informado junto a la posibilidad de otorgar un documento de voluntades anticipadas están modificando a profundidad la tradición en las relaciones sanitarias dentro de nuestra cultura impregnada por el paternalismo médico que privaba a las personas de algunos de sus derechos en cuanto se convertían en pacientes; actitud que aún pervive de manera evidente cuando se trata con personas mayores.

Por eso, poder decidir cuando se posee capacidad para ello, y establecer disposiciones anticipadas —o testamentos vitales— para cuando ya uno no pueda hacerlo, si llegara desafortunadamente el caso, es una de las conquistas de mayor relevancia de los últimos tiempos.⁹ En España, la Ley 14/2002 sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente y la documentación clínica regulan las voluntades anticipadas —instrucciones previas—. Al seguir lo establecido, el Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina, en vigor en nuestro país desde el 1º de enero de 2000, en su art. 9 instituye que: “Se tendrán en consideración los deseos expresados con anterioridad respecto a una intervención médica por un paciente que, en el momento de la intervención, no esté en condiciones de hacer saber su voluntad”.

Es preciso valorar de manera positiva esta voluntad de cambio en las relaciones asistenciales, aunque hay que tener en cuenta que una innovación de tal envergadura en

⁸ Véase: Casado, M. (coord.), *El Alzheimer: problemas éticos y jurídicos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002. Más específico, en relación con el diagnóstico precoz de dicha enfermedad, el capítulo “Asedio compasivo: el doble filo del cuidar” de Buxó, M. J. y Casado, M. en el libro *Bioética y género*, coord. Casado, M., Luna, F. y Vázquez, R. para la Corte Suprema de la Ciudad de México, Ed. Fontamara, 2014. Véase: Buxó, M. J. y Casado, M. “Sobre la banalidad del mal y los cuidados: del asedio compasivo al apoyo inteligente”, en *Revista Perspectivas Bioéticas*, año 20, no. 37-38, pp. 37-45, 2015. Disponible en: <<http://ojsbioetica.flacso.org.ar/index.php/pb/article/view/117/116>>.

⁹ Véanse: Royes, A., Casado, M. (coords.), *Repercusión e impacto normativo de los documentos del Observatorio de Bioética y Derecho sobre las voluntades anticipadas y sobre la eutanasia*, Observatorio de Bioética y Derecho, Barcelona, 2010, en el que se incluye un análisis de la normativa vigente tanto estatal como autonómica. Disponible en: <<http://www.publicacions.ub.edu/refs/observatoriBioEticaDret/documents/07894.pdf>>. Y asimismo, del año 2001, disponible en: <<http://www.publicacions.ub.edu/refs/observatoriBioEticaDret/documents/07907.pdf>>.

hábitos tan arraigados no tendrá lugar de forma rápida ni homogénea. Además, hay que tener presente que se requiere del empeño educativo de los responsables de las instituciones sanitarias, en especial de los comités de ética asistencial, así como de una decidida actitud de los ciudadanos en el ejercicio del derecho a tomar sus propias decisiones en estos campos. No pueden ignorarse tampoco las dificultades de carácter práctico que existen para que los documentos de voluntades anticipadas sean accesibles en los momentos y lugares en que se requiera conocer su existencia y su contenido. Por ello, conviene que se hagan llegar al centro sanitario en el que por lo general la persona es atendida y que se incorporen a la historia clínica. Además, para que la previsión establecida sea en verdad efectiva, conviene contar con un registro general de documentos de voluntades anticipadas o testamentos vitales que sea de fácil acceso a los profesionales sanitarios autorizados.

El testamento vital es un documento en el cual una persona manifiesta de manera fehaciente sus deseos sobre los tratamientos y actuaciones a los que no desea verse sometida, para anticipar el caso de que una enfermedad pudiese incapacitarle para expresarse por sí misma. Puede incluir, o no, la designación de una persona de la confianza del otorgante para que se encargue de interpretar el documento llegado el caso y para que cumpla la voluntad e incluso tome las decisiones pertinentes en el lugar de quien la designó. Los testamentos vitales y las disposiciones anticipadas pueden contener previsiones concretas sobre el rechazo a determinadas medidas, ser genéricos, o bien describir situaciones que la persona considera indignas y ante las cuales pide que no se haga nada o que se acelere la muerte —en este sentido suelen hacer una mención de acatamiento a la legislación vigente al respecto—. En el momento de otorgar el testamento vital se requiere plena capacidad y lucidez y, aunque puede firmarse ante testigos, se aconseja hacerlo ante notario para así darle mayor fuerza vinculante.

Recomendaciones efectuadas por el Grupo de Opinión del Observatorio de Bioética y Derecho

Para promover la toma de conciencia sobre las implicaciones bioéticas del proceso de envejecimiento, el Grupo de Opinión del Observatorio de Bioética y Derecho (OBD) analizó los aspectos bioéticos relacionados con la vulnerabilidad y las limitaciones de la autonomía que afrontan las personas mayores en su “Documento sobre envejecimiento y vulnerabilidad”.¹⁰ El trabajo toma como referencias básicas la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la Unesco, del año 2005, junto con la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la ONU en 2006. Ambos documentos comparten el enfoque de que cualquier disminución de la capacidad debe tratarse desde la perspectiva general del respeto y la promoción de

¹⁰ Véase: <http://www.publicacions.ub.edu/refs/observatoriBioEticaDret/documents/08532.pdf>, 2016, del Grupo de Opinión del Observatorio de Bioética y Derecho (OBD) Casado, M., Rodríguez, P. y Vilà, A. (coords).

los derechos humanos de las personas implicadas. Con base en esto, el OBD ha efectuado las propuestas y recomendaciones que se recogen a continuación:

En primer lugar señala la obligación de, por un lado, respetar la voluntad y las preferencias de las personas mayores en la toma de decisiones que les competen, puesto que es necesario velar por la dignidad y la autonomía —entendida como la capacidad de tomar las propias decisiones— de las personas mayores; y, por otro, de evitar el trato discriminatorio por razón de la edad, así como las actitudes paternalistas e infantilizadoras, ya que constituyen formas de maltrato.

Asimismo, se recomienda promover la toma de decisiones anticipadas de los ciudadanos, cuando aún son autónomos, sobre la forma de vida que desean para sus últimos años, en el momento que acaezca la fragilidad y vulnerabilidad que el proceso de envejecimiento conlleva de forma inexorable. Se trata de decidir qué forma de vida estiman digna las personas mayores al saber que esa etapa puede ser larga y debe ser “digna de ser vivida”, según la valoración del propio sujeto. Para ello, es necesario garantizar que puedan escoger su lugar de vida y cómo y con quién vivir, y que no se vean obligadas a hacerlo con arreglo a un sistema de vida específico.

En esta misma línea, el documento recomienda promover la adopción de documentos de voluntades anticipadas para establecer qué tratamientos desea cada uno recibir, o no, y en qué condiciones, así como reforzar la información sobre el resto de los instrumentos de autoprotección legal que existen. Se trata de fomentar en especial la designación de un representante para que ayude en la toma de decisiones cuando el sujeto no pueda hacerlo por sí mismo; de reforzar la información sobre la existencia del Documento de Voluntades Anticipadas, y de promover la incorporación en las historias clínicas de los valores y preferencias de las personas atendidas, a fin de coadyuvar a la toma de decisiones. Por su parte, las recomendaciones del documento hacen énfasis en la conveniencia de sensibilizar a la sociedad y a la administración para que asuman y promuevan una cultura de respeto y de reconocimiento hacia las personas mayores. Es necesario educar en el respeto a la dignidad de éstas, de forma que el proceso formativo de los jóvenes contribuya a la solidaridad intergeneracional.

Para finalizar, con respecto a las personas mayores con capacidad jurídica modificada se debe asegurar que las sentencias de modificación de la capacidad de éstas sean individualizadas, flexibles y temporales, y exigir establecer una regulación específica para garantizar la idoneidad de los ingresos involuntarios tanto en centros asistenciales como residenciales. Todo ello obliga a los poderes públicos a facilitar el ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales, además de evitar cualquier discriminación y promover los ajustes razonables que permitan a las personas afectadas el ejercicio de los mismos.

Reflexión final

En la actualidad la situación de las personas mayores, conforme devienen frágiles y vulnerables, dista mucho de ser la que desearíamos para nosotros mismos cuando aún

estamos en plena posesión de nuestras facultades, tanto si permanecen en sus domicilios como si se acogen a cualquiera de los sistemas de institucionalización existentes. No obstante, existe escasa conciencia de esta situación, debido a que sigue siendo un tabú. Evitar afrontar el tema no es una buena estrategia, ya que lo único que impide que llegue la decrepitud es que llegue antes la muerte.¹¹ Por ello, las políticas públicas deben orientarse a la adaptación de toda la sociedad al paulatino envejecimiento y enfocarlo de forma activa.¹² Vale la pena explicitar que ni las administraciones ni los individuos se hallan dispuestos de manera adecuada para asumir el impacto del envejecimiento, ni los cambios que la biotecnología está introduciendo en el mundo de la sanidad y sus enormes implicaciones económicas. Con la coartada de la crisis económica tampoco parecen dispuestos a comprometerse de forma activa con la necesidad de generar políticas públicas que los prevean y que jueguen en beneficio de todos los miembros de la sociedad.

Ante esta situación, la Bioética y el Derecho deben proponer líneas de actuación, aun en el territorio de la incertidumbre y del riesgo. Ya existen las bases ético-jurídicas para la aproximación al problema: nos las suministran los principios constitucionales y los Derechos Humanos, que tienen el necesario arraigo en la sociedad y que proporcionan criterios para abordar los nuevos problemas, aunque no siempre exista un desarrollo normativo específico en todos los países.¹³ A la hora de adoptar las decisiones jurídicas en este campo se deben tomar en consideración dos grupos de cuestiones, en difícil y delicado equilibrio: por una parte, la garantía de una atención digna y no discriminatoria por razones de edad ni de pronóstico, que además tenga en cuenta el hecho de que las sumas que se dedican a salud representan una partida sustancial en todos los países. Y, por otra parte, propiciar políticas que tiendan a la adopción de previsiones individuales al respecto.



¹¹ Casado, M., “Cuestiones bioéticas entorno al envejecimiento”, en *Revista Bioética* del CFM de Brasil, v. 19, n. 3, 2011.

¹² Ley n° 2015-1776, 28 de diciembre de 2015 relativa a la adaptación de la sociedad al envejecimiento, en vigor desde 5 de agosto de 2016. Disponible en: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cid>>.

¹³ Casado, M., “La bioética como soporte al derecho para regular la biotecnología”, en *Revista Catalana de Dret Públic*, no. 36, 2008, pp. 55-78.

JURÍDICA IBERO NACIONAL



CONSIDERACIONES EN TORNO A LA EFECTIVIDAD DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO ADVERSARIAL EN MÉXICO



Arturo Luis Cossío Zazueta¹

Resumen

El sistema penal acusatorio se aplica en todo el país desde el 18 de junio de 2016. El presente texto se refiere a los resultados de su aplicación en la Ciudad de México, tanto a nivel local como federal. Se busca saber si ha sido efectivo. Para ello se hace referencia a los mecanismos alternativos de solución de conflictos, a la terminación anticipada del proceso y a los criterios de oportunidad por ser mecanismos que pueden provocar impunidad en la operación del sistema. Para saber si el procedimiento penal ha logrado el cumplimiento de sus fines es necesario hacer referencia a los mismos. Sólo con la aplicación de los mecanismos diversos previstos por la ley se consigue el esclarecimiento de los hechos, la protección al inocente, que el culpable no quede impune y que se repare el daño, y con todo ello se puede afirmar que el sistema funciona de manera adecuada.

Palabras clave: procedimiento penal acusatorio, soluciones alternativas de conflictos, terminación anticipada del proceso, reparación del daño, impunidad, sistema de justicia penal, efectividad del procedimiento penal.

Abstract

The accusatory criminal system has been applied throughout the country since June 18, 2016. The present text refers to results in its application in Mexico City. It seeks to know if it has been effective. For this, reference is made to alternative dispute resolution

¹ Profesor de Carrera en el Área de Ciencias Penales en la Facultad de Derecho de la UNAM.

mechanisms, early termination of the process, and opportunity criteria as mechanisms that may lead to impunity in the operation of the system. To find out if criminal proceedings has achieved the fulfillment of its purposes is necessary to refer to them. Only if the application of the various mechanisms provided for by the law can clarify the facts, protect the innocent, ensure that the guilty party does not go unpunished, and repair the damage, it can be said that the system works properly.

Key words: *accusatory criminal procedure, alternative dispute resolution, early termination of the process, reparation of damage, impunity, criminal justice system, effectiveness of criminal procedure.*

I. Introducción

El 18 de junio de 2008 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM en adelante) en materia de Seguridad y Justicia Penal, por la que se establece, entre otros temas, que el procedimiento penal será acusatorio y oral, inclusive las reglas que lo rigen y los principios que lo orientan. A ocho meses de la operación en todo el país del sistema de enjuiciamiento penal mencionado, es momento de hacer un balance respecto a la efectividad de su implementación. Es conveniente tener claridad en que en toda la república es aplicable el modelo nuevo de justicia penal; pero que el inicio de vigencia de la reforma constitucional y del Código Nacional de Procedimientos Penales² (CNPP en adelante) fue gradual. Así, el 18 de junio de 2016 comenzó la vigencia en todo México, pero ya se instauraban los procedimientos penales conforme al modelo acusatorio en varias entidades del país, tanto en el ámbito local como en el federal.

La modificación a la CPEUM estaba prevista que fuera escalonada y se encontraba condicionada a que se hubieran realizado las adecuaciones necesarias al ordenamiento jurídico para permitir su funcionamiento. Se dispuso que el inicio de la vigencia tuviera como límite máximo un plazo de ocho años, a partir de la publicación del decreto, pero podría iniciar antes si se tenía la adecuación normativa mencionada. Los artículos transitorios 2° y 3° del decreto por el que se reformaron y adicionaron diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación (DOF en adelante) el día 18 de junio de 2008, establecen, en lo conducente:

Segundo. **El sistema procesal penal acusatorio** previsto en los artículos 16, párrafos segundo y decimotercero; 17, párrafos tercero, cuarto y sexto; 19; 20 y 21, párrafo séptimo, de la Constitución, **entrará en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin exceder el plazo de ocho años**, contando a partir del día siguiente de la publicación de este Decreto.

² Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 5 de marzo de 2014.

En consecuencia, la Federación, los Estados y el Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, deberán **expedir y poner en vigor las modificaciones u ordenamientos legales que sean necesarios a fin de incorporar el sistema procesal penal acusatorio**. La Federación, los Estados y el Distrito Federal adoptarán el sistema penal acusatorio en la modalidad que determinen, sea regional o por tipo de delito.

En el momento en que se publiquen los ordenamientos legales a que se refiere el párrafo anterior, los poderes u órganos legislativos competentes deberán emitir, asimismo, una declaratoria que se publicará en los órganos de difusión oficiales, **en la que señale expresamente que el sistema procesal penal acusatorio ha sido incorporado en dichos ordenamientos y, en consecuencia, que las garantías que consagra esta Constitución empezarán a regular la forma y términos en que se substanciarán los procedimientos penales**.

Tercero. **No obstante lo previsto en el artículo transitorio segundo, el sistema procesal penal acusatorio** previsto en los artículos 16, párrafos segundo y decimotercero; 17, párrafos tercero, cuarto y sexto; 19, 20 y 21, párrafo séptimo, de la Constitución, **entrará en vigor al día siguiente de la publicación del presente Decreto en el Diario Oficial de la Federación, en las entidades federativas que ya lo hubieren incorporado en sus ordenamientos legales vigentes**, siendo plenamente válidas las actuaciones procesales que se hubieren practicado con fundamento en tales ordenamientos, independientemente de la fecha en que éstos entraron en vigor. **Para tal efecto, deberán hacer la declaratoria prevista en el artículo transitorio Segundo**.³(El resaltado es propio).

De las disposiciones de tránsito invocadas se desprende que la vigencia de la reforma constitucional tenía como límite el de ocho años, contados a partir de la publicación en el DOF. Así mismo, la modificación constitucional podía entrar en vigor antes del plazo máximo siempre que se hubieran hecho las adecuaciones a las disposiciones necesarias para la implementación del sistema. Para tal efecto se tendría que emitir, por el órgano legislativo competente, la declaratoria de incorporación a que se refiere el artículo 2º transitorio, una vez que se hubiera realizado la modificación a todas las normas jurídicas necesarias para la implementación del sistema.

No obstante lo anterior, el sistema procesal penal acusatorio empezó a operar en varias entidades (tanto a nivel federal como del fuero común) con anticipación respecto del plazo de ocho años, en algunos casos con ordenamientos locales, en otros con el CNPP, expedido por el H. Congreso de la Unión en ejercicio de la facultad que se le otorgó para legislar en forma exclusiva para toda la república en materia procedimental penal.⁴ Sin embargo, no se había hecho la adecuación legislativa necesaria para su implementación. Tan no se habían modificado las disposiciones jurídicas necesarias que, el 17 de junio de 2016 (un día antes de la entrada en vigor en todo el territorio nacional del

³ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Disponible en: <<http://tinyurl.com/CPEUM180608>>.

⁴ Reforma a la Fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el DOF el 8 de octubre de 2013.

nuevo modelo procedimental), se publicó en el DOF la llamada Miscelánea Penal,⁵ en la que se incluyeron los cambios a las normas que se tenían que adecuar para que pudiera iniciar su vigencia en todo el país el CNPP, al incorporar el sistema acusatorio en donde todavía no tenía aplicación. Así, con anticipación a la Miscelánea Penal, se empezó a aplicar el CNPP y se dio vigencia al Sistema Acusatorio sin haber satisfecho los requisitos que la Constitución General de la República dispuso para tal efecto. Por lo anterior, se puede decir que hubo vicios en el inicio de la operación al haberse decretado la incorporación del sistema acusatorio al orden jurídico sin haber cumplido con el requisito de la adecuación normativa. Ese problema queda expresado sólo para alertar respecto de aspectos que pudieran afectar la validez y legitimación de los procedimientos instruidos antes de la incorporación correcta de las disposiciones aplicables.

En el presente texto no se pretenden explicar los distintos aspectos del procedimiento penal acusatorio adversarial, sino que se busca ver si se ha cumplido con los objetos que, para el actual sistema de enjuiciamiento, establece la Constitución General de la República. Ante la dificultad que representa conocer los datos específicos de todos los procedimientos penales iniciados en México, se buscó conocer los oficiales mediante consultas de información pública a la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, al Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal (hoy Ciudad de México), así como al Consejo de la Judicatura Federal y a la Procuraduría General de la República respecto al número de investigaciones iniciadas y los datos sobre las diferentes formas de terminación de los procedimientos. Con ello se intenta tener una referencia en cuanto a la efectividad del procedimiento penal ante esas autoridades y lograr una visión frente a los fines del proceso. Las principales fuentes de información son las respuestas recibidas de las autoridades consultadas, así como las normas que rigen los procedimientos, pues la finalidad del texto no es el desarrollo doctrinal del sistema acusatorio. Sólo para poder tener el panorama general para realizar la valoración de los resultados se harán algunos comentarios sobre puntos esenciales del procedimiento.

II. Procedimiento Penal Acusatorio Adversarial. Principios y objeto

El artículo 20 de la CPEUM, en su primer párrafo,⁶ dispone que el proceso penal, acusatorio y oral se rige por los principios de:

⁵ Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código Nacional de Procedimientos Penales; del Código Penal Federal; de la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública; de la Ley Federal para la Protección a Personas que Intervienen en el Procedimiento Penal; de la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la Fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación; de la Ley Federal de Defensoría Pública; del Código Fiscal de la Federación, y de la Ley de Instituciones de Crédito.

⁶ Artículo 20. "El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación".

- **Publicidad.** Es fundamental este principio, toda vez que permite que las audiencias que se celebren en un proceso penal sean conocidas por la sociedad, lo que asegura que al procesado no se le imparta justicia en forma aislada o furtiva; con lo que se brinda seguridad de que no habrá arbitrariedades por parte de la autoridad, que no se va a pretender procesar en forma indebida a una persona. Al juzgarse una causa en forma pública se tiene la seguridad de que la autoridad hará su trabajo de manera adecuada. Además, la sociedad puede verificar el funcionamiento del sistema, lo que lo hace más transparente y fortalece la lucha contra la corrupción.
- **Contradicción.** El procedimiento es adversarial, es decir, se debe permitir que cada parte pueda argumentar y oponerse a las peticiones de las otras, que las pruebas aportadas puedan ser controvertidas, todo ello en igualdad de condiciones.
- **Concentración.** Se busca un proceso ágil, eficaz, por lo que se incluyen varios actos procedimentales en las audiencias. Por ejemplo, en la audiencia inicial, en términos del CNPP, se puede realizar el control de legalidad de la detención, la formulación de la imputación, la respuesta a la misma, el debate respecto a la vinculación a proceso y en relación con medidas cautelares, y se señala el plazo para el cierre de la investigación.⁷
- **Continuidad.** Los actos procedimentales deben ser sucesivos dentro de cada audiencia, además de que las diligencias deben realizarse sin que transcurra mucho tiempo, al respetar la secuencia que facilite una mejor impartición de justicia.
- **Inmediación.** El órgano jurisdiccional debe tomar conocimiento directo de los alegatos y las peticiones que formulen las partes, de las pruebas que se desahoguen en la audiencia, pues con eso se permite resolver la controversia en forma adecuada, al incluir la valoración correcta de la prueba.

En el Apartado A, fracción I°, dicho dispositivo constitucional prevé que el proceso penal tiene como objeto:

- **Esclarecimiento de los hechos.** Es necesario conocer la verdad en relación con las acciones u omisiones que se sometan a la jurisdicción del juez. Siempre se ha buscado encontrar la verdad histórica y en ese sentido no hay cambio, pues debemos entender por dicha noción a la que en efecto aconteció.
- **Protección al inocente.** Debe verse en un doble aspecto: proteger a la víctima en forma integral (respeto a sus derechos y brindar seguridad para el caso que se requiera) y dar los elementos necesarios para que el imputado cuente con una efectiva posibilidad de defensa, que se respete en forma absoluta el debido proceso (derecho fundamental que no puede ni debe ser restringido).

⁷ Artículo 307. "Audiencia inicial. En la audiencia inicial se informarán al imputado sus derechos constitucionales y legales, si no se le hubiese informado de los mismos con anterioridad, se realizará el control de legalidad de la detención si correspondiere, se formulará la imputación, se dará la oportunidad de declarar al imputado, se resolverá sobre las solicitudes de vinculación a proceso y medidas cautelares y se definirá el plazo para el cierre de la investigación".

- **Que el culpable no quede impune.** El derecho penal busca proteger a la sociedad mediante la tutela de bienes jurídicos de relevancia para mantenerla en forma integrada y funcional. Es importante combatir la impunidad y así lo reconoce el texto constitucional. El derecho adjetivo penal debe propiciar que los delitos cometidos sean castigados en forma efectiva.
- **Que se repare el daño.** Se busca, en forma adecuada, que el procedimiento penal no se oriente sólo al aspecto punitivo. La reparación del daño es relevante, pues hablamos de un sistema de justicia restaurativa. No es simplemente que se intente obtener el resarcimiento de daños y perjuicios, se requiere lograr la restauración del tejido social, que se consiga que los involucrados no queden insatisfechos y el conflicto sin solucionar, más allá del tema patrimonial.

Todo procedimiento penal tendría que tramitarse orientado a cumplir con los objetos del proceso. Veremos más adelante, si existe un equilibrio al respecto.

III. Procedimiento, salidas alternas y terminación anticipada

El artículo 20 de la CPEUM nos brinda una descripción de diferentes aspectos que deben respetarse en el proceso penal al poner énfasis en el juicio oral; señala que deben aplicarse también en las audiencias preliminares. El CNPP regula la estructura del procedimiento penal⁸ al establecer que tiene tres etapas:

- **Investigación, con dos fases: la inicial y la complementaria.** La inicial es en la que el Ministerio Público y la Policía, con el auxilio de peritos, recaban datos de prueba que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y que existe la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión. La segunda es para que el Ministerio Público justifique la acusación o la petición de sobreseimiento una vez que cierre la investigación si existe sustento probatorio para alguna de estas actuaciones o bien, se solicite la suspensión del procedimiento en su caso. En términos del artículo 211 del CNPP, la investigación complementaria inicia con la formulación de la imputación y termina con el cierre de la investigación. Así, el auto de vinculación a proceso se dicta en dicha fase de la investigación, lo que señala porque, para varios aspectos relacionados con actuaciones que pueden llevar a soluciones alternas o de terminación anticipada del proceso, es una actuación relevante.

⁸ Artículo 211. "Etapas del procedimiento penal. El procedimiento penal comprende las siguientes etapas: I. La de investigación, que comprende las siguientes fases: a) Investigación inicial, que comienza con la presentación de la denuncia, querrela u otro requisito equivalente y concluye cuando el imputado queda a disposición del Juez de control para que se le formule imputación, y b) Investigación complementaria, que comprende desde la formulación de la imputación y se agota una vez que se haya cerrado la investigación; II. La intermedia o de preparación del juicio, que comprende desde la formulación de la acusación hasta el auto de apertura del juicio, y III. La de juicio, que comprende desde que se recibe el auto de apertura a juicio hasta la sentencia emitida por el Tribunal de enjuiciamiento...".

- **Intermedia, con una fase escrita y otra oral.** La primera, que inicia con la acusación, se desarrolla mediante las comunicaciones entre las partes e implica la posibilidad de pedir la aclaración de la acusación por parte de la víctima, de su asesor jurídico y de la defensa, además de que la víctima se puede constituir como coadyuvante. También debe realizarse el descubrimiento probatorio a cargo del Ministerio Público (que debe hacer del conocimiento de la defensa todos los elementos probatorios que conozca) y de la defensa (que debe comunicar al Ministerio Público todos los elementos probatorios que pretenda ofrecer para su desahogo en juicio). En la fase oral se realiza la audiencia intermedia en la que se resuelven los temas planteados que permitirán depurar los hechos y la admisión de las pruebas. Termina con el dictado de apertura de juicio oral.
- **Juicio, que es la etapa en que se resolverá la controversia.** Se incluye la formulación de alegatos (de apertura y clausura), el desahogo de pruebas, escuchar lo que el acusado tenga el deseo de manifestar. Se prevé que el tribunal de enjuiciamiento delibere y emita el fallo. Después procede la audiencia de individualización de sanciones (para el caso del fallo condenatorio) y la emisión de la sentencia.

Las etapas señaladas constituyen el procedimiento penal ordinario (junto con la posibilidad de impugnación), pero también se regulan figuras que permiten no llegar a la tramitación del juicio oral. Al respecto encontramos las siguientes instituciones.

Aplicación de criterios de oportunidad

Se faculta al Ministerio Público para que se abstenga del ejercicio de la acción penal, sin dejar de contemplar la reparación del daño a la víctima, es decir, dentro de los objetos del proceso mencionados se pone énfasis en la reparación del daño, toda vez que el Ministerio Público puede abstenerse del ejercicio de la acción penal, lo que supone un grado de impunidad pero privilegia el aspecto restaurativo del sistema. En relación con el punto que nos ocupa, Horvitz y López señalan: “El *principio de oportunidad* enuncia que el ministerio público, ante la noticia de un hecho punible o, inclusive, ante la existencia de prueba completa de la perpetración de un delito, está autorizado para no iniciar, suspender, interrumpir o hacer cesar el curso de la persecución penal, cuando así lo aconsejan motivos de utilidad social o razones político-criminales”.⁹ Al respecto, Duce y Riego señalan que “se trata de la facultad que se otorga a los fiscales para cerrar aquellos casos en los que, aun habiendo antecedentes para investigar o incluso acusar, se considere que los hechos son de una gravedad muy reducida y no comprometen gravemente el interés público”.¹⁰ Señala Cerda, en lo relativo al principio de oportunidad en

⁹ Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián, *Derecho procesal penal chileno*, México, Jurídica de Las Américas, 2008, p. 48.

¹⁰ Duce J. Mauricio y Riego R. Cristián, *Proceso penal*, México, Jurídica de las Américas, 2009, p. 212.

sentido estricto (en una acepción amplia se refiere a diferentes formas de soluciones alternas de conflictos, terminación anticipada y principio de oportunidad): “Consiste en la facultad de los fiscales del MP para no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada cuando se trate de un hecho que reviste caracteres de delito pero que no compromete gravemente el interés público, a menos que la pena mínima asignada al delito exceda la de presidio o reclusión menor en su grado mínimo (pena mínima en abstracto) o se trate de un delito cometido por un funcionario público en ejercicio de sus funciones (artículo 170, inciso 1º, CPP)”.¹¹ Alfredo Dagdug, del principio de oportunidad, dice:

El principio de oportunidad, implica que el ejercicio de la acción es un derecho o, en su caso, una facultad (atribución concedida por la ley)... El Ministerio Público también podrá optar por aplicar algún criterio de oportunidad, en este sentido, el CNPP establece la facultad (más no obligación) de que esta autoridad, aun en los casos donde derivado de las fuentes de prueba se determine que se ha cometido un hecho delictivo y que el inculpado ha participado de alguna forma en el mismo, pueda optar por no ejercer la acción penal pública (formalizar la imputación), por múltiples y variados criterios, tales como por razones de prevención especial, humanidad, utilidad procesal, economía, etcétera.¹²

Ortega explica el principio de oportunidad de la siguiente forma:

El principio de oportunidad es la facultad constitucional que le permite a la Fiscalía General de la nación, no obstante que existe fundamento para adelantar la persecución penal, suspenderla, interrumpirla o renunciar a ella, por razones de política criminal según las causales taxativamente definidas en la ley, con sujeción a la reglamentación expedida por el fiscal general de la Nación y sometido a control del juez de garantías.¹³

En el derecho patrio, el CNPP dispone que proceda esta facultad en los siguientes casos:

Artículo 256. Casos en que operan los criterios de oportunidad.

Iniciada la investigación y previo análisis objetivo de los datos que consten en la misma, conforme a las disposiciones normativas de cada Procuraduría, el Ministerio Público, podrá abstenerse de ejercer la acción penal con base en la aplicación de criterios de oportunidad, siempre que, en su caso, se hayan reparado o garantizado los daños causados a la víctima u ofendido.

La aplicación de los criterios de oportunidad será procedente en cualquiera de los siguientes supuestos:

¹¹ Cerda San Martín, Rodrigo, *Manual del sistema de justicia penal*, 2ª ed., Santiago, Librotecnia, 2010, p. 280.

¹² Dagdug Kalife, Alfredo, *Manual de derecho procesal penal*, México, Ubijus, 2016, p. 364.

¹³ Ortega Ribero Germán, *Diccionario del sistema penal acusatorio*, Bogotá, Temis, 2010, p. 285.

I. Se trate de un delito que no tenga pena privativa de libertad, tenga pena alternativa o tenga pena privativa de libertad cuya punibilidad máxima sea de cinco años de prisión, siempre que el delito no se haya cometido con violencia.

II. Se trate de delitos de contenido patrimonial cometidos sin violencia sobre las personas o de delitos culposos, siempre que el imputado no hubiere actuado en estado de ebriedad, bajo el influjo de narcóticos o de cualquier otra sustancia que produzca efectos similares.

III. Cuando el imputado haya sufrido como consecuencia directa del hecho delictivo un daño físico o psicoemocional grave, o cuando el imputado haya contraído una enfermedad terminal que torne notoriamente innecesaria o desproporcional la aplicación de una pena.

IV. La pena o medida de seguridad que pudiera imponerse por el hecho delictivo que carezca de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad ya impuesta o a la que podría imponerse por otro delito por el que esté siendo procesado con independencia del fuero.

V. Cuando el imputado aporte información esencial y eficaz para la persecución de un delito más grave del que se le imputa, y se comprometa a comparecer en juicio.

VI. Cuando, a razón de las causas o circunstancias que rodean la comisión de la conducta punible, resulte desproporcionada o irrazonable la persecución penal.

No podrá aplicarse el criterio de oportunidad en los casos de delitos contra el libre desarrollo de la personalidad, de violencia familiar ni en los casos de delitos fiscales o aquellos que afecten de manera grave el interés público.

Como puede apreciarse, los autores citados dejan ver que los criterios de oportunidad (principio de oportunidad en sentido estricto) deben existir en relación con delitos que tienen poca gravedad o que afecten poco al interés público, a diferencia de la regulación que hace el CNPP, que prevé supuestos muy amplios para el ejercicio de esta facultad.

Soluciones alternativas

El sistema acusatorio se concibe como una forma adecuada para cumplir con el derecho fundamental al debido proceso, establecido a favor de todos los gobernados en nuestro país. Se prevé, sin embargo, que no todos los hechos que pudieran ser constitutivos de delito lleguen al juicio oral. Ello para no saturar los órganos encargados de la procuración y la impartición de justicia. Además de los criterios de oportunidad que ya fueron comentados y del procedimiento abreviado, al que nos referiremos poco más adelante, el CNPP prevé que los acuerdos reparatorios y la suspensión condicional del proceso son las soluciones alternativas¹⁴ al proceso. Todas estas figuras son formas encaminadas a resolver los conflictos sin tener que tramitar todo el juicio, para permitir que se cumpla el aspecto restaurativo que debe caracterizar al procedimiento penal al ofrecer ventajas a los gober-

¹⁴ Artículo 184. "Soluciones alternativas. Son formas de solución alternativa del procedimiento: I. El acuerdo reparatorio, y II. La suspensión condicional del proceso".

gados (principalmente al inculpado), pues se puede evitar cumplir con sanciones como la privativa de la libertad (acuerdos reparatorios), evitar el proceso al cumplir con una serie de condiciones por un tiempo (suspensión condicional del proceso) o lograr una reducción de la pena (procedimiento abreviado). Por supuesto que estos beneficios quedan sujetos a que se repare el daño o se garantice su reparación.

En relación con los acuerdos reparatorios, Horvitz y López explican:

Esta institución procesal consiste, esencialmente, en un acuerdo entre imputado y víctima, en que el primero repara de algún modo que resulte satisfactorio para la segunda las consecuencias dañosas del hecho que se persigue penalmente y que, aprobado por el juez de garantía, produce como consecuencia la extinción de la acción penal.¹⁵

Cerda comenta que los acuerdos reparatorios:

Son salidas alternativas en cuya virtud el imputado y la víctima convienen formas de reparación satisfactorias de las consecuencias dañosas del hecho punible, requieren la aprobación del JG y que, una vez cumplidas las obligaciones contraídas o garantizadas debidamente a satisfacción de la víctima, producen como consecuencia la extinción de la acción penal.¹⁶

Sobre los acuerdos reparatorios, Dagdug afirma:

Los acuerdos reparatorios son aquellos celebrados entre la víctima u ofendido y el imputado, mismos que requieren ser aprobados por el Ministerio Público o el Juez de Control, de acuerdo con la etapa procedimental en la que se lleven a cabo. Dichos acuerdos reparatorios pueden ser de cumplimiento inmediato, o bien, de acuerdo con un plan de reparación que se podrá realizar durante un tiempo determinado. Pero sea cual fuese el acuerdo, una vez que se cumple el mismo, tendrá el efecto de la conclusión del procedimiento penal.¹⁷

Esparza y Silva dicen que “por acuerdo reparatorio se entiende la elaboración de un pacto celebrado en igualdad de condiciones entre la víctima u ofendido y el imputado, en el cual se logra establecer un convenio que permita una condena alternativa a la pena privativa de libertad”.¹⁸

El CNPP¹⁹ dispone que proceden desde que ha sido satisfecho el requisito de procedibilidad y hasta antes de que se dicte el auto de apertura de juicio oral. Esta forma de

¹⁵ Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián, *op. cit.*, pp. 568-569.

¹⁶ Cerda San Martín, Rodrigo, *op. cit.*, p. 291.

¹⁷ Dagdug Kalife, Alfredo, *op. cit.*, pp. 831-832.

¹⁸ Esparza Martínez, Bernardino y Silva Carreras, Alejandra, *Implementación del nuevo sistema de justicia penal*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2013, p. 27.

¹⁹ Artículo 187. “Control sobre los acuerdos reparatorios. Procederán los acuerdos reparatorios únicamente en los casos siguientes: I. Delitos que se persiguen por querrela, por requisito equivalente de parte ofendida o que admiten el perdón de

solución alterna de controversias es uno de los pilares sobre los que se sostiene la idea de la justicia restaurativa, pues, a través de mecanismos previstos en la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal (LNMASCMP en adelante), como la mediación,²⁰ la conciliación²¹ y la junta restaurativa,²² los interesados pueden dar por terminado un conflicto de forma que se restaure el tejido social.

Una vez expuesta una de las formas de solución alternativa de conflictos (acuerdos reparatorios), corresponde ahora referirnos a la suspensión condicional del proceso. Esta figura posibilita que el inculcado evite seguir el proceso con el cumplimiento de condiciones que fije el juez, siempre que repare el daño y así, con el paso del tiempo señalado, logre la extinción de la responsabilidad penal. Es una figura similar a la condena condicional (suspensión condicional de la ejecución de la pena) que, como beneficio para la persona que ha recibido una sentencia condenatoria, permite no cumplir con la sanción impuesta. La solución alterna a que nos referimos tiene la ventaja de que el imputado o acusado no tiene que esperar a que termine el proceso ni quedará con una sentencia en su haber.

Horvitz y López explican la suspensión condicional del proceso de la siguiente forma:

La suspensión condicional del procedimiento es un mecanismo procesal que permite a los fiscales del ministerio público, con el acuerdo del imputado y con la aprobación del juez de garantía, dar término anticipado al procedimiento cuando se cumplen ciertos requisitos previstos en la ley y se satisfacen determinadas condiciones fijadas por el juez, que permiten suponer que el imputado no volverá a ser imputado de un delito.²³

Por su parte, Duce y Riego señalan:

La suspensión condicional del procedimiento puede caracterizarse como una salida alternativa al proceso, en virtud de la cual se puede detener provisoriamente la persecución penal a favor de una persona imputada por un delito, quedando ella sometida, dentro de un determinado plazo, al cumplimiento de un conjunto de condiciones impuestas por el

la víctima o el ofendido; II. Delitos culposos, o III. Delitos patrimoniales cometidos sin violencia sobre las personas. No procederán los acuerdos reparatorios en los casos en que el imputado haya celebrado anteriormente otros acuerdos por hechos que correspondan a los mismos delitos dolosos, tampoco procederán cuando se trate de delitos de violencia familiar o sus equivalentes en las Entidades federativas. Tampoco serán precedentes en caso de que el imputado haya incumplido previamente un acuerdo reparatorio, salvo que haya sido absuelto”.

²⁰ Artículo 21. “Concepto. Es el mecanismo voluntario mediante el cual los Intervinientes, en libre ejercicio de su autonomía, buscan, construyen y proponen opciones de solución a la controversia, con el fin de alcanzar la solución de ésta. El Facilitador durante la mediación propicia la comunicación y el entendimiento mutuo entre los Intervinientes”.

²¹ Artículo 25. “Concepto. Es el mecanismo voluntario mediante el cual los Intervinientes, en libre ejercicio de su autonomía, proponen opciones de solución a la controversia en que se encuentran involucrados. Además de propiciar la comunicación entre los Intervinientes, el Facilitador podrá, sobre la base de criterios objetivos, presentar alternativas de solución diversas”.

²² Artículo 27. “Concepto. La junta restaurativa es el mecanismo mediante el cual la víctima u ofendido, el imputado y, en su caso, la comunidad afectada, en libre ejercicio de su autonomía, buscan, construyen y proponen opciones de solución a la controversia, con el objeto de lograr un Acuerdo que atienda las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas, así como la reintegración de la víctima u ofendido y del imputado a la comunidad y la recomposición del tejido social”.

²³ Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián, *op. cit.*, p. 552.

juez de garantía, al término del cual —si son cumplidas estas condiciones en forma satisfactoria— se extingue la acción penal y, si no lo son o se vuelve a imputar un nuevo delito, se revoca la medida reiniciándose la persecución penal.²⁴

Para Cerda, la suspensión condicional del proceso se explica de la siguiente manera:

Es un mecanismo procesal que permite a los fiscales del MP, con el acuerdo del imputado y con la aprobación del JG, dar término anticipado al procedimiento cuando se cumplan ciertos requisitos previstos en la ley y se satisfagan determinadas condiciones fijadas por el juez, que permiten suponer que el imputado no será objeto de imputación nuevamente.²⁵

Alfredo Dagdug afirma:

La suspensión condicional del proceso se va en aquellos supuestos en los que se formula un plan reparatorio del daño por parte del imputado y, además, se le imponen a este último una serie de medidas ordenadas por el Juez de Control para lograr la reinserción social del inculcado, en beneficio de la prevención especial consagrada en el artículo 18 de la CPEUM.²⁶

Sobre la suspensión condicional del proceso, Ortega dice:

El imputado o acusado, hasta antes de la audiencia de juzgamiento, podrá solicitar la suspensión del procedimiento a prueba, de la misma forma en que lo pueden hacer las personas simplemente imputadas, mediante solicitud oral en la que se manifieste un plan de reparación del daño y las condiciones que estaría dispuesto a cumplir.²⁷

Esparza y Silva explican, en relación con el tema que nos ocupa:

La suspensión consiste en un beneficio que se otorga al imputado, gracias al cual no se prosigue con el proceso penal siempre que éste cumpla con un plan de reparación por un tiempo determinado. Ello si se presume que no hay necesidad del mecanismo de la pena, y siempre que el acusado no se oponga y acepte su imputación.²⁸

De los conceptos citados se desprende que la suspensión condicional del proceso es una institución que evita llegar al juicio oral y al dictado de una sentencia en que se declare la responsabilidad de una persona, siempre que se trate de delitos que cumplan con lo preceptuado por la ley, se cumplan las obligaciones fijadas por el juez de control, se

²⁴ Duce J. Mauricio y Riego R. Cristián, *op. cit.*, p. 306.

²⁵ Cerda San Martín, Rodrigo, *op. cit.*, p. 284.

²⁶ Dagdug Kalife, Alfredo, *op. cit.*, p. 835.

²⁷ Ortega Ribero Germán, *op. cit.*, p. 295.

²⁸ Esparza Martínez, Bernardino y Silva Carreras, Alejandra, *op. cit.*, p. 27.

cumpla el plazo establecido y se repare el daño. La suspensión condicional del proceso procede desde el momento en que se ha dictado el auto de vinculación a proceso y hasta antes del dictado del auto de apertura de juicio oral.

Terminación anticipada del proceso

El procedimiento abreviado es la forma en que el CNPP reglamenta lo preceptuado por el artículo 20, apartado A, fracción VII²⁹ de la CPEUM, que prevé que procederá la terminación anticipada del proceso si el imputado reconoce su participación en el delito ante el juez, de forma libre e informada. El CNPP señala que el procedimiento abreviado puede abrirse una vez dictado el auto de vinculación a proceso y hasta antes de dictarse el auto de apertura de juicio oral. El juez al dictar sentencia debe estar conforme a lo acordado por el Ministerio Público y por el acusado, pues si bien no hay prohibición expresa que impida que se condene a una sanción menor, sí hay disposición que no le permite imponer una sanción distinta ni de mayor alcance a la acordada.³⁰ La disminución de la pena se debe ajustar a los límites de conformidad con lo ordenado por el CNPP.³¹

Cerda explica, en relación con el procedimiento abreviado:

Se trata de un procedimiento especial, de actas, que constituye una vía alternativa al juicio oral, en base a los registros que el MP ha reunido durante la instrucción, de naturaleza más eficiente que garantista, pues implica el sacrificio de notables derechos del acusado en pos de una salida más rápida y económica. Por lo mismo, supone un acuerdo entre el acusado y el fiscal, homologado en sede jurisdiccional, en virtud del cual el primero renuncia voluntariamente a un posible juicio oral y acepta expresamente los hechos materia de la acusación y los antecedentes de la investigación en que se funda; y el segundo solicita al JG la imposición de una pena que no exceda de 5 años. En el evento que la sentencia sea condenatoria, el Juez no puede imponer una pena mayor a la solicitada por el MP.³²

²⁹ Art. 20. “A...VII. Una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del inculcado, 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 inculcado cuando acepte su responsabilidad”.

³⁰ Artículo 206. “...No podrá imponerse una pena distinta o de mayor alcance a la que fue solicitada por el Ministerio Público y aceptada por el acusado...”.

³¹ Artículo 202. “...Cuando el acusado no haya sido condenado previamente por delito doloso y el delito por el cual se lleva a cabo el procedimiento abreviado es sancionado con pena de prisión cuya media aritmética no exceda de cinco años, incluidas sus calificativas atenuantes o agravantes, el Ministerio Público podrá solicitar la reducción de hasta una mitad de la pena mínima en los casos de delitos dolosos y hasta dos terceras partes de la pena mínima en el caso de delitos culposos, de la pena de prisión que le correspondiere al delito por el cual acusa. En cualquier caso, el Ministerio Público podrá solicitar la reducción de hasta un tercio de la mínima en los casos de delitos dolosos y hasta en una mitad de la mínima en el caso de delitos culposos, de la pena de prisión. Si al momento de esta solicitud, ya existiere acusación formulada por escrito, el Ministerio Público podrá modificarla oralmente en la audiencia donde se resuelva sobre el procedimiento abreviado y en su caso solicitar la reducción de las penas, para el efecto de permitir la tramitación del caso conforme a las reglas previstas en el presente capítulo”.

³² Cerda San Martín, Rodrigo, *op. cit.*, p. 692.

Dagdug manifiesta lo siguiente al hablar del procedimiento abreviado: “El procedimiento abreviado no es otra cosa que el inculpado confiese lisa y llanamente su participación, se solicite la apertura del juicio abreviado y, en tal virtud, el juez de control le imponga una sanción premial, esto es, una sentencia condenatoria reducida en los términos que establece el propio CNPP”.³³

En torno al procedimiento abreviado, Horvitz y López critican:

En este contexto, un sistema de enjuiciamiento criminal en el que el Estado ya no persigue el esclarecimiento de la verdad, sino que la terminación anticipada del procedimiento basada en un “consenso” entre partes desiguales se transforma inexorablemente en un sistema neo-inquisitivo... La pretendida igualdad de las partes al momento de la negociación es una ficción y la voluntad del imputado se encuentra viciada por la coacción.³⁴

Es importante tomar en cuenta la crítica pues, en efecto, se puede hablar de desigualdad entre las partes pero, sobre todo, sí puede haber un vicio de la voluntad en el acusado, ya que puede verse “obligado” a someterse a este procedimiento especial para evitar el riesgo de una pena alta cuando sea inocente.

El procedimiento ordinario cuenta con tres etapas que son: la investigación, la intermedia y el juicio oral. Durante las primeras dos etapas existe la posibilidad de no llegar a la tercera.

- El Ministerio Público durante la investigación y hasta antes de terminar la etapa intermedia (con el auto de apertura de juicio oral) puede acordar la aplicación de un criterio de oportunidad.
- Durante la investigación y hasta antes del auto de apertura de juicio oral las partes (en específico Ministerio Público³⁵ y defensa) pueden llegar a un acuerdo reparatorio.
- Desde el auto de vinculación a proceso y hasta antes del dictado del auto de apertura de juicio oral puede decretarse la suspensión condicional del proceso y la apertura del procedimiento abreviado.

Se entiende que si todos los asuntos llegaran a juicio oral el sistema colapsaría y sería ineficaz. Ello justifica que se busque solución a las controversias de otra forma, por lo que es válido que existan salidas alternas y la posibilidad de terminación anticipada del proceso. El problema es que tal vez se incurra en una excesiva cantidad de asuntos que se resuelvan de esa forma, sobre todo al atender a los objetos del proceso. No se critica

³³ Dagdug Kalife, Alfredo, *op. cit.*, p. 839.

³⁴ Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián, *op. cit.*, pp. 514-515.

³⁵ En el caso de la acción penal por particulares sería la víctima, toda vez que son aplicables las disposiciones del procedimiento ordinario en lo que no se opongan al procedimiento especial. Toda vez que no hay mayor regulación a partir del auto de vinculación a proceso se estima que proceden estos acuerdos.

la existencia de salidas alternas ni de la terminación anticipada del proceso, lo que se cuestiona es si los supuestos de los que proceden son muy amplios. Para tal efecto hay que tener presente que, de conformidad con el artículo 20 de la CPEUM, el procedimiento penal tiene como objeto la reparación del daño pero, también, que se esclarezcan los hechos, que el culpable no quede impune y que se proteja al inocente. De manera indudable, criterios de oportunidad, acuerdos reparatorios, suspensión condicional del proceso y el procedimiento abreviado están concebidos para cumplir con el aspecto de que el daño causado por el delito se repare, pero los demás aspectos podrían quedar sin lograrse.

IV. El procedimiento acusatorio en México, ¿fines cumplidos?

Si se parte de que, como ya se dijo, el proceso penal tiene por objeto el esclarecimiento de los hechos, que el culpable no quede impune, que se proteja al inocente y se repare el daño, el sistema acusatorio debe cumplir con ellos para que se considere exitoso en su aplicación. El derecho penal implica un sistema normativo que tiene como finalidad la prevención de conductas antisociales que afecten los intereses más valiosos para la colectividad. Para ello se prevé la aplicación de sanciones para los autores de los delitos. Por supuesto que no se pretende que la prevención se intente sólo mediante la aplicación de la ley penal. Esta rama del ordenamiento jurídico debe ser la última opción y debe limitarse a las conductas que en realidad lo ameriten.

Por lo anterior es necesario que, para que se considere que el proceso penal cumple con sus fines, el culpable en realidad no quede impune, por lo menos al hablar de los casos en general. En efecto, si el derecho penal se construye por la necesidad de sancionar las conductas que más pueden afectar al conglomerado social y si el sistema procedimental tiene como uno de sus fines que el culpable no quede impune, no debe dejar de sancionarse la mayor cantidad de los delitos cometidos, pues ello se traduce en impunidad. A mayor abundamiento, hay impunidad si la sanción que se fija para una conducta delictiva en la ley penal, y que se supone debe ser proporcional al delito cometido y al bien jurídico tutelado,³⁶ no se aplica. Si el legislador prevé la punibilidad para los delitos en consideración con el bien jurídico a proteger y la magnitud del ataque al mismo, por lo general se debería estar en los parámetros de la ley sustantiva. Si en la generalidad, o en una gran cantidad de los casos, se reduce la pena por acordarse el procedimiento abreviado, deja de sancionarse de conformidad con la afectación al bien jurídico tutelado que se ha lesionado o puesto en peligro. Asimismo, los acuerdos reparatorios permiten que en lugar de la punibilidad asignada por la norma para el tipo penal del que deriva el delito, esta se sustituya por una reparación de carácter patrimonial.

³⁶ El primer párrafo del artículo 22 de la CPEUM, *in fine*, dispone: "... Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado".

No es que no se reconozca la importancia de que se repare el daño, pero sí por ello se deja de aplicar la sanción prevista, sin duda estamos ante una forma de impunidad. En los casos de procedimiento abreviado hay una sanción de la misma clase que la ley prevé, pero ya no es en función del bien jurídico protegido; en cambio, en el caso de los acuerdos reparatorios se sustituye por el pago de la reparación de daño, pero hay por lo menos una consecuencia jurídica por la comisión del delito. En el caso de la suspensión condicional del proceso se repara el daño, pero no se puede llegar a considerar como sanción penal porque no se dictó una sentencia. En el caso de los criterios de oportunidad hay impunidad, salvo en la reparación del daño, por lo que estamos ante una situación similar a la de la suspensión condicional del proceso ante la falta de sentencia.

Es oportuno asentar que la disminución de la delincuencia no es uno de los fines del proceso, por lo menos no uno directo. Se puede decir que si se logra que el culpable no quede impune de forma indirecta se contribuye a que la incidencia delictiva sea menor, pero el sistema de enjuiciamiento acusatorio adversarial no se adoptó con ese fin. No obstante lo anterior, si el proceso penal no cumple con sus fines, con todos ellos, sí puede volverse un factor criminógeno, pues la impunidad, ya sea absoluta o relativa, puede llevar a un incremento de la comisión de delitos, por ser evitable en la mayoría de los casos la sanción prevista por la ley penal.

Es importante que haya un equilibrio entre los cuatro puntos que la CPEUM señala que son objeto del proceso penal, de lo contrario su implementación no será adecuada y generará problemas a mediano o largo plazo, como podrían ser el aumento de la delincuencia y la saturación de sistema.

A efecto de tener información oficial respecto a la operación del sistema, se hicieron solicitudes de información pública al Consejo de la Judicatura Federal, a la Procuraduría General de la República, al Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México y a la Procuraduría General de Justicia de la Ciudad de México. En respuesta a la solicitud de información pública número 0320000011117, el Consejo de la Judicatura Federal proporcionó los siguientes datos:

- Número de juicios orales que se han tramitado en el país desde el 24 de noviembre de 2014 (la respuesta es del 30 de enero de 2017): 1,631
- Número de sentencias condenatorias que se han dictado en juicio oral: 18
- Número de sentencias absolutorias que se han dictado en juicio oral: 12
- Número de procedimientos abreviados que se han tramitado: 955
- Número de procedimientos abreviados que se han resuelto: 951
- Número de autos de vinculación a proceso que se han dictado: 1209
- Número de autos de no vinculación a proceso que se han dictado: 359³⁷

Parece ser que hay confusión en la autoridad pues, al proporcionarse la información respecto del número de juicios orales que se han tramitado en el país se habla del juicio

³⁷ No se incluye la respuesta en relación con el número de autos en que se impuso la medida cautelar de prisión preventiva y del número de autos en que se impuso otra medida cautelar por no tener relación con el análisis del presente trabajo.

oral, que es la tercera etapa del procedimiento, como si fuera todo el procedimiento judicializado.³⁸ En efecto, se habla de 1,631 juicios orales y sólo 1,209 autos de vinculación a proceso, por lo que hay un error, pues no puede llegarse a un juicio oral (como etapa de decisión del conflicto) sin que se haya dictado un auto de vinculación a proceso. Así, debe entenderse que se refieren a procedimientos en que se pidió audiencia inicial, con independencia de que se haya dictado el auto de vinculación a proceso o no, o de que se haya llegado a un acuerdo reparatorio antes del auto de plazo constitucional. Sería alarmante que, si la información fuera correcta en cuanto a que se tramitaron 1,631 juicios orales (como tercera etapa de procedimiento) que sólo se hubieran dictado 30 sentencias. Ello implicaría que el sistema es en absoluto ineficaz a nivel federal.

No obstante, si se parte de que 1,631 casos son los que fueron llevados ante el juez, los datos siguen siendo preocupantes. Con 1,209 casos de vinculación a proceso, llegar a 30 sentencias y contar con 955 procedimientos abreviados iniciados, los siguientes porcentajes nos llevan a considerar pronunciarnos en cuanto al cumplimiento de los fines del proceso. Es decir que del número de procedimientos judicializados (juicios orales, según la respuesta), que son 1,631, se dictaron 30 sentencias, lo que equivale al 1.83% del total.

Del número de autos de vinculación a proceso que se dictaron, que son 1,209, sólo en 955 se decretó la apertura del procedimiento abreviado; lo que significa que un 78% de los asuntos llegaron a ser sancionados, pero con una pena reducida, no con la que la ley penal establece conforme al bien jurídico tutelado.

Como un dato que también es preocupante encontramos que la Procuraduría General de la República informó, en el comunicado de prensa 270/17³⁹ de fecha 16 de febrero de 2017, que se obtuvo, por su delegación en la Ciudad de México, la primera sentencia condenatoria en juicio oral (por delito federal). Si consideramos que el sistema penal acusatorio inició operaciones a nivel federal en el Distrito Federal (hoy Ciudad de México) el 29 de febrero de 2016, quiere decir que en más de un año sólo se ha logrado una sentencia condenatoria.

La Procuraduría General de la República proporcionó información al responder a la solicitud de información pública número 0001700013817, que es muy amplia y presentada por áreas, lo que hace que los números no sean por fuerza coincidentes en todas las áreas, como lo aclaran en el mismo documento, pues a veces los datos pueden repetirse por referirse al mismo evento o no coincidir por ser complementarios. Además, encontramos que hay áreas que informan respecto a periodos distintos. Por ello nos referiremos a los datos más generales.

La Coordinación de Planeación, Desarrollo e Innovación Institucional (Copladi) expresó los siguientes datos de procedimientos tramitados entre el 24 de noviembre de 2014 y diciembre de 2016:

³⁸ A partir de la audiencia inicial.

³⁹ Comunicado 270/17 de la Procuraduría General de la República. Disponible en: <<http://www.gob.mx/pgr/prensa/comunicado-270-17-ob-tiene-delegacion-de-pgr-en-cdmx-primera-sentencia-condenatoria-en-juicio-oral>>. Consultado el 19 de febrero de 2017 a las 19:43 horas

- Carpetas de investigación iniciadas en todo el país: 63,111
- Judicializadas (con auto de vinculación a proceso): 7,974
- No ejercicio de la acción penal: 8,501
- Resueltos por medios alternativos de solución de controversias (acuerdos reparatorios): 164
- Asuntos en que se aplicó un criterio de oportunidad: 33

La Subprocuraduría Regional de Procedimientos Penales y Amparo (Scrppa), respecto a los procedimientos de su competencia (delegaciones estatales), de acuerdo al mismo lapso, proporcionó los siguientes datos:

- Carpetas de investigación iniciadas en todo el país: 55,925
- Con auto de vinculación a proceso: 7,874
- Procedimientos en que se ha resuelto la suspensión condicional del proceso: 94
- Procedimientos en que se ha resuelto por acuerdos reparatorios: 2,004
- Órdenes de aprehensión solicitadas: 558
- Órdenes de aprehensión obtenidas: 497

Al considerar estas dos áreas de la Procuraduría General de la República encontramos que no coinciden los datos. Esto puede explicarse con facilidad si pensamos en que, por ejemplo, la diferencia entre el número de investigaciones iniciadas se debe a que la información de Copladi incluye otras dependencias de la estructura de la institución, por lo que a los datos que proporciona la Scrppa habría que sumar las de otras subprocuradurías, fiscalías, etcétera. Sin embargo, sí resalta el dato referente a los acuerdos reparatorios, pues la primera dice que, en el mismo lapso, hubo 164 y la segunda informa que se realizaron 2,004. Reiteramos que, en su respuesta, la propia Procuraduría General de la República hace valer que los datos no coincidentes no implican que la información sea contradictoria.

Al analizar los datos mencionados encontramos que, según Copladi, del total de investigaciones iniciadas sólo se dictó el auto de vinculación a proceso en el 12% de los casos, ya que existen 13.46% de procedimientos en los que se determinó el no ejercicio de la acción penal. De los datos de la Scrppa se desprende que se consiguió que se dictara el auto de vinculación a proceso en el 14.07% de los casos. En ese sentido, destaca que del total de investigaciones iniciadas, sólo en el 0.99% de los casos se solicitó orden de aprehensión y en un 0.88% se obtuvo dicho mandamiento, lo que representa que la mayor efectividad se presentó con detenciones en flagrancias o urgencia; aunque no se incluye ese dato en el informe, se deduce por la diferencia entre órdenes libradas (y no necesariamente cumplidas) respecto del número de autos de vinculación a proceso. Los acuerdos reparatorios equivalen a un 3.58% del total de procedimientos iniciados.

En el ámbito local, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México al responder a la solicitud de información pública número 6000000000817 nos dice:

- Número de juicios orales que se han tramitado en la Ciudad de México: 43
- Número de sentencias condenatorias: 19

- Número de sentencias absolutorias: 9
- Número de procedimientos abreviados que se han tramitado: 379
- Número de autos de vinculación a proceso que se han dictado: 5,364
- Número de autos de no vinculación a proceso que se han dictado: 338⁴⁰

Se desprende que del total de procedimientos en que se ha dictado el auto de vinculación a proceso sólo en el 0.52% se ha llegado a sentencia en juicio oral. Se dictó sentencia condenatoria en el 0.35% de los casos y se tramitó el procedimiento abreviado en el 7.06%. De nuevo vemos que el porcentaje de asuntos en que se resuelve el conflicto por procedimiento abreviado es mucho mayor que el de los que llegan y se resuelven en juicio oral.

La Procuraduría General de Justicia de la Ciudad de México respondió a la solicitud de información número 0113000003517 con datos proporcionados por diversas áreas de la dependencia. El problema aquí es mayor, pues dichos datos no coinciden en los mismos periodos; hay casos en que se desprende que unidades operan desde distintos tiempos por lo que no sería válido hacer un ajuste arbitrario para obtener cifras únicas. Nos referiremos sólo a un aspecto que se considera relevante para los fines del presente texto.

La Dirección General de Política y Estadística Criminal señala que del 16 de enero de 2015 al 31 de diciembre de 2016 se iniciaron un total de 206,075 carpetas de investigación. Al relacionar las cifras que proporcionaron las autoridades de la Ciudad de México consultadas, con la salvedad de que podrían no ser en su totalidad coincidentes los parámetros temporales a que se refieren, podemos encontrar los siguientes aspectos:

Procuraduría General de Justicia de la Ciudad de México	Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México	Porcentaje respecto al total de asuntos
Número de carpetas de investigación iniciadas: 206,075	Número de autos de vinculación a proceso dictados: 5,364	2.60%
Número de carpetas de investigación iniciadas: 206,075	Número de juicios orales: 43	0.020%
Número de carpetas de investigación iniciadas: 206,075	Número de sentencias dictadas en juicio oral: 28	0.013%
Número de carpetas de investigación iniciadas: 206,075	Número de sentencias condenatorias dictadas en juicio oral: 19	0.009%
Número de carpetas de investigación iniciadas: 206,075	Número de sentencias absolutorias dictadas en juicio oral: 9	0.004%
Número de carpetas de investigación iniciadas: 206,075	Número de procedimientos abreviados tramitados: 379	0.18%

⁴⁰ No se incluye la respuesta en relación con el número de autos en que se impuso la medida cautelar de prisión preventiva y del número de autos en que se impuso otra medida cautelar por no tener relación con el análisis del presente trabajo.

Los datos se consideran poco alentadores, ya que hay muy pocos asuntos que llegan a juicio. Si bien se reconoce que no todos los hechos denunciados implican de forma necesaria la comisión de delitos, se estima muy reducido el número de asuntos en que se ha llegado a la sentencia condenatoria frente a la percepción de inseguridad (y de la gran cantidad de delitos con probabilidad cometidos). Se reconoce que en los procedimientos abreviados el sentenciado sí recibe una pena, pero hay que pensar que a causa de la reducción es muy probable que pueda obtener beneficios, por los cuales ya no tenga que cumplirla, además de lo expuesto en cuanto a la impunidad parcial que deriva de la no aplicación de la punibilidad establecida en la norma de acuerdo con el bien jurídico tutelado.

V. Conclusión

Es evidente que el número de procesos que han llegado a juicio oral, de conformidad con la información oficial recibida, es reducido; se entiende como juicio oral la etapa deliberativa y de resolución del proceso. Ello en principio por la gran cantidad de procedimientos abreviados que se han tramitado (y sin tomar en cuenta los acuerdos reparatorios que se hayan logrado en la etapa de investigación inicial y hasta antes del dictado del auto de vinculación a proceso, pues no figuran en la estadística recibida). Sin embargo, si consideramos el número de sentencias dictadas frente al número de autos de vinculación a proceso emitidos o investigaciones iniciadas, encontramos que el sistema no cumple respecto al fin específico de combate a la impunidad. Si bien es cierto que en los otros casos, es decir, los que se han tramitado como procedimiento abreviado, sí hay sanción, la reducción implica que no se aplica la pena en función del delito cometido y el bien jurídico protegido, que en alguna medida representa una forma de impunidad, es una impunidad relativa. Lo mismo ocurre si se carga la solución de los conflictos sólo hacia la reparación del daño.

Se insiste en que no se desea que todo llegue a juicio oral, pero tampoco debe ser tan poco lo que se sancione de conformidad con la punibilidad establecida por el legislador en función del fin preventivo del derecho penal. El andamiaje jurídico que rige el procedimiento penal en México, en específico el CNPP, permite que se recurra en muy diversos supuestos a mecanismos alternativos de solución de conflictos (acuerdos reparatorios y suspensión condicional del proceso), que se pueda dar por terminado en forma anticipada el proceso y que se ejerciten criterios de oportunidad. Debe pensarse en una modificación para limitarlos, al considerarse aplicables a casos de afectación a intereses particulares y de poca gravedad. De esa forma se puede desahogar al sistema para no colapsarlo, sin provocar que conductas que pudieran afectar al interés público en forma sería queden impunes o sancionadas con penas cuya reducción suponga una impunidad parcial. La no aplicación generalizada de las penas puede llegar a constituir un factor criminógeno a largo plazo, hay que estar alertas.

Bibliografía

- CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo. *Manual del sistema de justicia penal*. 2ª ed. Santiago: Librotecnia, 2010.
- DAGDUG KALIFE, Alfredo. *Manual de derecho procesal penal*. México: Ubijus Editorial, S.A. de C.V e Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2016.
- ESPARZA MARTÍNEZ, Bernardino y SILVA CARRERAS, Alejandra. *Implementación del nuevo sistema de justicia penal*. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2013.
- HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho procesal penal chileno*. México: Editorial Jurídica de Las Américas, 2008.
- ORTEGA RIBERO, Germán, *Diccionario Del Sistema Penal Acusatorio*. Bogotá: Temis, 2010.
- DUCE J., Mauricio y RIEGO R., Cristián, *Proceso penal*. México: Editorial Jurídica de las Américas, 2009.

Normatividad

- Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal. Disponible en: <<http://tinyurl.com/LNMASCMP>>. Consultada el 12 de junio de 2017 a las 17:10 hrs.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (2008). Disponible en: <http://tinyurl.com/CPE_UM180608>. Consultada el 12 de junio de 2017 a las 17:34 hrs.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (al 24 de febrero de 2017). Disponible en: <<http://tinyurl.com/constitucionmex>>. Consultada el 12 de junio de 2017 a las 17:13 hrs.
- Código Nacional de Procedimientos Penales. Disponible en: <<http://tinyurl.com/codigonalpp>>. Consultado el 12 de junio de 2017 a las 17:14 hrs.

Otras fuentes

- Respuesta emitida por la Dirección para el Trámite de Solicitudes de Acceso a la Información. Unidad de Transparencia del Consejo de la Judicatura Federal a la solicitud de información pública número 0320000011117.
- Respuesta emitida por la Unidad de Transparencia y Apertura Gubernamental de la Procuraduría General de la República a la solicitud de información pública número 0001700013817.
- Respuesta emitida por el área de Transparencia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México a la solicitud de información pública número 600000000817.

Respuesta emitida por la Subdirección de Control de Procedimientos y Responsable Operativo de la Unidad de Transparencia de la Procuraduría General de Justicia de la Ciudad de México a la solicitud de información pública número 01130000 03517.



REFLEXIONES SOBRE EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES



Gilberto Santa Rita Tamés

I. Consideraciones preliminares

La entrada en vigor del nuevo sistema penal acusatorio ha sido uno de los acontecimientos jurídicos más relevantes de las últimas décadas. De acuerdo con la reforma al sistema, a partir del 18 de junio de 2008, todos los estados y la federación contarían con un plazo de ocho años para legislar y poner en marcha el sistema acusatorio-adversarial (18 de junio de 2016). El cambio de paradigma de un sistema mixto (fusión entre la vertiente inquisitiva y acusatoria) a uno en su totalidad acusatorio se pronosticaba complejo y así ha sido a casi un año de su entrada en vigor.

Gran parte de los problemas que poseen las reformas innovadoras radican en pensar que la labor legislativa es el final del camino cuando es sólo su inicio. La vida social no cambia al reformar leyes, sino al aplicar los principios y las normas a la vida cotidiana. En este sentido, el Código Nacional de Procedimientos Penales (en adelante CNPP) implicó una enorme inversión por parte del Estado mexicano en aras de librarse de un paradigma vertical, autoritario, desequilibrado y violatorio de los derechos humanos (sistema de procesamiento mixto). El problema radica en que cambios tan abruptos implican un importante desembolso de recursos humanos, intelectuales y materiales. En pocas palabras, la adopción del sistema acusatorio adversarial ha sido una de las empresas más costosas para el México de los últimos años. Por ejemplo: durante los primeros seis meses se invertieron 4 mil 182 millones 317 mil 985 pesos en diversos rubros para su implementación. Se ha tenido que “construir” el nuevo sistema, desde juzgados, modificaciones en las agencias del Ministerio Público, hasta la capacitación de jueces, fiscales, defensores, asesores y litigantes a niveles federal y local. El nuevo derecho procesal penal mexicano también introdujo nuevos principios en el llamado derecho penal constitucional (*lato sensu*).¹

¹ En referencia a los principios rectores del sistema contenidos en el artículo 20 apartado A de la Constitución.

Pero la reforma llegó aún más lejos; las universidades se vieron en la necesidad de ponerse al día a través de modificaciones en el contenido de las asignaturas, así como en adaptar su propia infraestructura. La Universidad Iberoamericana, campus Ciudad de México-Tijuana, fue de los primeros centros de estudio con un aula especial de juicios orales (desde el año 2012 e inaugurada por la entonces Procuradora General de la República, Marisela Morales Ibáñez).

Desde la perspectiva teórico-práctica, la asunción de un nuevo sistema donde las partes pueden dialogar con libertad y encontrar salidas diversas a los conflictos lleva consigo una meta mucho más ambiciosa; un cambio, un verdadero giro de tuerca que permita a la sociedad mexicana transitar de una cultura del conflicto a una del diálogo. Desde hace varias décadas, la sociedad mexicana se ha olvidado de “la palabra” para solucionar los diversos conflictos sociales de un país en vías de desarrollo. El clima de violencia en todo el país (desde la delincuencia más sencilla hasta la macro criminalidad) ha arrinconado a la ciudadanía, al relegarla a un mero papel de espectadora. El sistema acusatorio obliga a participar en el conflicto. Se crea un nuevo espacio para ejercer una auténtica lid jurídica (discusión racional), una batalla argumentativa en igualdad de condiciones frente al agente del Ministerio Público, juez, asesor jurídico de la víctima o el defensor. Las partes gozan de un sano equilibrio en igualdad de armas y todas sus actuaciones, declaraciones y diligencias serán de buena fe. En términos muy simples es volver a empezar a hablar entre ciudadanos, aunque el diálogo haya sido motivado por un fenómeno delictivo.

Desde un punto de vista general, el cambio fue bueno. La codificación procesal anterior poseía una serie de problemas que volvían inoperantes los elevados valores de los derechos humanos. Existían figuras procesales que llegaron a caer en absurdos irracionales como el careo supletorio; con ello comenzamos las siguientes reflexiones. La aproximación que se realizará a continuación constituye una descripción de aquellas cuestiones que parecen ser positivas contra aquellas que preocupan dentro de los márgenes del nuevo sistema acusatorio-adversarial.

II. Un caótico punto de partida

La práctica forense tradicional implicaba el desarrollo de un debate escueto entre las pretensiones del Ministerio Público y la defensa privada o pública. Un problema que encontraban los abogados postulantes radicaba en que el principio de “igualdad de armas” era inexistente, por una sencilla razón: el agente del Ministerio Público tenía fe pública en las diligencias de la averiguación previa. Los máximos tribunales de la República buscaron darle legitimidad a ese hecho a partir de razonamientos como el que se transcribe:

MINISTERIO PÚBLICO. NO SE ROMPE EL EQUILIBRIO PROCESAL POR EL HECHO DE DAR EFICACIA PROBATORIA A LAS ACTUACIONES PRACTICADAS EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA (tesis aislada).

No es correcto el argumento del quejoso de que de manera forzosa se le deba conceder mayor valor probatorio a aquellos medios de prueba que se rindan ante la autoridad jurisdiccional, respecto de los que se rindieron ante el Ministerio Público, al aludir a que de lo contrario se produce una supuesta violación al equilibrio procesal. Esto es así porque, como se ha dicho, corresponde a la representación social la investigación y persecución de los hechos constitutivos de delito del que tenga conocimiento, ello por imperativo constitucional y, por tanto, las actuaciones que en uso de esa facultad realice, al observar los preceptos legales aplicables en cada caso particular, son merecedoras de valoración por parte de la autoridad jurisdiccional, al partir del principio de que es una institución de buena fe y que, además, está dotada de fe pública. Máxime que conforme a la codificación procesal penal de aplicación federal, la normatividad correspondiente asigna igual eficacia a las actuaciones practicadas en el proceso propiamente dicho, o en etapas procedimentales previas, como la de averiguación previa. Que el Ministerio Público se convierta en parte del proceso después de la consignación ante la autoridad judicial se debe a la doble función de que está dotado, es decir, como institución investigadora y como parte en el proceso. Pero no significa, conforme al sistema procesal mexicano vigente, que por el hecho de dar eficacia probatoria a aquellas actuaciones que realizó en función de autoridad persecutora de delitos transgrede el equilibrio de las partes, porque los datos que arroje esa investigación es lo que hará que en un momento dado se pueda o no ejercer acción penal en contra de una persona, como presupuesto del proceso en sentido estricto. Y en el caso de que así suceda, ésta tendrá la posibilidad de entablar de forma más amplia ante un órgano judicial sus mecanismos de defensa, al aportar todas aquellas pruebas que estime pertinentes, las que deberán ser valoradas por el órgano jurisdiccional al momento de resolver, pero sin que ello le impida el valorar por igual aquellas que no fueron desahogadas ante él, es decir, durante la averiguación previa. Tampoco puede perderse de vista que también en dicha etapa de indagatoria se asignan al presunto inculpaado garantías y derechos en aras del debido proceso y plenitud de defensa, ello conforme a la normatividad constitucional y legal aplicable hoy en día en nuestro país.

Del texto de la tesis se desprenden razonamientos muy diversos a los principios que hoy rigen al nuevo sistema. La problemática radica en que todavía faltarán unos diez años para que se terminen de desahogar todos los casos pendientes que deben ser concluidos bajo el sistema anterior. La tesis contempla dos cuestiones muy relevantes para el estudio que aquí se desarrolla. La primera cuestión es que las actuaciones ministeriales poseen fe pública. La representación social buscaba acreditar una verdad de naturaleza ontológica, histórica y no normativa (a diferencia, por ejemplo, del proceso civil).² Me explico: en el sistema mixto tanto el Ministerio Público como el juez penal realizaban funciones implícitas de historiadores, investigadores que buscaban desentrañar la verdad “real”. En vista de ello el legislador y la jurisprudencia dotaron de un armamento

² Castro, V. Juventino, *El Ministerio Público en México. Funciones y disfunciones*, 13ª edición, Porrúa, Ciudad de México, 2006, p. 132.

contundente al Ministerio Público a través de la fe pública contenida en sus actuaciones. Bajo dicho esquema, el litigio en averiguación previa se equiparaba a litigar con un notario. En otras palabras, cuando se consignaban los hechos ante el juez penal ya había una verdad revestida de fe pública.

Resulta también problemático que el Ministerio Público detenta la pretensión punitiva del Estado; es el buscador de la verdad real.³ El abogado defensor, entonces, se veía imposibilitado para llegar a la verdad de los hechos con las mismas herramientas, ya que el litigante carece de fe pública y de todos los recursos con que cuenta a su disposición el agente investigador. El equilibrio procesal por supuesto que se veía roto. La construcción de una macro-institución, como la añejada concepción del Ministerio Público omnipotente, se comprende en el contexto del régimen autoritario en el que vivió México durante casi un siglo.

Desde el punto de vista de la doctrina, y si se realiza un análisis sistemático de las tesis y jurisprudencias, se pueden observar los esfuerzos para legitimar y dotar de forma a las instituciones del Código de Procedimientos Penales. Desde la perspectiva que aquí se defiende fue justo la fe pública de las actuaciones ministeriales uno de los elementos torales en el fracaso del antiguo sistema. A pesar de ello funcionó durante décadas, aun cuando generaba un falso ambiente de justicia (es decir, parecía que se hacía justicia). Otra cuestión que resulta interesante es que se considere al Ministerio Público como una institución de buena fe. Se comprende, desde el plano teórico, que en efecto cuando la referida institución actúa como autoridad durante la averiguación previa deberá actuar de manera imparcial al tratar a ambas partes por igual. En la práctica dicha circunstancia distaba mucho de ser Derecho viviente. El Ministerio Público es una institución dotada de dientes y tenazas, configurada para “crear” delitos. La buena fe además se ha encontrado contaminada por el grave fenómeno de la corrupción que aqueja a la institución que se explora. Hoy con el nuevo sistema se sigue conservando la buena fe en la labor ministerial (y en las otras partes también), pues se asume que en un Estado de Derecho (existen serias dudas sobre si México lo es) las instituciones se basan en ese principio práctico:

INSPECCIÓN OCULAR PRACTICADA POR EL MINISTERIO PÚBLICO. POR SER INSTITUCIÓN DE BUENA FE QUE ADEMÁS GOZA DE FE PÚBLICA, SE PRESUME CIERTO LO ASENTADO EN ELLA (tesis aislada).

Es inconcluso que lo asentado en el acta levantada con motivo de la inspección ocular, practicada por el agente del Ministerio Público, se presume cierto, sin que sea óbice para ello que no haya sido firmada por la persona que se encontraba en el lugar donde se practicó, pues debe tomarse en cuenta que el Ministerio Público es una institución de buena fe, que además goza de fe pública.

³ Castro, V. Juventino, *El Ministerio Público en México*, op. cit., p. 132.

El CNPP hace referencia en una ocasión a la buena fe. Lo novedoso es que ahora hay un artículo expreso donde se establece el principio de probidad que engloba la buena fe y que se extiende a todas las partes del proceso:

Artículo 107. Probidad. Los sujetos del procedimiento, que intervengan en calidad de parte, deberán conducirse con probidad, evitando los planteamientos dilatorios de carácter formal o cualquier abuso en el ejercicio de las facultades o derechos que este Código les concede. El Órgano jurisdiccional procurará que en todo momento se respete la regularidad del procedimiento, el ejercicio de las facultades o derechos en términos de ley y la buena fe.

La nueva codificación plantea, mediante artículo expreso, la irrestricta igualdad entre las partes. Esta circunstancia pone fin a la fe pública en las actuaciones que se practiquen en la carpeta de investigación: “Artículo 11. Principio de igualdad entre las partes. Se garantiza a las partes, en condiciones de igualdad, el pleno e irrestricto ejercicio de los derechos previstos en la Constitución, los Tratados y las leyes que de ellos emanen”.

Otro tema relevante es el del juez investigador. En el sistema mixto el órgano jurisdiccional ejercía facultades propias de un auténtico investigador. Dicha circunstancia no sólo rompía el equilibrio entre las partes, debido a que el abogado debía enfrentarse al Ministerio Público y al juez de instrucción al mismo tiempo, sino que difuminaba la trílogía procesal básica. Ocurría una paradoja: el juez penal también debía buscar la verdad histórica, pero ¿no se supone que la verdad histórica ya había sido comprobada por el agente investigador a través del *cuerpo del delito y la probable responsabilidad*? Tal vez sea dicha situación uno de los absurdos más grandes del sistema procesal penal mexicano. Los tribunales de la federación intentaron durante décadas darle sentido a ello, pero nunca lo lograron con la suficiente solidez científica. En la doctrina también imperaba un clima de confusión.

El sistema anterior implicaba una doble investigación: la del Ministerio Público y la del juez, a través de las llamadas diligencias para mejor proveer. Castro señala: “...el juez penal tiene un mayor campo de acción que el juez civil, pudiendo aquel de oficio, practicar las diligencias que le aproximen más al conocimiento del hecho que pueda corresponder a la realidad (*principio inquisitorio*)”.⁴ Este fenómeno generaba que procesos “breves” se prolongasen gracias a las diligencias de mejor proveer, circunstancia que se originaba por un déficit en el alcance probatorio de la averiguación previa. En palabras simples, el juzgador no estaba convencido de lo actuado por la representación social. El absurdo llegaba al máximo al implicar que el juez a través de sus propias investigaciones debía convencerse a sí mismo. En este esquema, una de las grandes virtudes del nuevo sistema es que mantiene muy bien divididas las funciones de cada una de las partes.

A modo de síntesis: la introducción del nuevo sistema acusatorio adversarial tuvo dos efectos importantes en la práctica del litigio al desterrar la fe pública que poseían

⁴ Castro, V. Juventino, *El Ministerio Público en México, op. cit.*, p. 133.

las actuaciones ministeriales y las diligencias de mejor proveer que rompían el delicado equilibrio procesal. Hoy, los datos de prueba que se obtengan al integrar la carpeta de investigación no son, por fortuna, una verdad jurídica:

PROCESO PENAL ACUSATORIO Y ORAL. LAS ACTUACIONES PRACTICADAS EN UNA AVERIGUACIÓN PREVIA, QUE CONSTITUYAN MATERIAL IDÓNEO PARA CONFIGURAR DATOS DE PRUEBA QUE INTEGREN LA CARPETA DE INVESTIGACIÓN, NO CONSTITUYEN MATERIAL PROBATORIO PARA DICTAR SENTENCIA (tesis aislada).

Los datos de prueba contenidos en la carpeta de investigación, conforme lo disponen los artículos 20, apartado A, fracción III, de la Constitución General y 249 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, no constituyen parte del material probatorio con base en el cual será juzgado el indiciado, salvo aquellas probanzas desahogadas de conformidad con las reglas previstas en el propio código para el anticipo de prueba, o bien, aquellas que ese ordenamiento autoriza a incorporar por lectura durante la audiencia de juicio. Así, las disposiciones legales citadas establecen que las actuaciones realizadas durante la investigación carecen de valor probatorio para fundar la sentencia del imputado, a diferencia de lo que sucede con las diligencias probatorias que se desahogan en la averiguación previa, cuyos efectos subsisten durante todo el proceso penal. Por tanto, el hecho de que pudieran existir pruebas desahogadas en la averiguación previa que sirvan para integrar datos de prueba en la carpeta de investigación, no implica que serán tomadas en cuenta como prueba en el juicio oral.

III. Lo flexible y lo inflexible

Como toda obra humana el CNPP tiene sus problemas. Las leyes son expresiones racionales siempre perfectibles que permanecen en una inevitable actualización a lo largo del tiempo. A nivel de sistema ocurre algo complejo. Todo el andamiaje penal mexicano parte de dos grandes marcos: la dogmática penal alemana como sistema de imputación y el proceso acusatorio de corte inglés o norteamericano. La fusión de ambos paradigmas resulta a todas luces conflictiva. El sistema de imputación ubicado en la parte general emana de una dogmática penal post finalista. Sin duda las aportaciones de Jakobs para el asentamiento de una nueva dogmática son innegables. Para Polaino Navarrete se le debe al profesor alemán la mayor evolución del Derecho penal en la actualidad.⁵ A pesar de ello la obra integral de Günther Jakobs es prácticamente desconocida en México, falta un largo camino por recorrer todavía. La aplicación práctica del Derecho penal

⁵ Polaino Navarrete, Miguel, "Evolución de la dogmática penal post-finalista", en Günther Jakobs/Miguel Polaino Navarrete/Eduardo López Betancourt, *Función de la pena estatal y evolución de la dogmática post-finalista (estudios de Derecho penal funcionalista)*, Porrúa, Ciudad de México, 2006, p. 106.

mexicano parte de premisas finalistas, pero gracias al esfuerzo de algunos juristas, el funcionalismo comienza a abrirse camino a nivel especializado:

ERROR DE PROHIBICIÓN. DEBE CONSIDERARSE QUE SE ACTUALIZA CUANDO LAS CIRCUNSTANCIAS DEL HECHO TÍPICO REVELAN INEQUÍVOCAMENTE QUE EL SUJETO ACTIVO SE CONDUJO CREYENDO QUE SU CONDUCTA ESTABA APEGADA A DERECHO (tesis aislada).

El conocimiento de la antijuridicidad, como requisito que fundamenta la culpabilidad del individuo, debe apreciarse en cada caso concreto al tener en cuenta tanto factores objetivos sobre la mecánica de los hechos, como psicológicos y sociales que afecten la percepción de la norma penal que pueda tener el sujeto activo, para así establecer con mayor exactitud si la conducta típica debe reprochársele desde el punto de vista criminal. Por tanto, cuando una persona se presenta de forma espontánea ante la ventanilla de atención al público de una zona militar, con el propósito de registrar un arma de fuego de uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea Nacionales, es factible aceptar que actúa bajo un error sobre el alcance de la norma, pues de conocer que la tenencia del arma de tales características no se permite a particulares con seguridad no habría intentado el trámite de registro, con el consecuente riesgo de ser considerado como un delincuente flagrante del delito de portación. Más bien, esa actitud de entregar sin temor el arma revela que creía conducirse sin infringir disposiciones legales, motivo por el cual no puede decirse, desde la perspectiva del funcionalismo penal, que su intención haya sido delinquir, al actualizarse así el error de prohibición previsto en el artículo 15, fracción VIII, inciso b), del Código Penal Federal.

La dogmática penal se compone de categorías fijas concatenadas. La imposición de la pena requiere satisfacer los presupuestos de la conducta típica, antijurídica y culpable. Las condiciones del castigo se han estudiado desde el siglo XIX para dotar de seguridad a la imputación. En este sentido, el carácter “duro” de la dogmática contrasta con la flexibilidad del proceso penal que ahora México ha adoptado. ¿A qué nos referimos con ello? La cuestión puede abordarse desde diversos prismas:

El nuevo proceso penal mexicano es maleable en el sentido que ya no es objetivo del Derecho procesal conducir a las personas a prisión. Ya no se puede hablar de una macro-estructura orientada a fines de intimidación social. El nuevo paradigma se dirige hacia fines reparatorios y de conciliación. Esta postura ha sido criticada debido a los fines de prevención general que persigue el Derecho penal, mismos que sin el proceso es imposible que lleguen a materializarse. De ser así se cuestiona a la pena como “metafora de la comunicación”,⁶ al entender que el castigo es simbólicamente la negación de la negación del Derecho (Hegel-Jakobs).

⁶ Rivera Beiras, Iñaki, *La cuestión carcelaria. Historia, Epistemología, Derecho y Política Penitenciaria*, Volumen 1, 2ª edición actualizada, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2009, p. 66.

No obstante, el legislador nacional ha optado por una solución práctica frente a los problemas del sistema penitenciario. Piénsese por ejemplo en un robo menor sin violencia que antes implicaba ingresar a una persona a un reclusorio. Ahora mediante las soluciones alternas dichas cuestiones se pueden evitar: “Artículo 184. Soluciones alternas. Son formas de solución alterna del procedimiento: 1. El acuerdo reparatorio y 2. La suspensión condicional del proceso”.

El acuerdo reparatorio se puede definir de manera sintética como “una salida alternativa al juicio oral, en donde el imputado acuerda con la víctima dar o hacer algo a su favor para reparar el daño causado”.⁷ La suspensión del proceso implica que el justiciable acepte someterse a medidas de tipo “terapéuticas”, así como garantizar la reparación del daño. Además de ello, existen otras formas de solucionar el conflicto como la mediación, conciliación y el procedimiento restaurativo, reguladas por sus propias normas.⁸ La temática de la justicia restaurativa requiere de todo un replanteamiento sociológico, filosófico, antropológico y victimológico⁹ que apenas comienza a explorarse en México. En su conjunto, cualquier forma que permita no utilizar la pena como medio de resolución de un conflicto es aceptable en el nuevo paradigma. Se trata de establecer una serie de parámetros mínimos para su procedencia. Se trata de “sentar” a las partes para que puedan dialogar. Por supuesto que existen límites, pero lo que se busca es reducir las penas a su mínimo indispensable en cuanto a su aplicación práctica. Todo lo dicho bien puede estimarse como formas procesales de flexibilización del proceso. Sin embargo, cuando las partes no puedan llegar a un acuerdo (*lato sensu*) habrá que acudir a la justicia ordinaria.¹⁰ Los delitos de mayor entidad desestabilizadora no podrán ser sometidos a este tipo de mecanismos (por ejemplo, delincuencia organizada).

Las formas procesales de los alegatos y la interacción entre las partes ha dejado de tener el inútil rigor formal que poseía el sistema mixto. Existe libertad en los diálogos, es posible contrainterrogar y el juez puede pedir que se aclaren determinados puntos de la controversia. No hay inmediatez del secretario ni se pueden suplir las funciones del juez. En suma, ahora hay menos formalismo pero mayor vigencia del Derecho procesal en sus postulados fundamentales. En otras palabras, el nuevo proceso penal es más flexible pero más justo. La prisión preventiva también sufrió cambios con el nuevo sistema penal acusatorio. Es importante recordar que el legislador no buscó crear el CNPP para encarcelar personas, sino para evitarlo. Ello queda de manifiesto en el siguiente artículo: “Artículo 19. Derecho al respeto a la libertad personal”.

Toda persona tiene derecho a que se respete su libertad personal, por lo que nadie podrá ser privado de la misma, sino en virtud de mandamiento dictado por la autoridad

⁷ Peña González, Oscar, *Técnicas de litigación oral. Teoría y práctica*, 3ª edición, Flores Editor y Distribuidor, Ciudad de México, 2016, p. 127.

⁸ Jiménez Martínez, Javier, *El Código Nacional de Procedimientos Penales. Desglosado en ABC para fines didácticos y prácticos*, Flores Editor y Distribuidor, Ciudad de México, 2015, p. 243.

⁹ Lima Malvido, María de la Luz, “Oralidad en el proceso y la justicia restaurativa”, en *Jornadas Iberoamericanas. Oralidad en el proceso y justicia penal alternativa*, 2ª edición, INACIPE, 2008, p. 351.

¹⁰ Lima Malvido, María de la Luz, “Oralidad en el proceso...”, *op. cit.*, p. 355.

judicial o de conformidad con las demás causas y condiciones que autorizan la Constitución y este Código. La autoridad judicial sólo podrá autorizar como medidas cautelares, o providencias precautorias restrictivas de la libertad, las que estén establecidas en este Código y en las leyes especiales. La prisión preventiva será de carácter excepcional y su aplicación se regirá en los términos previstos en este Código.

En este sentido se han limitado los casos en los que procede la prisión preventiva de oficio a los siguientes, de acuerdo con el texto constitucional:

Artículo 19, párrafo segundo. 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 delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

Sin embargo, puede ocurrir también lo opuesto. Es decir que a pesar de tratarse de un delito que no requiera prisión preventiva oficiosa, ésta puede ser solicitada por parte del Ministerio Público al juez de control. Dichos parámetros son tan importantes que se concentran en el mismo artículo constitucional. Como se puede apreciar, existe una importante flexibilización también en estos casos.

IV. ¿Un Ministerio Público más fuerte?

A lo largo de las presentes reflexiones se han analizado algunas cuestiones que resultan relevantes a la luz de una panorámica muy general, a casi un año de la entrada en vigor del CNPP en todo el país. Un tema que sin duda no queremos dejar en el tintero radica en los importantes cambios que ha sufrido el Ministerio Público, por lo menos en el texto de la ley. Además de ahora tener en sus manos los criterios de oportunidad, el investigador tiene bien definidas sus labores frente a los jueces de control y debate oral. ¿Se puede decir que al fin tenemos un agente investigador adecuado?

Una lectura un poco más detallada del CNPP demuestra que el legislador optó por una política legislativa agresiva. En concreto, el Ministerio Público puede llevar a cabo actos de investigación cuestionables a la luz del nuevo paradigma de derechos humanos adoptado por México. El límite entre el Estado y el cuerpo de la persona ha sido una cuestión muy debatida por la doctrina. A lo largo de los años se han obtenido importantes conquistas en relación con la vigencia verdadera de los derechos humanos en nuestro

país (vivir en un auténtico Estado de Derecho). En una democracia se parte del principio en que el límite de las acciones públicas es el cuerpo y la dignidad de los ciudadanos. Sin embargo, las labores de investigación del delito autorizan determinadas revisiones superficiales (en el cuerpo de las personas) que pueden llegar a ser aceptadas:

Artículo 268. Inspección de personas. En la investigación de los delitos, la Policía podrá realizar la inspección sobre una persona y sus posesiones en caso de flagrancia, o cuando existan indicios de que oculta entre sus ropas o que lleva adheridos a su cuerpo instrumentos, objetos o productos relacionados con el hecho considerado como delito que se investiga. La revisión consistirá en una exploración externa de la persona y sus posesiones. Cualquier inspección que implique una exposición de partes íntimas del cuerpo requerirá autorización judicial. Antes de cualquier inspección, la Policía deberá informar a la persona del motivo de dicha revisión, respetando en todo momento su dignidad.

Sin embargo, el legislador, en aras de mejorar la investigación, ha dotado de un mayor armamento legal al agente del Ministerio Público. Desde el punto de vista que aquí se defiende, la siguiente disposición puede lesionar con gravedad la dignidad humana como derecho humano.

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. El Órgano jurisdiccional al resolver respecto de la solicitud del Ministerio Público, deberá tomar en consideración el principio de proporcionalidad y motivar la necesidad de la aplicación de dicha medida, en el sentido de que no existe otra menos gravosa para la persona que habrá de ser examinada o para el imputado, que resulte igualmente eficaz e idónea para el fin que se persigue, justificando la misma en atención a la gravedad del hecho que se investiga. En la toma de muestras podrá estar presente una persona de confianza del examinado o el abogado defensor en caso de que se trate del imputado, quien será advertido previamente de tal derecho. Tratándose de menores de edad estará presente quien ejerza la patria potestad, la tutela o curatela del sujeto. A falta de alguno de éstos deberá estar presente el Ministerio Público en su calidad de representante social. En caso de personas inimputables que tengan alguna discapacidad se proveerá de los apoyos necesarios para que puedan tomar la decisión correspondiente. Cuando exista peligro de desvanecimiento del medio de la prueba, la solicitud se hará por cualquier

medio expedito y el Órgano jurisdiccional deberá autorizar inmediatamente la práctica del acto de investigación, siempre que se cumpla con las condiciones señaladas en este artículo.

El artículo transcrito resulta bastante problemático. Sin que se diga de manera expresa, se autoriza la toma de muestras a través del uso de la fuerza. No existe otra manera. El legislador ha considerado que con la figura del juez de control quedará garantizada la legalidad del acto y el respeto a la dignidad. No consideramos que con eso sea suficiente. Urgen protocolos públicos y transparentes que regulen de manera detallada cómo llevar a cabo la toma de muestras corporales.

Las intervenciones corporales son actos de coerción a través de los cuales se obtienen muestras del sujeto investigado para efectos de esclarecer un hecho o la probable participación en el mismo.¹¹ Desde la perspectiva de la doctrina, existen dos formas de practicar la intervención: desde afuera del cuerpo del que se toma la muestra (intervención no invasiva), y cuando se extrae algo que está dentro del cuerpo humano (intervención invasiva).¹² A ese respecto, la dignidad humana forma parte de los principios rectores del sistema penal acusatorio (artículo 4º CNPP), pero es la jurisprudencia quien ha interpretado dicho principio con una perspectiva mucho más amplia:

DIGNIDAD HUMANA. CONSTITUYE UNA NORMA JURÍDICA QUE CONSA-
GRA UN DERECHO FUNDAMENTAL A FAVOR DE LAS PERSONAS Y NO UNA
SIMPLE DECLARACIÓN ÉTICA.

La dignidad humana no se identifica ni se confunde con un precepto meramente moral, sino que se proyecta en nuestro ordenamiento como un bien jurídico circunstancial al ser humano, merecedor de la más amplia protección jurídica, reconocido en la actualidad en los artículos 1º, último párrafo; 2º, apartado A, fracción II; 3º, fracción II, inciso c); y 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En efecto, el Pleno de esta Suprema Corte ha sostenido que la dignidad humana funge como un principio jurídico que permea en todo el ordenamiento, pero también como un derecho fundamental que debe ser respetado en todo caso, cuya importancia resalta al ser la base y condición para el disfrute de los demás derechos y el desarrollo integral de la personalidad. Así las cosas, la dignidad humana no es una simple declaración ética, sino que se trata de una norma jurídica que consagra un derecho fundamental a favor de la persona y por el cual se establece el mandato constitucional a todas las autoridades, e incluso particulares, de respetar y proteger la dignidad de todo individuo, entendida ésta —en su núcleo más esencial— como el interés inherente a toda persona, por el mero hecho de serlo, a ser tratada como tal y no como un objeto, a no ser humillada, degradada, envilecida o cosificada.

¹¹ Benavente Chorres, Hesbert, *La investigación preliminar en el sistema acusatorio. Guía para la actuación policial, la fiscalía y la defensa*, Flores Editor y Distribuidor, Ciudad de México, 2013, p. 84.

¹² Benavente Chorres, Hesbert, *La investigación preliminar...*, op. cit., p. 85.

Es entonces, la dignidad, un pilar ético-normativo fundamental para el sostenimiento de la cultura. El principio se encuentra en todas partes y en todo momento de interacción social. En vista de ello, las intervenciones corporales deben regirse por dicho principio. Desde el punto de vista del Derecho procesal y de los derechos humanos, el concepto normativo de dignidad equilibra la dureza de las intervenciones para extraer muestras. Sin embargo, el problema no se encuentra en las normas sino en los operadores. Para que el andamiaje normativo que aquí se ha estudiado de forma somera pueda funcionar se requiere tener Ministerios Públicos, jueces y policías de primer nivel.

V. Conclusiones

En este y otros espacios mucho se ha discutido sobre la entrada en vigor del sistema acusatorio-adversarial. Los litigantes más “clásicos” afirman que tiene muchos problemas y que el sistema mixto no estaba del todo mal. Hay abogados que incluso apuestan por volver al viejo sistema y echar por la borda todos los recursos y el tiempo invertido.

La cuestión que es en verdad importante radica en ver qué está ocurriendo en la vida cotidiana de la gente. Desde la perspectiva que aquí se defiende consideramos que el nuevo sistema ha transformado a nuestro país (sin ánimo de demagogia). Es el primer paso para resolver problemas a través de la paz. La flexibilización del propio proceso permite múltiples salidas a los conflictos. Basta ya de ser una sociedad violenta, sorda y vindicativa. Serán el paso de los años y la labor jurisprudencial quienes vayan dando forma a nuestro sistema. Una cosa más: escuché alguna vez una anécdota donde un abogado inglés le decía a uno mexicano que ellos llevan 800 años con el sistema acusatorio y todavía no le acaban de encontrar la cuadratura.

Bibliografía

- BENAVENTE CHORRES, Hesbert, *La investigación preliminar en el sistema acusatorio. Guía para la actuación policial, la fiscalía y la defensa*, Flores Editor y Distribuidor, Ciudad de México, 2013.
- CASTRO, V. Juventino, *El Ministerio Público en México. Funciones y disfunciones*, 13ª edición, Porrúa, Ciudad de México, 2006.
- JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier, *El Código Nacional de Procedimientos Penales. Desglosado en ABC para fines didácticos y prácticos*, Flores Editor y Distribuidor, Ciudad de México, 2015.
- LIMA MALVIDO, María de la Luz, “Oralidad en el proceso y la justicia restaurativa”, en *Jornadas Iberoamericanas. Oralidad en el proceso y justicia penal alternativa*, 2ª edición, INACIPE, 2008.
- PEÑA GONZÁLEZ, Oscar, *Técnicas de litigación oral. Teoría y práctica*, 3ª edición, Flores Editor y Distribuidor, Ciudad de México, 2016.

POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Evolución de la dogmática penal post-finalista”, en Günther Jakobs, Miguel Polaino Navarrete y Eduardo López Betancourt, *Función de la pena estatal y evolución de la dogmática post-finalista (estudios de Derecho penal funcionalista)*, Porrúa, Ciudad de México, 2006.

RIVERA BEIRAS, Iñaki, *La cuestión carcelaria. Historia, Epistemología, Derecho y Política Penitenciaria*, Volumen 1, 2ª edición actualizada, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2009.



DISCURSO DEL MINISTRO JUAN SILVA MEZA CON MOTIVO DEL HOMENAJE DE LA UNIVERSIDAD IBEROAMERICANA A SU TRAYECTORIA Y A LA DE LA MINISTRA OLGA SÁNCHEZ CORDERO EN LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN



Juan Silva Meza¹

Muy buenas tardes a todos ustedes:

Es en verdad un privilegio y un honor dirigir estas palabras en esta prestigiada institución educativa. Es un privilegio porque la audiencia es la mejor posible. Es un honor por la generosa invitación del doctor José Luis Caballero para estar presentes en esta tarde con el fin de entregarnos en este acto académico un reconocimiento, con motivo de nuestro retiro como ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Ha sido un honor, en verdad, el haber escuchado las brillantes intervenciones de los especialistas y de las altas autoridades de esta universidad, en voz de don Alejandro Guevara; muchas gracias, doctor. De don Santiago Corcuera, que nos deja temas para seguir platicando. Y sí, los habremos de platicar en otros lugares, pero con las mismas convicciones. De la doctora Mónica González Centró, que, como siempre, es un privilegio escucharla. Recordábamos antes de que se iniciara este acto que nosotros tratamos que fuera ella un “activo” en el Poder Judicial, en concreto en la Suprema Corte de Justicia, pero su presencia ahí, que nosotros disfrutamos y aprovechamos, sirvió para que confirmara su vocación de académica, que la tiene sobrada y probada. Doctora, muchas

¹ Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, periodo: 1995-2015. Ministro Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal, periodo: 2011-2014. Investigador visitante en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM desde 2016.

gracias. De escuchar las voces de la juventud académica: don Rodrigo Gutiérrez, fondo, mucho fondo.

Señor Magistrado, muchas gracias por sus conceptos. Muchas gracias por todas esas expresiones que sólo se refieren a lo que debe ser un trabajo cotidiano y obligatorio; muchas gracias de todas maneras. A don Alejandro Torres, excelente litigante; gracias por sus expresiones. Emocionante y emotivo escuchar a Alberta y Teresa. Así como las conocíamos en la Corte, en su asunto: “Alberta y Teresa”. Ojalá pudieran dimensionar lo que para uno, como juzgador, es estar en este momento así: hablando así, como estamos ustedes y yo, en libertad. Se dice fácil. De los dos lados, se dice fácil. Y aquí no quiero pensar lo que está pensando mi querida Olga, lo que ha sentido ella al verlas a ustedes aquí, como hemos tenido oportunidad en esta tarde. Mejor imposible, de veras, mejor imposible. Don Mario Patrón, sólido, luchador, de convicciones, con resultados: aciertos y fracasos; más bien aciertos siempre por la convicción con que lo hace. A todos ustedes que han participado: gracias, muchas gracias.

La señora ministra y su servidor, a partir de 1995, iniciamos la primera integración de la Novena Época Jurisprudencial de la Suprema Corte, con nuevas tareas, con nuevos retos. Recordamos que en materia de justicia, esto para que lo graben los estudiantes, a mediados de los años noventa se modificó de manera sustancial el ámbito de atribuciones de la Suprema Corte de Justicia, para consolidarla como un verdadero Tribunal Constitucional.

A partir de entonces, las tareas propias de una Corte de casación se depositaron en Tribunales colegiados repartidos en circuitos judiciales, y se reservó en exclusiva a la Suprema Corte el control de constitucionalidad de leyes. Se crearon dos nuevas vías procesales que, aunadas al juicio de amparo, complementaron el abanico de procedimientos constitucionales: la acción de inconstitucionalidad y la controversia constitucional. Con ellas se facultó a la Suprema Corte para conocer la impugnación de normas generales antes de su aplicación, así como de conflictos competenciales entre entidades, poderes y órganos del Estado. Tuvimos así la gran oportunidad y el honor de participar y desarrollarnos en la consolidación de la Suprema Corte como auténtico Tribunal de constitucionalidad; ser testigos del surgimiento, lo hemos dicho en otras ocasiones, del Consejo de la Judicatura; pero, sobre todo, de la instauración de un diseño constitucional propicio para consolidar también una verdadera separación de poderes. Las condiciones están dadas, nada más hay que hacerlo, es lo único.

Años más tarde tuvimos la oportunidad de vivir el cambio a la décima época del Semanario Judicial de la Federación, marcado por la reforma de 2011 en materia de derechos humanos. Y puedo adelantar que durante estos primeros años fuimos testigos de la capacidad de adaptación que mostraron tanto académicos como jueces para hacer frente a las nuevas responsabilidades que nos imponía la Constitución.

La tarea hoy está echada a andar. Y aunque falta mucho por hacer, algunas cosas por rectificar, la suerte de haber ejercido esta gran responsabilidad se convierte en una satisfacción que compartimos hoy con todos ustedes. A los operadores jurídicos de nuestra generación nos fue conferida la difícil tarea de consolidar el Estado de Derecho

—aquí se ha dicho—, definir los términos y las condiciones de una sociedad democrática y construir criterios respetuosos de los derechos humanos que hoy, sí lo podemos afirmar, ya dibujan el perfil de una nueva forma de impartir justicia en el país. Bien lo decía el magistrado: vemos a la justicia nacional, ya no federal ni local, con los nuevos paradigmas.

Sí, nos retiramos. Nos retiramos y hay cosas pendientes por hacer, muchas, pero esas habrán de ser atendidas por las nuevas generaciones. Éstas que están hoy aquí con nosotros. Para atender esos pendientes, en lo que toca a la impartición de justicia, habrán de buscar la salvaguarda cabal de los derechos humanos, las garantías y derechos vigentes en un Estado democrático, y todo esto, insisto, lo deben tomar en cuenta ustedes, los estudiantes de las nuevas generaciones. Ustedes habrán de fortalecer en su momento a un Poder Judicial con prestigio y credibilidad ganados a través del profesionalismo, transparencia, austeridad y responsabilidad en todos sus actos y decisiones. Un Poder Judicial independiente, imparcial, cercano a la gente; que sea confiable a los ojos de la sociedad. No lo olviden.

No deben de olvidar tampoco que los momentos críticos exigen que las instituciones públicas garanticen certeza, seguridad y paz social. Por eso, la existencia de las instituciones democráticas regidas por esos principios se justifica con más claridad en momentos de crisis. Las instituciones de impartición de justicia, inspiradas por esta visión, están llamadas a procurar el balance entre seguridad y derechos, en un marco democrático. Éste es el imperativo al que la impartición de justicia debe responder. Y ustedes no pueden dejar de pensar en ello porque es razonable exigirlo con respeto.

En la actualidad, no dejamos de repetirlo, vivimos una etapa en particular delicada de nuestra historia, en la que parece que el monopolio de la fuerza se resquebraja ante la delincuencia y la inseguridad. Regiones enteras del país se han convertido en tierra de nadie. Es tarea de todos nosotros regresar las instituciones a la normalidad que les debe caracterizar. Jueces, académicos, abogados, estudiantes, compartimos una lista de pendientes que sólo podremos desahogar si trabajamos en conjunto, cada quien haciendo lo que a cada uno le toca, en la Constitución y en las leyes.

La función de ustedes, los jóvenes estudiantes, es muy importante. Y su presencia aquí con nosotros, en su Universidad Iberoamericana, es la mejor confirmación de su vocación jurídica que, confío, consolidará su excelencia profesional, (sobre todo para aquéllos que decidan optar por dedicarse a la impartición de justicia). Aquí tendrán la enorme oportunidad de sacar el mayor provecho posible de su potencial intelectual. Siempre con responsabilidad social y compromiso ciudadano.

Compañeros y amigos estudiantes de esta prestigiada universidad, el día de hoy no puedo dejar de compartirles que durante mi trayectoria jurisdiccional he podido contar con el apoyo de un gran equipo judicial de jóvenes que tomaron los principios y los valores universitarios que se siembran en estas aulas: en el diálogo con la cátedra a cargo de los maestros; al entender que la formación debe ir orientada en abono de un cúmulo de saberes, actitudes, teorías, doctrinas, contextos e ideologías que, en su conjunto, constituyen la cultura jurídica.

A todos esos jóvenes que me acompañaron en esta travesía, en particular a aquéllos que se quedaron en el camino, reitero hoy mi afecto y agradecimiento. Mi reconocimiento público a Claudia Alatorre Villaseñor y a Fernando Tinaco. La primera, destacada coordinadora de mi ponencia en la Suprema Corte; profesionista formada en las aulas de esta institución. El segundo, secretario de estudio y cuenta, y notable académico, brillante especialista en Derecho Fiscal; parte importante de mi ponencia. Ambos talentosos jóvenes que se dedicaron, hasta sus últimos días, al servicio del Poder Judicial Federal bajo mi conducción. Los menciono, con la emoción que dan los años, por haber tenido la fortuna de asumirme como guía en su formación como juristas; por la dedicación y el empeño cotidiano que siempre imprimieron en su trabajo.

Este reconocimiento, creo, cobra una significación adicional al estar rodeados de muchos de sus maestros, compañeros, familiares y amigos. Que sepan que también aprendí mucho de ellos y que no dejamos de extrañarlos. Sus hijos, los pequeños Alonso y Fernando, pueden y deben estar orgullosos de saber que, aunque nos dejaron muy pronto, las vidas de sus padres impactaron en decisiones fundamentales de nuestra Suprema Corte. Perdonen la licencia que he tomado, pero sirvan estas palabras de reconocimiento para dos jóvenes estudiosos del derecho, como gesto sincero, con el que me permito devolver a esta universidad y a la academia algo de lo que ellos recibieron y a la vez, honrar su trabajo honesto y comprometido en el Poder Judicial de la Federación.

Mi gratitud perenne a quienes estuvieron cerca durante todos estos años de mi carrera judicial y académica. Y, de nuevo, a las autoridades de esta universidad y a la presencia de todos los jóvenes estudiantes que se encuentran esta tarde en representación de toda la comunidad universitaria, sabedores de que, sí, les dejamos graves compromisos.

Muchas gracias.



COMENTARIO SOBRE EL AMPARO EN REVISIÓN 378/2014 “CASO PABELLÓN 13”



Ministro Alberto Pérez Dayán

El presente escrito tiene como objeto analizar el fallo emitido por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el amparo en revisión 378/2014, a efecto de reflexionar sobre la justiciabilidad de los derechos sociales y la manera en que debe exigirse, vía cumplimiento de amparo, su reparación. De ahí que el presente análisis jurisdiccional se realizará en dos apartados: 1) la síntesis de la ejecutoria aludida —parte descriptiva—; y 2) la reflexión que se realiza respecto a las consideraciones y efectos de tal fallo —parte analítica.

1. Síntesis del caso Pabellón 13

1.1 Los hechos del caso

El presente asunto tuvo sus orígenes en la Segunda Sesión Ordinaria del ejercicio 2007, celebrada por el Comité Técnico del Fideicomiso del Sistema de Protección Social en Salud, en la que, entre otras cuestiones, se autorizó la solicitud del Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias, por un monto de \$61,738,445.00 —sesenta y un millones setecientos treinta y ocho mil cuatrocientos cuarenta y cinco pesos 00/100 M.N.—, del Fondo de Protección Contra Gastos Catastróficos-Industria Tabacalera, para el desarrollo del proyecto “Remodelación y Equipamiento del Servicio Clínico 4”.

Al respecto, se destaca que el citado comité señaló que de la solicitud formulada por el Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias Ismael Cosío Villegas, se desprende que éste es un organismo que “sufre las mayores consecuencias de SIDA. Cada año hospitaliza cerca de 170 pacientes con VIH y complicaciones pulmonares”; además, por sus

características físicas, el instituto “no cumple con las recomendaciones de la Organización Mundial de Salud del CDC de Estados Unidos, el Centro de Control y Prevención de Enfermedades, entre otros organismos”. De ahí que requieran de instalaciones que generen un balance entre la atención médica especializada y el control apropiado de los microorganismos, a través de los mecanismos de contención; pues las condiciones en que se está atendiendo a pacientes que se tienen que hospitalizar con VIH/SIDA “no son las apropiadas, de acuerdo con todos los lineamientos y entonces se requiere, desde luego, de una inversión de esta magnitud para adaptarlo a reglas o normas internacionales y además, independientemente de eso, proteger a los demás pacientes y proteger al personal”.

En 2008, el propio INER solicitó al citado Comité Técnico la sustitución del proyecto “Remodelación y Equipamiento del Servicio Clínico 4” por el nuevo proyecto “Construcción y Equipamiento del Servicio Clínico para pacientes con VIH/SIDA y co-infección por Enfermedades de Transmisión Aérea”, por el mismo monto autorizado. Al respecto, el comité señaló que la modificación atiende a que, derivado de la revisión y discusión del anteproyecto realizadas con la empresa encargada del proyecto ejecutivo relativo a la “Remodelación y Equipamiento del Servicio Clínico 4”, el INER decidió que resulta más conveniente la construcción de un nuevo pabellón, pues de lo contrario, tendrían que dejar de atender a los pacientes por un año para poder remodelar el área donde en la actualidad se les brinda atención médica. Empero, al desconocer si el nuevo proyecto, en efecto, tendría el mismo coste que el de remodelación y al no implicar una mera modificación, se canceló el monto autorizado y sólo se autorizó la aplicación de recursos por un monto de \$7,500,000.00 —siete millones quinientos mil pesos, 00/100 M.N.—, para la elaboración del proyecto ejecutivo del Pabellón 13.

Después, tres personas que padecen de VIH y que eran atendidas por tal instituto promovieron amparo indirecto en contra de varias autoridades responsables; reclamaban, en esencia, la omisión de ejecutar el proyecto referido. Los quejosos manifestaron que los actos reclamados impedían el acceso al goce del más alto nivel posible de salud, porque los enfermos de VIH/SIDA se encuentran expuestos a contagios y co-infecciones de enfermedades oportunistas que ponen en peligro su salud e, inclusive, su vida. El Juez de Distrito negó el amparo e, inconformes con esa determinación, los quejosos interpusieron un recurso de revisión que fue del conocimiento de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

1.2. Estudio del fondo del caso

En principio, la Segunda Sala señaló que el punto jurídico que debía dilucidarse en el “Caso Pabellón 13” no lo constituye el determinar si se otorga o no el servicio médico a los quejosos, sino si durante el mismo los pacientes con VIH/SIDA se encontraban expuestos a contagios de enfermedades oportunistas que prolonguen dicho tratamiento y pongan en peligro su salud y vida. Al atender a las conclusiones que arrojó la prueba de inspección judicial, en relación con las manifestaciones que realizaron los propios responsables al momento de resolver sobre la solicitud de recursos para infraestructura de

atención a pacientes con VIH/SIDA y otras enfermedades co-infecciosas, se concluyó que las condiciones del “pabellón 4”:

[...] no son las adecuadas para el tratamiento de los quejosos, conforme al derecho humano del nivel más alto posible de salud, pues se encuentra comprobada la necesidad de que se realicen las obras necesarias a efecto de que la atención médica pueda ser considerada de calidad, previniendo, en la medida de lo posible, que los pacientes con VIH/SIDA padezcan otras infecciones, enfermedades y trastornos concomitantes de diversos tipos que repercuten en el tratamiento y la atención que reciben, y que inclusive, pueden poner en riesgo su vida.

En esa tesitura, se estimó que la adecuación a la infraestructura del INER se encuentra comprendida dentro de las obligaciones que los artículos 2 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales imponen al Estado mexicano; pues éste debe contar con establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud que resulten aceptables desde el punto de vista cultural y que sean “apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad”. Asimismo, porque la obligación estatal de “la creación de condiciones que aseguren a las personas asistencia médica y servicios médicos en casos de enfermedad”, que se encuentra prevista en el artículo 12, párrafo 2, apartado *d*, del citado Pacto, no se limita al acceso igual y oportuno a los servicios de salud básicos preventivos, curativos y de rehabilitación, sino “al tratamiento apropiado de enfermedades, afecciones, lesiones y discapacidades”. Lo que desde luego, abarca las medidas tendientes a evitar, en la medida de lo posible, que en los establecimientos de salud pública las personas con VIH/SIDA se encuentren expuestas a los riesgos de co-infección de enfermedades oportunas que alarguen su tratamiento médico y que los sometan a mayores sufrimientos, o incluso, que conlleven riesgos para su vida. Máxime que la obligación de “cumplir” requiere que los Estados “adopten medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud”. De lo expuesto se concluyó que se encuentra acreditada la necesidad de realizar modificaciones estructurales al instituto responsable, a efecto de que minimice, en la medida posible los riesgos de contagios y co-infecciones de enfermedades oportunistas de los pacientes que padecen VIH/SIDA.

Precisado lo anterior, la Segunda Sala sostuvo que, si bien fue demostrado que resulta necesario que la autoridad realice acciones estructurales para cumplimentar con el derecho, al más alto nivel posible, a la salud de los quejosos, lo cierto es que tal obligación se encuentra correlacionada con las realidades que imperan en el Estado mexicano y las dificultades que implica para los entes estatales asegurar la plena efectividad del citado derecho fundamental. Por lo que no existirá una violación a los derechos económicos, sociales y culturales, a pesar de que se acredite que un determinado derecho no ha sido realizado de forma plena o ha alcanzado un estado óptimo de eficacia, siempre y cuando el Estado haya demostrado que ha utilizado todos los recursos que están a su

disposición en un esfuerzo por satisfacer las obligaciones convencionales; pues de ninguna manera se pretende que cada país cumpla de inmediato con la plena realización del derecho a la salud, sino que en atención al principio de progresividad, tome las medidas adecuadas que puedan asegurar ese objetivo de la manera más expedita y eficaz posible.

En esa tesitura, la Segunda Sala consideró que las autoridades responsables no demostraron que hayan realizado todos los esfuerzos posibles ni utilizado los recursos que están a su disposición para lograr la plena efectividad del derecho humano al nivel más alto posible de salud de los quejosos, ya que se limitaron a afirmar la falta de disponibilidad presupuestaria para llevar a cabo las medidas tendientes a lograr ese objetivo, empero, “fueron omisas en aportar a juicio el material probatorio en que se sustente tal aserto”. En esa lógica, se acreditó la transgresión a las obligaciones previstas en los artículos 4 constitucional, 2 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y, por ende, se revocó la sentencia recurrida y se otorgó el amparo y protección de la Justicia Federal a los amparistas. En el entendido de que el cumplimiento de la sentencia de amparo implicó la posibilidad de que las autoridades responsables consideren qué medida resulta más adecuada para poder brindar a los quejosos un tratamiento médico apropiado a su padecimiento: ya sea mediante remodelación del Servicio Clínico 4, en donde en la actualidad son tratados, o bien mediante la construcción de un nuevo pabellón hospitalario.

2. Reflexión del caso

No podemos hablar de justicia social sin darle un papel preponderante al derecho humano a la salud y, a su vez, no podemos hablar de un verdadero derecho a la salud si no se eliminan las barreras que impidan su adecuada justiciabilidad, entendida ésta como la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento de, al menos, algunas de las obligaciones que se derivan de tal derecho. En ese sentido, el amparo en revisión 378/2014, también conocido como el caso “Pabellón 13”, contiene diversos elementos jurisdiccionales que resultan de gran entidad para el orden jurídico mexicano, por lo que hace a la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos en el parámetro de regularidad constitucional, al tiempo que permite dotar de verdadera “fuerza jurídica” a tales derechos a fin de que su conceptualización no se reduzca a meros “buenos deseos constitucionalizados”.

2.1. Obligaciones que derivan del derecho a la salud

El primer elemento jurídico que debe destacarse de la citada ejecutoria radica en que, al examinar el alcance del derecho humano al nivel más alto posible de salud física y mental, la Segunda Sala estipuló que de tal derecho se derivan obligaciones estatales concretas, lo que permite que el grado de abstracción de dicho derecho, o mejor dicho,

la enunciación genérica del mismo —tanto en el texto de la Constitución Federal, como en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales— no sea pretextado para paralizar su justiciabilidad.

En efecto, al atender a las observaciones generales emitidas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Sala estableció que, de un primer acercamiento a la extensión de la obligación de salvaguardar el referido derecho, *en su vertiente de tratamiento de enfermedades y condiciones de asistencia y servicios médicos*, se advierte que el Estado mexicano se encuentra obligado a: *I)* adoptar medidas —tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacional— en especial económicas y técnicas; *II)* hasta el máximo de los recursos de que disponga; *III)* para lograr de forma progresiva, por todos los medios apropiados, la plena efectividad de los derechos humanos reconocidos en la convención.

En ese sentido, se asentó que el derecho humano al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, como todo derecho social, prevé obligaciones de contenido —inmediatas— y de resultado —mediatas o de cumplimiento progresivo—. Las primeras se refieren a que los derechos se ejerciten “sin discriminación” y a que el Estado “adopte medidas”, dentro de un plazo razonablemente breve, que sean deliberadas, concretas y orientadas lo más posible hacia la satisfacción de las obligaciones convencionales. Las segundas, esto es, las obligaciones de resultado, se relacionan con el principio de progresividad, el cual debe analizarse a la luz de un dispositivo de flexibilidad que refleje las realidades del mundo y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Asimismo, corresponde a cada Estado la obligación de asegurar, por lo menos, la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos contenidos en el pacto. Esto es, las obligaciones referidas requieren de un estándar mínimo de cumplimiento, pero no se agotan ahí, sino que resulta menester que, al mismo tiempo, el Estado realice todas las medidas necesarias para asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales.

En esa lógica, se impone al Estado mexicano, por una parte, una obligación inmediata de asegurar a las personas, al menos, un grado esencial del derecho al nivel más alto posible de salud y, por otra, una de cumplimiento progresivo, consistente en lograr su pleno ejercicio hasta el máximo de los recursos que disponga. De tal suerte que, *prima facie*, se configurará una violación directa a las obligaciones del Pacto cuando, entre otras cuestiones, el Estado Mexicano no adopte medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole, para dar plena efectividad al derecho indicado.

Ello implica que los juzgadores nacionales, al resolver este tipo de controversias, deberán tener en cuenta que, conforme al citado derecho, el Estado tiene marcado un rumbo para lograr la efectividad del derecho a la salud y debe transitar hacia esa meta de manera concreta y deliberada. De ahí que, cuando sea omiso en acatar ese mandato, tendrá que justificar ante el juez nacional, de manera fehaciente, por qué no ha tomado las medidas tendientes a lograr un avance en tal materia.

2.2. La insuficiencia presupuestaria para satisfacer el derecho a la salud

El segundo elemento jurídico que vale la pena destacar, y que se relaciona de manera íntima con el cumplimiento de las referidas obligaciones de “contenido” y de “resultado”, estriba en la concepción que la Segunda Sala realizó de la obligación estatal de adoptar medidas hasta el “máximo de los recursos de que disponga” para tutelar el derecho humano al disfrute al más alto nivel posible de salud física y mental.

En efecto, es cierto que la obligación estatal de proteger, respetar y promover el derecho humano al nivel más alto posible de salud no puede desconocer la situación particular que atraviesa cada país, pues el principio de progresividad que rige en materia de los derechos humanos implica que, por lo general, la efectividad de éstos no se logra de manera inmediata, sino que conlleva todo un proceso que supone definir metas a corto, mediano y largo plazo. Por ende, la determinación del cumplimiento de los mandatos derivados del derecho a la salud debe analizarse a la luz de un dispositivo de flexibilidad que refleje las realidades del Estado y las dificultades que implica para éste, por sus características económicas, sociales e históricas, el asegurar la plena efectividad de tal derecho social. Sin embargo, se puntualizó que cuando el Estado incumpla con la plena realización del derecho al nivel más alto posible de salud, al aducir una falta de recursos, “corresponderá no sólo a éste comprobar dicha situación, sino además debe acreditar que ha realizado todos los esfuerzos posibles para utilizar los recursos que están a su disposición para lograr ese objetivo”. De ahí que no baste la simple afirmación de limitación presupuestaria por parte del Estado mexicano para que se tenga por demostrado que ha adoptado todas las medidas, hasta el máximo de los recursos que disponga, para lograr la plena realización del derecho humano del nivel más alto posible de salud.

Así, si bien la cuestión financiera es en gran medida uno de los argumentos más recurridos para aducir que no es posible lograr la justiciabilidad de los derechos sociales, lo cierto es que, en aras de poder cumplir con el deber jurisdiccional de contrastar la actuación de los órganos democráticos con los estándares contenidos en la propia Constitución, no sólo es dable sino imperativo que los jueces puedan examinar, al menos, si las violaciones generadas a los derechos sociales, como lo es el derecho a la salud, derivan o no de la insuficiencia de recursos estatales, al ser la autoridad responsable quien debe aportarle al juzgador los elementos necesarios para acreditar de manera fehaciente esos hechos.

En otras palabras, la posibilidad de verificar la veracidad del aserto estatal de la insuficiencia de recursos para hacerle frente a sus obligaciones permite que en sede jurisdiccional los tribunales puedan diferenciar entre los casos de incapacidad para satisfacer un derecho social y los casos de renuencia del Estado para cumplir con esas obligaciones, pues es tal situación la que permitirá determinar judicialmente qué acciones u omisiones equivalen a una violación de derechos humanos. Esta práctica no sólo es coincidente con el ejercicio contemporáneo del control constitucional, sino que permite, a su vez, que mediante las instancias jurisdiccionales se puedan abrir medios adicionales de transparencia del manejo de recursos públicos, a fin de verificar que sean destinados conforme a derecho y evitar la opacidad.

En efecto, la rendición de cuentas democrática no sólo consiste en el control vertical de los servidores públicos. La experiencia histórica de nuestro Estado da cuenta de que la transparencia y las responsabilidades gubernamentales no pueden garantizarse sólo por medio de la rendición de cuentas de gobernantes hacia gobernados, ya sea mediante las declaraciones patrimoniales y fiscales que deben rendir determinados funcionarios públicos o a través del ejercicio del derecho humano de acceso a la información, entre otros.

También existe la rendición de cuentas horizontal, la cual se ejerce entre las propias instituciones estatales. En ese ámbito, es dable afirmar que los tribunales son los principales agentes de la rendición de cuentas, al ser los responsables de controlar el poder de las ramas ejecutiva y legislativa mediante sus fallos, a través del control de la ley y desde luego de la Constitución Federal. Esta clase de dimensión de cuentas horizontal requiere que los tribunales asuman el tipo de acciones que los críticos de la justiciabilidad de los derechos sociales condenan, esto es, que se involucren en el control de las políticas públicas, actos u omisiones de las autoridades, a fin de determinar si se encuentran de conformidad con el Derecho, en específico, de conformidad con los derechos fundamentales. Los jueces han asumido un rol preminente en la función de mantener incólume el orden constitucional y los derechos humanos.

En esa tesitura, resulta válido sostener que los jueces y tribunales no pueden permanecer pasivos ante los reclamos de los gobernados respecto a las violaciones a su dignidad ontológica, derivadas de la falta de servicios estatales o su deficiente prestación en materia de derechos sociales. Por lo que, si bien se reitera que no es dable exigirle al Estado el cumplimiento pleno de los derechos sociales sin tomar en cuenta sus propias posibilidades y limitaciones financieras, técnicas o estructurales, sí en cambio es indispensable que se pueda verificar, en sede judicial, que con los recursos que en efecto dispone y dentro de esas propias limitaciones haya realizado todos los esfuerzos necesarios para salvaguardar los derechos sociales de la población.

Ello de ninguna manera es una intromisión a la división de poderes, sino un ejercicio de control y contrapesos que tiene como fundamento jurídico los mandatos constitucionales que obligan al Poder Judicial a verificar que el actuar de los llamados poderes políticos sea congruente con el parámetro de regularidad constitucional. El todo constituido por la función delimitadora de los textos relativos a los derechos fundamentales, su nueva estructura de funciones y las competencias estatales se dirigen hacia el beneficio del ser humano, de tal suerte que los poderes políticos se encuentran al servicio de la Constitución y no la Constitución al servicio de éstos.

Por ende, es una labor indispensable del Poder Judicial coadyuvar a que los derechos humanos cuenten con plena eficacia y justiciabilidad en el Estado mexicano, esto es, que tengan máxima fuerza jurídica. De ahí que, como fue plasmado en la ejecutoria que se analiza, ante la voluntad del pueblo reflejada en el texto de la Constitución General de la República, mediante la incorporación expresa de derechos sociales, no sólo es jurídicamente permisible que los órganos jurisdiccionales vigilen que el actuar de los poderes públicos —incluido el ejercicio presupuestal— se ajuste a los principios y valores

que la Constitución Federal establece, sino que es obligatorio que lleven a cabo tal función en aras de asegurar que dichos derechos públicos subjetivos tengan una incidencia real en el Estado mexicano.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que la justicia puede y debe generar cambios sociales, cuando la política y los políticos se muestren impotentes o no estén dispuestos a impulsarlos. En situaciones de inacción gubernamental, respecto a la garantía de los derechos humanos, los jueces a menudo son los únicos órganos estatales que cuentan con la independencia y el poder para presionar a las burocracias a que actúen. Al tratar problemas relacionados con las políticas públicas, las decisiones jurisdiccionales permiten sacudir al aparato institucional que se encuentra atrapado en acuerdos disfuncionales. Ése es el efecto que desbloquea las sentencias de derechos sociales, lo que justifica su intervención para romper con la parálisis o estática burocrática. Es decir, mediante la plena justiciabilidad de los derechos sociales, no sólo se puede fortalecer la rendición de cuentas y la transparencia en el ejercicio de los recursos públicos, sino, en muchos casos, acabar con el bloqueo burocrático que impide el goce del derecho al nivel más alto posible de salud física y mental.

2.3. Los efectos del amparo al tratar el derecho a la salud

El tercer elemento jurídico que debe destacarse de la citada ejecutoria consiste en la apertura o nueva estructuración del tipo de adjudicaciones que responden de manera más favorable a la justiciabilidad de derechos sociales cuando son ejercidos mediante un interés legítimo. En efecto, debe precisarse que el Juez de Distrito consideró que si los quejosos acreditaron que son pacientes del instituto responsable y que reciben tratamiento médico, al ser portadores del VIH, debe concluirse que “cuentan con interés legítimo para acudir al juicio de amparo”, ya que la omisión de ejecutar el proyecto denominado “Construcción y Equipamiento del Servicio Clínico para Pacientes con VIH/SIDA y coinfección por Enfermedades de Transmisión Aérea”, les afecta como parte de la población portadora de dicha enfermedad; esa cuestión no fue materia de controversia en el recurso de revisión.

En ese tenor, la afectación real y actual a su esfera jurídica, en virtud de su especial situación frente al orden jurídico como pacientes del referido instituto, no sólo permeó en cómo debía abordarse el estudio de la violación a sus derechos humanos, sino que, desde luego, generó que la sentencia de amparo se viese reflejada en una verdadera naturaleza estructural en aras de salvaguardar el derecho a la salud de todo un grupo de personas —más allá de las participantes en la *litis*—, y no en una mera reparación individual o particular,

En efecto, debe recordarse que la Segunda Sala precisó que, ante lo fundado de los agravios expuestos por los recurrentes, el Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias, en coordinación con el Comisionado Nacional de Protección en Salud y Comité Técnico del Fideicomiso en Protección Social en Salud, debía tomar todas las medidas necesarias para salvaguardar el derecho humano al nivel más alto posible de salud de los

quejosos. Al considerar que son portadores del VIH debieran recibir tratamiento médico en instalaciones separadas del resto de los pacientes, a efecto de evitar el contagio de alguna enfermedad. Así, el cumplimiento de la sentencia de amparo implicó “la posibilidad de que las autoridades responsables consideren qué medida resulta más adecuada para poder brindar a los quejosos un tratamiento médico apropiado a su padecimiento”, ya sea:

- I. Mediante remodelación del Servicio Clínico 4, en donde en la actualidad son tratados.
- II. Mediante la construcción de un nuevo pabellón hospitalario.

Sólo en caso de que se acreditara que ninguna de las opciones antes mencionadas resulte compatible con las políticas públicas en materia de salud, las autoridades responsables debían realizar las gestiones que estimaran pertinentes para que los quejosos, a satisfacción razonable —calificada por el juzgador—, fueran atendidos en algún otro hospital o clínicas del sector salud en donde pudiesen recibir su tratamiento en las condiciones adecuadas e idóneas a su enfermedad, a efecto de garantizarles el ya referido derecho.

Como se aprecia, los efectos del amparo no establecieron una sola manera de cumplimentar con la ejecutoria, sino que se otorgó a las responsables cierto arbitrio para decidir, acorde con sus propias necesidades y posibilidades, cuál era la manera más adecuada para garantizar a los quejosos el derecho a la salud transgredido.

Es cierto que este tipo de sentencias no resultan del todo convencionales. Empero, debe tenerse en cuenta que la propia naturaleza de la violación del derecho en cita ori-llaba a que el mismo cumplimiento fuese acorde con un interés difuso que, inclusive, no sólo favoreciera a las partes en el juicio, sino de manera indirecta a cualquier persona que estuviese en esa misma situación jurídica —es decir, a todo un grupo de personas que contaban con tal padecimiento y que eran tratados por el Instituto responsable—.

En otras palabras, si la naturaleza del interés con el cual se acciona el juicio es *difuso* o *colectivo*, entonces, no es extraño que la reparación que recaiga a las violaciones relacionadas con tal interés también sea de tal naturaleza. De ahí que la conducta estatal requerida para cumplimentar con el amparo pueda tener efectos o beneficios que vayan más allá de los individuos particulares que acudieron ante la jurisdicción.

Lo anterior se entiende dado que, al tratarse de derechos que requieren de la elaboración o reformulación de una política pública, con dificultad podría justificarse que ésta se mantenga para el resto de los sujetos a quien está dirigida y se elabore una tendiente sólo a satisfacer los derechos individuales de quienes sí acudieron a la sede jurisdiccional. En suma, la proyección de los efectos del amparo y su esquema jurídico, no son los que de ordinario se plasman al resolver un juicio de amparo; sin embargo, son los que más tienden a lograr la justicia para estos casos.

En adición a esto, el grado de discrecionalidad que se le otorga a la autoridad para que, al atender a las consideraciones del fallo jurisdiccional, determine cuál es la manera más adecuada para satisfacer un derecho social tiene la bondad de asegurar que

los jueces no sustituyan a los poderes políticos *en la elección concreta de la política pública* diseñada para salvaguardar ese derecho fundamental, sino que más bien examinen la idoneidad de las medidas elegidas por la autoridad respectiva para lograr esa satisfacción. De esta forma, se consigue un equilibrio entre poderes que facilite la justiciabilidad de los derechos sociales y mitigue aquellas voces que se oponen a ello, al pretextar la indebida intromisión judicial en la elaboración de políticas que corresponden al ámbito ejecutivo o legislativo.

En efecto, este tipo de sentencias “dialógicas” incentivan la coordinación entre los poderes políticos para solucionar o encontrar la medida más adecuada para solventar el problema. El margen de arbitrio o discrecionalidad concedido en tales ejecutorias permite una búsqueda colaborativa para lograr la justicia, en tanto no se reduce a una mera imposición judicial, sino a la orientación del órgano democrático para elaborar o reformular su política pública dentro del lenguaje de los derechos humanos y a la luz de los parámetros establecidos por el juzgador.

Así, a diferencia de las adjudicaciones tradicionales dentro del juicio de amparo, en donde se condena a la responsable a realizar una acción específica y el cumplimiento se ve en términos del “todo o nada”, las sentencias de este tipo tienden a trazar principios, procedimientos y fines a seguir, y se asigna a los organismos públicos la carga de diseñar e implementar las políticas respectivas. Por ende, este tipo de adjudicaciones tiene la potencialidad de reducir las tensiones entre el control constitucional que ejercen los jueces y la idoneidad de que sean los órganos democráticos quienes asuman la tarea de formular las políticas concretas y deliberadas tendientes a satisfacer los derechos sociales de la población, aceptando al mismo tiempo que la Constitución requiere y presupone la existencia de ciertos límites a las decisiones democráticas.

Para concluir, debe tenerse en mente que la Constitución es, en muchos sentidos, no sólo el medio de control del poder público, sino además, el documento que representa la identidad de un pueblo; además la razón por la que resulta indispensable esa norma fundamental radica en que contiene los contenidos materiales o morales mínimos con base en los que debe estructurarse la comunidad política. Esos contenidos se expresan en la forma de derechos fundamentales que inspiran un ordenamiento moralmente recto.

En ese tenor, a efecto de garantizar su supremacía y la eficacia real de sus derechos, es menester que los juzgadores empiecen a replantear los supuestos hitos de la imposibilidad o dificultad que depara el hacer justiciables los derechos sociales. Éstos resultan imprescindibles para mejorar la calidad de vida de la población mexicana y brindar, en alguna medida, respuestas o soluciones para erradicar y mitigar los padecimientos que prevalecen en la población: a las enfermedades, a través del derecho al nivel más alto posible de salud física y mental; a la ignorancia, a través del derecho a la educación; a la miseria a través del derecho a la vivienda, y a la seguridad social y a la hambruna, a través del derecho a la alimentación. El caso Pabellón 13 fue consciente de esas necesidades que, naturalmente, exigen que los jueces adopten una posición garantista para lograr su consecución en el sistema jurídico mexicano.

Como se precisó en la ejecutoria a estudio, la Constitución es el documento que refleja las aspiraciones del pueblo y permite a éste trazar su propio destino, por ello, fuerza es que sus disposiciones no se reduzcan a “buenas intenciones”, sino que cuenten con plena eficacia y justiciabilidad. La inclusión expresa de derechos económicos, sociales y culturales en la Norma Suprema tiene un claro objetivo: mejorar la calidad de vida de los gobernados a través de la consolidación de una nueva estructura de justicia social.

Por ende, es menester que el Poder Judicial atienda a esas finalidades del Constituyente Permanente y, con el rigorismo técnico e intelectual que exige esa labor, adopte nuevos criterios de justiciabilidad para permitir que tales derechos pasen del texto de la Constitución a su plena constatación en la calidad de vida de la población.



RESEÑAS



MARION-ÉTICA. LOS “EXPERTOS” DE LA ONU IMPONEN SU LEY *DE* *MARGUERITE A. PEETERS*



Alberto Patiño Reyes¹

La pasada contienda presidencial de los Estados Unidos de América provocó un giro en cuanto al reconocimiento de los Derechos Humanos. El hartazgo de ocho años de la administración Obama —no calculado por los analistas y expertos en marketing político— hizo que el 8 de noviembre apareciera una nueva manera de pensar, la cual podría sintetizarse en la siguiente frase: “El final de la era en el abuso de los derechos de las minorías”. A partir del 2017 el mundo entra en una nueva faceta reivindicatoria de los derechos de las mayorías y desmantelamiento de muchos de los “nuevos pseudo-derechos” otorgados a una minorías poco representativas de la cultura occidental.

Para entender los derroteros del mundo bajo el mandato de Trump es menester explorar las causas del malestar de la sociedad norteamericana (y en general de la sociedad occidental) en su oposición a un progresismo mal entendido, instaurado por el primer presidente afroamericano en la historia de esa nación. Por ello, la pertinencia de encontrar las respuestas de expertos libres de prejuicios que puedan aportar luces en torno a estos cambios. De ahí mi interés en reseñar un libro acerca de los cambios jurídicos experimentados a nivel planetario —antes del triunfo del magnate neoyorquino—, cuya edición original fue publicada en inglés y desde hace un lustro la editorial española Rialp facilitó su difusión en idioma castellano. A continuación esbozo su contenido.

En la introducción del libro aparece el objetivo del mismo:

...proporcionar el conocimiento y discernimiento de los conceptos clave y de los mecanismos operativos de la revolución cultural global [entendida] como la propagación mundial, al final de la guerra fría, de una nueva ética, laicista en sus aspectos radicales, que es fruto de las revoluciones feminista, sexual y cultural occidentales del siglo pasado, y de largo recorrido de Occidente hacia la posmodernidad. Una ética para marionetas

¹ Académico de tiempo completo. Departamento de Derecho. Universidad Iberoamericana.

que modela conductas y establece un nuevo diseño sobre el bien y el mal, suprimiendo presupuestos antropológicos básicos e imponiendo su ley a mayorías culturalmente indefensas (p. 13).

El capítulo segundo, “Revolución cultural mundial, posmodernidad y nueva ética mundial”, inicia con la caída del Muro de Berlín como entrada de la humanidad en una nueva era. “La Organización de las Naciones Unidas (ONU) trataba de reforzar sus instituciones para incrementar su poder normativo mundial y posicionarse así en el centro estratégico de la gobernanza mundial [...] se presentó como la única institución capaz de dar un rostro humano, ético y duradero a la globalización” (pp. 40-41). En su intención de erigirse con el monopolio de la ética mundial, la ONU preparó una serie de conferencias intergubernamentales cuyo cometido era abarcar la actividad del hombre en sociedad.

Por tanto, las reuniones se sucedieron del modo siguiente: *Conferencia de los niños y sus derechos* (Nueva York, 1990); *Medioambiente* (Río de Janeiro, 1992); *Derechos Humanos* (Viena, 1993); *Población* (El Cairo, 1994); *Desarrollo Social* (Copenhague, 1995); *Mujer* (Pekín, 1995); *Hábitat* (Estambul, 1996); y *Alimentación* (Roma, 1996). El objetivo de estas conferencias era “[c]onstruir una nueva visión del mundo, un nuevo orden mundial, un nuevo consenso mundial sobre las normas, los valores y las prioridades de la comunidad internacional en el siglo XXI” (p. 41).

El actual consenso mundial consiste en un conjunto de nuevos paradigmas que se manifiestan a través de un lenguaje reciente. Así surgieron expresiones propias de esta revolución cultural impuesta desde la ONU, por ejemplo, “globalización con rostro humano, ciudadanía mundial, consenso, desarrollo sostenible, sociedad civil, ONG, gobernanza, democracia participativa, calidad de vida, educación para todos, igualdad de oportunidades, empoderamiento de la mujer, salud y derechos sexuales y reproductivos, consentimiento informado, género, igualdad de género, acceso igual y universal, mejores prácticas, diversidad cultural, educación para la paz, parlamento de los niños” (pp. 44-45), entre otros.

Sobre la base de la deconstrucción de conceptos, Jacques Derrida, en un artículo del periódico *Le Monde* —escrito antes de su fallecimiento en 2004—, “[s]ugirió eliminar la palabra ‘matrimonio’ del código civil francés para resolver el estatus jurídico de las parejas homosexuales” (p. 45). Así, el nuevo lenguaje propuesto por la revolución cultural occidental refleja los cambios de paradigma de la transición de la modernidad a la posmodernidad.

Los nuevos paradigmas están unidos entre sí por una lógica interna y son holísticos. A guisa de ejemplo, según el nuevo sistema, la buena gobernanza, que presupone entre otras cosas la construcción de consenso y la participación de la base (ONG), es el camino a seguir para aplicar el desarrollo sostenible; éste pasa por la igualdad de sexos, cuya condición previa es el acceso universal a la salud reproductiva, basada a su vez en el derecho a elegir y en el aborto sin riesgos (pp. 48-49).

La autora refiere que luego de la derrota del marxismo-leninismo prevaleció en la cultura occidental el existencialismo posmoderno. A éste se le sumaron los nuevos

paradigmas surgidos del interior de las conferencias promovidas por la ONU, cuya aportación más significativa fue gestar una nueva ética mundial que “se posiciona por encima de todo lo demás: por encima de la soberanía nacional; de la autoridad de los padres y de los profesores, e incluso por encima de las enseñanzas de las grandes religiones. Sobrepasa toda jerarquía legítima. Crea un vínculo directo con el ciudadano individual” (p. 55).

Por ende, ¿cuáles son las notas distintivas de la posmodernidad? En primer lugar, el abandono de parte de Occidente de los valores modernos: “absolutización de la razón, la confianza ciega en la ciencia, optimismo y fe en el progreso, individualismo, derechos humanos, naturalismo, democracia liberal, soberanía nacional, marxismo o capitalismo, deísmo [...] Los filósofos vinculados al movimiento posmoderno son aquéllos que desde Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) cuestionan que la razón tenga la capacidad de aprehender la realidad, y la sustituyen por la ‘voluntad general’” (p. 57).

La autora enfatiza que la transición de Occidente hacia la posmodernidad fue acelerada a partir de la revolución erótica occidental, en particular desde la década de los sesenta del siglo pasado con la exaltación de la libido, las revueltas estudiantiles, el rechazo de la autoridad y de las normas morales y sociales; mismas que acentuaron el cuestionamiento a la razón y la conciencia, al orden social occidental y aceleraron la deriva hacia lo irracional. Para muestra un botón, el filósofo posmoderno Richard Rorty afirmaba: el propósito de la posmodernidad es “[d]escubrir qué debemos hacer ahora que tanto la edad de la fe como la edad de la razón son irrecuperables” (pp. 58-59). Por su parte, el filósofo francés Michel Onfray sentenció: “[l]a posmodernidad va más lejos que la modernidad en lo que se refiere a laicismo: no debería quedar ni rastro de la tradición judeo-cristiana en la civilización occidental, y por extensión al resto del mundo. La posmodernidad debe dar el impulso final a la apostasía para llegar a la negación total del ser, de la realidad, del compromiso moral” (p. 59).

La autora destaca que una de las acciones de la nueva ética mundial es la deconstrucción de la realidad y el rechazo de lo dado, la celebración de la diversidad, la libertad de elegir, el holismo y la ambivalencia. Por esta razón se apoyan en filósofos del deconstruccionismo como Jacques Derrida, pues para él:

[L]as diferencias hombre-mujer; cuerpo-alma; verdad-mentira; bien-mal; tradición-progreso; día-noche; gobernante-gobernado; niño-adulto; pobre-rico; heterosexual-homosexual; vida-muerte, no están inscritas en la naturaleza, en la realidad, en el origen de la creación, en el orden moral o sencillamente en el sentido común. Esas diferencias carecen de contenido y existen sólo en virtud de una oposición comparativa, no en sí. Son inestables y cambiantes: la heterosexualidad existe únicamente por oposición a la homosexualidad, la verdad existe solamente por oposición a la mentira (p. 60).

Además, la posmodernidad sustituye la realidad por construcciones sociolingüísticas, crea un nuevo lenguaje cuyo objetivo es transformar todo lo que existe en un texto a interpretar. Desde este punto, el *principio* posmoderno de “libertad de elección se traduce semánticamente como libertad de dar a las palabras el sentido que se quiera” (p. 62).

Por ende, la libertad de elección o derecho a elegir del individuo es la base de la nueva ética mundial. De modo que el *individuo debe poder elegir*, por ejemplo, ser heterosexual u homosexual; su “forma” de familia y reconstituirla si fuera el caso. Las y los jóvenes deben tener un acceso confidencial a la gama completa de anticonceptivos y contraceptivos, entre los cuales elegirán los que les convengan. En el campo educativo, los niños y las niñas escogen su propio currículo; deconstruyen los valores recibidos de sus padres y construyen su identidad social y sexual según sean sus elecciones.

Para Peeters la primacía del arbitrario *derecho a elegir* posibilita el acceso universal de los individuos a todas las opciones posibles, en donde todas éstas son válidas, incluida la elección de la propia orientación sexual. Así, “todo es asunto de todos [...] Los gobiernos ya no gobiernan: se conforman con gestionar los problemas de las sociedades [...] Las minorías imponen sus normas a la mayoría [...] Lo inmanente trasciende lo trascendente. Todo está trastornado. La deconstrucción ha vuelto el mundo al revés [...] Se ha formado una sociedad horizontal. La igualdad se ha radicalizado” (p. 67).

La ética del “derecho a elegir” elimina todo posible germen de oposición a su interpretación radical de la libertad. Sobre esta base, se prohíbe prohibir o contradecir la nueva ética. De ahí que la permisividad sexual resulta obligatoria. Además, el principio de no discriminación (inclusión de las minorías) se impone “[h]asta el punto que, de *facto*, se excluye a la mayoría. Nos gobiernan unos expertos que representan a minorías” (p. 76).

En el capítulo tercero, la autora analiza los conceptos clave de la revolución sexual y feminista mundial bajo las conferencias de la ONU, donde surgieron los “derechos sexuales y reproductivos” (El Cairo y Pekín). Al no ser convenciones internacionales no tienen fuerza vinculante para los estados participantes. No obstante, los activistas, tanto de las ONG como los “expertos de la ONU”, han orientado todos sus esfuerzos en su aplicación universal. “[H]an tratado de transformar un consenso que no es vinculante para los estados, en Derecho internacional, que sí lo es. También han hecho pasar un falso consenso (el programa radical de una minoría) por un consenso mundial” (pp. 151-152).

En el capítulo cuarto hace un estudio de las implicaciones de la “revolución de los derechos” y la irrupción de los “nuevos derechos” por ejemplo, el derecho a morir o derecho a elegir la forma de muerte; el derecho al aborto; derecho a elegir la propia orientación sexual; derecho a modificar los textos religiosos considerados discriminatorios; derecho a sentirse bien; derecho al placer, entre otros.

El fundamento del Estado de derecho son los derechos humanos. Hacer pasar los derechos sexuales y reproductivos por *derechos humanos* equivale a hacerlos pasar por derechos universales e inalienables, a volverlos interdependientes e indivisibles de los derechos vinculantes. Al infiltrar los derechos sexuales y reproductivos en los derechos humanos universales, los agentes de la nueva ética mundial hicieron uso de la autoridad moral “incontestada” de los derechos universales para forzar la aplicación de sus intereses particulares. Por tanto, borrarón la distinción entre consenso y Derecho internacional. Actuaron como si el consenso fuera vinculante. Insistieron en que la “obligación” de los gobiernos era cumplir los compromisos que habían contraído en las

conferencias de la ONU en El Cairo y Pekín. “[N]o tuvieron ningún reparo en hablar de los derechos sexuales y reproductivos como si se tratara de derechos fundamentales reconocidos universalmente y, como tales, vinculantes para los gobiernos” (p. 153).

El asunto del capítulo quinto está relacionado con el “Recorrido histórico e institucional de la globalización de la revolución [cultural]”. Aquí se expone el recorrido histórico e institucional de la globalización de la revolución erótica occidental desde la década de los sesenta del siglo pasado y la vinculación de las ONGS, grupos de presión, instituciones, fundaciones y federaciones a nivel internacional con la ONU. En definitiva, en la conferencia de El Cairo prevalecieron los intereses de grupos feministas y los intereses geopolíticos en favor del control demográfico en los países en vías de desarrollo.

El contenido del capítulo sexto, “Técnicas y estrategias de los agentes de transformación social”, se sintetiza a partir de las conferencias de El Cairo y Pekín, en la instauración del *gender training* (igualdad de género). Para la autora es un “[p]roceso de deconstrucción de los ‘estereotipos femeninos y masculinos’ [...] El mensaje que trata de pasar —el *gender training*— es que chicos y chicas, hombres y mujeres, pueden elegir ‘libremente’ su rol en la sociedad, y cambiar de rol tan frecuentemente como lo deseen” (pp. 234 y 238). La perspectiva de género (*gender mainstreaming*) fue la estrategia adoptada en Pekín para imponer los presupuestos ideológicos del *gender* (género). En suma, los ingenieros de la nueva cultura o ética mundial llaman *estereotipo* a la imagen del rol de la mujer y del hombre en la sociedad.

[L]as feministas estiman que el estereotipo femenino dominante en la mayoría de las culturas es el de la mujer como esposa y madre, que según ellas es negativo, discriminatorio y restrictivo, que convierte a la mujer en víctima e impide su *empowerment* (empoderamiento) [...] Para ‘liberar’ a la mujer hay que deconstruir los estereotipos cambiando la mentalidad de quienes los transmiten, pero también de los líderes religiosos, los medios de comunicación, el arte, el lenguaje (pp. 128-129).

El capítulo primero, “La revolución feminista, sexual y cultural occidental”, sirve como epílogo de la obra; presenta la historia de la revolución feminista y sexual occidental, de Margaret Sanger y Simone de Beauvoir, hasta Alfred Kinsey y Herbert Marcuse. La autora destaca cómo “los militantes de la revolución erótica occidental han deconstruido la realidad, la naturaleza, la cultura, la civilización, la tradición, la autoridad, el estado de derecho, la imagen del padre, la moralidad, la religión, la verdad, el bien y el mal, la racionalidad, la conciencia, el conocimiento objetivo, la personalidad individual, la felicidad personal, la vida eterna, la inmortalidad, el amor al prójimo, la amistad, el cariño” (p. 39). Y continúa: “[h]an sustituido la realidad por el placer sensual, el progreso espiritual por la regresión, la razón capaz de discernir por la razón negadora, la sexualidad normal por las perversiones, el amor espiritual por el amor narcisista, la conciencia moral por el inconsciente, la imaginación y la sensualidad” (p. 39). Los frutos culturales de la deconstrucción fueron impuestos como normas mundiales mediante el nuevo consenso global de las conferencias de la ONU.

UNIVERSITARIO DE VIDA COMPLETA. MEMORIAS ACADÉMICAS Y RECUERDOS PERSONALES DE HÉCTOR FIX-ZAMUDIO.



Juan Federico Arriola

Las memorias son en realidad autobiografías; son un género histórico-literario de primer orden, fuente de conocimiento no sólo de la persona que escribe y relata su vida, sino también de su circunstancia, para hacer valer de nuevo la afirmación del filósofo madrileño José Ortega y Gasset: “Yo soy yo y mi circunstancia y si no la salvo a ella, no me salvo yo”. Héctor Fix-Zamudio, jurista egresado de la licenciatura y el doctorado en Derecho de la UNAM y académico en su triple vertiente (docente, investigador y escritor), director del Instituto de Derecho Comparado de 1966 a 1978 —antecedente directo del actual Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México— ha publicado su último libro: sus recuerdos que mantiene vivos desde su niñez hasta la actualidad y que han sido revisados por su hijo Héctor Fix Fierro, también jurista y quien fue director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México de 2006 a 2014.

La sencillez que siempre ha distinguido al doctor Fix-Zamudio se evidencia en el desarrollo de los nueve capítulos que conforman su libro. No hay exageración alguna en sus observaciones y recuerdos sobre su niñez, adolescencia, vida adulta y en particular su vida familiar y profesional. Héctor Fix-Zamudio es el jurista mexicano vivo más honorable dentro y fuera de México. Los doctorados *honoris causa* así como los homenajes que ha recibido y la magnífica colección de libros en su honor con diversos coautores, en 12 tomos publicados por Editorial Porrúa, la Universidad Nacional Autónoma de México y Marcial Pons de España, se vierten en los artículos en homenaje con motivo de su medio siglo como investigador.

Miembro de El Colegio Nacional, profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM, investigador emérito, juez y presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con sede en San José de Costa Rica; testigo y actor de acontecimientos importantes

en su *alma mater*, la UNAM, fundador del Derecho Procesal Constitucional, conocedor profundo del estudio de la Constitución mexicana y del Juicio de Amparo. Precursor de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Su estilo crítico es suave y a la vez directo. Sus memorias son una combinación de ironía socrática, observaciones sobre la realidad socio-política mexicana e historia del siglo XX y principios del siglo XXI. Así mismo en las memorias del doctor Fix-Zamudio el lector encontrará reflexiones éticas y estéticas. Él hace gala de su condición de filósofo en el sentido nominal: amante de la sabiduría; además, es un esteta que aprecia las bellas artes y es una persona que ha practicado la ética profesional con singular maestría. Si bien no lo dice de forma explícita, hay muchas personas que lo constatamos por su trayectoria.

Héctor Fix-Zamudio ha sido un hombre que ha aprendido de los viajes académicos y turísticos que emprendió. Celoso de su independencia académica e intelectual rehúso aceptar cargos públicos y marcó una distancia respetuosa con quienes ejercieron el poder presidencial. Con su mirada como ciudadano y como educador hace ver la importancia de la democracia y la educación en todos sus niveles. Sus reflexiones al respecto están acompañadas de anécdotas interesantes. Con su libro uno puede mirar con binóculos claros acontecimientos que no debemos olvidar, como son Tlatelolco en 1968 y las crisis recurrentes que ha sufrido México en los últimos cuarenta años. Sus memorias abarcan todas sus facetas. De ahí, el reconocimiento a su familia: en su vertiente estrictamente humana, esposo ejemplar, padre y abuelo generoso. Héctor Fix-Zamudio no se entiende sin su núcleo familiar. Recuerda a sus antepasados europeos y mexicanos, y se enorgullece de su cónyuge, doña María Cristina Fierro, fallecida en 2003, y de su descendencia.

Al leer el libro del académico mexicano uno se percata de la nobleza que tiene la vida universitaria que desplegó no sólo en la UNAM. Ignoro si fue olvido del autor no mencionar su valiosa participación como docente en el Posgrado de Derecho de la Universidad Panamericana. Las Especialidades de Derecho en esta institución —que no diplomados como dijo de manera equivocada un ministro de la Suprema Corte antes de serlo—, la Maestría y el Doctorado en Derecho, han sido una alternativa de estudio para quienes no han estudiado en la UNAM. La aportación que hizo el doctor Fix-Zamudio, como docente y sinodal en varios exámenes de doctorado le han valido también reconocimiento en Mixcoac. Asimismo, apoyó la creación y presentación de la *Revista Académica de la Facultad de Derecho* de la Universidad La Salle y sus obras son conocidas en las principales universidades del país y del extranjero.

El sentido del humor que ha caracterizado al autor está presente en su libro. No hay rastro de amargura. Si no fuera un caballero cristiano, Héctor Fix-Zamudio podría ser confundido como un estoico o un kantiano. A pesar de las dificultades que ha vivido, descritas en sus memorias, el jurista está de pie, firme en sus convicciones pedagógicas, jurídicas y democráticas.

Punto y aparte merece mención la obtención de la Medalla Belisario Domínguez que le otorgó el Senado de la República al doctor Fix-Zamudio en octubre de 2002, de la que hay una fotografía en la galería que se puede apreciar al final de la obra. El ilustre senador y médico chiapaneco, asesinado en 1913 por órdenes directas del usurpador

Victoriano Huerta, fue promotor de la democracia, el municipio libre, el federalismo, la división de poderes, el respeto a los derechos humanos, defensor de la justicia y la libertad de expresión y además precursor de la seguridad social. Héctor Fix-Zamudio está entre los principales personajes que están a la altura histórica de Belisario Domínguez.

Este libro permite entender mejor la esencia y los mecanismos de sus obras anteriores, visionarias algunas de ellas, importantes todas en el quehacer jurídico. Fix-Zamudio no miente al titular su último texto: *Universitario de vida completa*. Lo ha sido y lo sigue siendo. Su trabajo académico es un gerundio, no termina, es tan continuo como el río que observó Heráclito, el antiguo filósofo presocrático. Utilizo el término de Miguel de Unamuno, *intrahistoria*, para calificar las memorias de Héctor Fix-Zamudio, insertas en la historia de México. Leer la autobiografía del jurista mexicano es una obligación moral para los universitarios al mismo grado que *El laberinto de la soledad* de Octavio Paz. México es la vida y el legado de sus grandes hombres y mujeres.





UNIVERSIDAD
IBEROAMERICANA
CIUDAD DE MÉXICO ®

