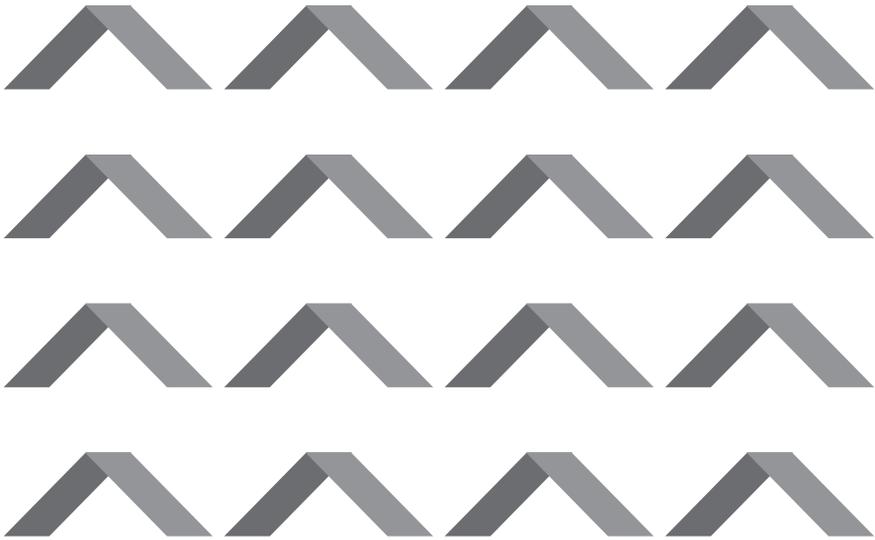


ENSAYOS SOBRE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA REFORMA PENAL EN MÉXICO



VOL. II



PROYECTO JUSTICIA



USAID
DEL PUEBLO DE LOS ESTADOS
UNIDOS DE AMÉRICA

México 2015

D.R. 2015, Centro de Investigación para el Desarrollo, A.C. (CIDAC)
Jaime Balmes No. 11 Edificio D, 2o. piso Col. Los Morales Polanco,
11510 México, D.F. T. +52 (55) 5985 1010
www.cidac.org

Usted puede descargar, copiar o imprimir este documento para su propio uso y puede incluir extractos en sus propios documentos, presentaciones, blogs, sitios web y materiales docentes, siempre y cuando se dé el adecuado reconocimiento al autor y CIDAC como fuente de la información.

El documento en formato digital se encuentra disponible en:

<http://www.cidac.org>

<http://proyectojusticia.org>.

“Este documento ha sido posible gracias al apoyo del pueblo de los Estados Unidos a través de la Agencia para el Desarrollo Internacional (USAID). Su contenido es responsabilidad del autor y no refleja necesariamente el punto de vista de USAID o del Gobierno de los Estados Unidos de América”.

ISBN Volumen: 978-607-9058-10-4

ISBN Obra Completa: 978-607-9058-09-8

ACERCA DE CIDAC

El Centro de Investigación para el Desarrollo A.C. es una institución independiente sin fines de lucro, que realiza investigaciones y presenta propuestas viables para el desarrollo de México. Su objetivo es contribuir, mediante propuestas de políticas públicas, al fortalecimiento del Estado de Derecho y a la creación de condiciones que propicien el desarrollo económico y social del país, así como enriquecer la opinión pública y aportar elementos de juicio útiles en los procesos de toma de decisión de la sociedad.

La Junta de Gobierno del Centro es responsable de la aprobación de las áreas generales de estudio. Sin embargo, las conclusiones de los diversos estudios, así como su publicación, son responsabilidad exclusiva de los profesionales de la institución.

ÍNDICE

- Los medios alternativos de solución de controversias en materia penal**
Oscar Cruz Barney 13
- La justicia militar ante las reformas constitucionales, legales y de las sentencias emitidas en la materia por la corte interamericana de derechos humanos**
Alejandro Carlos Espinosa 59
- El nuevo juez de ejecución, garante de los derechos humanos de sanciones mexicano desde una óptica comparada**
José Zaragoza Huerta 103
- La valoración de la prueba**
Alejandro Magno González Antonio 159

PRÓLOGO

El 18 de junio de 2008 se promulgó, a través del Diario Oficial de la Federación, una reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de justicia penal y seguridad pública. Dicha reforma implica una reestructuración de fondo de la justicia penal en México que adopta el sistema acusatorio adversarial y deja atrás al sistema mixto que impera actualmente.

Adoptar un nuevo sistema de justicia penal en México es mucho más que un cambio de nombre de sistema, los principios establecidos por la Constitución para el nuevo proceso penal (publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación), así como lo establecido por el nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales y, en general, el nuevo entramado institucional, están enfocados a transformar la administración de justicia de principio a fin, con el objetivo de poner un alto a los excesos de la autoridad y a los vicios que, durante mucho tiempo, dinamitaron la confianza de los ciudadanos en la justicia mexicana.

Para todo lo anterior, el nuevo sistema busca que las sanciones privativas sean para los delitos de mayor impacto y que las medidas como la prisión preventiva sean una excepción antes que una regla, concede un peso importante a los mecanismos alternos de solución de controversias para reconstruir los tejidos sociales, introduce nuevas dinámicas en las fuerzas policiales, da prioridad a la recolección científica de evidencia y conservación de la escena del crimen, introduce un juez previo al juicio que controla el actuar del ministerio

público, exige que las audiencias y las actuaciones del nuevo proceso sean públicas; que víctima y ofendido tengan la oportunidad de confrontar la veracidad de las pruebas; que el debate procesal se lleve a cabo en pocas audiencias orales, las cuales –junto con el proceso en general– deben producirse sin interrupciones ni aplazamientos y siempre en presencia del juez; y establece que toda violación a los derechos humanos resulte en la nulidad de las acciones, entre muchos otros aspectos.

Así es claro que, a pesar de ser el elemento más destacado mediáticamente, la reforma penal va mucho más allá de los juicios orales. La oralidad es solo una característica encaminada a expeditar y transparentar el proceso penal, pero son todos los elementos ya descritos en su conjunto los que buscan transformar el proceso opaco y viciado de la administración de justicia en México.

En este camino de transformación se han logrado diversos avances pero quedan todavía muchos compromisos específicos por atender y perfeccionar. En este sentido, el estudio de la reforma y el consecuente nuevo sistema de justicia penal mexicano merecen un análisis detallado, pues sus distintos elementos afectan transversal y horizontalmente diversas áreas y materias. Un análisis general puede pecar de ser extenso, confuso y, en el peor de los casos, insuficiente en su alcance. Por esta razón, CIDAC decidió acudir a diferentes académicos para desentrañar, desde sus particulares puntos de vista, la manera en que el nuevo sistema afectará y deberá atender estos vacíos y puntos específicos como la justicia alternativa, la justicia militar, la justicia indígena, la justicia de adolescentes, la ejecución de la sanción y la manera en que los jueces valoran la prueba, por nombrar algunos.

Es importante entender los Medios Alternativos de Solución de Controversias (MASC), como uno de los cimientos del nuevo sistema de justicia penal. Con

el fin de restar presión al sistema judicial y lograr la impartición de justicia pronta y expedita, el nuevo esquema concede gran peso a los mecanismos alternos de solución de controversias para algunos tipos de delitos, buscando más que la represión, la reparación del daño causado a la víctima y la restauración de los tejidos sociales.

Los MASC no son un nuevo concepto dentro del mundo jurídico, ni dentro del sistema mexicano. Lo que sí resulta novedoso son el lugar, momento e importancia que toman dentro del nuevo sistema de justicia penal en México. Los MASC han surgido como una medida controversial, sobre todo dentro de los medios de comunicación, ya que la sobre simplificación de éstos permite confundirlos con medidas que incentivan la impunidad, puesto que el imputado no será privado de la libertad como parte de su castigo (a menos que incumpla el acuerdo alcanzado con la víctima). Es importante entender el rol de los MASC en la relación víctima-imputado-sociedad. Tienen la función de dar prioridad a la reparación del daño y reconstruir el tejido social, allí donde la privación de la libertad no ha podido, en experiencias pasadas. Buscan que la víctima, a través de un proceso de mediación y conciliación con su ofensor, decida qué acción u omisión resultará en un mejor castigo y, a la vez, en una reparación del daño que le fue causado.

Los MASC permiten, asimismo, que la población recupere la confianza en la justicia y las autoridades que la administran, puesto que la resolución del conflicto no quedará únicamente en manos del sistema, sino que será responsabilidad también de las partes involucradas y, sobre todo, estará en manos de la víctima, reforzando la idea de que se ha alcanzado la justicia, ya que la autoridad velará porque se cumpla el acuerdo reparatorio que la víctima haya considerado como necesario. En este proceso, no solo se atiende de manera directa y con mayor eficacia la necesidad del ofendido, sino también

liberará de presión a un sistema penitenciario que ya no puede, ni debe, seguir criminalizando a un determinado sector socioeconómico, albergando a miles de presos por delitos menores y peor aún, funcionando como escuela para delitos más graves.

Por lo que respecta a la justicia militar, ésta y el ejército en sí, atraviesan un momento delicado en cuanto a credibilidad, confianza y rendición de cuentas, a pesar e que hace unos años era considerada una de las instituciones con mayor prestigio e integridad. En 2008, justo cuando se promulga la reforma en materia de justicia penal y seguridad, el país comenzaba a sufrir una crisis en materia de seguridad para enfrentar al crimen organizado. El Ejecutivo Federal decidió entonces utilizar a las fuerzas armadas para detener la ola de violencia y corrupción que había rebasado las capacidades las fuerzas policiales locales e, incluso, se había infiltrado en ellas. El discutido uso de las fuerzas armadas para labores de seguridad pública, introdujo dinámicas para las cuales la sociedad no estaba preparada, ni el ejército fue entrenado, y que la justicia se ha visto rebasada para resolver o enfrentar. Los resultados o la eficacia de tales medidas, no son tema que ocupe la discusión en esta edición; sin embargo, el análisis sobre muchas de sus consecuencias y la falta de adaptación del sistema de justicia militar al nuevo sistema de justicia penal, sí.

Las fuerzas armadas han pasado a ser, a consideración de diversos académicos, políticos y organizaciones de la sociedad civil, un ente prácticamente intocable. Un claro síntoma de esta situación se empezó a vislumbrar cuando el ejecutivo federal empezó a anunciar abatimiento tras abatimiento de elementos del crimen organizado por parte de las fuerzas armadas, como un indicador del éxito de las medidas de seguridad. Sin embargo, se presentaron casos claramente violatorios de los derechos humanos, como las ejecuciones que se han dado a conocer recientemente, que propiciaron que se empezara a cuestionar la validez legal de estas

acciones o incluso la identidad de las personas a quienes supuestamente, sin seguir mayor proceso, se estaba privando de la vida.

Actualmente han salido a la luz ante los medios de comunicación y la población, los peligros que supone para los derechos humanos que no haya un control real sobre las acciones de las fuerzas armadas y la falta de rendición de cuentas, pues existen recomendaciones de la CNDH respecto de desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales a manos de militares, que no han sido investigadas por autoridad alguna. Lo anterior se agrava cuando el gobierno se rehúsa a aceptar que ocurren privaciones extrajudiciales al derecho a la vida de manera sistemática y que, incluso, las anuncia como reflejo del éxito en las medidas adoptadas en la lucha contra el crimen organizado, cuando a todas luces se presentan violaciones continuas e impunes al proceso penal y un uso cuestionable, desde el punto de vista legal, del ejército en funciones de seguridad pública.

Es preocupante que el régimen de la justicia militar no esté aún actualizado conforme el nuevo sistema de justicia penal y que, vista la importancia del tema, no se tengan establecidos planes de acción claros para incorporar a la justicia militar los nuevos principios de orden constitucional que deben regir toda justicia en México solo.

Otro de los grandes compromisos pendientes dentro del marco conceptual del nuevo sistema de justicia penal, es el relativo al proceso y el juez de ejecución de sanciones figuras que, a la fecha de esta publicación, siguen sin una ley única que los regule y termine de fijar sus alcances de actuación y objetivos. La falta de una regulación única al respecto es preocupante puesto que el proceso de ejecución de sanciones es vital para poder operar correctamente y entender la culminación del nuevo proceso penal; el juez de ejecución penal deberá fungir como intermediario y contralor entre las

autoridades penitenciarias y los presos, y el proceso en sí, determinará los alcances y objetivos de la estancia del preso.

No es posible concebir la restauración del tejido social y el proceso de justicia sin antes corregir y establecer las nuevas funciones del centro penitenciario y de sus autoridades ante el nuevo sistema de justicia penal. La sobrepoblación, corrupción, falta de sentido y organización para la reinserción, así como el abuso por parte de las autoridades hacia los presos y sus familias, y la corrupción en los procesos de ejecución y cumplimiento de las penas, ha terminado por convertir a los centros penitenciarios en pequeñas universidades del crimen.

La ley de ejecución penal deberá, por lo tanto, esclarecer los alcances del concepto de la reinserción, estableciendo las actividades a realizar o el tipo de tratamiento que deba o no recibir el preso durante su encarcelamiento, para alcanzar una reinserción social satisfactoria, el tipo de capacitación que deban recibir las distintas autoridades involucradas y las normas de operación que deban seguir los centros penitenciarios para asegurar su correcto funcionamiento. Asimismo, es vital regular la figura del juez de ejecución de sanciones, no solo como el funcionario que se asegure de que la sanción se está cumpliendo bajo los términos establecidos por el juez que dictó sentencia, sino también como quien verifique que el programa de reinserción se esté llevando a cabo y que el preso encuentre en él una autoridad que pueda dirimir los problemas y prevenir o corregir los abusos dentro de los centros penitenciarios.

La ejecución de la sanción penal es un tema importante y urgente de legislar. No se puede anunciar que ya opera un nuevo sistema de justicia penal, si el proceso termina de la misma manera en que termina el proceso actual: con una puerta giratoria en los centros penitenciarios y entrega de diplomas para delitos de mayor repercusión en la sociedad.

Finalmente, la valoración de la prueba es un tema técnico cuyo entendimiento es vital para poder vigilar el actuar del juez o del órgano jurisdiccional, puesto que la ley establece que esta autoridad debe realizar la valorización de la prueba de manera “lógica y libre”. Dicho mandato es *a priori* poco claro; y la ambigüedad tiende a ser una señal de carencia de técnica legislativa. Allí donde existe ambigüedad hay espacio para la arbitrariedad y la justicia no debe ser arbitraria.

Para modificar la percepción de arbitrariedad que puede ocasionar el concepto de una valoración “libre y lógica”, es necesario entender qué es una prueba y comprobar que el juez u órgano jurisdiccional haya hecho referencia a todas las pruebas desahogadas (incluso a aquellas que fueron desestimadas, con el fundamento respectivo para hacerlo); que haya plasmado de manera clara y exhaustiva el método utilizado para analizarlas; que haya dejado claro el correcto proceso para su valoración y comprobado el cumplimiento del estándar utilizado para ello. La sentencia del juez solo podrá concluir en un acto condenatorio cuando, si de todo el proceso anterior, se desprende la convicción de culpabilidad del imputado más allá de toda duda razonable. La confirmación del cumplimiento de este proceso lógico (más no completamente libre) permitirá la correcta valoración y seguimiento del actuar de los jueces bajo el nuevo sistema de justicia penal y el funcionamiento que se pretende.

Los siguientes estudios tienen por objetivo constituir propuestas para la agenda de las autoridades, así como esclarecer para el público interesado estos y otros compromisos y problemáticas, que requieren de un estudio específico para su cabal entendimiento. Los académicos que aquí colaboraron son especialistas en sus materias y han seguido al nuevo sistema de justicia penal desde su diseño hasta su proceso de implementación. Lo importante es unir todas estas piezas y empezar a comprender la forma en que cada

una particularmente y todas en su conjunto afectarán la vida cotidiana de la población y el futuro de la justicia en México.

CIDAC ha hecho un esfuerzo por comunicar que el tema del nuevo sistema de justicia penal no termina con el anuncio de su implementación en 2016, sino que la parte más importante empezará a partir de ahí, pues habrá que dar seguimiento a sus resultados, exigir que sus estructuras funcionen como se planearon y que rindan cuentas a una sociedad que tanto las necesita.

Los medios alternativos de solución de controversias en materia penal

Oscar Cruz Barney^{1*}

RESUMEN

En otros países los mecanismos alternos de solución de conflictos (MASC) han sido aplicados con éxito, pues permiten llegar a soluciones más efectivas para proteger los intereses entre las partes además de que son rápidos y económicos. En este artículo se exploran estas características y otras ventajas como: la flexibilidad, la concentración, la celeridad, la confidencialidad

^{1*} Investigador Nacional Nivel III, Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, *Cruz Distinguida de Primera Clase de la Orden de San Raimundo de Peñafort*, *Gran Cruz al Mérito en el Servicio de la Abogacía* que concede el Consejo General de la Abogacía Española, *Cruz de San Ivo* del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, *Medalla de Honor* del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, *Mención de Honor* del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla, *Miembro de Honor* del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia, Medalla al Mérito del Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo. Expresidente del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México, Académico Honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid, Académico Correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, Académico de Número de la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación.

y el control. Sin embargo, también se advierten algunos de sus riesgos, como la eventual vulnerabilidad de la parte que se encuentre en desventaja social, económica o emocional. Igualmente, se hace énfasis en que los MASC constituyen claramente una salida a la dificultad del Estado para atender con prontitud las demandas de justicia de los gobernados y que si bien estos medios no solían utilizarse en materia penal, dada la naturaleza de los procesos en la materia, la mediación y la conciliación han resultado ser una opción útil para el restablecimiento del equilibrio y la paz social. Además, México tiene una vasta experiencia en materia de mecanismos no estatales de solución de controversias.

I. INTRODUCCIÓN

Las controversias pueden solucionarse directamente por las partes en conflicto o bien por un tercero. Cuando se solucionan por las mismas puede tratarse de autocomposición o bien por autodefensa. En el caso de la intervención de un tercero se trata de la heterocomposición, siendo el caso del proceso jurisdiccional del Estado o bien el procedimiento arbitral (Cruz Miramontes y Cruz Barney, 2013, p.15). El arbitraje y los medios alternativos de solución de controversias se han convertido en el mecanismo idóneo para privatizar la solución de los conflictos, “dentro de la tendencia universal de reducir el papel del Estado en la vida de los particulares.” (Díaz, 1998, XV)

Frente a los esquemas tradicionales de solución de controversias han surgido otros medios que buscan convertirse en alternativas ante el litigio jurisdiccional y el mismo arbitraje para solucionar los conflictos entre particulares. A estos medios se les conoce como *medios alternativos de solución de controversias*, por sus siglas MASC. (Estavillo Castro, 2008. Sobre el tema de la privatización de los conflictos véase Estavillo Castro, 1997 y Flores García, 1995, entre otros).

Por éstos, Brown y Marriot entienden “...a range of procedures that serve as alternatives to litigation through the courts for the resolution of disputes, generally involving the intercession and assistance of a neutral and impartial third party. In some definitions, and more commonly, it excludes not only litigation, but all forms of adjudication²” (Brown y Marriot, 1999, p. 12).

El éxito de los MASC, particularmente en los Estados Unidos, se debe fundamentalmente a que permite llegar a soluciones más efectivas al reflejar en mayor medida los intereses de las partes, permite además evitar los conflictos e inclusive convertirlos en oportunidades reales de mejora en la relación inter-partes y desde luego por su rapidez y economía (Brown y Marriot, 1999, p. 175). Bühring-Uhle (1996, p. 3) considera que hay dos situaciones actuales que inciden en los negocios internacionales: “la integración progresiva de los mercados internacionales y el incremento en las relaciones transfronterizas” (traducción del autor), misma que ha llevado a considerar a los MASC como una alternativa viable y más popular de acceso a la justicia en términos laxos frente a la justicia estatal, que por sus características puede llegar a excluir a los que menos tienen (Spain, 1994, p. 269-270).

Sin embargo, otros autores señalan que los MASC tienen la desventaja frente al proceso judicial de que no protegen a la parte que se encuentre en desventaja social, económica o emocional, situaciones que en ciertos casos sí son tomadas en cuenta en los procedimientos judiciales comunes (Guill, 1997, p. 1333 y Webb, 1994).

Los MASC pueden ser de carácter público o privado, voluntarios u obligatorios, gratuitos u onerosos (Kerbeshian, 1994, p. 382). Empero si son obligatorios

2 “...la gama de procedimientos que sirven como alternativas al litigio en tribunales para la solución de controversias, involucrando generalmente la asistencia e intervención de un tercero neutral e imparcial. En algunas definiciones y más comúnmente, se excluye no solamente al litigio sino a todas las formas de decisión obligatoria” (la traducción es nuestra).

por ley se atenta contra el elemento esencial de los mismos o sea la voluntad de las partes, tal como sucede con el arbitraje y la conciliación obligatoria en el área laboral conforme nuestra legislación.

Dentro de las ventajas de los MASC destacan:

- a) La flexibilidad: esta permite optar por el MASC idóneo para cada caso y permite una amplia gama de soluciones que no necesariamente están dentro de las posibilidades de los medios jurisdiccionales o del arbitraje mismo.
- b) Concentración en los principales problemas a resolver: gracias a la intervención de terceros neutrales expertos en las diferentes materias, permite concentrarse en los puntos objeto de la controversia y evitar así la distracción en asuntos meramente procesales.
- c) Celeridad: los MASC ofrecen, gracias a su flexibilidad y concentración en los puntos principales en controversia, la posibilidad de resolver los conflictos de manera mucho más expedita que los medios jurisdiccionales y al ser producto de la voluntad de las partes, permiten una ejecución más rápida del acuerdo.
- d) Costos: los MASC resultan ser mucho más económicos que los mecanismos jurisdiccionales y/o arbitrales de solución de controversias, representando una mejor opción de acceso a la solución de conflictos.
- e) Conservación de la relación entre las partes: dadas las características de los MASC en donde se busca una fórmula ganar-ganar, es posible que las partes enfrentadas logren conservar sus relaciones de negocios.
- f) Confidencialidad: dada la intervención solamente de las partes y eventualmente de terceros expertos, profesionales y con un alto sentido del honor, las

partes pueden mantener la confidencialidad de su controversia. Asimismo porque no hay publicación de los actos procesales ni presencia de terceros salvo el personal de apoyo al tribunal ad hoc.

g) Control: en algunos MASC, las partes pueden mantener el control sobre el procedimiento, lo que no sucede con la intervención de las autoridades jurisdiccionales.

h) En el caso del arbitraje señalamos como muy importante a la idoneidad de los árbitros.

A continuación veremos brevemente las características principales de los dos medios alternativos más comunes: mediación y conciliación y que han sido incluidos en las recientes reformas legislativas en materia penal como mecanismos alternativos para la solución de controversias.

I.1 LA MEDIACIÓN

La mediación puede definirse desde dos puntos de vista: como medio pacífico de solución de controversias entre sujetos de derecho internacional público y como medio privado de solución de conflictos. Conforme al primero, la mediación “es uno de los medios tradicionales de solución pacífica de las controversias que se caracteriza por la participación de un tercer Estado en un conflicto que involucra a otros Estados a fin de encontrar una fórmula de arreglo.”

Se le define también como “las acciones no violentas de una tercera parte en un conflicto político que es, o está en peligro de ser militarizado, y cuyo propósito es el de reducir/eliminar la conducta conflictiva, o las alternativas de solución conflictivas (incompatibles), en el marco de un control negociado del conflicto y/o de un proceso de resolución.”(Nordquist, 1995, p. 77).

La Mediación en derecho internacional público puede ser solicitada por los Estados afectados o bien ofrecida por el tercero y es recomendada por el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, que prevé la intervención del Consejo de Seguridad recomendando el recurso de la Mediación.

Nordquist habla de tres formas de mediación que son (Nordquist, 1995, pp. 78-84):

a) La mediación con poder: es aquella en donde los instrumentos principales con que cuenta el mediador para persuadir a las partes, es su poder político, diplomático, económico y militar para lograr que las partes lleguen a un acuerdo. Parte de la base del interés nacional del mediador para intervenir en el conflicto y existe una relación de asimetría entre el mediador y las partes en conflicto.

b) La mediación de confianza: aquí la base normativa es la ética profesional del mediador, así como sus habilidades profesionales y un alto nivel moral. En esta forma de mediación las relaciones entre las partes son simétricas y se da en un contexto de diálogo, no de confrontación. El objetivo fundamental del mediador será apoyar el desarrollo e intercambio de ideas.

c) La mediación de consulta: esta surge como resultado del fin de la guerra fría en donde las Naciones Unidas y otros organismos internacionales de carácter regional han impulsado sus actividades en el campo de la resolución de conflictos y la diplomacia preventiva. Las iniciativas para este tipo de mediación tienen lugar en una fase temprana del conflicto y su objetivo fundamental es disminuir las tensiones e indicar a las partes la existencia de formas alternativas para solucionar los conflictos.

Como medio privado, el maestro Don Raúl Medina Mora la define como “un proceso por el cual las partes que se encuentran en conflicto designan a un tercero

neutral para que las ayude a llegar a un arreglo o a una transacción satisfactoria para ellas. El objetivo de la mediación es lograr una transacción voluntariamente negociada por las partes.”(Medina Mora, s/f, p. 50).

También se define a la mediación como “un proceso mediante el cual las partes en conflicto, asistidas por un tercero neutral, buscan identificar opciones reales y alternativas viables para dirimir su controversia y llegar a un acuerdo que ofrezca soluciones de mutua satisfacción.”(Urquidi, 1999, p. 19)

Cabe señalar que algunos autores (Medina Mora, s/f, p. 50 y González Calvillo, 1999, p. 217) consideran a la mediación y a la conciliación como sinónimos, si bien matizando en el sentido de que la mediación indica la actividad del tercero que actúa como mediador y la conciliación el contenido y propósito de su actividad. Más adelante precisaremos cuál es el punto que los diferencia.

Cabe destacar que en la mediación están presentes dos elementos que son la intervención de un tercero como facilitador para solucionar una controversia, y la ausencia de poder o facultad de ese tercero para solucionar el conflicto, al no poder imponer a las partes sus percepciones, valores o juicios.

Es decir, son las partes en conflicto y no el mediador los que conservan la facultad exclusiva de resolver su controversia, contrario al arbitraje en donde la resolución está en manos del tercero. (Weckstein, 1997, p. 508)

El mediador debe ayudar a las partes a reconocer sus verdaderos intereses, a establecer una comunicación efectiva entre ellas y diseñar las soluciones adecuadas a sus necesidades. (Medina Mora, s/f, p. 50)

Como objetivos del mediador encontramos (Henon Risso, 1996, pp. 232-233):

Dirigir los procedimientos.

Desarrollar una atmósfera propicia a la negociación y al encuentro de soluciones.

Reunir toda la información posible sobre los intereses y posiciones de las partes.

Auxiliar a las partes a encontrar opciones de solución y precisarlas.

Auxiliar a las partes a tomar decisiones correctas para un acuerdo que satisfaga ambas posturas.

La mediación es uno de los MASC con mayor difusión a nivel internacional y por sus características se le ha considerado como el medio idóneo para conflictos en materia ambiental y propiedad intelectual. (Martínez García, 1999; Rodríguez Brizuela, 1997).

¿Cuál es en esencia, la diferencia entre la conciliación y la mediación si aparecen tan cercanas? *La respuesta es que en la primera el tercero sugiere soluciones y en la segunda solo auxilia a que las partes las definan.*

1.2 LA CONCILIACIÓN

La conciliación es un “intento para llegar a un entendimiento mutuo entre las partes y un acuerdo razonable. Puede ser convocada por el juez quien colabora como un tercero dirigiendo la discusión e identificando los problemas...”(Henon Rizzo, 1996, p. 28). Es una institución procesal mixta, consistente en la actividad del juez que convoca al acto, “mediante la proposición de fórmulas adecuadas que éste debe concebir, y que en ningún caso deben dejar translucir su idea sobre el progreso o rechazo de la acción, obtiene la autocomposición del litigio, a la que las partes arriban celebrando una transacción.”(Wilde, 1995, pp.9-10)

En la legislación colombiana, en la mayoría de los procesos jurisdiccionales las partes involucradas en un proceso tienen la oportunidad de solucionar sus diferencias sometidas al conocimiento de un juez, bajo la dirección de éste, en una diligencia diseñada para tal efecto. (Suárez Hernández, 1999, p. 70)

Se le define como “el acuerdo a que llegan las partes en un proceso, cuando existe controversia sobre la aplicación o interpretación de sus derechos, que permite resulte innecesario dicho proceso. Es, asimismo, el acto por el cual las partes encuentran una solución a sus diferencias y la actividad que sirve para ayudar a los contendientes a encontrar el derecho que deba regular sus relaciones jurídicas.” (Barajas Montes de Oca y Méndez Silva, 1998).

Siendo la conciliación una institución de tradición en México, Manuel de la Peña y Peña en 1835 la definía como “el acto en que concurren las partes ante el alcalde, para que este, con presencia de los fundamentos que lo motivaron, y oído el parecer de los hombres buenos, dicte la providencia que le parezca conducente á fin de componerlas y terminar su desavenencia sin mas progreso.” (Peña y Peña, 1835, pp. 75-76).

Existen diversos ejemplos en donde la autoridad recomienda acudir en cierto tipo de conflictos a la conciliación en México, a los que Estavillo Castro califica como bilaterales, pre-procesales o endo-procesales, onerosos, con intervención de tercero, públicos e institucionales. Estos son, de acuerdo a dicho autor: los juicios laborales (Ojeda Paullada, 1998, pp. 245-250), los conflictos colectivos laborales de naturaleza económica, los procedimientos de huelga, el juicio ordinario civil, en el divorcio por mutuo consentimiento, controversias entre proveedores y consumidores, conflictos entre casas de bolsa y corredores y clientes, derechos de autor y conflictos relacionados con operaciones de comercio exterior y su financiamiento.

La conciliación también ha sido objeto de utilización en conflictos internacionales y ha sido utilizada con éxito en varias ocasiones por ejemplo el problema de la diferencia territorial entre Siam y Francia.

La regulación jurídica de la misma en el área internacional se puede ubicar desde el año de 1919; sin embargo se menciona normalmente a los Tratados de Locarno de 1925 como los más importantes, pero posteriormente se mejoró dicha regulación en el Acta General de Arbitraje de 1928. (Colliard, 1978, pp. 323-326)

II. LA REFORMA AL ARTÍCULO 17 CONSTITUCIONAL

El 18 de junio de 2008 se publicó la modificación a diversos artículos Constitucionales incluyendo el Artículo 17, con el efecto en este caso de recuperar una añeja tradición heredada de la Constitución de Cádiz de 1812 al contemplar los MASC. Recordemos que el texto gaditano contemplaba el arbitraje y la conciliación ante el alcalde como medios de solución de controversias. En su Artículo 280 se establecía que no se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes. La sentencia que dieran los árbitros, se debía ejecutar si las partes al hacer el compromiso arbitral no se hubieren reservado el derecho de apelar. En el caso de la conciliación se estableció en el Artículo 282 que el alcalde de cada pueblo ejercería en él el oficio de conciliador, y el que quisiere demandar por negocios civiles o por injurias, debía presentarse a él con este objeto. Es lo que se conocía como “juicios constitucionales” (Arnold, 2001). En dichos procedimientos conciliatorios el alcalde con dos hombres buenos, nombrados uno por cada parte, debía oír al demandante y al demandado a fin de enterarse de las razones en que respectivamente

apoyasen su intención, y tomar, oído el dictamen de los dos asociados, la providencia que le pareciere adecuada para terminar el litigio sin más progreso, si las partes quedaban conformes con esta decisión extrajudicial.

Si no se hacía constar que se había intentado el medio de la conciliación, no se podía entablar pleito ninguno por la vía judicial.

El arbitraje se mantuvo en los textos constitucionales mexicanos por décadas. La *Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos* del 4 de octubre de 1824 mantiene en su artículo 156 la disposición de la *Constitución de Cádiz* en el sentido de que “a nadie podrá privarse del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, nombrados por ambas partes, sea cual fuere el estado del juicio.”

Las *Bases Constitucionales* del 23 de octubre de 1835 no contienen disposición alguna al respecto, las *Siete Leyes Constitucionales* del 30 de diciembre de 1836 establecieron en la Quinta Ley Constitucional, artículo 39, que todos los litigantes tienen derecho para terminar, en cualquier tiempo, sus pleitos civiles o criminales, sobre injurias puramente personales, por medio de jueces árbitros, cuya sentencia sería ejecutada conforme a las leyes. Para entablar cualquier pleito civil o criminal sobre injurias puramente personales debía intentarse previamente la conciliación.

En las *Bases para la Organización Política de la República Mexicana* del 12 de junio de 1843 se repite la disposición de la Quinta Ley Constitucional en sus términos.

Con el *Acta Constitutiva y de Reformas* del 21 de mayo de 1847 y el restablecimiento de la *Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos* de 1824 volvió a estar en vigor el artículo 156 ya mencionado, hasta la expedición de las *Bases para la administración de la República hasta la promulgación de la Constitución*, de 22 de abril de 1853 que terminaron con el sistema federal.

En 1856 Ignacio Comonfort expidió el Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana que estuvo vigente hasta la Constitución de 1857 y que se basaba en la Constitución de 1824 y en las Bases Orgánicas de 1843. No contiene disposición alguna respecto al arbitraje.

El 5 de febrero de 1857 se juró la *Constitución Política de la República Mexicana*, en ella no aparece disposición alguna relativa al arbitraje y otros medios alternativos de solución de controversias. Misma situación en la Constitución de 1917 hasta la reforma del año 2008. Tampoco encontramos referencia alguna en el *Estatuto Provisional del Imperio Mexicano* de 10 de abril de 1865.

Con la reforma al Artículo 17, establece el texto constitucional que ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Asimismo, toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial.

El servicio de los tribunales será gratuito, prohibiéndose así las costas judiciales. Se faculta al Congreso de la Unión para expedir las leyes que regulen las acciones colectivas.

Se establece asimismo que las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias y hace la especificación en el sentido de que en la materia penal dichas leyes regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.

III. EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

El *Código Nacional de Procedimientos Penales* de 2014 establece dentro de los Derechos de la víctima u ofendido el de participar en los mecanismos alternativos de solución de controversias; y constituye una de las obligaciones del Defensor el promover a favor del imputado la aplicación de mecanismos alternativos de solución de controversias o formas anticipadas de terminación del proceso penal, de conformidad con las disposiciones aplicables.

Una de las múltiples obligaciones del Ministerio Público es justamente promover la aplicación de mecanismos alternativos de solución de controversias o formas anticipadas de terminación del proceso penal, de conformidad con las disposiciones aplicables.

Al tratar del ejercicio de la acción penal se establece que si bien ésta corresponde al Ministerio Público, podrá ser ejercida por los particulares que tengan la calidad de víctima u ofendido en los casos y conforme a lo dispuesto en el Código.

Las reglas generales aplicables a dicho ejercicio por el particular señalan que si la víctima u ofendido decide ejercer la acción penal, por ninguna causa podrá acudir al Ministerio Público a solicitar su intervención para que investigue los mismos hechos, y la carga de la prueba para acreditar la existencia del delito y la responsabilidad del imputado corresponderá al particular que ejerza dicha acción penal.

Se aclara en el Código que salvo disposición legal en contrario, en la substanciación de la acción penal promovida por particulares, se habrán de observar en todo lo que resulte aplicable las disposiciones relativas al procedimiento, previstas en el Código y los mecanismos alternativos de solución de controversias.

IV. EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL

El nuevo *Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal* de 2013 establece dentro del objeto del proceso penal el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen de forma expedita y eficaz; para hacer efectivo el derecho penal material, en un marco de respeto a los derechos humanos tanto de la víctima como del imputado, que se encuentran expresamente establecidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las leyes que de ella emanen, así como en los instrumentos internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, garantizando con ello la solución del conflicto a través de mecanismos alternativos de solución de controversias o mediante la imposición de una sanción a las personas que infrinjan la norma penal y con ello, facilitar el acceso a la justicia.

El Artículo 3 del Código se refiere a la aplicación de mecanismos alternativos de solución de controversias al señalar que en los asuntos materia del Código tendrán prioridad en su aplicación los mecanismos alternativos de solución de controversias, siempre y cuando la víctima y el imputado, participen conjuntamente, para la solución de las cuestiones derivadas del hecho delictivo, en los términos establecidos por el propio Código y en la ley de la materia. Se contempla en efecto la participación de la figura del mediador o del conciliador.

En el Código encontramos referencias o remisiones a los MASC al tratar los siguientes aspectos del procedimiento penal:

Como derechos de la víctima y obligación del Ministerio Público. La aplicación de los criterios de oportunidad.

En la fase de preparación a juicio oral

Dentro de la suspensión del proceso

Dentro de la acción penal privada.

IV.1 LOS MASC COMO DERECHOS DE LA VÍCTIMA Y OBLIGACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO. LA APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS DE OPORTUNIDAD

Dentro de los derechos de la víctima directa e indirecta, están el intervenir en el procedimiento penal conforme lo establece el Código y participar voluntaria y debidamente asistido, en los mecanismos alternativos de solución de controversias.

El Ministerio Público deberá promover la aplicación de mecanismos alternativos de solución de controversias y formas anticipadas de terminación del proceso penal cuando proceda, conforme lo acordado para tal efecto con la defensa y el imputado.

Al tratar en el Artículo 367 de la aplicación de los criterios de oportunidad se establece que constituye una facultad exclusiva del Ministerio Público, cuando en una investigación concluida se cuente con datos que permitan establecer el conocimiento lógico y racional sobre la comisión integral del hecho delictivo y el grado de intervención del imputado respecto de quien se aplica, con base en razones objetivas y conforme a lo previsto en el Código, hasta antes de que se ejerza la pretensión punitiva.

Antes de aplicar un criterio de oportunidad, en los casos en que se verifique un daño, el Ministerio Público deberá ponderar y promover la reparación de dicho daño a

la víctima o, en su caso, siempre que así lo determine la ley aplicable, derivar el asunto, a un mecanismo alternativo de solución de controversias, en que la víctima, la persona imputada y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por el hecho, participen conjuntamente de forma activa en la resolución de las cuestiones derivadas del hecho señalado por la ley como delito, con la ayuda de un mediador o conciliador.

IV.2 LA FASE DE PREPARACIÓN A JUICIO ORAL

Al regular el Código la fase de preparación a juicio oral, establece que, una vez dictado el auto de vinculación y antes de finalizar la audiencia, el Juez ordenará la apertura a preparación a juicio oral, debiendo glosar su determinación por escrito como lo dispone el artículo 590 del Código, en la que respecto a dicha apertura contendrá:

- I. Individualización de los encausados;
- II. El hecho delictivo materia de enjuiciamiento y su calificación jurídica;
- III. La prueba anticipada que exista; y
- IV. Las medidas cautelares y precautorias que han sido impuestas al encausado,

La resolución de apertura de juicio es irrecurrible. El Juez de control comunicará el auto de apertura al órgano administrativo de gestión judicial, a fin de que éste programe conforme a las disposiciones del Código la audiencia de preparación a juicio oral y efectúe las notificaciones y citaciones que correspondan.

Se aclara que el objeto de esta fase es que las partes puedan ofrecer y le sean admitidos sus medios de prueba,

así como depurar los hechos controvertidos que serán materia de juicio oral. Asimismo, podrán atenderse cuestiones relativas a los acuerdos probatorios.

El Artículo 603 establece que el ofrecimiento escrito que hagan las partes quedará, dentro de los cinco días siguientes al en que fenezca el plazo de ofrecimiento, a disposición de aquéllas en las oficinas de gestión judicial, para que se impongan de ello y estén en posibilidad de argumentar lo que a su interés corresponda en la audiencia de preparación a juicio oral, particularmente en lo referente a:

- I. Argumentar las objeciones que tengan respecto al procedimiento de descubrimiento de elementos probatorios, su cadena de custodia y cualquier otro motivo de nulidad;
- II. Proponer alguno de los mecanismos alternativos de solución de controversias o aceptar la forma de terminación anticipada del procedimiento propuesta por el Ministerio Público.

Tales cuestiones el Juez las deberá decidir en la misma audiencia de preparación a juicio oral como aspectos de previo y especial pronunciamiento, después de oír a las partes.

Los argumentos del encausado y su defensor, se notificarán al Ministerio Público y a la víctima directa o indirecta o su asesor legal a fin de que estén en posibilidad de controvertirlos durante la audiencia de preparación a juicio oral.

IV.3 LA SUSPENSIÓN DEL PROCESO

Conforme al Código, el Ministerio Público o el Imputado podrán solicitar la suspensión del proceso a prueba cuando la contraparte no se oponga, siempre que se trate de hechos delictivos cuya sanción privativa de libertad no sea mayor de cinco años, no sean de los que este Código prevé como graves y el imputado no haya sido condenado por hecho delictivo doloso y además se cubra el pago de la reparación del daño.

Recibida la solicitud el Juez citará a audiencia, en la que luego de escuchar a las partes fijará las condiciones bajo las cuales se suspenderá el proceso a prueba.

La suspensión del proceso a prueba procederá después del auto de vinculación a proceso hasta antes de que se remita la causa a juicio oral. No se autorizará la suspensión del proceso a prueba, al imputado que hubiere incumplido un acuerdo anterior o no haya transcurrido un mínimo de cinco años del cumplimiento de un acuerdo reparatorio alcanzado en otro procedimiento.

Para estos efectos, previo al comienzo del procedimiento de suspensión del proceso a prueba, se deberá solicitar al órgano administrativo de gestión judicial un informe sobre la existencia de mecanismos alternativos de solución de controversias en los haya participado el imputado.

IV.4 LA ACCIÓN PENAL PRIVADA

El Código contempla la figura de la acción penal privada como el poder jurídico que la ley le otorga a los particulares que tengan la calidad de víctima del delito, para dar vida a una condición que justifica la actuación de la ley penal. Cabe destacar que el ejercicio de la acción penal privada, solo procederá respecto de los hechos delictivos perseguibles por querrela.

El Artículo 772 establece que una vez admitida la solicitud del promovente, se tendrá por ejercida la acción penal privada, la cual no podrá ser variada respecto de la persona o personas imputadas, así como tampoco sobre el hecho o hechos aparentemente delictivos por los que se instaura, fijándose provisionalmente su clasificación jurídica por el Juez, sin perjuicio que en resolución posterior se modifique.

Con el ejercicio de la acción penal privada, el Juez ordenará al órgano administrativo de gestión judicial, que programe la celebración de una audiencia que deberá tener lugar dentro de los tres días siguientes, a la cual se citará al imputado y su defensa, apercibido que de no comparecer el primero de ellos, se librá en su contra la orden de aprehensión o comparecencia que proceda, según el hecho delictivo de que se trate; también se citará al Ministerio Público para la audiencia en la que tendrá lugar el informe de derechos y declaración inicial del imputado en los términos previstos en el artículo 580 del Código, teniendo la víctima directa o indirecta y su asesor legal la intervención que legalmente le corresponda.

En la audiencia mencionada, el Juez de control deberá sugerir a las partes la solución de su conflicto a través de los mecanismos de justicia alternativa señalados en el Código (mediación y conciliación) y en las leyes aplicables.

En caso de que las partes decidan no someterse a dichos mecanismos de justicia alternativa, o de no llegar a la solución por esa vía, el procedimiento continuará hasta sentencia ejecutoria.

V. LA LEY NACIONAL DE MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MATERIA PENAL

Tanto en el *Código Nacional de Procedimientos Penales* como en el *Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal* nos encontramos que al tratar de los MASC se hace referencia a la “ley de la materia.” Esta fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 29 de diciembre de 2014. Se trata de la *Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal* (téngase presente que existen otros ordenamientos similares en estados de la República, como ejemplo Puebla y Sonora. Asimismo se contemplan mecanismos alternativos en la legislación de Aguascalientes y otros más). En dicha publicación se reforman también diversas disposiciones del *Código Nacional de Procedimientos Penales* y se reforman y adicionan diversas disposiciones del *Código Federal de Procedimientos Penales*.

Cabe destacar que conforme a su artículo Segundo Transitorio, la *Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal* entrará en vigor en los mismos términos y plazos en que entrará en vigor el *Código Nacional de Procedimientos Penales*, de conformidad con lo previsto en el artículo segundo transitorio del Decreto por el que se expide el *Código Nacional de Procedimientos Penales*.

En 52 artículos y seis transitorios se desarrolla el sistema de medios alternativos establecido en la Ley. De inicio se establece que las disposiciones de la Ley son de orden público e interés social y de observancia general en todo el territorio nacional y tienen por objeto establecer los principios, bases, requisitos y condiciones de los mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal que conduzcan a las Soluciones Alternas previstas en la legislación procedimental penal

aplicable, *id est* la codificación abordada anteriormente y la estatal.

Los mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal tienen como finalidad propiciar, a través del diálogo, la solución de las controversias que surjan entre miembros de la sociedad con motivo de la denuncia o querrela referidos a un hecho delictivo, mediante procedimientos basados en la oralidad, la economía procesal y la confidencialidad.

La Ley será aplicable para los hechos delictivos que sean competencia de los órdenes federal y local, conforme a la Constitución y los tratados internacionales de los que México sea parte.

Se deja a la legislación procedimental penal y demás disposiciones jurídicas aplicables la determinación de la competencia de las Instituciones especializadas en mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal dependientes de las Procuradurías o Fiscalías y de los Poderes Judiciales de la Federación o de las entidades federativas, según corresponda.

La Ley contempla tres MASC que son: La mediación, la conciliación y la junta restaurativa, regidos en su aplicación por una serie de principios rectores que son los de voluntariedad, información, confidencialidad, flexibilidad y simplicidad, imparcialidad, equidad y honestidad. Los MASC podrán ser aplicados desde el inicio del procedimiento penal y hasta antes de dictado el auto de apertura a juicio o antes de que se formulen las conclusiones, según corresponda, de conformidad con lo dispuesto en la legislación procedimental penal aplicable, que determinará también los casos en que proceda.

V.1 DERECHOS Y OBLIGACIONES DE QUIENES INTERVIENEN EN UN MASC EN MATERIA PENAL

Quienes intervienen en los MASC tienen, conforme a la Ley, derechos y obligaciones durante el desarrollo de dichos mecanismos.

Dentro de sus derechos están los de:

I. Recibir la información necesaria en relación con los Mecanismos Alternativos y sus alcances;

II. Solicitar al titular de la Institución especializada en Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en materia penal de la Federación o de las entidades federativas (en adelante el Órgano) o al superior jerárquico del Facilitador la sustitución de este último, cuando exista conflicto de intereses o alguna otra causa justificada que obstaculice el normal desarrollo del Mecanismo Alternativo;

III. Recibir un servicio acorde con los principios y derechos previstos en la Ley;

IV. No ser objeto de presiones, intimidación, ventaja o coacción para someterse a un Mecanismo Alternativo;

V. Expresar libremente sus necesidades y pretensiones en el desarrollo de los Mecanismos Alternativos sin más límite que el derecho de terceros;

VI. Dar por concluida su participación en el Mecanismo Alternativo en cualquier momento, cuando consideren que así conviene a sus intereses, siempre y cuando no hayan suscrito el Acuerdo;

VII. Intervenir personalmente en todas las sesiones del Mecanismo Alternativo;

VIII. De ser procedente, solicitar al Órgano, a través del Facilitador, la intervención de auxiliares y expertos, y

IX. Los demás previstos en la Ley.

Téngase presente que conforme al Artículo 40 de la Ley, la Procuraduría General de la República y las procuradurías o fiscalías estatales deberán contar con órganos especializados en mecanismos alternativos de resolución de controversias. El Poder Judicial Federal y los poderes judiciales estatales podrán contar con dichos órganos. Los Órganos deberán tramitar los Mecanismos Alternativos previstos en la Ley y ejercitar sus facultades con independencia técnica y de gestión. Asimismo realizarán acciones tendientes al fomento de la cultura de paz.

El Órgano estará obligado a conservar y mantener actualizada una base de datos de los asuntos que tramite de acuerdo con su competencia. Se deberá contar con una base de datos nacional con la información anterior, a la cual podrán acceder los Órganos. Los reportes de la base de datos nacional servirán para verificar si alguno de los Intervenientes ha participado en Mecanismos Alternativos, si ha celebrado Acuerdos y si los ha incumplido.

Entre las obligaciones de los que intervienen en un MASC, están las de:

- I. Acatar los principios y reglas que disciplinan los Mecanismos Alternativos;
- II. Conducirse con respeto y observar buen comportamiento durante las sesiones de los Mecanismos Alternativos;
- III. Cumplir con los Acuerdos a que se lleguen como resultado de la aplicación de un Mecanismo Alternativo;
- IV. Asistir a cada una de las sesiones personalmente o por conducto de su representante o apoderado legal en los casos que establece la Ley y demás normas aplicables, y

V. Las demás que contemplen la Ley y otras disposiciones aplicables.

V.2 EL INICIO DEL MECANISMO ALTERNATIVO

El inicio de un MASC en materia penal podrá ser resultado de la solicitud de los interesados o bien por derivación hecha por el Ministerio Público al Órgano adscrito a las procuradurías o fiscalías. Los interesados en la aplicación de un MASC podrán solicitarlo de manera verbal o escrita ante la autoridad competente. Tratándose de personas físicas la solicitud se deberá hacer personalmente y, en el caso de personas morales, por conducto de su representante o apoderado legal. La solicitud deberá contener:

La conformidad expresa del Solicitante para participar voluntariamente en el Mecanismo Alternativo y su compromiso de ajustarse a las reglas que lo disciplinan.

Los datos generales del Solicitante.

Los nombres y datos de localización de las personas complementarias que hayan de ser invitadas a las sesiones.

En el caso de la derivación hecha por el Ministerio Público, una vez recibida la denuncia o querrela deberá orientar al denunciante o querellante sobre los MASC, en qué consisten y sus alcances. El Ministerio Público, podrá derivar el asunto al Órgano adscrito a las procuradurías o fiscalías cuando:

La víctima u ofendido esté de acuerdo con solicitar el inicio del MASC,

Los Intervinientes se encuentren identificados, se cuente con su domicilio y

Se cumplan con los requisitos de oportunidad y procedencia conforme a la propia Ley.

De cualquier manera, el Ministerio Público deberá realizar las actuaciones urgentes o inaplazables para salvaguardar los indicios necesarios.

Cuando el imputado haya sido vinculado a proceso, el Juez derivará el asunto al Órgano respectivo si el imputado y la víctima u ofendido están de acuerdo en solicitar el inicio del MASC y se cumplan los requisitos de oportunidad y procedencia. Los Intervinientes podrán optar por que el mecanismo se desarrolle en el órgano adscrito a la Procuraduría o Fiscalía, o en el órgano adscrito al poder judicial, si lo hubiere. Cuando el Solicitante y el Requerido acepten someterse a un MASC deberán manifestar su voluntad en ese sentido y se deberá registrar esa circunstancia por escrito.

Una vez recibida la solicitud por el Órgano, deberá examinar la controversia y determinar si es susceptible de resolverse a través del MASC. Una vez admitida, se deberá turnar al Facilitador para los efectos conducentes. El Facilitador es el profesional certificado del Órgano cuya función es facilitar la participación de los Intervinientes en los MASC.

Cuando se estime de manera fundada y motivada que el asunto no es susceptible de ser resuelto por un MASC, el Órgano se lo comunicará al Solicitante, y en su caso, al Ministerio Público o al Juez que haya hecho la derivación para los efectos legales a que haya lugar. La negativa de admisión puede ser sujeta a una reconsideración por el Órgano.

El Órgano deberá efectuar una invitación al Requerido dentro de los cinco días hábiles siguientes contados a partir de la fecha del registro del expediente del caso, preferentemente de manera personal. La Invitación deberá contener:

- I. Nombre y domicilio del Requerido;
- II. Motivo de la Invitación;
- III. Lugar y fecha de expedición;
- IV. Indicación del día, hora y lugar de celebración de la sesión del MASC;
- V. Breve explicación de la naturaleza del mecanismo con su fundamento legal, y
- VI. Nombre y firma del Facilitador que la elaboró.

Conforme al Artículo 16 de la Ley, el Facilitador podrá tener, cuando las características del caso así lo requieran, sesiones privadas de carácter preparatorio con todos los Intervinientes por separado, previas a la sesión conjunta del MASC, con el objeto de explicarles las características del mecanismo elegido y las reglas que deberán observar durante la realización del mismo. Tarea por cierto, propia de todo mediador.

Es importante señalar que conforme a la Ley, el término de la prescripción de la acción penal se suspende durante la sustanciación de los MASC, iniciando la suspensión a partir de la primera sesión del Mecanismo y hasta que se actualice alguna de las causales de conclusión, salvo que ésta produzca la extinción de la acción penal.

Las causales de conclusión de los MASC se presentan en los casos siguientes:

- I. Por voluntad de alguno de los Intervinientes;
- II. Por inasistencia injustificada a las sesiones por más de una ocasión de alguno de los Intervinientes;
- III. Cuando el Facilitador constate que los Intervinientes mantienen posiciones irreductibles que impiden continuar con el mecanismo y se aprecie que no se arribará a un resultado que solucione la controversia;

IV. Si alguno de los Intervinientes incurre reiteradamente en un comportamiento irrespetuoso, agresivo o con intención notoriamente dilatoria del mecanismo alternativo;

V. Por incumplimiento del Acuerdo entre los Intervinientes, y

VI. En los demás casos en que proceda dar por concluido el Mecanismo de conformidad con la Ley.

Los Intervinientes pueden recibir orientación jurídica durante su participación en el MASC. Cuando ambos Intervinientes cuenten con abogado, éstos podrán presenciar las sesiones, sin embargo, se aclara que no podrán intervenir durante las mismas.

En aquellos casos en los que los Intervinientes fueren miembros de comunidades indígenas o personas que no entiendan el idioma español, deberán ser asistidos durante las sesiones por un intérprete de conformidad con la legislación procedimental penal aplicable.

Recordemos que las comunidades indígenas y sus integrantes en lo particular tienen un derecho de acceso pleno a la jurisdicción del Estado, consistente en que en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, deberán tomarse en cuenta sus costumbres y especificidades culturales, respetando los preceptos de la Constitución Federal y del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo.

Cuando la víctima u ofendido pertenezca a un pueblo o comunidad, el Asesor jurídico deberá tener conocimiento de su lengua y cultura y, en caso de que no fuere posible, deberá actuar asistido de un intérprete que tenga dicho conocimiento.

Cabe destacar que la figura del intérprete existe, con importantes interrupciones, en la justicia mexicana desde el siglo XVI. Los intérpretes eran parte de los funcionarios “subalternos” de la Real Audiencia de México. Los *intérpretes*. Éstos se encargaban de traducir de forma gratuita a los oidores lo alegado por los indios y viceversa. El virrey los nombraba y su salario se pagaba del fondo de gastos de justicia, sin que pudieran recibir dádivas ni donativos. De todas maneras, se permitía a los indios presentar a su propio intérprete. (Cruz Barney, 2012, p. 154)

La Tesis de jurisprudencia 61/2013 (10a.) aprobada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión privada de veintidós de mayo de dos mil trece establece que las figuras del intérprete con conocimiento de una determinada lengua y cultura, así como del defensor, constituyen parte del derecho fundamental a la defensa adecuada de las personas indígenas. Para el máximo tribunal, el defensor junto con el intérprete con conocimientos de su lengua y cultura son quienes acercan al órgano jurisdiccional con la especificidad cultural del indígena; de ahí que deben señalarse las modalidades para ejercer dicho derecho fundamental, que son las siguientes:

En cuanto al intérprete:

- 1) La asistencia por intérprete es disponible, pero únicamente por el imputado, lo que le permitiría rechazarla; sin embargo, solo sería aceptable el rechazo cuando la autoridad ministerial o judicial advierta que el imputado, evidentemente, tiene un desenvolvimiento aceptable sobre el entendimiento en idioma español del procedimiento al que está sujeto y sus consecuencias. La autoridad que conozca del caso deberá asentar constancia de ello en la que tenga intervención un perito intérprete que conozca la lengua y cultura del imputado, que sirva para corroborar su voluntad y lo innecesario de su intervención, apercibido de las consecuencias

legales aplicables por la probable generación de un estado de indefensión en contra de aquél.

2) En caso de que no exista renuncia al intérprete, la autoridad ministerial o judicial que conozca del caso deberá constatar que el intérprete efectivamente conoce la lengua y cultura del imputado. Podrá tratarse de un intérprete práctico respaldado por la comunidad indígena o certificado por las instituciones correspondientes; o bien, mediante el uso de tecnologías, se podría implementar la asistencia de intérprete por medio de videoconferencia.

En cuanto al defensor:

1) La asistencia por abogado defensor es irrenunciable y podrá ser prestada por instituciones oficiales o a cargo de particulares, a elección del imputado. Esta figura puede reunir, además, la calidad constitucional de que conozca la lengua y cultura del imputado, mas no es un requisito de validez del proceso, ya que también a elección de éste puede ser prescindible esta última calidad. En caso de que el defensor sí cuente con dichos conocimientos, deberá exhibir la constancia que lo avale, cuya autoridad competente para expedir dicha certificación puede ser la Defensoría Pública Federal o estatal, o el Instituto Nacional de Lenguas Indígenas.

2) En los casos en que el ejercicio del derecho de defensa sea ejercido por defensor oficial o particular que desconozca la lengua y cultura del imputado, la figura del intérprete que sí conoce ambos es insustituible, pues a través de ella se garantiza el pleno conocimiento del imputado sobre la naturaleza y las consecuencias de la acusación; los derechos que le asisten y la comunicación efectiva con su defensor, entre otros.

Al inicio de la sesión del MASC, el Facilitador deberá hacer saber a los Intervinientes las características del mecanismo, las reglas a observar, así como sus derechos, obligaciones y la confidencialidad del mecanismo. De hecho, si alguno de los Intervinientes revela información confidencial, sin perjuicio de las responsabilidades en que se incurra por tal conducta, el MASC se deberá dar por concluido.

Conforme al Artículo 140 del *Código Nacional de Procedimientos Penales*, en los casos de detención por flagrancia, cuando se trate de delitos que no merezcan prisión preventiva oficiosa y el Ministerio Público determine que no solicitará prisión preventiva como medida cautelar, podrá disponer la libertad del imputado o imponerle una medida de protección en los términos de lo dispuesto por el Código. La libertad del imputado podrá en los mismos términos disponerse a efecto de que participe en el MASC.

En los casos en los que al imputado se le haya impuesto la medida cautelar de prisión preventiva, o alguna otra que implique privación de su libertad, se estará a lo dispuesto en el artículo 161 del *Código Nacional de Procedimientos Penales*, a fin de que se modifique la medida cautelar y esté en posibilidad de participar en el mecanismo.

V.3 LOS MECANISMOS CONTEMPLADOS: LA MEDIACIÓN, LA CONCILIACIÓN Y LA JUNTA RESTAURATIVA

Como señalamos anteriormente, la Ley contempla tres MASC: La mediación, la conciliación y la junta restaurativa. Debe tenerse presente que en aquellos casos en que no se llegue a un acuerdo, los Intervinientes conservarán sus derechos para resolver la controversia mediante las acciones legales que procedan, o bien, cuando se alcance parcialmente, respecto del conflicto que no fue posible resolver.

Del mismo modo, cuando el acuerdo verse sobre la solución parcial de la controversia, se dejarán a salvo los derechos de los Intervinientes respecto de lo no resuelto en el acuerdo.

a) La Mediación

El Artículo 21 de la Ley define a la mediación como “... 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.”

Acordada la sujeción a la mediación (si bien hay que tener presente que el Facilitador podrá sustituir el Mecanismo Alternativo, con la anuencia de los interesados, cuando considere que es idóneo, dadas las características del caso concreto y la posición que tienen los Intervinientes en el conflicto), el Facilitador deberá hacer una presentación general y explicar brevemente el propósito de la sesión, el papel que él desempeñará, las reglas y principios que rigen la sesión así como sus distintas fases. Asimismo deberá

formular las preguntas pertinentes a fin de que los Intervinientes puedan exponer el conflicto, plantear sus preocupaciones y pretensiones, así como identificar las posibles soluciones a la controversia existente.

Tarea fundamental del Facilitador será clarificar los términos de la controversia de modo que se eliminen todos los aspectos negativos y las descalificaciones entre los Intervinientes, para resaltar las áreas en las que se puede propiciar el consenso

En el caso de que los Intervinientes logren alcanzar un Acuerdo que consideren idóneo para resolver la controversia, el Facilitador lo deberá registrar y preparar para la firma de los Intervinientes de conformidad con las disposiciones aplicables previstas en la Ley.

Todas las sesiones de mediación deberán conducirse oralmente.

b) La conciliación.

Definido por el Artículo 25 de la Ley como 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.” Definición que se queda corta pero que se completa con el párrafo siguiente que señala que además de propiciar la comunicación entre los Intervinientes, “el Facilitador podrá, sobre la base de criterios objetivos, presentar alternativas de solución diversas.”

La conciliación se debe desarrollar en los mismos términos previstos para la mediación; sin embargo, a diferencia de ésta, el Facilitador estará autorizado para proponer soluciones que considere viables basadas en escenarios posibles y discernir los más idóneos para los Intervinientes, con respeto a los principios de la Ley.

c) La Junta Restaurativa

El Artículo 27 establece que 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.”

La junta restaurativa cae dentro de la denominada la “justicia restauradora” que le reconoce un papel central a la víctima en la solución de la controversia, ofrece respuestas distintas a la prisión e intenta la rehabilitación del delincuente. (Cid Moliné, 2009, p. 122)

Una junta restaurativa se puede iniciar por dos razones:

Por la naturaleza del caso

Por el número de involucrados en el conflicto.

Para tal efecto, el Facilitador debe realizar sesiones preparatorias con cada uno de los Intervinientes a quienes le habrá de invitar y explicar los alcances, reglas y metodología de la junta restaurativa, identificando la naturaleza y circunstancias de la controversia, así como las necesidades de los Intervinientes y sus perspectivas individuales, evaluar su disposición para participar en el mecanismo, la posibilidad de realizar la reunión conjunta y las condiciones para llevarla a cabo.

En la sesión de la junta restaurativa el Facilitador deberá hacer una presentación general y explicar el propósito de la misma, para inmediatamente proceder a formular las preguntas previamente establecidas. Las preguntas se dirigirán en primer término al imputado, posteriormente a la víctima u ofendido, en su caso a otros Intervinientes afectados por parte de la víctima u

ofendido y del imputado respectivamente, y por último, a los miembros de la comunidad que hubieren concurrido a la sesión.

Una vez que los Intervinientes hubieren contestado las preguntas del Facilitador, éste deberá coadyuvar a encontrar formas específicas en que el daño causado pueda quedar satisfactoriamente reparado. Enseguida, el Facilitador concederá la palabra al imputado para que manifieste las acciones que estaría dispuesto a realizar para reparar el daño causado, así como los compromisos que adoptaría con los Intervinientes.

El Facilitador, sobre la base de las propuestas planteadas por los Intervinientes, concretará el Acuerdo que todos estén dispuestos a aceptar como resultado de la sesión de la junta restaurativa. Finalmente, el Facilitador deberá realizar el cierre de la sesión.

En el caso de que los Intervinientes logren alcanzar una solución que consideren idónea para resolver la controversia, el Facilitador lo registrará y lo preparará para la firma de éstos, de conformidad con lo previsto en la Ley

La reparación del daño derivada de la junta restaurativa podrá comprender lo siguiente:

I. El reconocimiento de responsabilidad y la formulación de una disculpa a la víctima u ofendido en un acto público o privado, de conformidad con el acuerdo alcanzado por los intervinientes, por virtud del cual el imputado acepta que su conducta causó un daño;

II. El compromiso de no repetición de la conducta originadora de la controversia y el establecimiento de condiciones para darle efectividad, tales como inscribirse y concluir programas o actividades de cualquier naturaleza que contribuyan a la no repetición de la conducta o aquellos programas específicos para el tratamiento de adicciones;

III. Un plan de restitución que pueda ser económico o en especie, reparando o reemplazando algún bien, la realización u omisión de una determinada conducta, la prestación de servicios a la comunidad o de cualquier otra forma lícita solicitada por la víctima u ofendido y acordadas entre los Intervinientes en el curso de la sesión.

En caso de que el MASC concluya con una solución mutuamente acordada por los Intervinientes, el Facilitador lo deberá hacer constar por escrito con la siguiente información:

- I. El lugar y la fecha de su celebración;
- II. El nombre y edad, nacionalidad, estado civil, profesión u oficio y domicilio de cada uno de los Intervinientes. En caso de representante o apoderado legal, se hará constar la documentación con la que se haya acreditado dicho carácter;
- III. El número de registro del MASC;
- IV. Una descripción precisa de las obligaciones de dar, hacer o no hacer que hubieran acordado los Intervinientes y, en su caso, los terceros civilmente obligados, así como la forma y tiempo en que éstas deban cumplirse el cual no podrá exceder de tres años a partir de la firma del acuerdo;
- V. La firma o huellas dactilares de quienes lo suscriban y, en su caso, el nombre de la persona o personas que hayan firmado a petición de una o ambas partes, cuando éstos no sepan o no puedan firmar;
- VI. La firma del Facilitador que haya intervenido en el Mecanismo Alternativo y el sello de la dependencia, y
- VII. Los efectos del incumplimiento.

El acuerdo podrá versar sobre la solución total o parcial de la controversia. En el segundo supuesto,

como señalamos anteriormente, se dejarán a salvo los derechos de los Intervinientes respecto de lo no resuelto en el acuerdo.

Cabe destacar que el acuerdo deberá ser validado por un licenciado en derecho del Órgano, del cual se incluirá su nombre y firma. Se entregará un ejemplar del acuerdo a cada uno de los Intervinientes, conservándose uno en los archivos que corresponda.

El Órgano procederá entonces a informar de dicho Acuerdo al Ministerio Público y, en su caso, al Juez de control, observándose las reglas aplicables para la protección de datos personales.

Corresponde al Ministerio Público o al Juez aprobar el cumplimiento del Acuerdo, en cuyo caso resolverá de inmediato sobre la extinción de la acción penal o el sobreseimiento del asunto, según corresponda. La resolución emitida por el Juez tendrá efectos de sentencia ejecutoriada.

El incumplimiento del Acuerdo dará lugar a la continuación del procedimiento penal. En caso de cumplimiento parcial de contenido pecuniario éste será tomado en cuenta por el Ministerio Público para efectos de la reparación del daño.

El Órgano deberá contar con un área de seguimiento, la cual tendrá la obligación de monitorear e impulsar el cumplimiento de los acuerdos alcanzados por los Intervinientes en el MASC. El seguimiento podrá consistir en:

- I. Apercibimiento a los Intervinientes para el caso de incumplimiento del acuerdo;
- II. Visitas de verificación;
- III. Llamadas telefónicas;
- IV. Recepción o entrega de documentos, pagos, bienes u objetos;

V. Citación de los Intervinientes y demás personas que sean necesarias;

VI. Envío de correspondencia o comunicación, pudiendo usar medios electrónicos, y

VII. Cualquier otra medida necesaria para el cumplimiento del acuerdo de conformidad con los principios y disposiciones establecidas en esta Ley.

V.4 EL CONSEJO DE CERTIFICACIÓN EN SEDE JUDICIAL

Conforme a la Ley, el Poder Judicial de la Federación y los poderes judiciales de las entidades federativas, que cuenten con un Órgano o Institución especializada en Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en materia penal, deberán conformar un Consejo de certificación en sede judicial para, entre otras funciones, la certificación de Facilitadores de los Órganos de la Federación y de las entidades federativas de conformidad con lo dispuesto en la Ley.

El Órgano contará con Facilitadores certificados de conformidad con los estándares mínimos en materia de capacitación, evaluación y certificación.

Los Facilitadores deberán:

I. Poseer grado de Licenciatura afín a las labores que deberán desarrollar, con cédula profesional con registro federal;

II. Acreditar la certificación que establece la Ley;

III. Acreditar las evaluaciones de control de confianza que establecen las disposiciones aplicables para los miembros de instituciones de procuración de justicia;

IV. No haber sido sentenciados por delito doloso, y

V. Los demás requisitos que establezca la Ley y otras disposiciones que resulten aplicables.

Son obligaciones de los Facilitadores:

I. Cumplir con la certificación en los términos de las disposiciones aplicables en la Ley;

II. Conducirse con respeto a los derechos humanos;

III. Actuar con prontitud, profesionalismo, eficacia y transparencia, en congruencia con los principios que rigen la Ley y las disposiciones que al efecto se establezcan;

IV. Vigilar que en los MASC no se afecten derechos de terceros, intereses de menores, incapaces, disposiciones de orden público o interés social;

V. Abstenerse de fungir como testigos, representantes jurídicos o abogados de los asuntos relativos a los MASC en los que participen;

VI. Excusarse de intervenir en asuntos en los que se vea afectada su imparcialidad;

VII. Solicitar a los Intervinientes la información necesaria para el cumplimiento eficaz de la función encomendada;

VIII. Cerciorarse de que los Intervinientes comprenden el alcance del Acuerdo, así como los derechos y obligaciones que de éste se deriven;

IX. Verificar que los Intervinientes participen de manera libre y voluntaria, exentos de coacciones o de cualquier otra influencia que vicie su voluntad;

X. Mantener el buen desarrollo de los Mecanismos Alternativos y solicitar respeto de los Intervinientes durante el desarrollo de los mismos;

XI. Asegurarse de que los Acuerdos a los que lleguen los Intervinientes sean apegados a la legalidad;

XII. Abstenerse de coaccionar a los Intervinientes para acudir, permanecer o retirarse del MASC;

XIII. Mantener la confidencialidad de la información a la que tengan acceso en el ejercicio de su función, salvo las excepciones previstas en la Ley;

XIV. No ejercer la abogacía por sí o por interpósita persona, salvo en causa propia, de su cónyuge, concubina o concubinario, convivientes, de sus ascendientes o descendientes, de sus hermanos o de su adoptante o adoptado, y

XV. Los demás que señale la Ley y las disposiciones reglamentarias en la materia.

Cabe destacar que la certificación inicial de Facilitadores a que se refiere la Ley deberá concluirse antes del dieciocho de junio de 2016.

Corresponde a la Federación y las entidades federativas, en su ámbito de competencia respectivo, proveer los recursos humanos, materiales, tecnológicos y financieros que requiera la implementación de la Ley, conforme a sus presupuestos autorizados.

VI. CONCLUSIÓN

México tiene una vasta experiencia en materia de mecanismos no estatales de solución de controversias. Las acciones en materia civil y mercantil en el tema se remontan al Derecho Castellano y al Indiano, reflejados en la legislación decimonónica y vigente.

Los MASC constituyen claramente una salida a la dificultad del Estado para atender con prontitud las demandas de justicia de los gobernados. Si bien estos medios no solían utilizarse en materia penal dada la naturaleza de los procesos en la materia, la mediación y la conciliación han resultado ser una opción útil para el restablecimiento del equilibrio y la paz social.

La justicia restauradora se ve reflejada en los esfuerzos por ofrecer a la sociedad respuestas ante la ineficacia de los medios ordinarios para resolver la problemática penal. La *Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal* constituye un paso de gran importancia en esta dirección. Ya anunciada en el *Código Nacional de Procedimientos Penales* ofrece las herramientas, esperemos adecuadas, para la solución de ciertas controversias del orden penal.

Especial atención deberá ponerse en la formación de los facilitadores en su triple tarea de mediación, conciliación y de conducción de las juntas restaurativas. Es ahí precisamente donde se puede aprovechar la vasta experiencia que se tiene en México en materia de MASC y de arbitraje, si bien es en el área civil y comercial, la metodología es muy similar, tomando las precauciones necesarias para evitar la revictimización y los posibles riesgos para las víctimas.

La posibilidad de reinserción social y rehabilitación deberá incrementarse con la implementación del sistema, esperemos que así sea.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- Arnold, Linda (2001), *Juzgados Constitucionales (1813-1848): Catálogo de los Libros de Juicios Verbales y Conciliatorios del Ayuntamiento de la Ciudad de México que se custodian en el Archivo Histórico del Distrito Federal*, México, Ilustre y Nacional Colegio de Abogados.
- Barajas Montes de Oca, Santiago y Ricardo Méndez Silva (1998), voz “Conciliación”, en *Nuevo diccionario jurídico mexicano*, Tomo A-C, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.
- Brown, Henry J. y Arthur L. Marriot (1999), *ADR principles and practice*, 2nd edition, London, Sweet & Maxwell.
- Bühring-Uhle, Christian (1996), *Arbitration and mediation in international business. Designing procedures for effective conflict management*, The Hague, Kluwer Law International
- Cid Moliné, José (2009), “Medios alternativos de solución de conflictos y derecho penal”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 11, Chile, Universidad de Chile .
- *Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.*
- *Código Nacional de Procedimientos Penales.*
- Colliard, Claude-Albert (1978), *Instituciones de Relaciones Internacionales*, México, Fondo de Cultura Económica.
- Constantino Rivera, Camilo (2007), “Viabilidad de los medios alternativos a la vía jurisdiccional”, *Iter Criminis. Revista de Ciencias Penales*, Tercera Época, No. 11, Mayo-Junio, México, INACIPE.

- Cruz Barney, Oscar (2012), *Historia del Derecho Indiano*, Valencia, Tirant Lo Blanch.
- Cruz Miramontes, Rodolfo y Óscar Cruz Barney (2013), *Arbitraje. Utilización y práctica en México y en los Tratados comerciales internacionales*, Barcelona, Wolters Kluwer-BOSCH.
- *Decreto del Honorable Congreso del Estado, que expide la Ley de Medios Alternativos en materia Penal para el Estado de Puebla*, 14 de septiembre de 2012.
- Díaz, Luis Miguel (1997), “Privatización de conflictos”, *El Foro, Órgano de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C.*, Novena Época, Tomo X, Núm. 1, Primer Semestre, México.
- Díaz, Luis Miguel (1998), *Arbitraje: privatización de la justicia*, México, Editorial Themis.
- Estavillo Castro, Fernando (2008), “Medios Alternativos de Solución de Controversias”, en Manuel Becerra Ramírez *et al.*, *Obra en Homenaje a Rodolfo Cruz Miramontes*, 2 tomos, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Flores García, Fernando (1995), “Arbitraje, conciliación, amigable composición”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo XLV, núms. 201-202, mayo-agosto, México, UNAM.
- González Calvillo, Enrique (1999), “La mediación y la creación del Instituto Mexicano de la Mediación, A.C.”, *El Foro, Órgano de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C.*, Undécima Época, tomo XII, Núm. 2, segundo semestre, México.
- Graham Tapia, Luis Enrique (2000), *El arbitraje Comercial*, México, Editorial Themis.

- Guill, Terenia Urban (1997), “A framework for understanding and using ADR”, *Tulane Law Review*, Vol. 71, Núm. 4, marzo, Louisiana, EUA, Tulane University.
- Henon Risso, Jorge (1996), “La negociación, mediación y arbitraje como métodos alternativos de solución de conflictos”, *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, t. 82, Núms. 1-12, enero-diciembre, Montevideo.
- Kerbeshian, Lynn A. (1994), “ADR: to be or?” , *North Dakota Law Review*, Vol. 70, Núm. 2, EUA.
- *Ley de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias para el Estado de Sonora.*
- Martínez García, Elena (1999), “El arbitraje y la mediación como fórmulas de resolución de los conflictos derivados del uso de la propiedad intelectual a través de Internet”, *Revista de Derecho Mercantil*, Núm. 231, enero-marzo, Madrid, España.
- Medina Mora, Raúl (sin fecha), “Mediación y conciliación de controversias mercantiles”, *Pauta. Boletín informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, A.C.*, año 99, Núm. 28.
- Méndez Silva, Ricardo (1994), voz “Mediación Internacional”, en *Diccionario jurídico mexicano*, Tomo I-O, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.
- Nordquist, Kjell-Ake (1995), “Tres formas de mediación y cuando usarlas”, *Estudios Internacionales*, año 6, Núm. 12, julio-diciembre, Guatemala, IRIPAZ.

La justicia militar ante las reformas constitucionales, legales y de las sentencias emitidas en la materia por la corte interamericana de derechos humanos

- Ojeda Paullada, Pedro (1998), “Vías efectivas de acceso a la justicia: mediación, conciliación y arbitraje”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, Núm. 2, junio, México.
- Peña y Peña, Manuel (1835), *Lecciones de práctica forense mejicana, escritas a beneficio de la Academia nacional de Derecho Público y Privado de Mejico*, Tomo I, México, Imprenta a cargo de Juan Ojeda.
- Rodríguez Brizuela, Martín (1997), “Los conflictos ambientales y la mediación como modo de dirimirlos”, *Cuaderno de Federalismo*, Núm. XI, Córdoba, Argentina, Instituto de Federalismo, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.
- Spain, Larry R. (1994), “Alternative dispute resolution for the poor: is it an alternative?”, *North Dakota Law Review*, Vol. 70, Núm. 2, EUA.
- Suárez Hernández, Daniel (1999), “Medios alternativos de solución de conflictos. Transacción, conciliación, amigable composición y arbitramento”, *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, Vol. II, Núm. 25, Santa Fe de Bogotá.
- Urquidí, J. Enrique (1999), *Mediación. Solución a conflictos sin litigio*, México, Centro de Resolución de Conflictos.
- Webb, Rodney S. (1994), “Court annexed “ADR”-a dissent”, *North Dakota Law Review*, Vol. 70, Núm. 2, EUA.

- Weckstein, Donald T. (1997), “In praise of party empowerment-and of mediator activism”, *Willamette Law Review*, Vol. 33, Núm. 3, Oregon, EUA, College of Law, Willamette University.

La justicia militar ante las reformas constitucionales, legales y de las sentencias emitidas en la materia por la corte interamericana de derechos humanos^{3*}

Alejandro Carlos Espinosa^{4**}

RESUMEN

Con la reforma al artículo 20 constitucional que establece que “el proceso penal será acusatorio y oral, se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación” se demanda de la justicia militar no sólo la revisión del código de justicia que la regula, sino también cambios en el diseño del sistema de justicia, que tradicionalmente establece

3 * La presente investigación formará parte del libro “Reforma al Código de Justicia Militar: avances, retos, comentarios y propuestas”, que será publicado por el Instituto Nacional de Ciencias Penales en 2015.

4 ** Doctor en Política Criminal, profesor por Oposición de Derecho Militar de la Facultad de Derecho de Universidad Nacional Autónoma de México, profesor en la División de Estudios de Posgrado de la propia facultad, Miembro de Número de la Academia Mexicana de Criminología, Investigador Invitado por el Instituto Nacional de Ciencias Penales, autor de diversas obras sobre Derecho Militar, Director General de la Revista Especializada en Criminología y Derecho Penal Criminogenesis y capacitador certificado por SETEC.

dependencia directa de los tres actores procesales (ministerio público militar; defensor de oficio militar y tribunales militares), del titular de las Secretarías de la Defensa Nacional y Marina. En este artículo se explora el impacto de esta reforma, al igual que las relativas a derechos humanos y la de la Ley de Amparo. Igualmente, se retoman las implicaciones de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el caso Radilla Pacheco, los casos de Inés Fernández Ortega y Valentina Rosendo Cantú y los casos de campesinos ecologistas. Finalmente, se concluye que la posibilidad real de una modificación integral de carácter legislativo y diseño institucional no se visualiza en el corto plazo, no obstante los progresos e involucramiento institucional.

I. LA REFORMA DE SEGURIDAD Y JUSTICIA DE 18 DE JUNIO DE 2008 Y LA JUSTICIA PENAL MILITAR

El 18 de junio de 2008 trajo como consecuencia el nuevo sistema de justicia penal y los principios constitucionales, lo que sin duda representa el reto de los procedimientos penales militares en varios ámbitos, primero es de mencionarse el legislativo, seguido del de diseño institucional y por supuesto el de la posibilidad real de aplicar las grandes transformaciones sin trastocar la autonomía del derecho militar y sin poner en riesgo los ejes rectores del modelo de justicia militar a saber la disciplina, el servicio y la obediencia, es en esta lógica que se procede a revisar por una parte el impacto actual y la prospectiva a futuro que necesariamente deberá enfrentar el segmento de justicia penal militar, claro está que nos encontramos frente a importantes progresos, sin embargo los retos son por una parte complejos y por la otra en algunos supuestos tienen grandes retos por la especial característica tanto del derecho militar como de los principios del sistema acusatorio adversarial.

Es indiscutible que el primer eje de transformación lo fija el párrafo inicial del artículo 20 del texto constitucional al establecer “el proceso penal **será acusatorio y oral**, se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e intermediación”, respecto al **principio acusatorio** implica por razón de equilibrio procesal que no debe ser la misma persona quien investiga y después decida la controversia, lo que obliga a una especializada realización particular de roles, esto es, corresponderá al fiscal investigar y acusar, al defensor asesorar y la debida defensa y al Juez decir el derecho, por lo que este es el primer inconveniente u obstáculo con los que se enfrentara el diseño de justicia militar para estar acorde con lo ordenado con el numeral constitucional que se revisó, baste recordar que el modelo de justicia militar en los términos actuales establece dependencia directa de los tres actores procesales referidos (ministerio publico militar; defensor de oficio militar y tribunales militares), del titular de las Secretarías de la Defensa Nacional y Marina, por lo que cumplir con esta obligación procesal penal exige necesariamente no solo la revisión del código de justicia militar en su conjunto, sino también es un tema de diseño del sistema de justicia, que tradicionalmente ha funcionado como hasta ahora.

En cuanto al principio de **oralidad** como es bien sabido debe entenderse que esta se practica a la luz de que los actos procesales realizados en el marco de una audiencia, esto es oralmente, salvo por las razones tradicionalmente aceptadas que deben tratarse como la excepción que confirma la regla, en este contexto con debilidad argumentativa se ha dicho que la oralidad en los Consejos de Guerra se ha practicado desde tiempos muy antiguos en la tradición jurídica militar, sin embargo es menester precisar algunos aspectos que matizan esta aseveración, por supuesto que efectivamente la oralidad en los Consejos de Guerra es evidente, sin embargo debe señalarse que para que un militar sea

sometido a un Consejo de Guerra debe haber cursado primero una investigación ante el ministerio público por la presunta comisión de un delito y a continuación que le sea configurada la presunta responsabilidad y cuerpo del delito, deberá enfrentar ante el Juez Militar la instrucción del procedimiento, misma que al ser sujeta a lo ordenado a la Constitución Política concretamente al artículo 20 y a las reglas sustantivas que sobre el juicio prevé el Código de Justicia Militar, en tal virtud el procedimiento tal y como se ha establecido y se seguirá instruyendo atendiendo a que las reformas de 13 de junio de 2014 que nos ocupa no presenta reforma alguna en este sentido, es que podemos afirmar que la implementación del artículo constitucional en la justicia militar aún no ha llegado y que la autonomía de este derecho no alcanza para sobrepasar lo ordenado por el texto constitucional para la aplicación en los procedimientos penales; sin embargo es de justicia señalar que las instancias de Justicia Militar y Naval, trabajan en el tema, sin que hasta el momento exista al menos formalmente presentada ante comisiones del Poder Legislativo una iniciativa de ley.

En este mismo tenor legislativo por lo que hace al **principio de publicidad** a que se refiere la fracción IV del apartado A del artículo 20, las actuaciones judiciales deben ser públicas tanto en el aspecto de presentación de argumentos, del órgano acusador y de la defensa como en el de desahogo de las pruebas, esto con el propósito de transparentar el ejercicio de la justicia con adecuados equilibrios procesales para las partes, tal circunstancia, salvo el desahogo de algunas probanzas, como pudieran ser peritajes, generalmente se cumplen en el actual modelo.

En cuanto al **principio de contradicción** en donde debe existir como constante para las partes el argumentar y controvertir los planteamientos entre quien acusa y quien resiste y que de manera muy específica se establecen las fracciones III, IV Y VI del apartado A del

artículo 20 en que se establecen los principios rectores, de este modo únicamente será admitida como prueba aquella que sea desahogada en el juicio para ser tomada en cuenta en la sentencia, circunstancia que conlleva al principio de contradicción y su debida observancia en la obtención de esa prueba, excepción hecha y prevista en la normatividad de la denominada prueba anticipada que como su nombre lo enuncia requiere desahogo previo.

Sobre este principio es menester destacar que además el Juez debe observarlo en aspectos distintos al probatorio, las partes siempre deberán estar presentes frente a cualquier solicitud hecha ante el juzgador por cualquiera de los oponentes del juicio, además es claro que el juez bajo ninguna circunstancia tiene impedimento como lo ordena de la fracción VI de dicho numeral, para tratar asuntos que estén sometidos a proceso con alguna de las partes sin que se encuentre presente la otra.

Todos estos aspectos no quedan plenamente garantizados en el modelo que actualmente rige para la justicia militar al menos por lo que respecta a que el Juez puede recibir sin mayor problema al abogado en su Juzgado e incluso puede decirse que comparte espacios y le rinde cuentas el defensor de oficio militar al Juez militar.

La intención es que quede plenamente garantizado como lo está en el Código Nacional de Procedimientos Penales⁵, que por cierto no es aplicable a la Justicia Militar, ni la refiere aun en forma excepcional, que las partes puedan conocer, controvertir o confrontar los medios de prueba, así como oponerse a las peticiones y alegatos de la otra parte, salvo en los casos específicos plenamente justificados establecidos en dicho instrumento legal, lo que garantiza plenamente el principio de contradicción el abono a la presunción de inocencia.

5 Código Nacional de Procedimientos Penales “artículo 6. Las partes podrán conocer, controvertir y confrontar los medios de prueba así como oponerse a las peticiones y alegatos de la otra parte, salvo lo previsto en este Código”.

Por otra parte, otro eje que modificó la visión de la justicia es el **principio de concentración**, parte del supuesto que como lo señala el Código Nacional de Procedimientos Penales comentado por Jorge Ponce Martínez y Modesto Peredo Valderrama “*los actos deben concentrarse como una unidad. Esto tiene como finalidad el que las partes puedan intervenir de manera sucesiva y sin perder continuidad.*” Lo que se concatena con el **principio de continuidad** que como su nombre lo indica se refiere a que los actos procesales deben ser en ese sentido, esto es sin dar oportunidad a espacios temporales considerables entre uno y otro acto producido. Es por ello que el principio busca fundamentalmente que el debate no sea interrumpido y la audiencia se desarrolle de manera continua, de forma sucesiva y secuencial salvo los casos en que el desarrollo del proceso por su naturaleza y particularidad no permitan que sea de otro modo. La justicia militar si bien se caracteriza por que sus audiencias son exhaustivas y pueden durar varias horas, debe cuidar que este principio se cumpla en sus términos y que por supuesto, sea establecido como eje del procedimiento por el Código de Justicia Militar.

Finalmente el **principio de inmediación** está dirigido a la figura del juzgador, que si bien en el texto de la ley infiere presencia en las audiencias, en el modelo previo al 2008 y actualmente el diseñado para la Justicia Militar, no se cumple, dicho principio se hace consistir en el deber del juez de conocer directamente, de estar presente para resolver la controversia, lo que implica la inmediación de dos formas, por una parte la conocida por formal relativa a que dicho funcionario judicial observe de manera directa la recepción de la prueba y la denominada inmediación material: modalidad en la que el juzgador debe extraer los hechos de la fuente por sí mismo, sin utilizar ningún equivalente probatorio, en este sentido en el artículo 20 Constitucional en su fracción segunda, apartado “A”, dispone “Toda audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y la

valoración de las pruebas...”. Por su parte al respecto, el artículo 9 del Código Nacional de Procedimientos Penales es aún más específico al establecer: “*Toda audiencia se desarrollará íntegramente en presencia del órgano jurisdiccional, así como de las partes que deban de intervenir en la misma, con las excepciones previstas en este Código. En ningún caso, el órgano jurisdiccional podrá delegar en persona alguna la admisión, el desabogo o la revaloración de las pruebas, ni la emisión y explicación de la sentencia respectiva*”. Además la Justicia Militar siempre ha valorado la importancia del Juez Penal Militar, quien con independencia a estar presente, por disposición del código de Justicia Militar debe contar con el grado de General, en la práctica es común mirar que algunos jueces no cumplen con este requisito, que si bien el Poder Judicial de la Federación no ha estimado que sea fundamental para el desarrollo de diligencias judiciales, es menester que se cumpla con este requisito, o en su caso se modifique la ley, pues su inobservancia da al procesado la impresión y tal vez así sea, no se está cumpliendo con los postulados normativos y formalidades que exige la instrucción de un Juicio Militar.

En suma al ser el texto constitucional el marco regulador del sistema normativo mexicano y el artículo 20 de dicho ordenamiento, los lineamientos y base de los procedimientos penales, es de afirmarse que los procedimientos de esta naturaleza deben regirse por las lógicas de la acusatoriedad, oralidad, publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación en el contexto explicado *up supra* de donde los procedimientos seguidos ante los tribunales militares, que son penales, deben observar igualmente estos principios, sin embargo la discusión doctrinal y legislativa sobre excepcionalidad de la justicia militar se acrecienta con la proximidad de la entrada en vigor del Código Nacional de Procedimientos Penales, que vendrá a unificar en cuanto al procesamiento los asuntos del fuero común y del fuero federal, dejando aparte a la justicia militar que encuentra sustento y

legitimación en el artículo 13 de la propia Constitución pero que deberá adecuarse en su normatividad secundaria, concretamente en su Código de Justicia Militar a los estándares nacionales e internacionales a los que México se encuentra obligado.

Que el legislador se haya reservado y dejado de pronunciar respecto de la justicia militar en un cambio de modelo y paradigma donde la presunción de inocencia y el respeto a los derechos humanos con control de convencionalidad, ha propiciado incluso no solo las reformas que en materia de derechos humanos se cristalizaron en la Constitución el 10 de junio de 2011, particularmente en su artículo primero, en el que se incorporan los principios de universalidad, progresividad, interpretación conforme y pro persona, sino que también en la Ley de Amparo donde se incorporan novedosas figuras para el cumplimiento de los derechos de toda persona. Tal circunstancia es preocupante puesto que como se ha afirmado en otros espacios la Justicia Penal Militar no tiene argumentos suficientes para sustraerse legítimamente de lo ordenado por los postulados constitucionales y convencionales.

En paralelo con el propósito de lograr una verdadera transformación del modelo es necesario revisar el diseño institucional, muy concretamente a partir del sistema de justicia penal militar, con énfasis en su diseño judicial, es necesario modernizar las instituciones responsables de impartir justicia con base en su estructura y atribuciones, de hecho será necesario un estudio responsable y serio para redistribuir competencias, así tenemos el caso de los jueces que prácticamente no juzgan, solo instruyen procedimiento que son los jueces militares, salvo aquellos casos sobre los que tiene jurisdicción y que son poco representativos a la luz de la lesividad del bien jurídico tutelado y del *quantum* de pena. Por su parte los Consejos de Guerra Ordinarios necesitan ajustes serios, en esa tesitura es que al igual que el Juez debe cumplir con los estándares ordenados para la figura del Juez natural.

La posibilidad real de una modificación integral de carácter legislativo y diseño institucional francamente no se visualiza en el corto plazo, no obstante los progresos e involucramiento institucional, dado que los pasos que se han venido dando en la evolución de los procedimientos militares, sus alcances jurisdiccionales, la política criminal y la visión filosófica del modelo son muy recientes baste recordar que además de los ajustes legislativos que ha tenido el Código de Justicia Militar son a partir de la política constitucional en materia de enjuiciamiento penal y derechos humanos, por lo que es posible identificar dos reformas muy recientes la del 9 de abril de 2012 y 13 de junio de 2014, en recientes debates televisivos sobre estas transformaciones se ha dejado testimonio de los progresos y retos del modelo de Justicia Penal Militar y su consecuente alineamiento con los estándares que hacen viable con base en la ley y al diseño institucional que sean positivizados los derechos humanos en beneficio de militares y civiles con un criterio de universalidad⁶.

II. LA REFORMA DE DERECHOS HUMANOS DE 10 DE JUNIO 2011

Sin lugar a dudas, se trata de la reforma constitucional más importante para nuestra Constitución Política no solo por ser ahora el título primero y artículo primero los que regulan expresamente a los derechos humanos, sino porque se establecieron nuevas lógicas para cumplirlos por parte del estado, constituye un nuevo paradigma para la justicia, las garantías pasan a ser los instrumentos o mecanismos para lograr su absoluto respeto, con la diferencia sustancial de que las garantías eran otorgadas por el estado, en tanto que los derechos humanos son reconocidos a las personas por que les

6 Cfr. El programa televisivo Derechos en Pugna, transmitido en 2014 por el canal 125 de Cablevisión y 234 de SKY con la participación de la Senadora Angélica de la Peña y el Doctor Alejandro Carlos Espinosa.

pertenecen y les son inherentes sin distinción de ningún tipo, así las cosas es que un modelo de derechos humanos tiene impactos transversales en todo orden jurídico, sin excepcionar a ningún grupo, gremio o sector social, en este sentido los miembros de las fuerzas armadas están plenamente asistidos por los derechos humanos establecidos expresamente por la Constitución y por los tratados internacionales.

El numeral primero es contundente al establecer los lineamientos de carácter general y disponer “*en los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte...*”, es evidente que los miembros de las fuerzas armadas, esto es los militares están incluidos en dicha categoría, el militar antes de ser militar es una persona, por lo que ninguna norma podrá contravenir los derechos humanos previstos por la Constitución, aun en el caso de los militares, de modo que si bien es cierto está legitimada plenamente la jurisdicción militar en términos del artículo 13 Constitucional al establecer la subsistencia del fuero de guerra y con ello su modelo de justicia, es claro que dicho modelo deberá ajustarse a lo ordenado por el presente título constitucional, de suerte que las garantías previstas para los procedimientos penales por el artículo 20 Constitucional son también de toda aquella persona que tenga calidad de militar, razón por la cual en las etapas de investigación, juzgamiento y ejecución de penas, para lo que están legitimados a regular de forma especializada los militares, no deberán ser contrarios a lo ordenado como derecho humano a rango constitucional y convencional.

Respecto a las garantías la reforma indica que son para la protección de estos derechos humanos y que evidentemente no podrán restringirse ni suspenderse; sobre el particular hace el señalamiento de salvedad en los términos que la propia norma establece, por ejemplo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 29

de la Constitución relativo a la restricción o suspensión de garantías en correlación con los artículos primero; 42 al 44; 73, fracciones VIII y XXX; 78, fracción III y del 89 al 92 en los términos siguientes:

Artículo 29 Constitucional.- “En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente cuando aquel no estuviere reunido, podrá restringir o suspender en todo el país o en lugar determinado el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación...”

Adicionalmente el artículo incorpora algunos principios entre los que destacan el de la interpretación conforme que hace referencia a la hermenéutica jurídica conforme a la cual se interpretarán los contenidos de la Constitución basados en el propio texto constitucional y en los tratados internacionales, a la par de realizar un plausible progreso al establecer el principio *pro persona*, al proteger y favorecer en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Otro acierto de la reforma se hace consistir en que obliga a todas las autoridades en los diversos ámbitos de competencia y correspondientes a los diversos poderes (ejecutivo, legislativo y judicial) a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, lo anterior significa que esta responsabilidad corresponde a todas las dependencias y a los sistemas de justicia, incluso a los jurisdiccionales como el penal militar, de suerte que las Secretarías de la Defensa Nacional y Marina se encuentran en la implementación de este nuevo lineamiento para la operación y transformación

gradual normativa y de diseño institucional, muestra de ello es que en éste decreto fue incorporado a la administración de justicia militar el Juez de Ejecución de Penas.

En cuanto a la minuciosa regulación relativa a la discriminación es necesario señalar que la experiencia en la implementación de modelos no discriminatorios ha pasado por procesos de resistencia y difícil asimilación entre la comunidad militar, así lo demuestran los casos de “VIH” sobre los que en su oportunidad se pronuncia en senda recomendación 49/2008 la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

Los derechos humanos y la justicia militar han construido un binomio que sin duda abrió espacios al estudio de interesantes figuras jurídicas y procesales, como se dijo en la parte conducente de este libro, las sentencias que ordenaron por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos las modificaciones por inconventionalidad de la normatividad secundaria fueron derivadas de asuntos militares relacionados con la facultad de atracción y las víctimas civiles, de este modo se están enfrentado nuevos retos respecto a la división de poderes, la figura del Juez Natural, el Debido Proceso, el juez profesional y la verdadera presunción de inocencia, no solo procesal sino la que tiene que ver con la necesidad de reformar el diseño institucional de los tribunales e incluso algunos tipos penales en donde no se garantiza el respeto a los derechos humanos por una inadecuada técnica legislativa que por razones cronológicas de una prolongada vigencia del Código de Justicia Militar, que careció de un adecuado estudio dogmático y doctrinal con notables ausencias de investigaciones jurídicas, ha dejado de estar a la vanguardia y acorde con las exigencias de respeto al debido proceso y a la dignidad de los militares, es claro transformar con responsabilidad el andamiaje normativo militar, es una tarea de los juristas que a partir de una nueva visión de la justicia han impulsado

este necesario cambio en beneficio de la sociedad civil y de la sociedad militar.

III. LA REFORMA A LA LEY DE AMPARO DE 6 DE JUNIO 2011

Los logros reformistas vinculados con los procedimientos penales alcanzaron el juicio de amparo y su normatividad regulatoria, cambios insospechados para la tradición jurídica de una materia conservadora y diseñada para el respeto de las garantías individuales y no estrictamente de los derechos humanos, recordemos que antes de los cambios legislativos mencionados en la Constitución y la Ley de Amparo, todo aquello que no estuviese considerado como garantía quedaba excluido de la tutela de los derechos humanos, en este orden de ideas fue muy bien recibida por las visiones de los juristas de alcances progresistas respecto del decreto del 6 de junio de 2011, publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, en donde además adicionó y derogó diversas disposiciones de los artículos 94, 103, 104 y 107 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, con el fin de modernizar el juicio de amparo y, de esta forma, transformarlo en un medio más eficaz de protección de los derechos humanos en donde evidentemente mantiene la procedencia del amparo contra las resoluciones de todo tipo emitidas por las autoridades militares, entiéndase administrativas y jurisdiccionales.

Entre los cambios paradigmáticos destaca el hecho de que el amparo puede promoverse en contra de leyes y actos de autoridad y en general en contra de todo tipo de normas jurídicas, además de los actos u omisiones de las autoridades que violen derechos humanos, en donde no están exceptuadas las autoridades militares, recordemos que los derechos humanos de acuerdo con el propio texto constitucional están integrados para el caso de México por los contenidos en la Constitución

y en los Tratados Internacionales que hayan sido suscritos y ratificados, mismos que en una interpretación extensiva también los encontramos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y muy particularmente en la sentencias dirigidas al Estado Mexicano emitidas por la Corte Interamericana, por ser vinculantes de acuerdo con los criterios interpretativos que ha emitido la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Por otra parte se introduce como un importante progreso la novedosa figura del amparo colectivo. Al igual que con el anterior texto de la Constitución Federal, el amparo se seguirá siempre a instancia de parte. Sin embargo, ahora será posible promover el juicio de amparo no solo de manera individual, sino también de manera colectiva, de tal circunstancia no están excluidos los militares.

En paralelo ante la falta de mecanismos de protección hacia los derechos de tercera generación, es decir aquellos que corresponden a los intereses difusos y colectivos, es que fue reformada la fracción I, del artículo 107 Constitucional. El sistema de protección constitucional adecua sus mecanismos procesales para la defensa de este tipo de intereses y la posible indemnización de las víctimas.

En los intereses difusos, no existe ese vínculo jurídico, sino situaciones contingentes o accidentales, por ejemplo: pertenecer a una misma unidad habitacional como es el caso de los militares y los civiles que cohabitan.

Como se advierte actualmente, en el juicio de amparo son materia de protección de los intereses difusos y colectivos, circunstancia que viene a representar un notorio avance en la defensa de los derechos humanos en México.

Dentro del cumulo de transformaciones se encuentra el reconocimiento jurídico de intereses supraindividuales, reconocidos en el artículo 17 Constitucional, en su párrafo tercero que a la letra dice:

“El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas. Tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. Los jueces federales conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos. “

Es posible que un militar o cualquier persona inicie un juicio de amparo para defender derechos en donde la violación no le afecte de manera personal y directa. Lo que no será aplicable a los amparos que se promuevan en contra de resoluciones judiciales, supuesto en el cual continuara vigente el requisito de que exista una afectación personal y directa en los derechos, en este sentido las sentencias que se emitan en los juicios de amparo en defensa de los intereses difusos tendrán efectos generales.

Cuando en los juicios de amparo tramitados ante Jueces de Distrito se resuelva de manera reiterada la inconstitucionalidad de una norma, existirá la posibilidad, bajo ciertos requisitos, de que la Suprema Corte de Justicia haga una declaración general de inconstitucionalidad.

Otro novedoso progreso que incentiva la fluidez de las resoluciones se hace consistir en la creación de los Plenos de Circuito, lo que modifico la estructura del Poder Judicial de la Federación, dichos órganos estarán integrados por Magistrados de los Tribunales Colegiados de Circuito, en este sentido los Plenos estarán facultados para resolver las contradicciones de tesis o criterios sostenidos en sus sentencias, por los Tribunales Colegiados, lo cual permitirá una resolución más ágil de los

La justicia militar ante las reformas constitucionales, legales y de las sentencias emitidas en la materia por la corte interamericana de derechos humanos

asuntos, incluso en aquellos en que se diriman aspectos sobre competencia y jurisdicción militar, no obstante los inmensos progresos que derivan del presente decreto reformativo al Código de Justicia Militar, dado que los casos suelen sofisticarse y volverse complejos, en donde a pesar de reglas claras corresponde a la justicia federal dar una interpretación de la ley.

La nueva ley de amparo dispone un mecanismo para la aplicación de sanciones⁷ cuando la autoridad no cumpla la sentencia de un juicio de amparo. Es decir, existirá un procedimiento específico de sanción a la autoridad, acorde al tipo de incumplimiento de las resoluciones, esto fortalece la división de poderes y las resoluciones del Poder Judicial de la Federación, tal condición de obligatoriedad y sanción ante el incumplimiento da muestra de una importante transformación en la ruta de la legalidad.

En congruencia con el respeto a los derechos humanos de todos los justiciables la ley de amparo establece la obligación de no archivar ningún juicio de amparo, en los casos en que aún no se haya dado cumplimiento a la sentencia que ordeno la protección constitucional.

Al igual que otras publicaciones, el Semanario Judicial de la Federación —que es el órgano oficial de difusión de los criterios del Poder Judicial de la Federación, excepto en lo que se refiere al Tribunal Electoral de este Poder—, ha dividido sus diversas etapas temporales de aparición en épocas. A partir de 1917, el inicio y término de cada una de ellas ha estado señalado por acontecimientos del ámbito jurídico de especial trascendencia, como son las reformas constitucionales y legales, así por ejemplo la Novena Época nació por la reforma constitucional y

7 La autoridad será sancionada penalmente cuando no cumpla con la determinación judicial por la que se ordena detener temporalmente la realización del acto que se está reclamando mientras sea resuelto el amparo, o bien, cuando la autoridad acepte con conocimiento o por desconocimiento, una fianza o contrafianza que no cubra el valor para lo cual fue requerida.

legal de diciembre de 1994, vigente a partir de 1995, que transformó la estructura del Poder Judicial de la Federación y varias de sus importantes atribuciones. Ahora, en virtud de que el juicio de amparo debe ser visto como una nueva institución, dado que sus elementos esenciales cambiaron y porque la tendencia a la humanización de los procedimientos, particularmente los penales, requiere de interpretaciones apegadas a derechos humanos, acordes a la reforma de 10 de junio de 2011, lo que dio lugar al surgimiento de la Décima Época conocida como de los derechos humanos y el control de la convencionalidad.

IV. SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La revisión de la competencia y jurisdicción militar mexicana en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos cuenta con cuatro casos que han culminado en sentencias al Estado Mexicano que a saber son: Radilla Pacheco, Fernández Ortega, Rosendo Cantú y Cabrera García y Montiel Flores conocido como el Caso de los Campesinos Ecologistas.

El cambio de visión de la justicia penal militar lo da sin duda el Caso Radilla Pacheco que se ve complementado en el estudio y el análisis por los otros tres casos referidos y el antecedente aludido que se ventiló en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 1988, con el propósito de fortalecer los criterios de estudio sobre el Fuero de Guerra⁸ en México, se analizan en su parte conducente los siguientes casos.

8 La doble acepción del vocablo se encuentra aplicada en el artículo 13 de la Constitución que, por una parte, pruebe su existencia, entendida como prerrogativa, trato diferenciado o privilegio, en tanto que legitima su existencia tratándose de delitos y faltas contra la disciplina militar, esto es como sinónimo de competencia... (INACIPE, 2009, P. 303).

Los pronunciamientos de la Corte Interamericana en las subsecuentes sentencias fortalecieron su criterio jurisprudencial en relación con el Fuero de Guerra, particularmente respecto del artículo 57 del Código de Justicia Militar al reiterar su inconventionalidad y la obligación del Estado Mexicano y que dieron paso a su reforma.

V. CASO RADILLA PACHECO Y LA JURISDICCIÓN MILITAR

El Estado Mexicano ha sido sentenciado por la Corte Interamericana en cuatro ocasiones por asuntos vinculados con los delitos de desaparición forzada de persona, violación y tortura; en el primer caso en agravio de Rosendo Radilla Pacheco por agentes del estado pertenecientes al ejército mexicano, hechos ocurridos en Atoyac de Álvarez, en el Estado de Guerrero el 25 de agosto de 1974 en el marco de la denominada “Guerra Sucia” y por lo cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos ordenó en sentencia del 23 de noviembre de 2009 en su punto resolutivo 10. *El estado deberá adoptar en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 57 del Código de Justicia Militar⁹ con los estándares internacionales en la materia*

9 Debe destacarse que en los últimos 12 años se han presentado un importante número de iniciativas de ley que han buscado reformas al Código de Justicia Militar y concretamente al Fuero de Guerra, a partir de la sentencia del Caso Radilla destacan la iniciativa impulsada en el gobierno de Felipe Calderón que incluso se ofreció como prueba de cumplimiento a la sentencia, la cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos estimó insuficiente, la iniciativa del 2012 impulsada en la Legislatura LXI que incluso llegó a Comisiones que en nuestro concepto planteaba con gran claridad una importante regla general en su artículo 58 que establecía: *Artículo 58. Será competencia de las autoridades y tribunales civiles del orden federal los delitos cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas en contra de civiles, así como aquellas violaciones a los derechos humanos.* Se debatió una nueva iniciativa en el Senado de la República, LXII Legislatura 2013, en la cual se analiza el modelo de justicia militar teniendo como eje el Fuero de Guerra

y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los términos de los párrafos 337 a 342 de la presente sentencia.

En este sentido el análisis de la sentencia es el artículo 342 en el que establece incompatibilidades que se traducen en inconventionalidad del artículo 57 del Código de Justicia Militar con la Convención Americana de Derechos Humanos al establecer 342. *No obstante lo anterior, la Corte declaró en el capítulo 9 de este fallo que el artículo 57 del Código de Justicia Militar es incompatible con la Convención Americana (supra párrafos 287 y 289) en consecuencia, el Estado debe adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar la citada disposición con los estándares internacionales de la materia y de la Convención, de conformidad con los párrafos 272 a 277 de esta sentencia.*

Para seguir y poder aterrizar en el orden interno para la interpretación sobre el fuero de guerra y sus alcances, así como sus necesarias transformaciones que se realizaron recientemente, es necesario reproducir los contenidos de los párrafos 286, 287 y 289 de la sentencia del caso Radilla Pacheco al tenor siguiente:

286. La Corte estima que el artículo 57, fracción II, inciso a), del Código de Justicia Militar es una disposición amplia y que en el momento del caso era imprecisa he impedía la determinación de la estricta conexión del delito del fuero ordinario con el servicio castrense objetivamente valorado. La posibilidad de que los tribunales castrenses

donde destacan las posturas del titular del Ejecutivo

Federal, Senador Lázaro Mazón, Senador René Arcé, Senador Pablo Escudero y Senador Alejandro Encinas, que van desde la atención específica a los delitos motivo de las sentencias de la Corte Interamericana (ejecutivo federal), pasando por diversas modalidades de protección a víctimas civiles (Senadores Mazón, Arcé, Escudero), hasta la restricción para conocer solo de delitos típicamente militares (Senador Encinas).

juzguen a todo militar al que se le imputa un delito ordinario, por el sólo hecho de estar en servicio, implica que el fuero se otorga por la mera circunstancia de ser militar. En tal sentido, aunque el delito sea cometido por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo no es suficiente para que su conocimiento corresponda a la justicia penal castrense, lo que ahora ha cobrado un nuevo sentido pues con la reciente reforma se ha limitado el fuero de guerra y en el caso de que en actos que realicen los militares afectando civiles corresponderá del fuero común, tener competencia para poder juzgarlos.

287. Con base en lo señalado precedentemente, es posible considerar que la disposición en estudio opera como una regla y no como una excepción, característica indispensable de la jurisdicción militar para ser conforme a los estándares establecidos por esta Corte. En este sentido la Corte fortalece su postura de criterio al pedir confrontar su razonamiento con el Caso Las Palmeras Vs. Colombia, supra nota 274, párr. 51; Caso La Cantuta Vs. Perú, supra nota 51, párr. 142, y Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia, supra nota 83, párr. 200.

Por su parte el aludido numeral 337 que cita lo solicitado por los representantes de las víctimas en el C.2 relativo a reformas a disposiciones legales en dicha resolución establece:

337. Los representantes solicitaron a este Tribunal que ordene al Estado realizar una reforma al artículo 13 constitucional, que regula el fuero de guerra, en virtud de que, “aunque en principio el artículo pareciera no generar problema alguno, las interpretaciones que de éste se han hecho [...] llevan a la necesidad de solicitar su reforma para alcanzar la precisión necesaria que impida que elementos del Ejército mexicano sean juzgados por tribunales militares cuando han cometido violaciones a los derechos humanos”.

Sobre el particular y en este contexto la Corte Interamericana consideró determinar la convencionalidad del artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, bajo la consideración del punto 341... *Este Tribunal considera que no es necesario ordenar la modificación del contenido normativo que regula el artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.*

Como se aprecia la convencionalidad del artículo 13 constitucional es absoluta y la disposición que vulnera en el presente caso la Convención Americana de Derechos Humanos es el Código de Justicia Militar en su artículo 57 relativo a su facultad competencial extendida o atrayente para conocer delitos del fuero común o federal diversos de los típicamente militares.

Por su parte el párrafo 289 dispone:

...El Tribunal estima que el Estado incumplió la obligación contenida en el artículo 2 de la Convención Americana,

La justicia militar ante las reformas constitucionales, legales y de las sentencias emitidas en la materia por la corte interamericana de derechos humanos

en conexión con los artículos 8 y 25 de la misma, al extender la competencia del fuero castrense a delitos que no tienen estricta conexión con la disciplina militar o con bienes jurídicos propios del ámbito castrense.

Obedeciendo a la obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Estado Mexicano se vio en la necesidad de reformar el artículo 57¹⁰ del Código de Justicia Militar, con el propósito de que éste acorde con los estándares internacionales y cumplir con la sentencia, esto es con ese mínimo de

10 Artículo 57.- Son delitos contra la disciplina militar:

- I.- Los especificados en el Libro Segundo de este Código;
- II.- Los del orden común o federal, cuando en su comisión haya concurrido cualquiera de las circunstancias que en seguida se expresan:
 - a).- Que fueren cometidos por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo;
 - b).- que fueren cometidos por militares en un buque de guerra o en edificio o punto militar u ocupado militarmente, siempre que, como consecuencia, se produzca tumulto o desorden en la tropa que se encuentre en el sitio donde el delito se haya cometido o se interrumpa o perjudique el servicio militar;
 - c).- que fueren cometidos por militares en territorio declarado en estado de sitio o en lugar sujeto a la ley marcial conforme a las reglas del derecho de la guerra;
 - d).- que fueren cometidos por militares frente a tropa formada o ante la bandera;
 - e).- que el delito fuere cometido por militares en conexión con otro de aquellos a que se refiere la fracción I.

Cuando en los casos de la fracción II, concurren militares y civiles, los primeros serán juzgados por la justicia militar. Los delitos del orden común que exijan querrela, necesaria para su averiguación y castigo, no serán de la competencia de los tribunales militares, sino en los casos previstos en los incisos (c) y (e) de la fracción II.

elementos exigidos por el *corpus iuris* interamericano, pues como ahora sabemos dicho numeral transgrede a la convención e igualmente excede lo ordenado por la Constitución Política de los Estados Unidos en su artículo 13 que como quedó claro en la consideración de la Corte en su punto 341 es convencional y no necesita ser modificado, como sabemos en el orden interno se trata de una garantía de igualdad que no ha sido modificada por su pulcritud desde su expedición en la Constitución Política de 1917.

En nuestro concepto no es necesario modificar el artículo 13 de la Constitución General, así ha quedado claramente establecido en el cuerpo de las sentencias motivo de este análisis; en donde hay que hacer importantes modificaciones y que se han venido dando es en la normatividad secundaria, fundamentalmente en la penal, sin que se excluyan los otros diseños institucionales y normativos, se trata de entender a las sentencias de la Corte Interamericana como el parámetro para considerar la importancia de ajustes en las disposiciones secundarias con el fin de que sean conformes con los estándares internacionales ordenados por el *corpus iuris* de la región interamericana.

El artículo 68.1 de la Convención Americana estipula que “*Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes*”. Para ello los Estados deben asegurar la implementación a nivel interno de lo dispuesto por el Tribunal, entiéndase la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus decisiones, en este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en resoluciones de fechas 19 de mayo y 1 de diciembre de 2011, 28 de junio de 2012 y 14 de mayo de 2013 se ha pronunciado sobre el sentido del cumplimiento de sentencia, concretamente en el tema de la facultad atrayente o extensiva que regula el artículo 57 fracción II del Código de Justicia Militar que dio pauta para la reforma de fecha de 13 de junio 2014 que expresamente estableció:

...La Corte estima que si bien son positivos los esfuerzos del Estado para reformar el artículo 57 del Código de Justicia Militar, la iniciativa presentada es insuficiente pues no cumple plenamente con los estándares indicados en la Sentencia. En efecto, dicha reforma sólo establece que la jurisdicción militar no será competente tratándose, únicamente, de la desaparición forzada de personas, la tortura y la violación sexual cometidas por militares. No obstante, en la Sentencia, este Tribunal reiteró su jurisprudencia constante en el sentido de que “el fuero militar sólo se debe juzgar a militares activos por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar”¹¹ ...

Como se aprecia el Caso Radilla Pacheco modificó transversalmente el orden jurídico nacional al cambiar los paradigmas de juzgamiento con una visión de derechos humanos y de juez natural, mirando siempre por la protección de las víctimas civiles al establecer reglas claras, precisas y avaladas por la jurisprudencia interamericana en relación con la facultad atrayente o expansiva, que ahora es posible visualizarlas en el artículo 57 fracción II del Código de Justicia Militar.

VI. CASOS INÉS FERNÁNDEZ ORTEGA, VALENTINA ROSENDO CANTÚ Y LA JURISDICCIÓN MILITAR

Dentro de los elementos que destacan en el caso de Inés Fernández Ortega es que se trata de una mujer que es pobre, indígena, miembro del Pueblo Me'phaa (Tlapaneco), de 27 años y su familia se integra por su esposo y cuatro hijos, menores de edad, no obstante estas condiciones fue violada y torturada por elementos del Ejército Mexicano el 22 de marzo de 2002.

Los preceptos vulnerados que señaló la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Corte para conocimiento del caso fueron:

Violación de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial (artículos 8 y 25 de la Convención Americana en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento).

Violación del derecho a vivir libre de violencia y discriminación (artículo 7 de la Convención de Belém do Pará).

Incumplimiento de las obligaciones de investigar y sancionar la tortura (artículos 1, 6 y 8 de la Convención contra la Tortura).

La Corte Interamericana dictó sentencia sobre el caso el 30 de agosto de 2010 por lo que estableció en su punto 173.

Los representantes alegaron que el Estado violó los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial de la señora Fernández Ortega al someter el caso a la jurisdicción militar, con fundamento en los artículos 13 de la Constitución Política y 57.II.a del Código de Justicia Militar y al no promover un recurso efectivo para impugnar la aplicación de dicha jurisdicción al caso. La jurisdicción militar no cumple con los requisitos de imparcialidad, independencia y competencia para conocer violaciones a los derechos humanos y el sometimiento del caso a la misma viola la garantía de juez natural. Esta práctica se debe a la ausencia de una norma expresa en el ordenamiento jurídico mexicano que excluya del conocimiento del fuero militar los delitos de este tipo y a la remisión genérica a dicho fuero, con fundamento en el artículo 57 del Código de Justicia Militar, de los delitos de orden común cometidos por militares en servicio activo o con motivo del mismo. Todo ello es consecuencia de la ambigüedad del artículo 13 de la Constitución Política y del artículo 57.II.a del Código de Justicia Militar.

Adicionalmente, destacaron que la situación antes señalada se agrava en virtud de que el artículo 10 de la Ley de Amparo contempla tres supuestos en los que es procedente el juicio de amparo promovido por las víctimas y ofendidos al exigir la reparación del daño o la responsabilidad por la comisión de un delito, dentro de los cuales no existe uno que permita cuestionar la declinación de competencia a favor de la jurisdicción militar. Por lo anterior, solicitaron a la Corte que declare que el Estado violó los derechos contenidos en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, así como los artículos 1, 6 y 8 de la Convención contra la Tortura, y en el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará.

Con el propósito de contextualizar la postura y criterio de la Corte Interamericana se hace necesario referir su posicionamiento.

178. Por otra parte, el Tribunal observa que la intervención del fuero militar se basó en el artículo 57.II.a del Código de Justicia Militar (supra párr. 162)201. Al respecto, la Corte reitera que dicha norma: es una disposición amplia e imprecisa que impide la determinación de la estricta conexión del delito del fuero ordinario con el servicio castrense objetivamente valorado. La posibilidad de que los tribunales castrenses juzguen a todo militar al que se le imputa un delito ordinario, por el sólo hecho de estar en servicio, implica que el fuero se otorga por la mera circunstancia de ser militar. En tal sentido, aunque el delito sea cometido por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo no es suficiente para que su conocimiento corresponda a la justicia penal castrense.

179. En el caso Radilla Pacheco el Tribunal consideró que la disposición contenida en el mencionado artículo 57 opera como una regla y no como una excepción, característica indispensable de la jurisdicción militar para ser conforme a los

*estándares establecidos por esta Corte²⁰³. El Tribunal recuerda que el artículo 2 de la Convención Americana establece la obligación general de todo Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma para garantizar los derechos en ella reconocidos, lo cual implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio de *effet utile*¹²). En consecuencia, la Corte estima que el Estado incumplió la obligación contenida en el artículo 2 de la Convención Americana, en conexión con los artículos 8 y 25 de la misma, al extender la competencia del fuero castrense a delitos que no tienen estricta conexión con la disciplina militar o con bienes jurídicos propios del ámbito castrense.*

La Corte en su punto resolutivo 13 en relación con el acotamiento del Fuero de Guerra dispuso:

13. El Estado deberá adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 57 del Código de Justicia Militar con los estándares internacionales en la materia y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de conformidad con lo establecido en el párrafo 239¹³ de la presente Sentencia.

12 Esto significa que el estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno.

13 239. La violación y tortura de Inés Fernández Ortega; la discriminación de que fue objeto la víctima por su condición de mujer e indígena; la falta de debida diligencia en la investigación y sanción de los responsables de estos hechos; la utilización del fuero militar para la investigación y juzgamiento de violaciones a los derechos humanos; los obstáculos para que las personas indígenas, en particular las mujeres, puedan acceder a la justicia; la falta de reparación adecuada en favor de la víctima y sus familiares; el impacto negativo de los actos de amenaza y hostigamiento contra la víctima, sus familiares y representantes, constituyen violaciones a los derechos protegidos por los artículos 5, 8, 11 y 25 de la Convención Americana; incumplimiento de la obligación general de respeto y garantía contemplada en el artículo 1.1 del mismo instrumento; vio-

El voto prospectivo de tipo concurrente que emitió el Juez *Ad Hoc Alejandro Carlos Espinosa* en relación con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Fernández Ortega y otros vs. México*, de 30 de agosto de 2010, plantea la necesidad de llevar a los Tribunales Militares al Poder Judicial de la Federación y destaca la necesidad de revisar en su integridad el Código de Justicia Militar por presumir la culpabilidad y algunas otras cuestiones que se señalan por tener plena relación con el Fuero de Guerra:

1. El presente voto concurrente vale para el caso citado ut supra así como para el caso *Rosendo Cantú y otra Vs. México* en consideración a las razones siguientes:

a) Se trata de militares en servicio, esto es agentes del Estado mexicano, que bajo una condición especial incurrieron en violaciones graves de los ordenamientos internos e internacionales, que debieron observar en atención a su calidad de garantes del orden interno del Estado mexicano y respecto de los derechos de sus connacionales;

b) El sujeto pasivo del delito de violación sexual por el que se enderezó este caso, es una mujer, pobre e indígena expuesta a una alta vulnerabilidad; además de no hablar el idioma español;

c) Se aplica igualmente el Código de Justicia Militar para investigar delitos cometidos por militares y en donde se encuentran involucradas víctimas civiles en atención a lo dispuesto por el artículo 57 fracción II inciso a) del referido ordenamiento legal; mismo que fue ordenado modificarse en el caso *Radilla Pacheco Vs. México*;

d) ...

2. ...

3. Como lo indica la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la subsidiaridad de la jurisdicción interamericana de los derechos humanos frente a la jurisdicción interna es fundamental, por ser coadyuvante y también complementaria de la que ofrece el derecho interno de los estados americanos; por ello considero que la adecuada interpretación del artículo 13 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos debe llevar a armonizar no sólo el artículo 57 fracción II inciso a) del Código de Justicia Militar, sino también los supuestos previstos en los incisos b), c), d), y e), del instrumento normativo indicado.

4. Pese a las deficiencias estructurales y normativas que presenta el Código de Justicia Militar que data de 1933, debe observarse que existió voluntad del Estado mexicano de investigar institucionalmente el caso, pero también es evidente que no fue más allá de realizar diligencias de rutina a sabiendas que de esa manera no se aclararían los hechos ni se fincarían responsabilidades a los agentes del Estado involucrados, sin considerar además la máxima en procuración de justicia “conforme el tiempo pasa la verdad se aleja”.

5. El Estado mexicano debe procurar que no ocurra más la inseguridad jurídica que representa a un gobernado el hecho de que se investiguen delitos por una y otra aplicación de fuero constitucional, esto es que se instruyan procedimientos de investigación sin criterios jurídicos definidos derivados de la relatoría de los hechos, dado que si se imputan conductas delictivas a militares resulta poco congruente que se asuman investigaciones en el fuero común, dejando en estado de indefensión a las víctimas frente a la falta de recursos legales para enderezar sus defensas y garantizar su acceso a la justicia.

6. Debe destacarse que si bien quedó debidamente demostrada la negligencia y falta de resultados

a cargo de la procuración de justicia por parte del Estado mexicano, en los diversos fueros constitucionales... de carácter competencial en materia penal...

7. ...

10. El presente caso paradigmático debe ser oportunamente aprovechado por el Estado mexicano no solo para lograr reivindicar su compromiso con la sociedad civil sino también para que, a la par, dar un oportuno cumplimiento a la Sentencia recaída tanto en este caso como en el caso Rosendo Cantú y otra; es momento de que inicie la revisión y transformación de un modelo de justicia militar rezagado, no solo en la técnica legislativa, sino en la conformación de sus instituciones de justicia y su normatividad tanto sustantiva como adjetiva y así plantearse un nuevo modelo que, sin restar importancia al servicio, la obediencia y la disciplina, permita la transformación del sistema de justicia militar mexicano.

11. Ad cautelam se debe considerar la importancia y la significación que para el Estado mexicano representa, preventivamente, llevar a sus tribunales militares al Poder Judicial de la Federación, porque si bien es cierto que en el presente caso se trata de irregularidades en el procedimiento penal de averiguación previa, es factible que casos posteriores enfrenten, adicionalmente, la carga de otro elemento discordante con los estándares internacionales, que en ese supuesto sería la concurrencia de dos poderes del Estado en uno y la ruptura del principio de unidad procesal.

Otro caso paradigmático en el que se establece responsabilidad al Estado Mexicano por violación sexual a Valentina Rosendo Cantú, quien era menor de edad y en las condiciones de vulnerabilidad semejantes a las del Caso Inés, la Corte Interamericana describe en la parte conducente sobre Fuero de Guerra, lo siguiente:

157. Los representantes alegaron que el Estado violó los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial de la señora Rosendo Cantú al someter el caso a la jurisdicción militar, con fundamento en los artículos 13 de la Constitución Política y 57.II.a del Código de Justicia Militar, así como por no promover un recurso efectivo para impugnar la aplicación de dicha jurisdicción al caso. La jurisdicción militar no cumple con los requisitos de imparcialidad, independencia y competencia para conocer las violaciones a los derechos humanos, y el sometimiento del caso a la misma viola la garantía de juez natural. Esta práctica se debe a la ausencia de una norma expresa en el ordenamiento jurídico mexicano que excluya del conocimiento del fuero militar los delitos de este tipo y a la remisión genérica a dicho fuero, con fundamento en el artículo 57 del Código de Justicia Militar, de los delitos de orden común cometidos por militares en servicio activo o con motivo del mismo. Todo ello es consecuencia de la ambigüedad del artículo 13 de la Constitución Política y del artículo 57.II.a del Código de Justicia Militar. Adicionalmente, destacaron que la situación antes señalada se agrava en virtud de la ineffectividad de los recursos internos para cuestionar la jurisdicción responsable de la investigación del caso pues en dos oportunidades “el juicio de amparo mostró ser ineffectivo e inadecuado como medio de tutela de los derechos de [la víctima], pues las investigaciones [...] siguieron [...] a cargo de la jurisdicción militar”. Por lo anterior, solicitaron a la Corte que declare que el Estado violó los derechos contenidos en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, así como en los artículos 1, 6, y 8 de la Convención contra la Tortura, y en el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará.

162. Por otra parte, el Tribunal observa que la intervención del fuero militar se basó en el artículo 57.II.a del Código de Justicia Militar²¹⁷ (supra párr. 144). Al respecto, la Corte reitera que dicha norma: es una disposición amplia e imprecisa que impide la determinación de la estricta conexión del delito del fuero ordinario con el servicio castrense objetivamente valorado. La posibilidad de que los tribunales castrenses juzguen a todo militar al que se le imputa un delito ordinario, por el sólo hecho de estar en servicio, implica que el fuero se otorga por la mera circunstancia de ser militar.

En tal sentido, aunque el delito sea cometido por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo no es suficiente para que su conocimiento corresponda a la justicia penal castrense.

163. En el caso Radilla Pacheco el Tribunal consideró que la disposición contenida en el mencionado artículo 57 opera como una regla y no como una excepción, característica ésta última indispensable de la jurisdicción militar para ser conforme a los estándares establecidos por esta Corte. El Tribunal recuerda que el artículo 2 de la Convención Americana establece la obligación general de todo Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma para garantizar los derechos en ella reconocidos, lo cual implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio de efectutile). En consecuencia, la Corte estima que el Estado incumplió la obligación contenida en el artículo 2 de la Convención Americana, en conexión con los artículos 8 y 25 de la misma, al extender la competencia del fuero castrense a delitos que no tienen estricta conexión con la disciplina militar o con bienes jurídicos propios del ámbito castrense.

222. No obstante, como ha sido declarado en el Capítulo IX de este Fallo, el artículo 57 del Código de Justicia Militar es incompatible con la Convención Americana (supra párrs. 162 y 163). En consecuencia, la Corte reitera al Estado su obligación de adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar la citada disposición con los estándares internacionales en la materia y de la Convención Americana, de conformidad con lo establecido en esta Sentencia.

De igual manera se establecen respecto del Fuero de Guerra o Jurisdicción Militar, particularidades para la normatividad secundaria, esto es, las previstas en el Código de Justicia Militar para compatibilizar sus contenidos con los estándares internacionales, en el punto resolutivo número 12 de la sentencia:

12. El Estado deberá adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas

pertinentes para compatibilizar el artículo 57 del Código de Justicia Militar con los estándares internacionales en la materia y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de conformidad con lo establecido en el párrafo 222 de la presente Sentencia.

VII. CASO CAMPESINOS ECOLOGISTAS: CASO CABRERA GARCÍA Y MONTIEL FLORES Y LA JURISDICCIÓN MILITAR

Es muy claro que los criterios e interpretaciones se afinaron de una manera especial en este caso que fue más allá de la jurisdicción militar y abrió paso de una manera expresa al control de la convencionalidad introduciéndolo al debate nacional de una forma directa, en cuanto a sus antecedentes es posible identificar los siguientes puntos:

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, sentencia de 26 de noviembre de 2010 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas).

Los aportes del caso conocido como “campesinos ecologistas” constituyen un parte aguas en la normatividad secundaria y contribuye a la reforma del artículo 57, fracción II, que corresponde a la facultad atrayente, así como la protección de derechos humanos.

En el momento que se llevó el caso al Tribunal aún no se consideraba la obligatoriedad de las sentencias mismas que se buscaba su adecuación del derecho interno mexicano respecto a la intervención de la jurisdicción penal militar.

205. Por otra parte, el Tribunal observa que la intervención del fuero militar se basó en el artículo 57.II.a del Código de Justicia Militar (supra párr. 189). Al respecto, la Corte reitera que dicha norma: es una disposición amplia e imprecisa que impide la determinación de la estricta conexión del delito del fuero ordinario con el servicio castrense objetivamente valorado. La posibilidad de que los tribunales castrenses juzguen a todo militar al que se le imputa un delito ordinario, por el sólo hecho de estar en servicio, implica que el fuero se otorga por la mera circunstancia de ser militar. En tal sentido, aunque el delito sea cometido por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo no es suficiente para que su conocimiento corresponda a la justicia penal castrense.

206. En el caso Radilla Pacheco el Tribunal consideró que la disposición contenida en el mencionado artículo 57 opera como una regla y no como una excepción, característica ésta última indispensable de la jurisdicción militar para ser conforme a los estándares establecidos por esta Corte. Al respecto, la Corte resalta que el cumplimiento de dichos estándares se da con la investigación de todas las vulneraciones de derechos humanos en el marco de la jurisdicción penal ordinaria, por lo que no puede limitar su campo de aplicación a violaciones específicas, tales como la tortura, la desaparición forzada o la violación sexual.

El Tribunal recuerda que el artículo 2 de la Convención Americana establece la obligación general de todo Estado Parte de adecuar su derecho interno a las

disposiciones de la misma para garantizar los derechos en ella reconocidos, lo cual implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio de *effet utile*). En consecuencia, la Corte concluye que el Estado incumplió la obligación contenida en el artículo 2, en conexión con los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, al extender la competencia del fuero castrense a delitos que no tienen estricta relación con la disciplina militar o con bienes jurídicos propios del ámbito castrense.

c.3 Garantías de no repetición

i) Adecuación del derecho interno a los estándares internacionales en materia de Justicia

224. La Comisión solicitó a la Corte que ordene a México limitar el alcance de la jurisdicción militar. Los representantes solicitaron –que se ordene al Estado [...] reformar el artículo 57 del Código de Justicia Militar, con el fin de que establezca de manera clara, precisa y sin ambigüedades, que la justicia militar debe abstenerse en cualquier supuesto de conocer sobre violaciones a derechos humanos presuntamente cometidas por miembros de las fuerzas armadas mexicanas, encontrándose o no en servicio. Asimismo, solicitaron el establecimiento de un –recurso efectivo para impugnar la decisión de traslado de un proceso a la jurisdicción militar. Finalmente, ante la información estatal en cuanto a una propuesta de reforma del artículo 57 del Código de Justicia Militar en cumplimiento

de la Sentencia de la Corte en el caso Radilla Pacheco, los representantes señalaron que — tla información difundida por la Presidencia hace suponer que la iniciativa de reforma [...] no cumplirá con [lo establecido en dicha Sentencia] y que, en todo caso, la reforma [...] no se ha producido.

234. Por otra parte, este Tribunal recuerda que ya consideró, en el Caso Radilla Pacheco, reiterado en los casos Fernández Ortega y Rosendo Cantú, que no es necesario ordenar la modificación del contenido normativo que regula el artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En cambio, como ha sido declarado en el Capítulo IX de esta Sentencia, el artículo 57 del Código de Justicia Militar es incompatible con la Convención Americana (supra párr. 206). En consecuencia, la Corte reitera al Estado su obligación de adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar la citada disposición con los estándares internacionales en la materia y de la Convención Americana, de conformidad con lo establecido en esta Sentencia.

XI Puntos Resolutivos

15. El Estado debe, en un plazo razonable, adoptar las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 57 del Código de Justicia Militar con los estándares internacionales en la materia y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como adoptar las reformas legislativas pertinentes para permitir que las personas que se vean afectadas por la intervención del fuero militar cuenten

con un recurso efectivo para impugnar su competencia, de conformidad con lo establecido en el párrafo 235 de la presente Sentencia.

IV. El Control Difuso de Convencionalidad por los Jueces Mexicanos

64. Las anteriores características de la doctrina jurisprudencial del –control difuso de convencionalidad aplican para el sistema jurisdiccional mexicano. Hasta la fecha se ha reiterado en cuatro casos relativos a demandas contra el Estado mexicano: Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos (2009); Fernández Ortega y Otros vs. México (2010); Rosendo Cantú y Otra vs. México (2010); y Cabrera García y Montiel Flores vs. México (2010).

77. Los jueces mexicanos deben, por una parte, realizar interpretaciones constitucionales y legales que permitan a –las víctimas de violaciones a derechos humanos y sus familiares a tener derecho a que tales violaciones sean conocidas y resueltas por un tribunal competente, de conformidad con el debido proceso y el acceso a la justicia. La importancia del sujeto pasivo trasciende la esfera del ámbito militar, ya que se encuentran involucrados bienes jurídicos propios del régimen ordinario; por lo que –esta conclusión aplica no solo para casos de tortura, desaparición forzada y violación sexual, sino a todas las violaciones de derechos humanos (subrayado añadido). De tal manera que esa obligación hacia los jueces mexicanos resulta –inmediata y con–independencia de las reformas legales que el Estado debe

adoptar (reforma al artículo 57 del Código de Justicia Militar). Lo anterior cobra mayor importancia si se atiende al texto del artículo 13 de la Constitución federal mexicana, precepto que estimó convencional la Corte IDH y, por ello, las interpretaciones a las normas legales secundarias deben ser conformes con el texto constitucional y la Convención Americana:

En términos prácticos, como ya lo ha establecido este Tribunal, la interpretación del artículo 13 de la Constitución Política mexicana debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana.

VIII. SÍNTESIS DE LA SENTENCIA VARIOS 912/2010

Lo resuelto en el expediente varios *912/2010* equivale a un cambio de paradigma respecto a la interpretación de la facultad atrayente o extensiva, debido a que dicha resolución establece claramente a que se encuentra obligado el Poder Judicial de la Federación e incluso las autoridades jurisdiccionales en otras competencias en los casos en que se vulneren Derechos Humanos.

Para entenderla es necesario conocer los antecedentes del Caso Radilla Pacheco¹⁴, hechos ocurridos hace

14 Fue un caficultor guerrerense, nacido en Atoyac de Álvarez en 1914. Tenía una familia compuesta por su esposa, 11 hijas y su hijo... También era músico. Dedicó algunos de los corridos que compuso a los movimientos encabezados por Lucio Cabañas y Genaro Vásquez, al parecer esta fue la “razón” por la cual

aproximadamente 40 años que datan del 25 de agosto de 1974 cuando fue desaparecido presuntamente por elementos del Ejército Mexicano en el municipio de Atoyac de Álvarez, sus familiares tras una intensa lucha en la integración de averiguaciones previas el 15 de noviembre de 2001, con el apoyo de una Organización no gubernamental¹⁵, denunció ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos estos hechos en contra del Estado Mexicano.

En esta razón y toda vez que el Estado mexicano no atendió lo recomendado por la Comisión Interamericana, el 15 de marzo de 2008, el asunto se sometió a consideración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, posteriormente el 23 de noviembre de 2009 la Corte Interamericana dictó la sentencia¹⁶ correspondiente.

Frente a tales circunstancias el 26 de mayo de 2010 el Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación formuló consulta al Tribunal en Pleno y se formó el expediente varios 489/2010. Era importante que el Pleno de nuestra Corte determinara la participación que corresponde al Poder Judicial Federal en el cumplimiento de la sentencia del Caso Radilla Pacheco y en este sentido analizar lo que en ese entonces señalaba el artículo 33 constitucional regulatorio de la facultad correspondiente al Presidente Constitucional¹⁷.

Radilla Pacheco fue arbitrariamente detenido y posteriormente desaparecido. (CMDPDH, 2010, p. 15)

15 Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de Derechos Humanos, Asociación Civil.

16 En congruencia con lo referido por Sergio García Ramírez en el prólogo del libro con el mismo nombre, *la sentencia de este caso, que ha suscitado distintas opiniones constituye un acto de inexcusable cumplimiento por parte del Estado mexicano y pone a la vista ciertas cuestiones relevantes dentro de la Jurisprudencia Interamericana* (CMDPDH, 2010, p. 7).

17 Que consistía en inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, expulsar a todo extranjero del que se estimara inconveniente su estancia en el país e igualmente respecto a la prohibición de que extranjeros participen en asuntos políticos.

Por otro lado debía estudiarse la salvedad que establecía respecto de la competencia contenciosa sobre hechos posteriores a la fecha de reconocimiento, es decir la supuesta salvedad para hechos del pasado, por lo que debía interpretar el alcance de las reservas y de interpretaciones, muy particularmente para objeto de nuestro estudio los puntos 4 y 5 hechos por México en la reserva a la suscripción de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José que a saber son:

4. Cumplir con una sentencia de la Corte Interamericana que determine violaciones a la Convención Americana y a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, por hechos y actos previos al reconocimiento de su competencia, salvo los casos de violaciones continuas o permanentes tales como la desaparición forzada de personas (Musalem Oliver, 2011) ;

5. Reconocer la falta de competencia de los tribunales militares para conocer de los hechos constitutivos de desaparición forzada de persona cometidos por los militares en servicio, así como considerar de tribunales especiales a esos órganos jurisdiccionales (reserva al artículo IX de la Convención sobre la Desaparición Forzada de Personas) (Ídem).

En su considerando quinto el proyecto de la sentencia varios 912/2010 propuso:

Que no se configuraba ninguna de las salvedades que condicionaron el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana por parte de México, por lo que la sentencia que se analiza resulta obligatoria (Ídem)

Por otro lado también fueron considerados otros elementos de importante trascendencia como es el caso del razonamiento previsto en el considerando sexto relativo a las reservas o consideraciones interpretativas que México realizó cuando se adhirió al pacto de San José, esta reserva fue relativa a la desaparición forzada

de personas, por lo que en su parte conducente dicho considerando estableció...*la reserva hecha por México al artículo IX de la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas fue declarada inválida por la Corte Interamericana pues implica el desconocimiento del derecho humano al juez natural en la investigación y eventual sanción de los responsables.*

Destaca en la sentencia varios en el considerando séptimo desde un punto de vista estrictamente técnico y competencial la distinción entre las obligaciones administrativas del Estado y las de carácter interpretativo, así en la parte conducente el considerando séptimo dispone:

...debe distinguirse entre las obligaciones concretas de índole administrativa y las que tienen que ver con la emisión de criterios interpretativos que en lo futuro deben adoptar los órganos jurisdiccionales del país (Ídem).

Respecto de las obligaciones específicas que impone la sentencia varios 912/2010 destaca en correlación del párrafo 339¹⁸ de la sentencia de la Corte Interamericana en el Caso del señor Rosendo Radilla Pacheco la obligación únicamente para los Jueces Federales de rea-

18 En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

lizar un Control Convencional de oficio de las leyes respecto de la Convención Americana de Derechos Humanos, sin embargo, en el considerando noveno esta sentencia interpretativa de la dictada en el Caso Radilla Pacheco por la Corte Interamericana dictó reglas precisas en congruencia con la reforma al artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en donde se incluyen principios rectores de Derechos Humanos entre los que destacan el de conformidad y el *pro-persona*, es así que el considerando noveno establece:

Considerando Noveno. Que consecuentemente, como el párrafo segundo del artículo 1° de la Constitución Federal dispone que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de acuerdo con lo que ella establece y de conformidad con los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia, a partir de ahora, el fuero militar establecido en el artículo 57 del Código de Justicia Militar no podrá operar bajo ninguna circunstancia frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles (Ídem).

Finalmente en el considerando décimo alusivo a las obligaciones administrativas impuestas, el Poder Judicial se pronunció por diversas medidas de reparación, por ello propuso establecer programas o cursos relativos permanentes enfatizados en los límites de la jurisdicción militar, las garantías judiciales y de protección judicial y los estándares internacionales aplicables a la administración de justicia y en paralelo propuso la creación de un programa de formación sobre el debido juzgamiento de hechos constitutivos de desaparición forzada de personas, en donde se destacan el estudio de elementos técnicos y científicos sobre el fenómeno de desaparición forzada y la utilización de la prueba circunstancial.

La parte fundamental de la sentencia varios 912/2010 se centra en lo que se determinó en la sesión del 5 de julio de 2011, donde por mayoría de ocho votos se estableció que frente a las sentencias condenatorias no se pueden realizar las excepciones y las salvedades o interpretaciones hechas por el Estado Mexicano. Tal postulado legitimó el sentido y alcance restrictivo ordenado por la sentencia del Caso Radilla Pacheco.

Otro aspecto contundente de la resolución es que las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son obligatorias para el Poder Judicial en sus términos.

En postulado diverso se ordenó en la sentencia que los criterios interpretativos contenidos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son orientadores para el Poder Judicial de la Federación cuando México no sea parte, esto es aquellos que no son dirigidos a nuestro país y que generen jurisprudencia.

En posterior sesión el 12 de julio de 2011, en relación con el considerando octavo citado *ut supra* relativo al Control de la Convencionalidad, la Suprema Corte determinó que de conformidad con el párrafo 339 de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Radilla Pacheco “*el Poder Judicial de la Federación debe ejercer el Control de convencionalidad ex officio entre las normas internas y la Convención Americana...*” (Ídem).

Por lo que toca al considerando noveno que alude al Fuero de Guerra se desprende que del contenido de los párrafos 339 a 342 existen obligaciones para los jueces del Estado mexicano de ejercer el Control de Convencionalidad y por ende todos los jueces deben aplicar en casos futuros el criterio de restricción al Fuero Militar.

Es importante establecer que en la sentencia la Suprema Corte ordena reasumir competencia originaria para conocer de los conflictos competenciales entre la jurisdicción militar y la civil.

Son estos y muchos otros aspectos que por la naturaleza del análisis no desarrollan, lo que en dicha sentencia se determinó y que para tal efecto en sus puntos resolutivos dispuso:

PRIMERO. La participación del Poder Judicial de la Federación en la ejecución de la sentencia dictada por la CIDH en el “Caso Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos” se circunscribe a los términos precisados en la presente ejecutoria (Ídem)

SEGUNDO. Infórmese esta determinación al Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, y al titular del Poder Ejecutivo Federal por conducto de las Secretarías de Gobernación y de Relaciones Exteriores, para los efectos a que haya lugar (Ídem).

BIBLIOGRAFÍA

- Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos (2010), *La sentencia de la Corte IDH. Caso Radilla Pacheco v.s. Estados Unidos Mexicanos*, CMDPDH, México.
- Instituto Nacional de Ciencias Penales y Academia Mexicana de Ciencias Penales (2009), “Voz Fuero”, por Alejandro Carlos Espinosa en *Diccionario Jurídico, el Derecho Penal a Juicio*, México, INACIPE, p.303.
- Musalem Oliver, Héctor (cronista) (2011), “Caso Radilla Pacheco”, *Crónicas del Pleno y de las Salas. Sinopsis de asuntos destacados del Tribunal en Pleno*, Sesiones del 4, 5, 7, 11, 12 y 14 de julio de 2011, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

El nuevo juez de ejecución, garante de los derechos humanos de sanciones mexicano desde una óptica comparada

José Zaragoza Huerta^{19*}

RESUMEN

En México la pena privativa de libertad sucumbe ante una serie de adversidades -como la sobrepoblación, la violencia, los motines y la corrupción- que tienen al sistema penitenciario en una crisis que paulatinamente se agrava. Esta situación se hace aún más crítica con las contradicciones que suponen el esquema normativo en esta materia, pues si bien la reforma constitucional penal del año 2008, denominada de seguridad y justicia, replanteo los fines, objetivos e instituciones del penitenciarismo mexicano (misma que se vio

^{19*} Doctor en derecho por la Universidad de Alcalá de Henares. Docente e investigador del Centro de Investigación de Tecnología Jurídica y Criminológica de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Profesor Invitado de la Facultad Libre de Derecho, Monterrey, Nuevo León. Miembro del Cuerpo Académico Derecho Comparado. Correo: jose.zaragozahr@uanl.edu.mx

complementada con la posterior reforma constitucional del año 2011 relativa a los derechos humanos y sus garantías) aún persiste un distanciamiento entre la realidad y la norma. En este trabajo, se retoma la experiencia española y la de otros modelos de América latina para encontrar pautas que permiten orientar al modelo de ejecución de penas mexicano hacia la humanización de la penas en todos sus ámbitos.

INTRODUCCIÓN

Las opiniones esgrimidas por los estudiosos de esta asignatura²⁰, así como las noticias que tenemos a través de los medios de comunicación de las prisiones mexicanas, nos llevan a concluir que, actualmente, la pena privativa de libertad sucumbe ante una serie de adversidades que, paulatinamente, se vienen incrementando y que, inciden en el virtual fracaso carcelario (Téllez Aguilera, 2005, p. 27)²¹.

En este sentido, podemos destacar entre otros factores negativos:

a) La sobrepoblación (Carranza, 2001, *passim*); b) La violencia; c) Los motines; d) La corrupción; e) La opinión ciudadana; f) Las disconformidades y desconciertos que existen en el interior de la institución, por parte de quienes se encuentran reclusos²²; g) El rol que

20 La doctrina más reputada, ha advertido tales síntomas (García Ramírez, 1975, p. 51 y ss; Rodríguez Manzanera, 2003, pp. 217-218; Rodríguez Manzanera, 2004, *passim*).

21 No obstante, consideramos, que si bien, actualmente, no se alcanza en su totalidad, el fin primario de las instituciones penitenciarias mexicanas, el relativo a la readaptación social; por el contrario, en buena medida sí se cumple con otros fines que impregnan a los institutos mexicanos como son la retención y custodia de los internos.

22 Prueba de ello, es la desconfianza generalizada en los internos hacia los actos realizados por Poder Judicial y las Autoridades Penitenciarias, estas últimas dependientes del Poder Ejecutivo (García Andrade, 2004, p. 249 y ss).

desempeñan los medios de comunicación, mostrando la realidad de las prisiones nacionales (deficiencias), sin que a la fecha, se haya concienciado “plenamente” a los poderes públicos de la necesidad de una Ley Federal que regule detalladamente la ejecución de las penas privativas de libertad y que, al propio tiempo, como apunta Rodríguez Alonso, defina los principios que informan al sistema penitenciario, los derechos, las garantías y los deberes de los reclusos (Rodríguez Alonso, 2003, pp. 15-16).

Paralelamente, existen otras causas (jurídicas) que inciden en la crisis de la prisión mexicana, tales como:

a) La dispersión normativa (García Ramírez, 1975, p. 32)²³;

Ahora bien, cabe advertir que hasta la reforma constitucional del año 2008, existía una de los grandes factores que sin duda, dejaban en el olvido a quienes se encontraban cumpliendo una pena de privativa de libertad, es decir, se encontraba la ausencia de un órgano que fiscalizara la ejecución de la pena privativa de libertad, independiente del Poder Ejecutivo.

Cabe señalar que, en nuestra opinión, existe una paradoja en la normativa penitenciaria mexicana, consistente en el hecho que la misma representó, en su momento, un modelo a seguir por el resto de las naciones Latinoamericanas e, incluso, por algunos países de Europa, al sentar en su texto constitucional (1917) (Núñez Torres, 2007, p.56), las bases del sistema penitenciario mexicano para, posteriormente, a través de la Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados (1971) (García Ramírez, 1971, *passim*, particularmente, p. 57 y ss), potenciar los fines de las instituciones penitenciarias mexicanas, teniendo en cuenta, las Reglas Mínimas

23 Legislación que, además de dispersa, en la mayoría de los casos, resulta obsoleta (Vidaurre Arechiga, 2004, p. 230),

para el tratamiento de los reclusos, elaboradas por las Naciones Unidas en Ginebra, en el año de 1955. Sin embargo, tales aportación han quedado desfasadas; pues hoy en día, en el ámbito punitivo nacional, existe un distanciamiento entre la realidad y la norma; lo que redundo, en la ineficacia de la prisión mexicana (tengamos en cuenta, que la eficiencia de un sistema penitenciario se ratifica: con el respeto a los Derechos Humanos de los internos, los bajos índices de reincidencia, de corrupción y de quebrantamientos de permisos de salida (Rodríguez Manzanera, 2003, p. 217)).

Por lo anterior, resultaba necesario replantear las propias instituciones penitenciarias del país con el propósito de potenciar, por un lado, la efectiva protección de los Derechos Humanos de los internos, vigilar la actuación de la administración y, por otro, la consecución del fin primario que debe impregnar a las instituciones penitenciarias mexicanas²⁴, con independencia de que se alcancen los fines secundarios, como la retención y custodia de los detenidos presos y penado, así como la asistencia internos y liberados (objetivos, que deben ser garantizados por todo Estado de Derecho, como presumimos, es el caso del Estado mexicano).

La reforma constitucional penal del año 2008 denominada de seguridad y justicia vino a replantear los fines, objetivos e instituciones del penitenciarismo mexicano; misma que se vio complementada con la posterior reforma constitucional del año 2011 relativa a los derechos humanos y sus garantías.

En el presente trabajo comentamos como inicia su andadura el garante carcelario de los derecho humanos de los reclusos; institución que, en buena medida, toma

24 Así, previsto en la reforma Constitucional del año 2008 (Cámara de Diputados, 2008, *passim*). Debemos poner de relieve que se tiene un plazo de tres años para que los Estados introduzcan en sus ordenamientos la reforma penitenciaria.

como referentes otros modelos de derecho extranjero como es el caso particularmente, del español, con independencia de otros como el resto de Latinoamérica; en este sentido, consideramos que la judicialización de la ejecución penal, tiene rasgos que la identifican con un espíritu iberoamericano orientado a la humanización de la penas.

LOS DERECHOS HUMANOS AL INTERIOR DE LA PRISIÓN MEXICANA²⁵

En México, el reconocimiento, defensa e interpretación de los Derechos Humanos (positivación), es tema que, paulatinamente, ha ido evolucionando²⁶. No obstante, consideramos, que falta mucho por realizarse en esta asignatura²⁷; ello es comprobable, pues, mientras en otras latitudes, se alude a la existencia de derechos de tercera y/o cuarta generación (Labrada Rubio, 1998, p. 63 y ss)²⁸, en nuestro país, por el contrario, pareciera que nos encontramos en la primera etapa, aquella donde el individuo, el ciudadano, tenía que enfrentarse con la autoridad para mediante la lucha, arrancarle tales derechos (Von Ihering, 1881, pp. 2-3; García Ramírez,

25 Un estudio pormenorizado de la vigente situación carcelaria mexicana puede consultarse en Calero Aguilar, 2007, p. 267 y ss.

26 En opinión de García Ramírez, Los Derechos Humanos se constituyen en nuestro tiempo como un asunto explosivo y expansivo que demandan sus propias garantías (García Ramírez, 2002, p.5).

27 Así lo ha entendido Cárdenas Gracia, quien señala que: “hacen falta instrumentos constitucionales y legales para la protección de intereses colectivos y difusos” (Cárdenas Gracia, 2006, pp. 62-63).

28 En palabras de García Ramírez, estas generaciones se constituyen en: “la expresión de diversas generaciones revolucionarias que alimentan la expansión y el enriquecimiento de aquellos derechos o, dicho en otra forma, generaciones de exigencias emergentes y de libertades, facultades y prerrogativas vinculadas con éstos” (García Ramírez, 2002, p. 15).

2002, pp. 24-25 y Núñez Torres, 2006, pp. 154-155)²⁹.

En efecto, en el ámbito nacional (*ad intra*) existen dos vías que, en cierta medida, garantizan tales prerrogativas. Así, podemos aludir, en primer lugar, a la vía jurisdiccional (Juicio de Amparo³⁰) (Fix Zamudio, 1964, *passim*; Fix Zamudio, 1991, pp. 97-111; Castro, 1975, pp. 229-300; Burgoa Orihuela, 2004, *passim*) y, en segundo plano, a la no jurisdiccional o subsidiaria (Queja ante la Comisión Nacional de Derechos Humanos y/o Comisiones Estatales de Derechos Humanos) (Quintana Roldán y Sabido Peniche, 1998, *passim*; Carpizo, 1998, *passim*; Fix-Fierro, 2000, pp. 7-8; CNDH, 2004, *passim*).

En lo atinente al ámbito penitenciario nacional, podemos señalar que, en la mayoría de los casos, la defensa de los derechos de los reclusos, sucumbe ante los actos de las autoridades penitenciarias, toda vez que no obstante existe un mandato constitucional por proteger los mismos, a la fecha, se carece de la salvaguarda de éstos; es decir, se deja a los internos en un completo abandono³¹, olvidándose del mencionado fin primario de la prisión mexicana, la reinserción social, para aplicarse (permutarse) a éstos la justicia retributiva³².

29 En criterio de Corcuera Cabezut, en México, el desconocimiento de los medios de defensa de los Derechos Humanos resulta tan significativo que: “en la práctica profesional, en contadas ocasiones los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos son invocados por las partes en conflicto y tomados en cuenta por los jueces en la emisión de sus sentencias” (Corcuera Cabezut, 2002, p. XIX).

30 Institución recientemente reformada (Ferrer Mac-Gregor y Sánchez Gil, 2013, *passim*).

31 No obstante, el derecho de las personas a privadas de su libertad a ser tratadas humanamente y con el debido respeto a la dignidad humana, es una problemática que ha inspirado la elaboración de un número importantes de instrumentos normativos. (O’Donnel, Daniel, 2007, *passim*, particularmente pp. 200-203; Pinto, 1997, p. 69 y ss)

32 Así denominada por Zagreblesky, quien señala: “Según la justicia retributiva, el mal reclama el mal, el bien el bien; el delito pide una pena equivalente, la

Además, debemos mencionar que: “pese a las declaraciones normativas que señalan que a los reclusos solo se les ha de privar de su libertad, todos y cada uno de sus derechos fundamentales (a la vida, a la salud y a la integridad física y psíquica, a la defensa, al trabajo remunerado, al respeto de su vida privada, al secreto de su correspondencia, etc.) se encuentran devaluados en comparación con la tutela que poseen esos mismos derechos cuando los mismos se refieren a quienes viven en libertad” (Rivera Beiras, 1994, p. 47).

Estas circunstancias que se padecen en el interior de las prisión mexicana (abandono y devaluación de derechos de los penados), han motivado a algún sector de la doctrina penitenciaria nacional por considerarla como el lugar en el que, por antonomasia, se violan cotidianamente los Derechos Humanos³³, convirtiéndose su disfrute, en un lejano anhelo más que una realidad (Reyes Echandía, 1987, p. 314 y Álvarez González, 1998-1999, pp. 89-102). Aquí, la importancia de la reforma, por atender esta realidad. Para ello, se acudió al derecho extranjero, en nuestra opinión, destacándose el modelo español, pues éste detenta institutos que resultan de gran interés, para desde una visión garantista.

buena acción el premio correspondiente. Es una proyección de la idea del contrapeso o del trueque: La justicia como venganza o como reconocimiento” (Zagrebelsky, 2006, p. 37)

- 33 En criterio de Roldán Quiñones y Hernández Bringas, la prisión mexicana carece de un humanismo, pues “solamente en los hechos ha predominado la brutalidad, la extorsión institucionalizada, la segregaciones en celdas de castigo, la sobrepoblación degradante, la falta de alimento, y en general la ausencia de un régimen de derecho”. (Roldán Quiñones y Hernández Bringas, 1999, p. 233)

LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA: GÉNESIS DE LA LEY ORGÁNICA 1/1979, DE 26 DE SEPTIEMBRE, GENERAL PENITENCIARIA

Comenzaremos señalando que la importancia de acudir en primer término al Sistema Penitenciario español radica en que el mismo se constituye como un modelo que potencia la resocialización del recluso, garantizando durante la secuela prisional el respeto a los Derechos humanos, ostenta un porcentaje reducido de quebrantamientos de permisos de salidas así como de reincidencia; además de contar con una normativa que cuenta con escasas reformas lo que es muestra del éxito de la misma.

El proceso de creación de la vigente normativa penitenciaria española constituyó un hecho sin precedente en el momento de transición política que experimentaba España a finales de la década de 1970³⁴, y así se desprende de las palabras del principal artífice y redactor de la ley, García Valdés³⁵, quien señala: “De acontecimiento singular puede calificarse, en el campo del derecho punitivo, la aprobación por el Parlamento de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, que regula la ejecución de penas y medidas penales privativas de libertad” (García Valdés, 1995, p.17 y Rodríguez Alonso, 2003, pp. 15-16).

34 Valiosa, como ninguna otra exégesis, procedente del III Seminario Iberoamericano de Administración Penitenciaria, acerca del momento legislativo en el que surge la Ley, y aportando una útil y sintética visión retrospectiva del penitenciarismo español y sus singulares caracteres, vid. García Valdés, 2002, pp. 13-20 y García Valdés, 2009, p. 5 y ss.

35 Respecto a la labor desarrollada por García Valdés, en el campo del Derecho penitenciario y por entonces, Director General de Instituciones Penitenciarias, el más reputado penalista español de la actualidad, Gimbernat Ordeig, manifiesta: “La historia penitenciaria española se divide en antes y después de García Valdés, ello es así porque nunca se hizo tanto en tan poco tiempo”. (Gimbernat Ordeig, 1995, p. 10).

Ha de ponerse de relieve, como muestra de aceptación de la nueva norma, que la Ley General Penitenciaria fue aprobada por la mayoría absoluta, necesaria en el Congreso para la aprobación de leyes orgánicas que protegen los Derechos Fundamentales (artículo 81.1 de la Constitución de España), así como sancionada por aclamación en el Senado³⁶. Más aún, es digno de señalar que en el proceso de creación de la normativa penitenciaria, intervinieron activamente parlamentarios de una izquierda portadora de múltiples reivindicaciones sociales, y entre cuyas filas se encontraban ciudadanos que habían conocido personalmente la privación de libertad en las cárceles españolas (los portavoces socialista, socialistas de Cataluña y comunista en el Congreso fueron, respectivamente, Javier Sáenz de Cosculluela, Rodolfo Guerra y el entrañable Pepe Solé Barberá; el de la UCD, partido que apoyaba al gobierno, Alberto Estella Goytre)³⁷; suscitándose, en cualquier caso, reacciones de diverso tipo emitidas por los medios de comunicación por un lado, y por el otro, por los grupos políticos de la época, que saludaron con elogios la aparición de la ley; así como las opiniones que incluso “confrontadas” se expresaron por parte de la doctrina (Bueno Arus, 1979, pp. 14-15)³⁸.

Han de tenerse en cuenta, asimismo, de entre los varios factores adversos, la situación carcelaria de la época, al

36 Al respecto del contexto histórico y del proceso de gestación de la Ley penitenciaria, surge imprescindible la crónica retrospectiva de García Valdés relatando su labor como Director General de Instituciones Penitenciarias y principal redactor de la norma. Así, vid. García Valdés, 1999, pp. 31-44.

37 Así también recordado por García Valdés en anterior crónica de aquel instante parlamentario. (García Valdés, 1989, p. 253).

38 En el mismo sentido, Beristáin Ipiña (1979, p. 586) encuentra un aspecto negativo referido al secretismo con que se desarrolló la elaboración de la ley. Argumento refutado en palabras de García Valdés, para quien nunca fueron secretos, ya que incluso figuraron en los trabajos de elaboración el nombre de sus expresos redactores en el Informe General, de 1979, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias (García Valdés, 1982, p. 127).

igual que los que se venían arrastrando con anterioridad, tales como la dispersión de los textos normativos penitenciarios, contenidos en preceptos sustantivos y adjetivos, en unión de diversos decretos, órdenes ministeriales y circulares de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias; y finalmente, el momento conflictivo que se suscitaba en los establecimientos penitenciarios de todo el país, motivado por el sentimiento discriminatorio que de sus derechos sentían los reclusos, respecto de los beneficiados por la amnistía política³⁹.

Las circunstancias nada alentadoras que se presentaban difícilmente harían pensar que fuese el momento preciso en que la Historia reservaría para llevar a cabo en España la ansiada reforma penitenciaria; siendo necesario para el logro de tal fin, que se trazaran las líneas maestras de la exigida reforma. De ahí la urgente necesidad de que la Ley General Penitenciaria se instrumentara como un eslabón intermedio entre las leyes penales y los reglamentos de prisiones. Así, la Ley General Penitenciaria⁴⁰ supuso una reforma teórica⁴¹, sustancial y profunda, partiendo de las

39 En palabras de Garrido Guzmán, las causas del problema penitenciario de aquel instante fueron dos; una primera: específica, que incluía la discriminación de los presos, aunada al desfase de las leyes penales; y una segunda: genérica, la crisis por la que atravesaba la pena privativa de libertad en todo el mundo civilizado. (Garrido Guzmán, 1988, p. 204). Ante tales síntomas de crisis que soporta cualquier sistema penitenciario, acerca de las posturas críticas a la pena privativa de libertad y desarrollando certeramente los posibles sustitutivos penales, vid., ampliamente, Valmaña Ochaíta, 1990, pp. 15-20; o más recientemente, en relación con las nuevas posibilidades punitivas, Téllez Aguilera, 1997, pp. 99-133.

40 Así, García Valdés indica que la trascendencia de la Ley General Penitenciaria, estriba en que la misma establece seguridad jurídica, legitimando ampliamente el acudir a normas de rango inferior para posteriormente desarrollarla (Reglamento Penitenciario y concordantes), siempre con base y fundamento en la voluntad expresada por el legislador (García Valdés, 1995, p. 19).

41 Respecto de la reforma Ruiz Vadillo comenta con “brevedad y grafismo”,

Reglas Mínimas⁴² elaboradas en el primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente celebrado en Ginebra en 1965; el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, de fecha 19 de diciembre de 1966, en la ciudad de Nueva York; y el, por entonces, anteproyecto de la Constitución española. En más diáfanas palabras de su inspirador, “la obra legislativa que se presentaba unía tradición y modernidad. Pensada para su aplicación en suelo español pero incorporando los avances del más útil derecho comparado (...). Teniendo en cuenta nuestra mejor tradición penitenciaria del XIX, el sentido del encierro pregonado por los autores más preclaros y, precisamente por ello, respetados por los funcionarios, así como las leyes europeas de los años 70 casi inmediatamente anteriores (Suecia, Italia o Alemania)” (García Valdés, 1999, p. 38).

A partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica General Penitenciaria y hasta hoy día, han transcurrido más de 32 años de aplicación continuada, sin duda el reflejo de su éxito, aunque la misma en su momento fuese considerada fuera de contexto y desproporcionada a la

cuáles serían, en su criterio, los preceptos teóricos y prácticos que sustentaría una profunda reforma penitenciaria. (Ruiz Vadillo, 1978, pp. 193 y ss). Asimismo, en palabras de García Valdés: “La reforma penitenciaria cumplió con un triple aspecto: *Político*, con voluntad de adaptar el ordenamiento penal y penitenciario, al nuevo régimen democrático, que se puso de manifiesto al introducir en la Constitución de 1978 (artículo 25) la regulación del problema penitenciario, realizado desde un amplio consenso de todas las fuerzas políticas; *Jurídico o Legislativo*, teniendo en cuenta, en los trabajos de elaboración de la ley, las más modernas tendencias del penitenciarismo mundial, a la vista de las posibilidades reales de las ciencias criminológicas; y *Material*, orientada hacia la reinserción social de los internos”. (García Valdés, 1989, p. 47)

42 Un estudio de las mismas ha sido realizado entre otros, por García Basalo, donde analiza la versión europea de las Reglas Mínimas aprobadas por las Naciones Unidas. (García Basalo, 1977, pp. 519-591). Analizando el impacto de las mismas, vid. Reviriego Picón y Rodríguez-Magariños, 2010, p. 112.

realidad social de la época, por plasmar objetivos que se pensaban inalcanzables. Sin embargo, con su culminación se abrieron horizontes esperanzadores a un futuro que, día a día, se ha venido configurando, asentando y proyectándose a la consecución de mayores logros en beneficio de las personas que cumplen penas y medidas penales privativas de libertad; acompañada, eso sí, siempre, de la mano del humanismo reformista⁴³ que la inspiró y caracteriza.

Lo mencionado anteriormente se conforma en un sentido. Lo ha descrito sintéticamente García Valdés, quien comenta: “Si hubiera que resumir el sentido de la legislación penitenciaria vigente, me inclinaría por las siguientes indicaciones. Es una normativa inquieta, adecuada a la raíz constitucional, técnica, consagrada y nada apresurada”(García Valdés, 1998, pp. 52-53)⁴⁴.

EL JUEZ DE VIGILANCIA PENITENCIARIA ESPAÑOL

Comenzaremos señalando que la presente institución es de reciente creación en la normativa penitenciaria española⁴⁵. En palabras de García Valdés, el artífice e “inspirador inmediato de la Ley Orgánica General Penitenciaria de 26 de septiembre de 1979” (Manzanares Samaniego, 1989, p. 117), la misma constituyó una novedad de sumo grado en el panorama punitivo nacio-

43 Comenta García Valdés, que la gran cuestión y el reto asumido por la Ley General Penitenciaria, es la tesis reformista, es decir, que lo que se pretende, en difícil equilibrio, es cambiar la sociedad, no cambiar de sociedad, variar el Derecho penal y penitenciario, no variar de Derecho punitivo; es pues en síntesis transformar, no mantener ni destruir. (García Valdés, 1995, p. 21).

44 Al respecto, el autor analiza cada una de las indicaciones que, en criterio propio, proporcionan el sentido a la legislación penitenciaria.

45 En relación con los antecedentes de la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria, vid. Alonso de Escamilla, 1985, pp. 35-52 y Martín Diz, 2002, pp. 58- 62.

nal así como la satisfacción de los deseos científicos de un importante sector de la doctrina española (García Valdés, 1995, p. 241)⁴⁶. Su necesaria introducción responde, entre otras razones, en opinión de Alonso de Escamilla, al hecho de que las cárceles están llenas de reclusos, quienes en su condición de seres humanos son titulares de derechos, a los cuales se debe garantizar su protección judicial (Alonso de Escamilla, 1985, pp. 19, 157-158⁴⁷ y Pérez Cepeda, 2001, p. 412).

Por ello, resultaba trascendental la adopción en el ordenamiento penitenciario español de la presente institución. En cuanto a los fines que la fundamentan, al respecto, García Valdés señala: “fiscalizar la actividad penitenciaria y garantizar los derechos de los internos, configuran dos misiones fundamentales en las que reposa la figura del Juez de Vigilancia” (García Valdés, 1995, p. 241); dicho en otros términos, el Juez de Vigilancia se configura como la autoridad jurisdiccional que garantiza y controla el correcto funcionamiento de la relación de sujeción especial en los establecimientos penitenciarios, es decir y en síntesis, el estricto cumplimiento del citado principio de legalidad ejecutiva plasmada en el supra contemplado artículo 2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (García Valdés, 1989, p. 270)⁴⁸.

46 Ampliamente, en relación con el tema, vid. Alonso de Escamilla, 1985, pp. 53-65. En opinión de Manzanera Samaniego la creación del Juez de Vigilancia es una de las dos innovaciones más notables de la Ley Orgánica General Penitenciaria, avance que, sin embargo, se encuentra en equilibrio inestable, por no decir en creciente peligro. (Manzanera Samaniego, 1994, p. 698).

47 También recogido en “El control jurisdiccional de la actividad penitenciaria”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 40, 1990, pp. 151-152.

48 Reiterando lo manifestado por García Valdés, Alonso de Escamilla señala que el nacimiento de la figura del Juez de Vigilancia responde fundamentalmente al principio de legalidad y de garantía de ejecución; añadiendo la autora citada, que el principio de legalidad constituye uno de los pilares básicos del Derecho Penal liberal y del Estado de Derecho. (Alonso de Escamilla, 1985, p. 156 y Chiang Rebolledo, 2001, pp. 15-16).

Cabe asimismo mencionar, como apunta Alonso de Escamilla, que lo referido a la puesta en funcionamiento y asunción de funciones del Juez de Vigilancia supuso una serie de problemas: la primera, en relación a la terminología de la presente institución que, aunque carezca de trascendencia práctica, ha generado una discusión entre la doctrina penitenciaria respecto de su denominación, indicando categóricamente la autora citada: “lo que sucede es que nuestro juez lo es de vigilancia y de ejecución de penas, puesto que tiene atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta y también para salvaguardar los derechos de los internos” (Alonso de Escamilla, 1985, p. 158)⁴⁹; decantándose la misma por la denominación de Juez de ejecución de penas (Ibídem, p. 181); la segunda, relativa a la asunción de sus funciones, eje fundamental de la nueva normativa, sin la cual no había una puesta real en práctica de los jueces; por tanto, se designan los jueces y se les fija ficha de inicio de actividades, pero, de hecho, comienzan a funcionar sin normativa orgánica ni procesal alguna. La autora es contundente al señalar: “ello no es manera de empezar recomendable, puesto que la falta de normativa acarrea unos problemas importantes” (Alonso de Escamilla, 1985, p. 159; Manzanares Samaniego, 1984, p. 83; Racionero Carmona, 1998, p. 43). Problemas que posteriormente, en opinión de Martín Diz, a la fecha de hoy, si bien no en su totalidad, se han ido rectificando con acierto (Martín Diz, 2002, p. 60).

49 Manzanares Samaniego advierte que la propia denominación Juez de Vigilancia y no Juez de Ejecución de Penas, indica su carácter híbrido y, a la vez, polivalente (Manzanares Samaniego, 1981, p. 10). Críticamente a las funciones de vigilancia, vid. Ruiz Vadillo, 1982, p. 949; Alonso Escamilla, 1985, pp. 55-71; Cantisán Asencio, 1987, pp. 10-11; Martín Canivell, 1983, pp. 1108-1113; Bachs I Estani, 1992, pp. 143-144; Gómez de la Escalera, 1994, pp.825-835; González Cano, 1994, p. 124; Martín Diz, 2002, p. 66. En mi opinión, la denominación propia de la presente institución es como figura en el texto legal, toda vez que el Juez de Vigilancia Penitenciaria desarrolla entre sus actividades, por un lado, la protección de los derechos del interno y por el otro, la fiscalización de las actividades penitenciarias.

ÁMBITO COMPETENCIAL DEL JUEZ DE VIGILANCIA PENITENCIARIA

El artículo 76, en nuestra opinión y siguiendo los criterios esgrimidos por García Valdés, regula esencialmente las competencias y funciones tanto generales (párrafo 1), como especiales (párrafo 2), encomendadas al Juez de Vigilancia Penitenciaria y que se complementan en el artículo 77⁵⁰, al cual me referiré en párrafos siguientes (García Valdés, 1989, p. 277)⁵¹.

En este orden de ideas, el apartado 1 define las atribuciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria, las cuales consisten en hacer efectivo el cumplimiento de la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que puede experimentar con arreglo a lo prescrito en la leyes y reglamentos y, salvaguardar los derechos de los internos para corregir los posibles abusos y desviaciones de la administración penitenciaria (Pérez Cepeda, 2001, p. 418; Martín Canivell, 1983, pp. 1108-1114; García Albero, 2001, pp. 297, 300-314; Martín de Diz, 2002, p. 75)⁵².

En referencia al apartado 2 del artículo 76, habrá que señalar que el mismo enumera las específicas tareas que se atribuyen al Juez de Vigilancia Penitenciaria, las cua-

50 Sobre las reformas a las competencias de vigilancia penitenciaria, vid. Fernández Aparicio, 2005, p. 1.

51 En opinión de Alonso Escamilla, funciones de ejecución <estricta> y de vigilancia (Alonso de Escamilla, 1985, p. 164).

52 En opinión de Paz Rubio/González-Cuellar García/Martínez Atienza/Alonso Martín-Sonseca, las funciones atribuidas a los jueces de vigilancia pueden sistematizarse en: a) funciones relativas a la ejecución de las penas privativas de libertad. b) funciones en materia de régimen de los establecimientos. c) funciones en materia de tratamiento (Paz Rubio, 1996, p. 77). Cervelló Donderis entiende que las funciones que competen a los juzgados de vigilancia penitenciaria pueden agruparse en tres ámbitos: aquellas funciones decisorias en las que actúan en primera instancia, otras en las que interviene en segunda instancia y otras en las que su cometido es sólo tener conocimiento (Cervelló Donderis, 2001, pp. 108-111).

les consisten en adoptar las decisiones necesarias para que los pronunciamientos de las resoluciones en orden a las penas privativas de libertad se lleven a cabo, asumiendo las funciones que corresponderían a los Jueces y Tribunales sentenciadores; las cuales pueden ser divididas en la siguiente manera:

A) En relación con la ejecución de la pena (funciones que en forma genérica son recogidas en el apartado a) del artículo 76. 2):

1) Resolución de propuestas de libertad condicional de los penados y acordar las revocaciones procedentes (art. 76. 2. b) (Pérez Cepeda, 2001, p. 419; Martín Canivell, 1983, pp. 1116-1119; González Cano, 1994, pp. 235-260; Racionero Carmona, 1998, p. 78; Cervelló Donderis, 2001, pp. 108, 112; Chiang Rebolledo, 2001, pp. 79-87; García Albero, 2001, p. 301; y Martín Diz, 2002, pp. 163-170).

2) Aprobar las propuestas que formulen los establecimientos penitenciarios que puedan suponer acortamiento de condena (art. 76. 2. c) (Pérez Cepeda, 2001, p. 420; Martín Canivell, 1983, pp. 1120-1124; González Cano, 1994, pp. 261-275; Racionero Carmona, 1998, pp. 108-109; García Albero, 2001, p. 302; Martín Diz, 2002, pp. 170-173).

3) Resolver los recursos referentes a la clasificación inicial y a progresiones y regresiones de grado (art. 76. 2 f) (Pérez Cepeda, 2001, p. 420; Martín Canivell, 1983, pp. 1120-1124; González Cano, 1994, p. 78; Cervelló Donderis, 2001, p. 110; Chiang Rebolledo, 2001, pp. 61-78; García Albero, 2001, p. 310; Martín Diz, 2002, pp.170-173, 178-184).

B) En relación con la protección de los derechos de los internos (funciones realizadas por el juez de Vigilancia Penitenciaria que ejerce un control de las actuaciones

de la Administración penitenciaria en relación con la organización de los establecimientos, el régimen y el tratamiento que puedan suponer restricciones a los derechos de los internos⁵³):

1) Aprobar las sanciones de aislamiento en celda de duración superior a catorce días (art. 76. 2. d) (Pérez Cepeda, 2001, pp. 421-422; Martín Canivell, 1983, pp. 1124-1125; González Cano, 1994, pp. 288-318; Racionero Carmona, 1998, pp. 79-80; Cervelló Donderis, 2001, p. 109; Chiang Rebolledo, 2001, pp. 46-50; García Alberó, 2001, pp. 304-306; Martín Diz, 2002, pp. 173-178).

2) Resolver por vía de recurso las reclamaciones que formulen los internos sobre sanciones disciplinarias (art. 76. 2. e) (Pérez Cepeda, 2001, pp. 422-423; Martín Canivell, 1983, pp. 1125-1127; Racionero Carmona, 1998, p. 79; Cervelló Donderis, 2001, p. 110; Chiang Rebolledo, 2001, pp. 40-41; García Alberó, 2001, pp. 309-310; Martín Diz, 2002, pp. 176-178).

3) Acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen, en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario, en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquéllos (art. 76. 2. g) (Pérez Cepeda, 2001, pp. 422-423; Martín Canivell, 1983, pp. 1128-1130; González Cano, 1994, pp. 288-318; Racionero Carmona, 1998, p. 79; Cervelló Donderis, 2001, p. 109; García Alberó, 2001, pp. 307-309; Martín Diz, 2002, pp. 200-204).

4) Realizar las visitas a los establecimientos penitenciarios que prevé la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pudiendo el Juez Central de Vigilancia

53 Debe precisarse que en la fiscalización de las actividades de la administración, en materia de clasificación, tratamiento y permisos, el control jurisdiccional quedará sujeto a la previa interposición del recurso por cualquiera de las partes legitimadas. (Pérez Cepeda, 2001, p. 421).

El nuevo juez de ejecución, garante de los derechos humanos de sanciones mexicano desde una óptica comparada

Penitenciaria recabar para el ejercicio de dicha función el auxilio judicial de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria del lugar en el que radique el establecimiento que ha de ser visitado (art. 76. 2.h) (Pérez Cepeda, 2001, p. 423; Martín Canivell, 1983, pp. 1130- 1131; González Cano, 1994, pp. 352-355; Racionero Carmona, 1998, pp. 80-81; Martín Diz, 2002, pp. 184-187).

5) Autorizar los permisos de salida cuya duración sea superior a dos días, excepto de los clasificados en tercer grado (art. 76. 2. i) (Pérez Cepeda, 2001, pp. 423-424; Martín Canivell, 1983, pp. 1131-1133; González Cano, 1994, pp. 356-368; Racionero Carmona, 1998, p. 82; Cervelló Donderis, 2001, p. 109; Chiang Rebolledo, 2001, pp. 102-104; García Albero, 2001, pp. 304-306; Martín Diz, 2002, pp. 187-193).

6) Conocer del paso a los establecimientos de régimen cerrado de los reclusos a propuesta del Director del establecimiento (art. 7. 2. j) (Pérez Cepeda, 2001, p. 424; Martín Canivell, 1983, pp. 1133-1135; Bueno Arús, 1987, pp. 71-76; González Cano, 1994, pp. 327-336; Racionero Carmona, 1998, p. 82; Cervelló Donderis, 2001, pp. 110-111; García Albero, 2001, pp. 307-309).

Ahora bien, a las atribuciones conferidas al Juez de Vigilancia Penitenciaria en el artículo 76, habrán de añadirse las contenidas en el Código Penal referentes, en cuanto a las penas, a las del control, observación, imposición de tareas y revocación de los beneficios a los reos, cuyo fallo o condena se ha suspendido o hayan obtenido la libertad condicional; asimismo, por lo que respecta a la aplicación de las medidas de seguridad, la competencia del Juez de Vigilancia se extiende a la emisión de informes, propuestas de suspensión o finalización del internamiento de custodia, de rehabilitación o pedagógico adoptado, y a la asistencia

por sus delegados⁵⁴; añade el autor citado que resulta claro, a la vista de lo expuesto, que la preparación técnica de los Jueces no puede ofrecer dudas; su cualificación en materia criminológica exige una formación especial, impartida bien por el Centro judicial correspondiente o en la Escuela de Estudios Penitenciarios (actualmente, Centro de Estudios Penitenciarios), siendo inexcusable atender a la misma (García Valdés, 1995, pp. 242-243).

Cabe señalar, asimismo, como acertadamente manifiesta Rodríguez Alonso, que “el actual Reglamento Penitenciario contiene, exegéticamente, una serie de preceptos relativos a la organización de establecimiento penitenciarios, al régimen y al tratamiento, en los que establece la obligatoriedad de poner en conocimiento del Juez de Vigilancia actuaciones de la Administración que pueden suponer restricciones en los derechos de los internos. La finalidad que se persigue es anticipar el conocimiento del Juez de Vigilancia de las medidas que se adopten y las razones en que se fundamentan, para que si lo entiende necesario recabe los informes que procedan y adoptar las medidas que exija el respeto a los derechos de los internos” (Rodríguez Alonso, 2003, p. 72).

54 En relación con las nuevas atribuciones previstas en el Código Penal, vid. García Albero, 2001, pp. 311-314; Pérez Cepeda, 2001, pp. 425-426; Cervelló Donderis, 2001, pp. 111-112.

FACULTADES DEL JUEZ DE VIGILANCIA RESPECTO A LA ADMINISTRACIÓN PENITENCIARIA

Previstas en el art. 77 de la LOGP, (“Los Jueces de Vigilancia podrán dirigirse a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, formulando propuestas referentes a la organización y desarrollo de los servicios de vigilancia, a la organización y actividades de los talleres, escuela, y asistencia médica y religiosa, y en general a las actividades regimentales, económico-administrativas y de tratamiento penitenciario en el sentido estricto”).

García Valdés entiende que ha de quedar diáfana la necesaria separación entre las atribuciones de la Administración y la de los Jueces de Vigilancia, no debiéndose producir una invasión de aquéllas por las de éste, pues sería casi reconocer facultades de dirección del establecimiento a toda autoridad judicial. Precisamente porque las funciones de dirección, organización e inspección de los distintos centros penitenciarios corresponde a la Administración y a sus funcionarios, el artículo 77 establece la naturaleza de otras funciones de los jueces de vigilancia, respecto de determinadas materias que no figuran entre la numeración de sus competencias específicas, contenidas en el párrafo anterior (García Valdés, 1995, pp. 244-245; Manzanares Samaniego, 1981, p. 17)⁵⁵.

55 Críticamente, algunos autores, como Martín Canivell, entienden que el precepto constituye una extraña inclusión entre las normas reguladoras de la institución, toda vez que en sus líneas no se consagra, ni describe, una actividad judicial (Martín Canivell, 1983, p. 1137; en similares conceptos, Pérez Cepeda, 2001, p. 424). En este orden de ideas, Ruiz Vadillo expresa que el artículo 77 es innecesario, ya que la posibilidad legal de dirigirse a la Dirección General es incuestionable, no obstante, añade el autor, tampoco sobra el hecho de que la Ley lo diga, pues quizás dicha declaración puede estimular la iniciativa que los jueces deben usar con moderación y prudencia. (Ruiz Vadillo, 1982, p. 952). Por otro lado, cabe hacer mención que algún sector de la doctrina indica

Siguiendo los lineamientos establecidos en el precepto legal, Alonso de Escamilla informa que es, a partir en la primera reunión de Jueces de Vigilancia, realizada en Madrid en el mes de abril de 1982, donde se concluye con una serie de criterios de actuación previstos en el apartado “D”, relativos a la Competencia del Juez de Vigilancia en relación con el Director y la Junta de Régimen de los establecimientos penitenciarios,

que lo que sucede, en realidad, es que bajo la apariencia de una atribución competencial, el artículo está definiendo negativamente los límites de la actuación judicial, señalando lo que queda fuera de su actividad propiamente jurisdiccional, por tratarse de materias confiadas a la Administración. El Tribunal Supremo, aludiendo al precepto legal, resolviendo un conflicto de jurisdicción, en Sentencia, de 9 julio de 1986, estableció: “Considerar que este precepto <<expresa y acuña cerradamente la configuración del Juzgado de Vigilancia supone tanto desconocer el propio aliento con el que la institución es concebida por el legislador, así como desdeñar, sumiéndolas en la inoperancia, las previsiones del artículo 76 de la propia Ley [...]. No parece difícil interpretar y aplicar armónicamente los artículos 77 y 76, sin más que considerar que aquél [art. 77] opera *prima facie* en el ámbito más administrativo de la organización y actividad penitenciarias mientras que éste [art. 76 define con trazos vigorosos y con notoria intensidad atribuciones judiciales en lo atinente nuclearmente a la privación de libertad, al cumplimiento de la pena y a la tutela de los derechos fundamentales de los internos. Resulta sin duda innecesario subrayar la lógica jurídica de uno y de otro precepto y de los términos consecuentes en que definen y confieren atribuciones al Juez de Vigilancia Penitenciaria>>. Asimismo, por Sentencia TS de 20 de septiembre de 1993, resolviendo otro caso de jurisdicción, declaró lo siguiente: <<En lo no jurisdiccional (lista del art. 77), bien patente es que respecto de este artículo lo que ostenta el Juez de Vigilancia penitenciaria es una facultad de “propuesta” a la Administración Penitenciaria” [...] Entre propuesta y orden, decía este Tribunal en la Sentencia de 8 de julio de 1991, las diferencias de naturaleza y efectos, son inequívocos [...] La <<propuesta>> es una proposición que se remite al órgano decisorio y que éste, en el ámbito de una competencia propia, decide, aceptando o no, en todo, en parte o en nada. Todo cuanto se refiere a la organización y dirección de los establecimientos penitenciarios constituye materia que competencialmente no corresponde al Juez de Vigilancia Penitenciaria, quien, en consecuencia, solo puede trasladar a la Administración Penitenciaria información, propuestas, sugerencias>>.

fiándose el alcance del conocimiento de decisiones adoptadas de dichos órganos. A estos efectos, se señaló lo siguiente: “1. Los Jueces de Vigilancia no deben hacer dejación de competencias a favor de la Administración penitenciaria, pero tampoco deben evadir esferas administrativas. No han de presidir las Juntas de Régimen y Administración ni los Equipos de Observación o Tratamiento de los establecimientos, pero sí pedirles informes cuando lo consideren procedente. 2. Deben distinguirse los casos en que la Ley o el Reglamento dispone que el Juez de Vigilancia <conocerá> de determinados asuntos, de aquellos otros en que el Director o la Junta del establecimiento <pondrá en conocimiento> del Juez de Vigilancia algo. En el primer caso, la palabra <conocer> tiene un sentido procesal característico y el Juez puede resolver sobre el fondo del asunto dejando, en su caso, sin efecto la decisión administrativa. Esta interpretación es particularmente clara en el supuesto del art. 76. 2. j de la Ley General Penitenciaria, porque el Juez de Vigilancia conoce <a propuesta> del Director del establecimiento. Hay que tener en cuenta que, en materia de traslados el Juez de Vigilancia debe tener cierta intervención (y no limitarse a ser preceptor de una noticia), dada la importancia de que por esta vía el recluso se puede sustraer a la competencia del Juez de Vigilancia. La procedencia del traslado dependerá del tipo de establecimiento en que se encuentre el interno, y la Administración penitenciaria al dar conocimiento al Juez de un Traslado, debe especificar las causas. El Juez tendrá en cuenta que no debe ser lo mismo el régimen de vida mixta (departamentos especiales del art. 10 de la Ley General Penitenciaria) que el aislamiento celular. Es recomendable evitar los traslados de penados próximos a salir en libertad condicional para evitar retraso en el expediente. 3. El Juez de Vigilancia no debe dirigir Circulares a la Administración Penitenciaria, aunque sí puede dirigir comunicaciones para subsanar los defectos que observe en un expediente concreto,

o pedir informes. La Administración Penitenciaria no debe elevar consultas a los Jueces de Vigilancia” (Alonso de Escamilla, 1985, pp. 145-146).

Los mencionados criterios de actuación fueron revisados al año siguiente, en la segunda reunión de Jueces de Vigilancia celebrada en Madrid en el mes de mayo de 1983, derivándose otros, que vendrían a complementar y matizar los elaborados en aquella primera reunión. Tales criterios, en opinión de Alonso de Escamilla, podrían constituir una importante base de unificación de actuaciones, en el sector penitenciario, con el propósito de evitar la disparidad de resoluciones según las zonas geográficas, lo que resultaría altamente conflictivo⁵⁶.

56 En este sentido, la mencionada autora alude al apartado B), relativo a las relaciones con la Administración Penitenciaria, donde se estableció lo siguiente: “1. Conviene reiterar los criterios que, a esta materia, se expusieron en la reunión de abril de 1982, especialmente en orden al alcance de las peticiones y quejas formuladas por los internos que no deben ser causa para producir resoluciones no autorizadas expresamente por otras normas, ni convertirse en recursos informales. 2. Todo cuanto se refiere a la organización y dirección de los establecimientos penitenciarios constituye materia ajena a las facultades decisorias de los Jueces de Vigilancia, quienes, en consecuencia, solo pueden trasladar a la Dirección General informaciones o sugerencias. Sin embargo, al Juez de Vigilancia le corresponde salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos de régimen penitenciario pueden producirse (art. 76.1 de la LOGP). 4. Cuando para el cumplimiento de esta función no existan vías procesales en el artículo 76.2 de la LOGP debe entenderse que es la queja o petición el instrumento adecuado para obtener la resolución judicial, la cual, una vez firme, lleva consigo necesariamente la exigencia de cumplimiento. 5. Dada la trascendencia que el instrumento de la queja o petición pueda llegar a alcanzar, se impone que los Jueces de Vigilancia cuiden especialmente que en su tramitación queden a salvo las mínimas garantías procesales, tanto respecto de la Administración como de los internos, provocando, en todo caso, la intervención del Ministerio Fiscal. 6. Las quejas o peticiones no pueden modificar las competencias que legalmente correspondan a la Administración Penitenciaria, dando lugar a resoluciones de los Jueces de

Habrà de indicarse, por otra parte, que dichas reuniones de Jueces de Vigilancia Penitenciaria han seguido realizándose, con el objeto de ir sentando criterios uniformes de interpretación legal, que permitan un mejor desarrollo de las funciones de tan importante, en mi opinión, institución penitenciaria⁵⁷.

REGULACIÓN ORGÁNICA Y LOCALIZACIÓN TERRITORIAL DE LOS JUECES DE VIGILANCIA PENITENCIARIA

La ley Orgánica General Penitenciaria se remite a la legislación vigente, sentando un único criterio territorial relativo al domicilio de los Jueces de Vigilancia (García Valdés, 1995, p. 245).

Vigilancia que aludan la previa intervención de aquella cuando sea preceptiva, como ocurre en materia de permisos, clasificación inicial, progresiones o regresiones de grado, redención de penas por el trabajo, etc. En estos casos procederá que el Juez de Vigilancia inste la actividad administrativa omitida y que constituye presupuesto indispensable de su propia resolución” (Alonso de Escamilla, 1985, pp. 150-151). Las siguientes y sucesivas reuniones de Jueces de Vigilancia sentaron las bases de la reunificación de aspectos derivados de las competencias en la ejecución penitenciaria.

57 En este sentido, pueden recogerse los criterios refundidos de actuación de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria aprobados en la VII reunión, especialmente el número II, letra p) “criterios 75-77” (Consejo General del Poder Judicial, 1994, pp. 312-313). Asimismo, los criterios refundidos de actuación de los jueces de vigilancia penitenciaria aprobados en la VIII reunión, específicamente, el apartado II, relativo a las competencias de los juzgados de vigilancia penitenciaria, letra p), referido a las relaciones con las Administraciones penitenciarias (Consejo General del Poder Judicial, 1994, p. 228).

En este orden de ideas, y en concordancia con el precepto legal, los artículos 94⁵⁸ y 95⁵⁹ y la Disposición Adicional 5^{a60} originales de la Ley Orgánica 6/1985, de

-
- 58 Dispone el artículo 94 de la L.O.P.J.: “1. En cada provincia, y dentro del orden jurisdiccional penal, habrá uno o varios Juzgados de Vigilancia penitenciaria, que tendrán las funciones jurisdiccionales previstas en la Ley General Penitenciaria, en materia de ejecución de penas privativas de libertad y medidas de seguridad, control jurisdiccional de la potestad disciplinaria de las autoridades penitenciarias, amparo de los derechos y beneficios de los internos en los establecimientos penitenciarios y demás que señale la Ley. 2. Podrán establecerse Juzgados de Vigilancia penitenciaria que extiendan su jurisdicción a dos o más provincias de la misma comunidad autónoma. 3. También podrán crearse Juzgados de Vigilancia penitenciaria cuya jurisdicción no se extienda a toda la provincia. 4. El cargo de Juez de Vigilancia penitenciaria será compatible con el desempeño de un órgano jurisdiccional penal”. La Ley Orgánica 5/2003, de 27 de mayo ha dado, no obstante, nueva redacción al mencionado artículo 94, contemplándose de la siguiente manera: “Se modifica la redacción originaria del artículo 94, introduciéndose un nuevo apartado que será el 4, pasando el actual apartado 4 a ser el apartado 5, con el contenido que a continuación se recoge: <<4. En la villa de Madrid, con jurisdicción en toda España, habrá uno o varios Juzgados Centrales de Vigilancia Penitenciaria que tendrán las funciones jurisdiccionales previstas en la Ley General Penitenciaria descritas en el apartado 1 de este artículo, y demás que señale la ley, en relación con los delitos competencia de la Audiencia Nacional. En todo caso, la competencia de estos Juzgados Centrales será preferente y excluyente cuando el recluso cumpla también otras condenas que no hubiesen sido impuestas por la Audiencia Nacional”.
- 59 Establece el artículo 95: “1. El número de Juzgados de Vigilancia Penitenciaria se determinará en la Ley de Planta, atendiendo principalmente a los establecimientos penitenciarios existentes y a la clase de éstos. 2. El Gobierno establecerá la sede de estos Juzgados, previa audiencia de la Comunidad Autónoma afectada y del Consejo General del Poder Judicial”.
- 60 Señala la Disposición Adicional 5ª: “1. El recurso de reforma podrá interponerse contra todos los autos del Juez de Vigilancia Penitenciaria. 2. Las resoluciones del Juez de Vigilancia en materia de ejecución de penas serán recurribles en apelación o queja firme ante el Tribunal sentenciador, excepto cuando se haya dictado resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa que no refiera a la clasificación del penado. 3. Las resoluciones del Juez de Vigilancia en lo referente al régimen penitenciario y demás materias

El nuevo juez de ejecución, garante de los derechos humanos de sanciones mexicano desde una óptica comparada

no comprendidas en el número anterior serán recurribles en apelación o queja siempre que no se haya dictado resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa. Conocerá de la apelación o de la queja la Audiencia Provincial que corresponda, por estar situado dentro de su demarcación en el establecimiento penitenciario. 4. El recurso de queja a que se refieren los números anteriores sólo podrán interponerse contra las resoluciones en que se deniegue la admisión de un recurso de apelación. 5. Se aplicará a los recursos lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento criminal, si bien sólo podrán recurrir el Ministerio Fiscal y el interno o liberado condicional, sin que éstos últimos precisen de asistencia letrada o procurador en cuanto al recurso de reforma. En todo caso, el Fiscal será parte en cuantos recursos se prevén en la presente disposición”. La citada Ley 5/2003 ha dado nueva redacción a la disposición adicional quinta que en los siguiente términos y establece: “1. El recurso de reforma podrá interponerse contra todos los autos del Juez de Vigilancia Penitenciaria. 2. Las resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria en materia de ejecución de penas serán recurribles en apelación y queja ante el tribunal sentenciador, excepto cuando se hayan dictado resolviendo de apelación contra resolución administrativa que no se refiera a la clasificación del penado. En el caso de que el penado se halle cumpliendo varias penas, la competencia para resolver el recurso corresponderá al juzgado o tribunal que haya impuesto la pena privativa de libertad más grave, y en el supuesto de que coincida que varios juzgados o tribunales hubieran impuesto pena de igual gravedad, la competencia corresponderá al que de ellos la hubiera impuesto en último lugar. 3. Las resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria en lo referente al régimen penitenciario y demás materias no comprendidas en el apartado anterior serán recurribles en apelación o queja siempre que no se hayan dictado resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa. Conocerá de la apelación o de la queja la Audiencia Provincial que corresponda, por estar dentro de su demarcación el establecimiento penitenciario. 4. El recurso de queja a que se refieren los apartados anteriores sólo podrá interponerse contra resoluciones en que se deniegue la admisión del recurso de apelación. 5. Cuando quien haya dictado la resolución recurrida sea un Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, tanto en materia de ejecución de penas como de régimen penitenciario y demás materias, la competencia para conocer del recurso de apelación y queja, siempre que no se haya dictado resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa, corresponderá a la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional. 6. Contra el auto por el que se determine el máximo de cumplimiento o se deniegue su fijación, cabrá recurso de casación por infracción de la ley ante la Sala de lo Penal del

1 de julio, del Poder Judicial (BOE. 157, de 2 de julio), se ocupan de los Jueces de Vigilancia, que iniciaron su andadura en 1981, tras el Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial, de 9 de julio del mismo año, en el cual se atribuía a diecisiete miembros de la carrera judicial⁶¹ competencias en materia de vigilancia penitenciaria (Martín Diz, 2002, p. 55)⁶². Asimismo, por Acuerdo posterior, de fecha 22 de julio de 1981, el Consejo

Tribunal Supremo, que se sustanciará conforme a lo prevenido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. 7. Contra los autos de las Audiencias Provinciales y, en su caso, de la Audiencia Nacional, resolviendo recursos de apelación, que no sean susceptibles de casación ordinaria, podrán interponer, el Ministerio Fiscal y el letrado del penado, recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, el cual sustanciará conforme a lo prevenido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el recurso de casación ordinario, con las particularidades que de su finalidad se deriven. Los pronunciamientos del Tribunal Supremo al resolver los recursos de casación para la unificación de doctrina en ningún caso afectarán las situaciones jurídicas creadas por las sentencias precedentes a la impugnada. 8. El recurso de apelación a que se refiere esta disposición se tramitará conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el procedimiento abreviado. Estarán legitimados para interponerlo el Ministerio Fiscal y el interno o liberado condicional. En el recurso de apelación será necesaria la defensa del letrado y, si no se designa procurador, el abogado tendrá también habilitación legal para la representación de su defendido. En todo caso, debe quedar garantizado siempre el derecho a la defensa de los internos en sus reclamaciones judiciales. 9. En aquellas Audiencias donde haya más de una sección, mediante las normas de reparto, se atribuirá el conocimiento de los recursos que les correspondan según esta disposición, con carácter exclusivo, a una o dos secciones”.

61 Racionero Carmona expresa que éstos fueron doce Juzgados de peligrosidad y rehabilitación Social y cinco de 1º Instancia e Instrucción que se reconvirtieron en Juzgados de Vigilancia Penitenciaria (Racionero Carmona, 1998, p. 71; en similares conceptos, González Cano, 1994, pp. 132-133). El número actual de Juzgados de Vigilancia Penitenciaria se eleva a 34 según la Ley Orgánica 5 /2003 de 27 de mayo.

62 Respecto a la inicial atribución de la condición de Juez de Vigilancia a las autoridades judiciales, vid. García Valdés, 1995, pp. 247-248 y Alonso de Escamilla, 1985, pp. 118-120.

El nuevo juez de ejecución, garante de los derechos humanos de sanciones mexicano desde una óptica comparada

General del Poder Judicial, fija la entrada en vigor de los Jueces de Vigilancia a partir del día 1 de octubre del mismo año; también, por Acuerdo posterior del citado Órgano, de fecha 28 de septiembre, se establece el personal colaborador y auxiliar de los Secretarios y funcionarios, respectivamente, del Juzgado que sea titular el Juez (García Valdés, 1995, p. 249 y Alonso de Escamilla, 1985, p. 120).

Debido a las circunstancias inherentes a la asunción de dicha institución penitenciaria, y como se ha indicado, fue necesario que los Jueces de Vigilancia Penitenciaria comenzaran a funcionar sin una normativa orgánica ni procesal, sin especialización y sin dedicación exclusiva (Alonso de Escamilla, 1985, pp. 158-159); ante este vacío legal fue necesario llevar a cabo algunas acciones tendentes a colmar el mismo; por ello, en fecha 8 de octubre de 1981, la Presidencia del Tribunal Supremo dirige a los Jueces de Vigilancia una serie de Prevenciones,⁶³ sobre el ejercicio de la función encomendada, de

63 En opinión de Alonso de Escamilla, dichas prevenciones tuvieron como argumento el hecho de que la remisión a los artículos 526, 985, 987, 990 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, contenida en las disposiciones transitoria primera de la Ley Orgánica General Penitenciaria y quinta del Reglamento Penitenciario debe entenderse realizada en bloque, a todo el régimen de la ejecución penal, puesto que el segundo párrafo del artículo 526 y el primero y el último del artículo 990 son auténticas normas en blanco (Alonso de Escamilla, 1985, p. 129). En ese orden de ideas, los preceptos aludidos por la normativa procesal penal establecen: Art. 526. “El Juez instructor visitará una vez por semana, sin previo aviso, ni día determinado, las prisiones de la localidad, acompañado de un individuo del Ministerio fiscal, que podrá ser el Fiscal municipal delegado al efecto por el Fiscal de la respectiva Audiencia; y donde exista este Tribunal, harán la visita el presidente del mismo o el de la sala de lo criminal y un Magistrado, con un individuo del Ministerio fiscal y con asistencia del Juez instructor. En la visita se enterarán de todo lo concerniente a la situación de los presos o detenidos, y adoptarán las medidas que quepan dentro de las atribuciones para corregir los abusos que notaren”. Art. 985. “La ejecución de las sentencias en causas por delito corresponde al Tribunal que haya dictado la que sea firme”. Art.

un valor inestimable como antecedente para la puesta en vigencia de la institución⁶⁴.

987. “Cuando el Tribunal a quien corresponda la ejecución de la sentencia no pudiere practicar por sí mismo todas las diligencias necesarias, comisionará al Juez del partido o demarcación en que deban tener efecto para que las realice”. Art. 990. “Las penas se ejecutarán en la forma y tiempo prescritos en el Código penal y en los reglamentos. Corresponde al Juez o Tribunal a quien el presente Código impone el deber de hacer ejecutar la sentencia, adoptar sin dilación las medidas necesarias para que el condenado ingrese en el establecimiento penal destinado al efecto, a cuyo fin requerirá el auxilio de las Autoridades administrativas, que deberán prestárselo sin excusa ni pretexto alguno. La competencia del Juez o Tribunal para hacer cumplir la sentencia excluye la de cualquier Autoridad gubernativa hasta que el condenado tenga ingreso en el establecimiento penal o se traslade al lugar en donde deba cumplir la condena. Los Tribunales ejercerá además las facultades de inspección que las leyes y reglamentos les atribuyan sobre la manera de cumplirse las penas”.

64 “El inicio de actividad, desde el día primero de octubre, de las Autoridades Judiciales a las que se atribuyó la condición de Juez de Vigilancia Penitenciaria, por acuerdo del Consejo General del Poder Judicial, de pasado 22 de julio de 1981, que se produce cuando todavía no han sido dictadas las normas de carácter orgánico y procesal a que se refiere el artículo 78.1 de la Ley Orgánica 1/1979 de 26 de septiembre, General Penitenciaria –en lo sucesivo- L. O. P-, hace aconsejable que, para facilitar el ejercicio de la función encomendada y sin perjuicio del libre ejercicio de las facultades jurisdiccionales que correspondan a los titulares de aquélla, se dirijan por esta Presidencia a V. I. las siguientes Previsiones, con base en el ejercicio del artículo 5.º de la Ley Provisional sobre organización del Poder Judicial, de 15 de septiembre de 1870: 1.ª Las razones de urgencia que han hecho necesaria la atribución de la condición de Juez de Vigilancia a determinadas Autoridades Judiciales, hacen obligado también que dicha función sea asumida decididamente desde un primer momento por sus titulares, a pesar de las deficiencias orgánicas y procesales que deben enfrentarse. El elevado número de la población reclusa en España y las deficiencias tradicionales del régimen penitenciario han determinado una situación de legítima esperanza por parte de los internos, y de la sociedad en general, en las mejoras que para la situación de los Centros Penitenciarios puedan derivarse de una efectiva aplicación de L. O. P. y del Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 1.201/1981, de 8 de mayo -en lo sucesivo R. P-, para lo cual es pieza indispensable la actuación del Juez de Vigilancia. Por todo ello, la pronta efectividad en el ejercicio de estas

El nuevo juez de ejecución, garante de los derechos humanos de sanciones mexicano desde una óptica comparada

funciones y el mayor celo en su desempeño son la mayor importancia para la justicia y para la sociedad. 2.^a El ámbito de las competencias que corresponden en su actuación al Juez de Vigilancia es el definido, esencialmente, en el artículo 76 de la Ley General Penitenciaria, aún en el período a que se refieren la Disposición Transitoria primera y la Disposición Transitoria Quinta del Reglamento Penitenciario. El conjunto de dichas funciones se integra en lo fundamental, de una parte, con las que hasta el presente correspondían a los Jueces y Tribunales Sentenciadores (artículo 76.2 a), integradas en la ejecución de sentencia, y de otra, con una serie de funciones que la normativa anterior atribuía a la Administración Penitenciaria, a pesar de hallarse esencialmente vinculadas al régimen de ejecución de la pena privativa de libertad judicialmente impuesta. La reinscripción de este segundo grupo de funciones con la competencia jurisdiccional es consecuente con la norma del artículo 117.3 de la Constitución que atribuye la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado a los Juzgados y Tribunales determinados por las Leyes. Con ello se ha unificado la ejecución de la institución penal, en lo relativo a penas privativas de libertad, que queda planamente atribuida a los órganos judiciales; bien a través de órganos especializados cuya mayor proximidad a la realidad penitenciaria puede aumentar las garantías de su actuación. Esta propia circunstancia, de corresponder a todas las competencias del Juez de vigilancia, que enumera el artículo 6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, el carácter de actividades realizadas en ejecución de sentencia, es determinante para entender que deben ser asumidas en su totalidad, sin esperar a que se dicten las normas a que se refiere el artículo 78 de la L. O. P. La remisión a los artículos 526, 985, 987 y 990, y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que llevan a cabo las disposiciones transitorias primera de la L. O. P. y quinta del R. P. debe entenderse realizada, en su actual configuración positiva, en cuanto dichos preceptos, y esencialmente el segundo párrafo del artículo 526 y el primero y último del artículo 990, constituyen auténticas normas en blanco que remiten a la normativa en cada momento regule el régimen de ejecución de las penas privativas de libertad y las potestades jurisdiccionales respecto a las mismas, incluyendo por tanto a la ley y reglamento Penitenciarios, cuya efectiva aplicación es, además, la capital razón de ser del Juez de Vigilancia. 3.^a No constituyen obstáculo suficiente al ejercicio de las funciones legalmente atribuidas al Juez de Vigilancia, la ausencia de normas orgánicas sobre el mismo y de una regulación formal expresa del cauce procedimental en que deba transcurrir su actividad. La ausencia de legislación orgánica correspondiente es precisamente el supuesto contemplado por la Ley y el Reglamento Penitenciario para permitir la atribución de dicha condición, por

el Consejo General del Poder Judicial, a determinadas Autoridades Judiciales, cuya actividad, en consecuencia, no debe depender de la existencia de las normas orgánicas referidas, de la actuación de aquéllas. Por su parte, la inexistencia de unas normas generales expresas para la actuación del Juez de Vigilancia, aunque pone de manifiesto grandes deficiencias en la coordinación legislativa y origina evidentes dificultades, debe ser superada a través de una adecuada integración del ordenamiento aplicable, exigida por el artículo 1.º7 del Código civil, que ordena a Jueces y Tribunales resolver, en todo caso, ateniéndose al sistema de fuentes establecido. Por ello, resulta procedente que el Juez de Vigilancia encauce formalmente su actividad, dentro de una libertad de trámites impuesta por la propia carencia de regulación legal (que puede ser de gran utilidad como los procesalistas han puesto reiteradamente de manifiesto), atendiendo a los Principios Generales del Derecho, y más concretamente a los del derecho Procesal, que ofrecen criterios generales válidos al respecto, como el principio de audiencia, la proscripción de la indefensión, la intervención del Ministerio Fiscal (ex artículo 124 de la Constitución), el principio pro actioe, etcétera. Interesa poner de manifiesto, finalmente, que serán de especial aplicación los criterios y principios institucionales de la ejecución penal, en la que se insertan, como se ha indicado anteriormente, las competencias del Juez de Vigilancia Penitenciaria. Estos criterios y principios, auténtica normatividad inmanente a la naturaleza de la ejecución penal, pueden ser inducidos, con las adaptaciones necesarias, de las normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En esta perspectiva quieren estas <<previsiones>> suscitar sugerencias y ofrecer puntos de apoyo, nunca sustituir el libre criterio de los Jueces. Y con este propósito es útil descender ya a temas concretos. 1. La libertad de trámites arriba aludida resulta sumamente adecuada a la naturaleza de las atribuciones comprendidas en el artículo 76 L. O. P. Sin embargo, esa ausencia de regulación, o más bien la regulación incompleta que remiten la disposición transitoria primera de ese cuerpo legal y la quinta del Reglamento, no supone ausencia de estructura procesal. Por el contrario, esta fluye, no sólo de la que rige del proceso de ejecución penal, sino de la que establece la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, para la protección de los derechos y libertades fundamentales. A este propósito, conviene no olvidar que la L. O. P., al mismo tiempo que judicializa casi completamente la ejecución penal, contempla las situaciones jurídicas específicas en que pueden encontrarse, durante aquella, las personas privadas de libertad, como consecuencia del régimen penitenciario a que se acomoda el desarrollo de la pena; y, en particular, aquellas situaciones que miran a los derechos y libertades del condenado (y, con mayor razón del preso) que no se vean expresamente

El nuevo juez de ejecución, garante de los derechos humanos de sanciones mexicano desde una óptica comparada

limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley Penitenciaria (art. 25.2 de la Constitución), quedan situadas bajo la salvaguarda judicial. De ello, se deduce que la actuación de los Jueces encargados de la Vigilancia Penitenciaria, actuación netamente procesal, ha de caracterizarse por la sumaridad (término que, evidentemente, hay que adoptar en un vigoroso sentido procesal) y, conforme a ella, por la proporcionalidad de los trámites, tanto respecto a la índole de las medidas como a su eficacia, puesto que se trata de resoluciones encaminadas a dilucidar con prontitud las situaciones más arriba aludidas; y, en cualquier caso, ha de producirse con respeto de las garantías inherentes a toda actividad jurisdiccional. En tal sentido, cobran aquí neta aplicación las notas que impone a todo proceso el artículo 24 de la Constitución: proscripción de la indefensión; derecho a la defensa y a la asistencia de letrado, y a ser informados del -en este caso- gravamen que supone para el recluso la medida fiscalizada, así como de sus fundamentos; publicidad adecuada a la naturaleza de la situación y del ejercicio del control; prohibición de dilaciones indebidas y adopción de todas las garantías precisas, entre las que destacan la posibilidad de utilizar los medios de prueba pertenecientes para justificar la pretensión del recluso. De otro lado, el artículo 9.3 de la Constitución garantiza la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, interdicción que afecta tanto a la producción de resoluciones como a la misma actuación. Esta es la faceta negativa -y ciertamente, complementaria- de lo que en el párrafo anterior se indica como contenido positivo de la actuación del Juez. Y un medio, también, de establecer una pauta efectiva que permita su control, dentro del principio de legalidad. Así pues, la ausencia de normas procesales ad hoc no equivale a ausencia de normas aplicables a estas actuaciones procesales. Pero no se trata tampoco de inventar un procedimiento, sino de realizar una labor integradora en torno a las normas que regulan el proceso de ejecución penal, en cuya labor nadie puede suplir al Juez. Ni tampoco debe producir escándalo que, respetando los presupuestos esenciales de dicho proceso de ejecución y las garantías constitucionales de todo proceso, pueda existir discrepancia en la configuración de uno u otro trámite, en las actuaciones seguidas ante los diversos Juzgados. Corresponde al legislador cumplir el mandato del artículo 78.1 L. O. P. y facilitar el marco procedimental -que no procesal- que estime idóneo. Pero lo que sí debe quedar muy claro es que el ejercicio, por los Jueces, de las competencias que le atribuye el artículo 76, no puede quedar supeditado ni demorado hasta la producción legislativa de estas normas. 2. Con carácter general, puede establecerse que aquellas medidas que, por su naturaleza, hayan de ser instadas por el recluso, no requieren representación por Procurador, ni intervención de

Abogado. Sin perjuicio de que voluntariamente los interesados puedan solicitar el concurso de estos profesionales o en turno de oficio solicitar Abogado, ni de lo que definitiva pueda establecerse sobre asistencia letrada, en este orden. Tampoco requiere ninguna formalidad específica ni solemne la formulación de la pretensión ante el Juez; que, evidentemente, podrá serle presentada por correo. Y hasta oralmente. Es esencial, claro está, que conste con claridad lo que se pide, es decir, la tutela que se recaba del Juez, a lo que indiscutiblemente ayudará no poco la información que sobre ella ha de ofrecerse al recluso por la Administración Penitenciaria, según preceptúa el artículo 49 L. O. P. Pero en cualquier caso, todo defecto que en la petición observara el Juez, tanto sobre la clase de resolución que se demanda, como sobre los hechos que la fundan, o los actos contra los que se reclama, podrá ser subsanada y su subsanación será de oficio. De igual manera, podrá éste invitar al interesado a que amplíe los puntos que se reputen de utilidad para adoptar la resolución. Las propuestas que se sometan por la autoridad penitenciaria al Juez para aprobar medidas o conceder autorizaciones, requieren, evidentemente, la audiencia del interesado, puesto que la iniciativa partirá de aquella autoridad, ya que sin la resolución judicial el acto que ha producido no tendrá eficacia alguna en Derecho. Tanto en uno como en otro tipo de medidas, es evidente que el interesado y la Administración pueden articular pruebas. El Juez retiene las potestades habituales de rechazar las impertinentes e inútiles y de dirigir su práctica e introducir las aclaraciones que reputa pertinentes. Más aún, es claro que conserva la iniciativa para practicar las que, para mejor proveer, crea necesarias. Se garantizarán siempre la contradicción y la inmediatez. En suma, el sistema normal de enjuiciamiento criminal, al cual se añadirá cuando éste exista, el examen del expediente administrativo, que deberá aportarse en las actuaciones. En el caso de que, en efecto, se hayan practicado pruebas, deberá quedar asegurada la audiencia, tanto del interesado como de la Administración, para hacer crítica y resumen de aquéllas. En cualquier caso, la audiencia oportuna del penado o preso y el informe de la Administración Penitenciaria, parecen trámites insoslayables. 3. Pueden suscitarse, en el desarrollo de éstas actuaciones, algunas dudas, favorecidas por el hecho y la desventaja de que, en la fase actual, hayan tenido que designarse por el Consejo General del Poder Judicial, para el ejercicio de las funciones de Juez de Vigilancia a Jueces y Magistrados que, casi siempre, han de simultaneárselas con las propias de su cargo. En esta situación es urgente —y, desde luego, provisional— a la que ha querido hacerse frente para que ni los ciudadanos ni el resto de los poderes públicos puedan abrigar duda alguna de que los integrantes del Poder Judicial están dispuestos a asumir la garantía

El nuevo juez de ejecución, garante de los derechos humanos de sanciones mexicano desde una óptica comparada

básica de los derechos y libertades de todos, es preciso aunar la prudencia y el realismo. Independientemente del desarrollo que la Ley Orgánica dé a la prescripción del artículo 78.2 L. O. P., hoy es lo cierto que el Consejo General del Poder Judicial, habida cuenta de las vacantes que existen en el escalafón y el cada vez más agobiante incremento de la cantidad y sustancia de conflictos asignados a los Jueces, no ha podido arbitrar otra solución que la que quedó patente en su acuerdo de 9 de julio pasado. Los Jueces designados, ni por su número ni por la cantidad de establecimientos penitenciarios a que, según dicho acuerdo, deben atender, pueden llevar a cabo todas las actuaciones personalmente; de ahí que, por lo menos en esta primera fase de actuación, haya que admitir, también conforme al sistema general de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la vía del auxilio judicial para aquellas diligencias que hayan de realizarse fuera de la sede propia del Juez. Utilizando la comunicación directa propugnada por la Ley de 8 de abril de 1967 y por idénticas razones de urgencia. 4. También pueden surgir dudas en cuanto a plazos. 4.1. En primer lugar, en cuanto al plazo para formular la pretensión ante el Juez. Aparte aquellas disposiciones como la libertad condicional, en que el artículo 63 R.P. prevé ya el momento último en que el expediente ha de ser presentado ante el Juez, o los cambios de régimen que habrán de ser comunicados a éste en el plazo previsto en el artículo 43.3.ª b) R. P., hay otras en que la cuestión no se haya a primera vista específicamente, pero sí tienen establecido el carácter previo de la autorización judicial (artículos 78, 79, 101, 254, 255, 256), o por el contrario, su índole peculiar no está sujeta a otro término que el que deriva del propio tiempo de duración de la pena (art. 257). Hay también alguna que solo requiere del Juez conocimiento de la medida (arts. 91 y 98), independientemente de que éste pueda actuar luego en el marco general del artículo 77 L. O. P., y finalmente, hay otras que no pueden acogerse a ningún plazo especial, o éste no viene previsto en el propio R. P. Hay una regla general residual que puede ser extraída del procedimiento administrativo, del sistema general de protección de los derechos y libertades fundamentales y del hecho patente del que la resolución del Juez de Vigilancia se ha de reinsertar, tanto en el régimen penitenciario en que se haya sujeto el penado, como el propio proceso de la ejecución penal: la pretensión puede ser planteada ante el Juez tan pronto como el interesado lo desee, y siempre que bajo cualquier forma o incidencia la tutela jurídica pueda ser eficaz; cuando esa pretensión trate de reabonar frente a una resolución administrativa, el solicitante deberá – y podrá– atenderse a los plazos que se le indiquen en la notificación, sin que jamás pueda resultar perjudicado por una notificación defectuosa o incompleta, por ausencia de notificación, y menos aún, si se diera el supuesto, por el llamado <<silencio

administrativo>>. 4.2. Pero, en segundo lugar, se trata de los plazos a que el Juez puede atenerse en su propia actuación procesal. Aquí, si bien sigue siendo constante la pauta de buscar el más próximo encuentro de la garantía y la eficacia, lo que exigiría reducirlos al mínimo indispensable para que una y otra puedan quedar satisfechas, no es posible establecer ninguna clase de criterio. Este puede ser decidido por los mismos Jueces, con propósito unificador, en la próxima reunión que hayan de tener en la Escuela Judicial; sin que, entre tanto, pueda considerarse arbitrariedad la discrepancia de pautas entre los diversos Juzgados, siempre que, se insiste, queden a cubierto garantía y eficacia. La fecundidad que Jueces y Magistrados han demostrado siempre para colmar lagunas del ordenamiento e impulsarlo hacia delante, no ha de agotarse ante una cuestión ya no procesal, sino estrictamente procedimental.

5. También hay que aludir a la ardua cuestión de los recursos contra las resoluciones que dicten los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, sobre lo cual no hay nada previsto ni en L. O. P. ni en R. P. En consecuencia, tampoco una <<prevención>> de la Presidencia del Tribunal Supremo puede ser cauce hábil, ni para restringir ni para ampliar los cauces impugnatorios que, a la postre integran una garantía del justiciable y una constante de todo ordenamiento procesal. Hay sin embargo, algunos extremos claros: en primer lugar, el artículo 76.1 L. O. P.; diseña la figura del Juez de Vigilancia en función del cumplimiento de la pena impuesta y aunque solo el apartado a) del punto dos se refiera específicamente a sus atribuciones para <<adoptar todas las decisiones necesarias para que los pronunciamientos de las resoluciones engorden a las penas privativas de libertad se lleven a cabo, asumiendo las funciones que corresponderían a los Jueces y Tribunales sentenciadores>>, es obvio que el resto de las atribuciones atañen a situaciones que dimanen de la ejecución, no sólo por la sujeción al status penitenciario que la sentencia determina, sino porque, según dice el artículo 25.2 de la Constitución, las limitaciones a los derechos fundamentales de que goza el penado /y que en puridad, son los que suscitan directa o mediatamente todas las cuestiones de que debe entender el Juez de Vigilancia), han de ir constituyéndose a partir <<del contenido del fallo condenatorio>>, entre otros criterios. Y por consiguiente, parece claro que sea el órgano judicial que lo ha emitido quien lo deba resolver, agotando la instancia, los recursos jurisdiccionales contra las decisiones emitidas por el Juez de Vigilancia. No se oculta que este sistema puede originar resoluciones contradictorias sobre situaciones análogas de personas internas en el mismo centro penitenciario, pero condenadas por distinto Tribunal. Este riesgo puede quedar en gran medida paliado por proceder la resolución originaria del mismo Juez; más, en todo caso, afecta a

Asimismo, dentro de esas iniciales acciones realizadas por el Consejo General del Poder Judicial, tendentes a paliar los efectos ocasionados por la carencia de una normativa *ad hoc* de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria y bajo su auspicio, se han venido realizando una serie de reuniones periódicas de los mismos, con el propósito de sentar criterios de actuación (Martín Diz, 2002, p. 57), ya citadas, destacándose por su importancia los Criterios Refundidos de Actuación de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, aprobados en la VII Reunión celebrada en Madrid, en el mes de septiembre de 1993 (Rodríguez Alonso, 2003, pp. 81-91)⁶⁵.

Finalmente, debe decirse que los esfuerzos por parte

uno de los puntos que urgen la precisión del legislador. 6. Aunque haya que insistir en la naturaleza procesal de las actuaciones, es obvio que éstas no configuran como contienda entre partes, al modo de un recurso contencioso-administrativo. Su natural reconducción al proceso de ejecución penal, sitúa a las cuestiones que pueda originar el artículo 76 L. O. P., en el marco de las cuestiones incidentales. Al mismo tiempo, su contenido material se traduce en un amparo de un derecho del penado o en una aprobación de la actuación administrativa, cuando no en una autorización al modo de las que prevé el libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ello mueve a sugerir que la resolución judicial adopte la forma de <<auto>>. 7. El tenor del artículo 124.1 de la Constitución obliga a que el Ministerio Fiscal intervenga desde el primer momento en las actuaciones, de las que debe dársele traslado a partir de su inicio, entendiéndola con el Fiscal de la Audiencia, donde radique el Juez. Y sin descartar que, a través de él, llegue al Juez la pretensión del interno. 8. Aunque el tenor, tanto del artículo 526 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como del artículo 76.2 h), dejan poco lugar a dudas, cabe sugerir que las visitas a los establecimientos penitenciarios puedan ser utilizadas –sobre todo en esta primera fase de funcionamiento–, para la práctica de pruebas, obtención de informe y recepción, si se diere el caso, de pretensiones de los reclusos. Lo que tengo el honor de comunicar a V. I. en beneficio de su libre criterio jurisdiccional” (García Valdés, 1995, pp. 249-258; Alonso de Escamilla, 1985, pp. 120-129). Rodríguez Alonso resume las citadas prevenciones en siete apartados (Rodríguez Alonso, 2003, p. 79).

65 Respecto a los criterios refundidos de actuación, ampliamente, vid. Consejo General del Poder Judicial, 1994, pp. 297-318.

de las autoridades gubernamentales no han quedado ahí, por el contrario continuó trabajándose con miras a legislarse sobre la esperada normativa que regule las actividades de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria; llegó a existir un Proyecto de Ley Orgánica Reguladora del Procedimiento ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, que vendría a armonizar todo lo relativo a la actuación de los mismos (Rodríguez Alonso, 2003, pp. 88-91), que decayó en la presente legislatura al convocarse a elecciones. Tal norma ratifica la complejidad que ha caracterizado la institución del Juez de Vigilancia Penitenciaria, no obstante, aún y frente a todo tipo de dificultades (Racionero Carmona, 1998, pp. 89-92), en el mismo se plasmaba la voluntad del legislador de potenciar los fin primordiales de dicha institución⁶⁶; por tanto y con miras a la creación de una regulación *ad hoc* del garante de la ejecución penitenciaria, coincido con lo expresado por algún autor cuando señala que deberá aprovecharse la experiencia adquirida durante los años que lleva de existencia la figura del Juez de vigilancia, la cual permitirá la elaboración legal de las normas necesarias para su completa actuación (Martín Canivell, 1983, p. 1153).

LA JUDICIALIZACIÓN EN OTROS MODELOS DE IBEROAMÉRICA

Aludir al penitenciarismo latinoamericano es referirnos a una antinomia entre la realidad y la norma penitenciaria, como bien señala el propio García Ramírez “la Ley propone pero la realidad dispone”, pareciera entonces que en nuestro continente las normativas penitenciarias

66 No obstante, autores como Martín Diz señala: “no ha existido por tanto una norma de referencia completa y de aplicación en materia de vigilancia penitenciaria, siendo ésta la asignatura pendiente en la materia y cuya redacción conforme a las exigencias constitucionales en el medio procesal es una tarea que debe abordarse sin demora y a la mayor brevedad posible puesto que ya acumula un retraso de más de diez años” (Martín Diz, 2002, p. 57).

El nuevo juez de ejecución, garante de los derechos humanos de sanciones mexicano desde una óptica comparada

se muestran respetuosas con los derechos de los reclusos y afines con el principio resocializador, sin embargo, los factores socioeconómicos son un detonante para aludir al virtual fracaso del mismo.

Podemos decir que las circunstancias que motivaron la introducción de la presente institución penitenciaria en otras normativas de derecho comparado fueron similares, destacándose la necesidad de proteger los derechos humanos de los reclusos y el cumplimiento de las penas privativas de libertad:

Ahora bien, debemos destacar la importancia que tiene para los países elevar a rango constitucional el fin primario de sus instituciones penitenciarias, esto es: la resocialización, readaptación social, reinserción social, etc., (Portugal <30>, Puerto Rico, Venezuela <272>, El Salvador <art. 27.3>, Guatemala <19>, Honduras <art. 87>, Nicaragua <39>, Perú <133 inc. 22>, Paraguay <20>) lo que se convierte en una obligación para los poderes del propio Estado por instrumentar mecanismos para su cumplimiento; en este sentido, al Poder legislativo le competirá estar pendiente de su configuración legal; al Poder Ejecutivo le corresponderá implementar sus políticas públicas y, al Poder judicial contar con ella en su desempeño funcional.

De acuerdo con la Federación Iberoamericana de Ombusman, encontramos países que detentan esta figura, si bien con alguna variación en su terminología, coinciden con algunas funciones neurálgicas de la institución, antes descritas por García Ramírez, así encontramos:

Argentina (Juez de ejecución, Ley 24. 660).

Bolivia (Juez de ejecución penal).

Colombia (Ley 65/1993, Código penal y carcelario, Jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad).

Costa Rica (Juez de ejecución de la pena, Código Procesal penal art. 458).

El Salvador (Juez de vigilancia penitenciaria y de ejecución de la pena, Ley penitenciaria arts. 46 y 46 bis).

Guatemala (Juez de ejecución, Ley de Régimen penitenciario).

Honduras (Juez de ejecución, Código procesal penal art. 381).

Nicaragua (Juez de ejecución, Código procesal penal, Ley 406, art. 403).

Paraguay (Juez de ejecución, Ley 1286/1998).

República Dominicana (Código procesal penal, Ley 76-02, art. 444).

Venezuela (Juez de ejecución, Código Orgánico Procesal penal, art. 479).

EL MÉTODO COMPARADO

Acudir al Derecho Comparado implica conocer un modelo jurídico similar previsto en otro derecho, y que en igualdad de condiciones contempla fines, principios, instituciones, etc., lo que nos permitirá evaluar la posibilidad de extrapolar algunos institutos al modelo que estamos comparando.

Una vez aplicado este método, estamos en condiciones de señalar cuáles son los retos que afrontará la reforma constitucional federal al interior de las diversas entidades estatales.

LA ADMINISTRACIÓN DE LAS PRISIONES MEXICANAS

Actualmente, algunos estados han iniciado la andadura del mandato constitucional corresponde al Poder Ejecutivo todo lo relacionado con la administración penitenciaria, es decir, a través de los organismos competentes, se organiza el sistema administrativo penitenciario (Cienfuegos Salgado y Rodríguez Lozano, 2008, *passim*). Aquí, se establecen las políticas penitenciarias donde la Federación, los Estados federados y los Municipios, prevean lo relativo a la creación y manejo de instituciones penales de toda índole.

Cabe destacar que en el caso mexicano el proceso de implementación de los nuevos roles de autoridad administrativa se viene realizando paulatinamente, toda vez que ante la ausencia de una Ley Nacional de Ejecución de Sanciones en algunas entidades federativas de facto, no han implementado totalmente el mandato constitucional, impidiendo con ello, la protección de los derechos humanos de los cautivos.

Como podemos observar son muchos los fines encomendados a la administración penitenciaria y que la modificación de la sanción deberá traspolarse al Poder Judicial para con ello cumplir con la disposición del artículo 21 constitucional mexicano⁶⁷, debiendo tenerse presente que durante la consecución de todos ellos deben respetarse los derechos humanos de los internos (Zaragoza Huerta, 2010, *passim*).

67 Esto representa que hasta antes de la judicialización de la sanción penal, la administración penitenciaria puede determinar el (mayor o menor) tiempo de duración de la pena, pues solo el acto formal de aprobar el licenciamiento definitivo, puede ser considerado como cierto control judicial de la ejecución, lo que no deja de ser más formal que efectivo, pues, en algunas ocasiones, la Administración se encarga de que el interno no se encuentre en la prisión, otorgándole la libertad, sin la más mínima intervención judicial (Asencio Cantisán, 1988, p. 116).

Ahora bien, teniendo presente la realidad carcelaria mexicana, las opiniones de los estudiosos de esta materia, así como la opinión ciudadana⁶⁸, podemos señalar que al interior de los establecimientos carcelarios del país se generan varios vicios, que inciden en el virtual fracaso resocializador⁶⁹. Quizá la razón fundamental la ha detectado algunos lustros atrás el principal reformador de las prisiones españolas en la actualidad, García Valdés quien entiende que en muchas ocasiones se tiene la grave duda de no saber deslindar claramente hasta donde llegan los deberes del funcionariado y donde comienzan éstos a entrar en los derechos de los internos (García Valdés, 1995, p. 260).

En definitiva, el problema que actualmente advertimos al interior de las prisiones mexicanas es el relativo a que toda la actividad que se realiza al interior carece de una fiscalización plena parte de una entidad ajena al Poder Ejecutivo en beneficio de los reclusos, teniendo presente la interesante relación de sujeción especial (Téllez Aguilera, 1999, p. 332), que representa derechos y obligaciones para ambas partes y que, consideramos, merecen estar continuamente bajo observación, no obstante el mandato constitucional.

Es en este sentido que vemos con beneplácito que la reforma introdujo una institución que pueda desarrollar actividades de fiscalización para quienes

68 En esta tesitura, en la doctrina española padeciendo circunstancias análogas a la mexicana, vid. Díaz Mancebo, 1989, p. 155 y ss.

69 Sobre el término resocialización, que en su momento generó las más encontradas posturas por parte de la doctrina española, ya que se consideró un término vacío, importado a destiempo y sin reflexionar, incluso denominado mito (Bergalli, 1976, *passim*; García-Pablos de Molina, 1979, pp. 645-700; Muñoz Conde, 1979, pp. 91-106; Córdoba Roda, 1980, pp. 129-140; Mapelli Caffarena, 1989, pp. 447-450; Redondo Illescas, 1988, pp. 123-126; De la Cuesta Arzamendi, 1984, pp. 139-153; Bueno Arús, 1985, pp. 59-69; Manzanos Bilbao, 1994, pp. 121-139; Beristain Ipiña, 1985, pp. 32-36; Sanz Delgado, 2000, pp. 147-149; Tamarit Sumalla, 2001, p. 34; Cervelló Donderis, 2001, pp. 50-55; Sanz Mulas, 2001, p. 37).

El nuevo juez de ejecución, garante de los derechos humanos de sanciones mexicano desde una óptica comparada

intervienen en el proceso resocializador así como en la concesión de derechos a los cautivos⁷⁰, instituto que se encuentra presente en otras normativas penitenciarias de vanguardia como el español, pero incierto todavía en la mayoría de los Estados del país.

Así pues, la introducción en la totalidad de la república del órgano vigía de la actividad carcelaria mexicana dependiente del Poder Judicial implica un vuelco hacia la “real” concepción humanista del Sistema Penitenciario Mexicano; pues ello permitirá que los reclusos presenten todas sus quejas y peticiones a dicho organismo, para su posterior defensa, terminándose con la interdependencia contaminada entre todos los actores carcelarios que en la actualidad dependen del mismo Poder Ejecutivo que los designa⁷¹.

70 En lo atinente al ámbito penitenciario nacional, podemos señalar que, en la mayoría de los casos, la defensa de los derechos de los reclusos, sucumbe ante los actos de las autoridades penitenciarias, toda vez que se carece de los institutos adecuados para la salvaguarda de los mismos (Juez de Vigilancia Penitenciaria; es decir, se deja a los internos en un completo abandono, olvidándose del fin primario de las prisión mexicana previsto en el artículo 18 de la Constitución, la reinserción social, para aplicarse a éstos la justicia retributiva. Estas circunstancias, han motivado a algún sector de la doctrina penitenciaria nacional por considerar a la prisión mexicana, como el lugar en el que, por antonomasia, se violan cotidianamente los Derechos Humanos, convirtiéndose su disfrute, en un lejano anhelo más que una realidad. Ante este panorama, entendemos, que debe potenciarse la protección de los Derechos Humanos de los reclusos, pues éstos continúan siendo titulares de derechos (y obligaciones), con excepción de aquellos que les sean expresamente limitados en fallo condenatorio, mediante la fiscalización de la ejecución de la pena privativa de libertad, es decir, a través de la inclusión en la normativa carcelaria del Juez de Vigilancia Penitenciaria. (Roldán Quiñones y Hernández Bringas, 1999, p. 233).

71 A esta situación habremos de añadir el gran problema que es en la realidad mexicana la selección y capacitación del personal penitenciario: “ya que el orden directivo, administrativo, técnico y de custodia que se designe en un centro de readaptación social, formará la columna vertebral del mismo en la conducta de los individuos que por cualquier causa han violado las normas

RETOS DE LA IMPLEMENTACIÓN DEL JUEZ DE EJECUCIÓN DE SANCIONES

Hemos mencionado que la reforma de seguridad (Martínez Garnelo, 2005, pág. 67 y ss.; y García Pablos De Molina, 2006, pág. 473 y ss.) y Justicia (Cámara De Diputados, 2008, p. 1; Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2008, *passim*) introdujo en el sistema penitenciario mexicano la institución del juez de ejecución de sanciones⁷², con ello, el Poder Judicial se encarga del seguimiento del cumplimiento de la pena privativa de libertad (judicialización) y el Poder ejecutivo continua realizando su actividad prestacional (la administración carcelaria). En este sentido, a partir de la llegada del nuevo Código Nacional de procedimientos penales, debe expedirse una ley nacional penitenciaria que unifique los criterios de actuación del garante prisional⁷³.

jurídico-penales que regulan la convivencia pacífica entre todos los miembros de la sociedad”. (García Andrade, 2006, p. 223).

72 Misma que tuvo presente otros modelos de derecho comparado, entre otros, vid. Podgor y Cooper, 2009, *passim*; Pfeffer Urquiaga, 2001, *passim*; Chiavario, 19996, *passim*.

73 La trascendencia de la reforma, pues se introduce un instituto que protegerá eficazmente los derechos humanos de quienes se encuentra privados de su libertad, a diferencia de lo que acontece actualmente con otras instituciones que solamente emiten recomendaciones en caso que acuerden la existencia de una vulneración a tales derechos. Importante resulta señalar que las funciones a realizar por este nuevo instituto no deberán incurrir en el campo de la administración penitenciaria, así lo ha dejado sentado tajantemente en la experiencia española, también extrapolable al caso mexicano, García Valdés, quien expresa: “ha de quedar diáfana la necesaria separación entre las atribuciones de la administración penitenciaria y las de los Jueces de Vigilancia, y no puede producirse una invasión de aquellas por las de éste, pues como ya he dicho, sería venir a reconocer facultades de dirección del establecimiento a toda autoridad judicial; ni debe extenderse sin limitación temporal alguna, o muy reducida, en materia de aislamiento celular o permisos temporales de salida, su competencia, pues de admitir tal posibilidad es fácil deducir entonces una

El nuevo juez de ejecución, garante de los derechos humanos de sanciones mexicano desde una óptica comparada

A manera de corolario, como indica Núñez Torres debemos señalar que, una vez que se ha elevado a rango constitucional la judicialización de la pena privativa de libertad mexicana, se tiene una consecuencia, se obliga a los poderes del Estado a instrumentar los mecanismos necesarios para su cumplimiento, en este sentido, al Poder legislativo le compete estar pendiente de su configuración legal; al Poder Ejecutivo le corresponde considerarla en sus políticas públicas y; al Poder judicial contar con ella en su desempeño funcional (Núñez Torres, 2009, p. 214)

restricción grave a la operatividad regimental de la Autoridad penitenciaria...”
(García Valdés, 1995, pp. 243-244).

BIBLIOGRAFÍA

- Alonso de Escamilla, Avelina (1985), “La institución del juez de vigilancia en el derecho comparado: su relaciones con la administración penitenciaria”, en VV.AA., “III jornadas penitenciarias andaluzas”, Granada, Consejería de Gobernación.
- Alonso de Escamilla, Avelina (1985), *El juez de vigilancia penitenciaria*, Madrid, Civitas.
- Álvarez González, N (1998-1999), «Cara y cruz de los Derechos Humanos», *Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá*, núm. Extraordinario, Vol. 3, pp. 89-102.
- Asencio Cantisán, Heriberto (1988), “La intervención judicial en la ejecución penal desde una perspectiva resocializadora”, en VV. AA., *1.res Jornades Penitenciàries de Catalunya. Presó i comunitat*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, Departament de Justicia, Centre d’Estudi i Formació, p. 116.
- Bachs I Estani, Josep Maria (1992), “El control judicial de la ejecución de penas en nuestro entorno cultural”, en Iñaki Rivera Beiras, *Cárcel y derechos humanos. Un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos*, Barcelona, Bosch, pp. 143-144.
- Bergalli, Roberto (1976), “¿Readaptación social por medio de la ejecución penal?”, *Revista del Instituto de Criminología Universidad Complutense de Madrid*, Año LXXVI.
- Beristain Ipiña, Antonio (1979), “Cárceles españolas comunes y militares y sus sustitutos”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo. XXXII, Fascículo III, p. 586 nota 4.

El nuevo juez de ejecución, garante de los derechos humanos de sanciones mexicano desde una óptica comparada

- Beristain Ipiña, Antonio (1985), *El delincuente en democracia*, Buenos Aires, Editorial Universidad.
- Bueno Arús, Francisco (1979), “Aspectos positivos y negativos de la legislación penitenciaria española”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 7, pp. 14-15.
- Bueno Arús, Francisco (1985), “A propósito de la re-insercción social del delincuente”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 25, pp. 59-69.
- Bueno Arús, Francisco (1987), “Las competencias de los jueces de vigilancia y el destino de los internos a los establecimientos penitenciarios”, *Poder Judicial*, núm. 5, pp. 71-76.
- Burgoa Orihuela, Ignacio (2004), *El Juicio de Amparo*, 24ª ed., México, Porrúa.
- Calero Aguilar, Andrés (2007), “México”, en Federación Iberoamericana e Ombudsman, *Sistema penitenciario. V informe sobre Derechos Humanos*, Madrid, Trama Editorial, p. 267 y ss.
- Cámara de Diputados, LX Legislatura (2008), *Reforma constitucional de Seguridad y Justicia*, México.
- Cantisán Asencio, Heriberto (1987), “El juez de vigilancia”, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 237, pp. 10-11.
- Cárdenas Gracia, Jaime (2006), “Diez tesis sobre nuestro atraso jurídico”, en Pedro Estrada Torres (comp.), *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, México, Limusa, pp. 62-63.
- Carpizo, Jorge (1998), *Derechos Humanos y Ombudsman*, México, UNAM.

- Carranza, Elías (2001), *Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria*, México, Editorial Siglo XXI.
- Castro, Juventino V. (1975), *Lecciones de garantías y amparo*, México, Porrúa.
- Cervelló Donderis, Vicenta (2001), *Derecho Penitenciario*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- Chiang Rebolledo, Marco E. (2001), *Procedimiento ante el juzgado de vigilancia penitenciaria*, Barcelona, Bosch.
- Chiavario, Mario (1996), *Procedura penale. Un codice tra "storia" e cronaca*, Torino, G. Giappichelli Editore.
- Cienfuegos Salgado, David y Luis Gerardo Rodríguez Lozano (2008), *Actualidad de los servicios públicos en Iberoamérica*, (Coords.), México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.
- Consejo General del Poder Judicial (1994), "Criterios refundidos de actuación de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria aprobados en la VII reunión. Madrid, septiembre de 1993", en VV.AA., *Vigilancia Penitenciaria. VII reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria*, Madrid, CGPJ, pp. 312-313.
- Corcuera Cabezut, Santiago (2002), *Derecho constitucional y derecho internacional de los Derechos Humanos*, México, Oxford University Press.
- Córdoba Roda, Juan (1980), "La pena y sus fines en la Constitución española de 1978", en *Papers*, núm. 13, pp. 129-140.
- De la Cuesta Arzamendi, José Luis (1984), "La prisión: historia, crisis, perspectivas de futuro", en

El nuevo juez de ejecución, garante de los derechos humanos de sanciones mexicano desde una óptica comparada

VV.AA., *Reformas penales en el mundo de hoy*, Madrid, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, pp. 139-153.

- Díaz Mancebo, Miguel Ángel (1989), “La realidad de la función penitenciaria”, en VV. AA., *Jueces para la Democracia. Privaciones de libertad y Derechos Humanos*, Barcelona, Ed. Hacer, p. 155 y ss.
- Fernández Aparicio, Juan Manuel (2005), “Las nuevas funciones de vigilancia penitenciaria en la LO 15/2003, de modificación del Código Penal”, *La Ley*, núm. 13, p. 1.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Rubén Sánchez Gil (2013), *El nuevo juicio de amparo*, México, Porrúa/UNAM.
- Fix Fierro, Héctor (2000), “Comentarios al artículo 1º Constitucional”, en VV. AA., “*Los derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*”, Tomo V, México, Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, pp. 7-8.
- Fix Zamudio, Héctor (1964), *El Juicio de Amparo*, México, Porrúa.
- Fix Zamudio, Héctor (1991), *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, México, Porrúa.
- García Albero, Ramón (2001), “El juez de vigilancia penitenciaria”, en Josep Tamarit Sumalla *et al.* (Coords.), *Curso de Derecho Penitenciario*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 297, 300-314.
- García Andrade, Irma (2004), *Sistema penitenciario mexicano. Retos y perspectivas*, México, Sista.

- García Andrade, Irma (2006), *El actual sistema penitenciario mexicano*, México, Sista.
- García Basalo, Carlos (1977), “Las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos del consejo de Europa”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, núms. 216-219, pp. 519-591.
- García Ramírez, Sergio (1971), *La reforma penal de 1971*, México, Editorial Botas.
- García Ramírez, Sergio (1975), *La prisión*, México, Fondo de Cultura Económica.
- García Ramírez, Sergio (2002), *Los Derechos Humanos y la jurisdicción interamericana*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.
- García Valdés Carlos (1989), “Diez años de reforma penitenciaria en España: una recopilación”, en *Derecho penitenciario (Escritos, 1982-1989)*, Madrid, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, p. 253.
- García Valdés Carlos (1995), *Comentarios a la legislación penitenciaria*, Madrid, S.L. Civitas Ediciones.
- García Valdés Carlos (1998), *Del presidio a la prisión modular*, Madrid, Opera Prima.
- García Valdés, Carlos (1982), *Introducción a la penología*, Madrid, Instituto de Criminología.
- García Valdés, Carlos (1989), “El movimiento de reforma penitenciaria de los años 70 en Europa, con especial referencia al caso español”, en *Derecho penitenciario (Escritos, 1982-1989)*, Madrid, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, p. 47

(También recogido en *Actualidad Penal* (1987), núm. 6, pp. 299-300).

- García Valdés, Carlos (1999), “A los veinte años de la Ley General Penitenciaria: Algunos recuerdos”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. Extra 1, pp. 31-44.
- García Valdés, Carlos (2002), “El desarrollo del sistema penitenciario en España. Historia de una transición”, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 249, pp. 13-20.
- García Valdés, Carlos (2009), “La Ley penitenciaria: los orígenes de una norma que cumplirá treinta años de vigencia”, en *La ley penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 56, p. 5 y ss.
- García-Pablos de Molina, Antonio (1979), “La supuesta función resocializadora del Derecho Penal: utopía, mito y eufemismo”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo. XXXII, Fascículo III, pp. 645-700.
- García-Pablos de Molina, Antonio (2006), *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, Perú, Tirant lo Blanch.
- Garrido Guzmán, Luis (1988), “En torno al proyecto de Ley General Penitenciaria”; en *Estudios Penales y Penitenciarios*, Madrid.
- Gimbernat Ordeig, Enrique (1995), “Prólogo”, en Carlos García Valdés, *Comentarios a la legislación penitenciaria*, Madrid, S.L. Civitas Ediciones, p. 10.
- Gómez de la Escalera, Juan José (1994), “El control jurisdiccional en la ejecución de las penas privativas

de libertad: el juez de vigilancia penitenciaria”, *Actualidad Penal*, núm. 45, pp.825-835.

- González Cano, María Isabel (1994), *La ejecución de la pena privativa de libertad*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- Instituto Nacional de Ciencias Penales (2008), *ABC del nuevo sistema de justicia penal en México*, México, INACIPE.
- Labrada Rubio, Valle (1998) *Introducción a la teoría de los Derechos Humanos: fundamento. Historia. Declaración universal de 10 de diciembre de 1948*, Madrid, Civitas.
- Manzanares Samaniego, José Luis (1981), “La problemática actual del juez de vigilancia”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, núms. 232-235, p. 10
- Manzanares Samaniego, José Luis (1984), “Relaciones entre la administración penitenciaria y los jueces de vigilancia”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXXVII, Fascículo I, p. 83.
- Manzanares Samaniego, José Luis (1989), “Naturaleza de la jurisdicción de vigilancia: aspectos procesales y administrativos”, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. Extra I, p. 117.
- Manzanares Samaniego, José Luis (1994), “La reforma penitenciaria (el juez de vigilancia y la ejecución de las penas carcelarias)”, *Actualidad Penal*, núm. 38, p. 698.
- Manzanos Bilbao, César (1994), “Reproducción de lo carcelario: el caso de las ideologías resocializadoras”, en Iñaki Rivera Beiras (Coord.), *Tratamiento penitenciario y Derechos Humanos*, Barcelona, Bosch, pp. 121-139.

El nuevo juez de ejecución, garante de los derechos humanos de sanciones mexicano desde una óptica comparada

- Mapelli Caffarena, Borja (1984), “Desviación y resocialización”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 23, pp. 311-388.
- Mapelli Caffarena, Borja (1989), Voz “Pena privativa de libertad”, en Buenaventura Pellisé Prats (Dir.), *Nueva enciclopedia jurídica*, Barcelona, Ed. Francisco Seix, pp. 447-450.
- Martín Canivell, Joaquín (1983), “Del juez de vigilancia (I)”, en Manuel Cobo del Rosal (Dir.), *Comentarios a la legislación penal*, Tomo VI. Vol. 2, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, pp. 1108-1113.
- Martín Diz, Fernando (2002), *El juez de vigilancia penitenciaria. Garante de los derechos de los reclusos*, Granada, Comares.
- Martínez Garnelo, Jesús (2005), *Sistema nacional de seguridad pública*, México, Porrúa.
- Muñoz Conde, Francisco (1979), “La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 7, pp. 91-106.
- Núñez Torres, Michael (2006), “Nuevas tendencias en el derecho constitucional del siglo XXI”, en Pedro Estrada Torres (comp.), *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, México, Limusa, pp. 154-155.
- Núñez Torres, Michael (2007), “La positivación de los Derechos Humanos”, en José Zaragoza Huerta *et al.* (Auts.), *Los Derechos Humanos en la sociedad contemporánea*, México, Lago Ediciones.
- Núñez Torres, Michael (2009), “La constitucionalidad de los MASC”, en Francisco Javier Gorjón Gómez *et al.*, *Mediación y Arbitraje*, México, Porrúa, p. 214.

- O'Donnel, Daniel (2007), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
- Paz Rubio, José María *et al.* (1996) *Legislación Penitenciaria*, Madrid, Colex.
- Pérez Cepeda, A., (2001), “El control de la actividad penitenciaria”, en Ignacio Berdugo Gómez de la Torre y Laura Zúñiga Rodríguez. (Coords.), *Manual de Derecho penitenciario*, Salamanca, Colex.
- Pfeffer Urquiaga, Emilio (2001), *Código procesal penal. Anotado y concordado*, Chile, Jurídica de Chile.
- Pinto, Mónica (1997), “Mecanismos de protección internacional de los Derechos Humanos”, en VV. AA., *Jornadas sobre sistema penitenciario y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Editores del Puerto.
- Podgor Ellen. S. y John F. Cooper (2009), *Overview of U.S. Law*, United States, LexisNexis.
- Quintana Roldán, Carlos. F. y Norma D. Sabido Peniche (1998), *Derechos Humanos*, México, Porrúa.
- Racionero Carmona, Francisco (1998), “El juez de vigilancia penitenciaria: historia de un afán. Minorías y prisión”, en *Eguzkilore*, núm. Extraordinario 12, p. 43.
- Redondo Illescas, Santiago (1988), “Entorno penitenciario y reinserción social”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 240, pp. 123-126.
- Reviriego Picón Fernando y Faustino Gudín Rodríguez-Magariños (2010), “Los sistemas penitenciarios

Europeos frente al siglo XXI”, Seguridad y Ciudadanía: Revista del Ministerio del Interior, núm. 4, p. 112.

- Reyes Echandía, Alfonso (1987), *Criminología*, Colombia, Temis.
- Rivera Beiras, Iñaki (1994), “La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos”, en Iñaki Rivera Beiras (Coord.), *Tratamiento penitenciario y Derechos Humanos*, Barcelona, Bosch editor.
- Rodríguez Alonso, Antonio (2003), *Lecciones de Derecho Penitenciario*, 3ª ed., Granada, Comares.
- Rodríguez Manzanera, Luis (2003), *Penología*, 3ª ed., México, Porrúa.
- Rodríguez Manzanera, Luis (2004), *La crisis penitenciaria y los sustitutivos de la prisión*, 3ª ed, México, Porrúa.
- Roldán Quiñones, Luis Fernando y M. Alejandro Hernández Bringas (1999), *Reforma penitenciaria integral. El paradigma mexicano*, México, Porrúa.
- Ruiz Vadillo, Enrique (1978), “Algunas consideraciones sobre la reforma de las penas privativas de libertad. El sistema penitenciario”, en *Estudios Penales II, La Reforma Penitenciaria*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, pp. 193 y ss.
- Ruiz Vadillo, Enrique (1982), “La ejecución de las penas privativas de libertad bajo la intervención judicial”, en VV.AA., *Estudios penales. Libro homenaje al Profesor J. Antón Oneca*, Salamanca, Universidad de Salamanca, p. 949.
- Sanz Delgado, Enrique (2000), *Las prisiones privadas:*

La participación privada en la ejecución penitenciaria, Madrid, Edisofer.

- Sanz Mulas, Nieves (2001), “La sanción penal”, en Ignacio Berdugo Gómez de la Torre y Laura Zúñiga Rodríguez. (Coords.), *Manual de Derecho penitenciario*, Salamanca, Colex., p. 37.
- Tamarit Sumalla, Josep (2001), “Contenido de la pena de prisión. Sistema de cumplimiento”, en Josep Tamarit Sumalla *et al.* (Coords.), *Curso de Derecho Penitenciario*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 34.
- Téllez Aguilera, Abel (1997), “La crisis de la prisión: Aproximación práctica a las nuevas fórmulas penológicas”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, Vol. VI, Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, pp. 99-133.
- Téllez Aguilera, Abel (1999), “Retos del siglo XXI para el sistema penitenciario español”, *Anuario de derecho Penal y Ciencias penales*, T. LII, p. 332.
- Téllez Aguilera, Abel (2005), *Nuevas penas y medidas alternativas a la prisión*, Madrid, Edisofer.
- Valmaña Ochaíta, Silvia (1990), *Sustitutivos penales y proyectos de reforma en el Derecho penal español*, Madrid, Ministerio de Justicia.
- Vidaurri Arechiga, M. (2004), “Criminología, política criminal y sistema penal”, *Revista Michoacana de Derecho Penal*, números 43 y 44.
- Von Ihering, Rudolf (1881), *La lucha por el derecho*, Trad. Adolfo Posada y Biesca, Madrid, Librería de Victoriano Suárez.

- Zagrebelsky, Gustavo y Carlo Maria Martini (2006), *La exigencia de justicia*, Madrid, Trotta.
- Zaragoza Huerta, José *et al.* (2010), “Los derechos humanos en el ámbito carcelario mexicano”, en *Letras Jurídicas*, núm. 10.

La valoración de la prueba

Alejandro Magno González Antonio^{74*}

RESUMEN

Uno de los puntos más importantes del sistema acusatorio adversarial en México es la valoración de la prueba, pues establece que el órgano jurisdiccional la realice de manera libre y lógica.

La intención de este trabajo es exponer los principales sistemas de valoración de la prueba y el proceso cognoscitivo de ésta a través de un análisis cualitativo y descriptivo de otros sistemas de valoración desde una visión pragmática de la valoración de la prueba en las distintas etapas del procedimiento penal. Este trabajo permite entender las ventajas y limitaciones de cada uno de los sistemas de valoración y dilucida como opera la valoración de la prueba y cómo se ejecuta una correcta valoración por parte del juez.

1.- LA PRUEBA

Para tener un primer acercamiento de la noción de la prueba es preciso determinar su sentido etimológico.

74 * Titular de la Unidad para la Implementación del Sistema Procesal Penal Acusatorio de la Procuraduría General de la República, Río Guadiana número 31, colonia Cuauhtémoc, CP. 06500, Distrito Federal, teléfono: 53460000, alejandro.gonzalez@pgr.gob.mx.

Sentís Melendo menciona que la prueba deriva del término latín *probatio, probationis*, que a su vez, proviene del vocablo *probus*, que significa bueno, de este término puede inferirse que, lo que resulta probado es bueno o que se ajusta a la realidad y que probar consiste en verificar o demostrar la autenticidad de una cosa (Sentís Melendo, 1973, p. 259).

El lenguaje nos enseña que este término se utiliza como equivalente a ensayo o experimento, sin embargo, en la práctica, la actividad probatoria es siempre posterior al ensayo o experimento. El experimento tiene como finalidad realizar una afirmación en relación con el objeto del ensayo, no obstante, después de ejecutado éste, el experimento debe probarse, es decir, debe verificarse la exactitud de la afirmación formulada. Así, por ejemplo, si mediante el ensayo observamos el buen funcionamiento de una máquina o de un instrumento determinado ello nos permitirá afirmar que la misma funciona, pero después tendremos que probarlo y, por tanto, verificar la exactitud de esta afirmación (Sentís Melendo, 1973, p. 260). En definitiva, podemos llegar, por tanto, a la conclusión de que probar significa comprobar, verificar. Carnelutti señala que “el término probar se usa en el lenguaje común como comprobación de la verdad de una proposición” (Carnelutti, 1982, p. 38), en otras palabras, la prueba puede ser entendida como la comprobación de las afirmaciones realizadas sobre un hecho u objeto, con el término probar o prueba se designa no solo la comprobación sino también el procedimiento o actividad utilizada para dicha comprobación, produciéndose un cambio entre resultado y procedimiento o actividad (Carnelutti, 1982, p. 39).

La prueba como comprobación o verificación de la exactitud de una afirmación no es una actividad que se realice de forma exclusiva en el campo del derecho, sino que es, ante todo, una actividad del ser humano que tiene aplicación en otras ciencias extrajurídicas, e incluso, en la vida cotidiana (Estrampes, 1997, p. 16).

Primeramente, como menciona Cabrera Zegovia, la prueba como idea es un juicio de necesidad, pero una necesidad intelectual del ser humano como sujeto cognoscente de comprobar, de verificar todo objeto de conocimiento. Díaz de León afirma que “la prueba se traduce en la necesidad ineludible de demostración, de verificación o investigación de la verdad de aquello que se ha afirmado en el proceso” (Cabrera Zegovia, [sin fecha], p. 1) En la doctrina española, Serra Domínguez parte de esta consideración de la prueba como actividad humana y la configura como una actividad de comparación en la que “probar consiste en verificar la exactitud de la afirmación mediante su comparación con otra encontrada por diversos cauces”. Otros autores como Sentís Melendo, Eisner y Díaz de León prefieren hablar de la prueba como actividad de verificación, para Sentís Melendo la prueba consiste en acreditar que aquello que se sabe y, por tanto, se afirma, corresponde exactamente a la realidad.

Desde el ámbito jurídico, la prueba entendida como la comprobación de afirmaciones es la sustancia del proceso, es la razón de ser de éste y por lo cual el mismo proceso tiene lugar. La prueba es el pilar de la decisión que toma el ministerio público para imputar un hecho o acusar y la que toma el juez para procesar o para sentenciar.

2. EL FIN DE LA PRUEBA

Giannini escribió que “durante siglos se ha vivido fascinado por lo que podría considerarse el mito de la verdad, llegando a creerse que el uso apropiado de determinados instrumentos materiales y jurídicos podrían proporcionar representaciones exactas de la verdad, ya fuese verdad histórica o verdad científica” (Giannini, [sin fecha], p. 770). Respecto a la relación entre prueba y verdad, autores como Devis Echandía afirman que la teoría de la verdad como fin de la prueba

ha sido abandonada por la mayoría de autores (Devis Echandía, [sin fecha], p. 616). Sin embargo, la huella de la verdad aún se deja ver en las definiciones que algunos autores modernos hacen de la prueba procesal, así como también en la jurisprudencia.

Varios autores han intentado combatir la doctrina de la dualidad de verdades señalando, por ejemplo, que en el proceso civil no se trata simplemente de obtener la verdad formal sino que su finalidad es alcanzar, al igual que en el proceso penal, la verdad material como Döhning quién apuntó que la meta del proceso civil es también alcanzar la verdad material y no un simple averiguamiento predominantemente formal. Sin embargo, hasta el día de hoy se sigue defendiendo como finalidad del proceso el logro de la verdad, la solución, entiendo, no consiste en atribuir al proceso civil, o mejor dicho, a la prueba civil, el logro de la verdad material sino llegar prescindir de la verdad en el ámbito del proceso. Un sector de la doctrina e incluso algunas legislaciones procesales en México como la de Oaxaca utiliza el término *obtención formalizada de la verdad o verdad forense* como fin del proceso, esto es, la verdad que resulta de los autos, aplicando el viejo aforismo de que “lo que no está en los autos no está en el mundo”; o lo que en el caso del sistema acusatorio adversarial se podría decir, “lo que no se ve en audiencia del proceso, no está en el mundo”. Asimismo, en épocas recientes, la jurisprudencia argentina, concretamente, la Corte Suprema de la Justicia de la Nación ha acuñado el término verdad jurídica objetiva como fin del proceso y de la prueba. Según esta doctrina, la verdad jurídica objetiva no hace referencia a cualquier clase de verdad sino a aquella que viene determinada en el marco del campo jurídico y acotada por sus límites y que, a su vez solo puede referirse a los hechos relevantes y conducentes para la solución de la causa. Es, en definitiva, una forma de designar la verdad forense, es decir, la verdad que surge del proceso o también podríamos llamarla “verdad procesal”.

En palabras de Miranda Estrampes, resulta un contradictorio designar el resultado del proceso y de la prueba como verdad forense o verdad jurídica objetiva cuando se es consciente de que la misma puede no coincidir con la realidad histórica. Este autor señala que dichas teorías no son más que una reformulación de la teoría de la dualidad de verdades que incluso conllevan a la admisión de una pluralidad de verdades según el ámbito científico o del conocimiento humano desde el que se actúe o contemple el problema. Al igual que Miranda Estrampes, considero que es una ficción continuar utilizando el término verdad como finalidad de la prueba, los términos verdad forense y verdad jurídica objetiva no son más que una nueva forma de designar a la verdad formal colocándola como finalidad de todo proceso y no solo del proceso civil.

En el proceso penal existen una serie de límites a la investigación absoluta de la verdad que son consecuencia de la doctrina de la prueba ilícita y de los supuestos en los que se produce la conformidad del acusado y su defensa con las pretensiones acusatorias. El propio Tribunal Supremo Argentino ha declarado que la verdad material que se pretende obtener de un proceso penal a diferencia de los procesos seguidos en otras materias, solo se puede alcanzar dentro de las exigencias, presupuestos y limitaciones establecidos en el ordenamiento jurídico y aquello compatible con los derechos fundamentales. Como bien menciona el Tribunal Supremo Argentino, existe una relativización del concepto de verdad como finalidad de la prueba, pues ésta debe analizarse en el marco que establece el propio ordenamiento jurídico.

La finalidad de la prueba no es el logro de la verdad sino el convencimiento del juez en torno a la exactitud de las afirmaciones realizadas en el proceso. La verdad judicial podrá ser una especie de aspiración mítica, una utopía, o una finalidad metafísica y, por tanto, extrajudicial, pero en ningún caso puede formar parte

del concepto de prueba procesal. La finalidad de la prueba como declara Cabañas García debe ser un objetivo procesalmente realizable y, por ende, resulta obvio que éste no pueda identificarse con la verdad. En la doctrina latinoamericana, Devis Echandía considera que “el fin de la prueba es darle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos”, también Sentís Melendo afirma que la finalidad de la prueba se encuentra relacionado con la persuasión del juez para obtener la convicción en cuanto a los elementos que han sido objeto de prueba.

En términos similares, Alcalá Zamora y Castillo y Levene indican que el fin de la prueba es el logro del cercioramiento judicial. En la doctrina Italiana, se pronuncian en este sentido autores como Chiovenda, Manzini, Mucheli y Lessona, para quienes el efecto probatorio se dirige a convencer al Juez, equiparando la prueba con la certeza. Asimismo, autores alemanes como Schonke acogen esta tesis al atribuir a la prueba la finalidad de proporcionar al juez la convicción de la verdad o la falsedad de un hecho. También Mittermaier opina que todo medio que produzca certeza constituye un medio de prueba, por lo que las pruebas son las fuentes de las que el Juez obtiene los motivos de su convicción.

La mayoría de la doctrina española se pronuncia, también, en este sentido, por ejemplo, para Guasp, “la prueba no es una actividad que tenga la finalidad de demostrar la existencia o inexistencia de un hecho, o la verdad o falsedad de una afirmación, ni tampoco un mecanismo de fijación formal de los hechos sino un intento de conseguir el convencimiento psicológico del juez”. Silva Melero menciona que “desde el punto de vista procesal el concepto de prueba, aparece indudablemente unido a la finalidad de obtener la certeza procurando el convencimiento judicial, en relación a la verdad o falsedad de una afirmación o la existencia o inexistencia de un hecho, y que, “la prueba,

entendida en sentido jurídico y procesal, tiende a formar el convencimiento del juez”.

La prueba, por consiguiente, alcanza su finalidad, según lo anteriormente mencionado, cuando produce en el ánimo del juzgador la certeza sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes que lo llevará, ineludiblemente, a una decisión si bien no siempre justa, si apegada a derecho.

3. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

La valoración o apreciación de la prueba constituye, indudablemente, una operación fundamental en todo proceso incluido el penal. Devis Echandía califica la valoración de la prueba como el “momento culminante y decisivo de la actividad probatoria”, consistente en aquella “operación mental que tiene por fin conocer el mérito valor de convicción que pueda deducirse de su contenido”. Mediante la misma se trata de determinar la eficacia o influencia que los datos o elementos probatorios aportados a través de los medios de prueba oportunos al proceso tendrán en la formación de la convicción del juzgador. La valoración de la prueba determina el resultado que se infiere de la práctica de un determinado medio de prueba, es decir, el grado de convicción o persuasión de la prueba practicada en sentido positivo cuando se logre alcanzar el fin de la prueba (convicción judicial), o en sentido negativo, al no alcanzarse dicha convicción. Es, por tanto, una actividad intelectual que corresponde realizar exclusivamente al órgano jurisdiccional, sin perjuicio de que las partes, durante las sesiones del juicio dediquen gran parte de sus informes orales a examinar, analizar y, en definitiva, a valorar la prueba practicada, actividad comúnmente denominada “estimación probatoria”, pues al ser realizada por las partes no puede llamársele pro-

piamente valoración, pues es solamente una estimación o acercamiento de lo que formalmente hará el juez al valorar la prueba.

Es importante enfatizar que el fin de la actividad valorativa del juez no coincide necesariamente con el fin de la prueba, éste último podrá o no alcanzarse, pero en ambos casos, la apreciación de la prueba habrá logrado su objetivo al conocerse el resultado y la eficacia de la prueba. La valoración de las pruebas tiene lugar, según algunos autores, en la fase decisoria del proceso, una vez concluido el periodo probatorio propiamente dicho y practicadas las pruebas propuestas y admitidas. Sin embargo, la apreciación probatoria se inicia, en realidad, desde el mismo momento en que el juez o tribunal entra en contacto con el medio de prueba -o, mejor dicho, con la fuente de prueba- así, en el proceso penal, este contacto tendrá lugar durante las sesiones del juicio oral, salvo los supuestos legalmente admitidos de prueba anticipada. Desde este momento, y en virtud del principio de inmediación, el juzgador ira formando su juicio acerca de la credibilidad y eficacia de la fuente de prueba.

Mediante la valoración de la prueba el Juez depura los resultados obtenidos con la práctica de los diferentes medios de prueba, concatenando unos con otros, para llegar finalmente a formar su convencimiento. Según Miranda Estrampes, la valoración de la prueba y la convicción o el convencimiento judicial no son conceptos equivalentes sino distintos, la primera entendida como actividad intelectual del órgano jurisdiccional y que precede siempre a la segunda; y el convencimiento judicial como el resultado de la valoración o precisión efectuada. Por lo tanto, la valoración de la prueba y su precedente estimación, resultan para el proceso, la médula misma de las decisiones que se van tomando, ya sea para elaborar estrategias o ya sea para seguir o terminar el conflicto.

4. LOS SISTEMAS DE VALORACIÓN

En la mayor parte de la doctrina se han distinguido dos tipos de sistemas de valoración de la prueba, el sistema de la prueba legal o tasada -denominado también de la tarifa legal- y el sistema de la íntima convicción, de la libre valoración de la prueba o de la apreciación en conciencia, sin embargo, de ésta última se deriva la llamada valoración de la prueba razonada o sana crítica. Algunos autores consideran incluso que ésta última es en realidad un híbrido entre el sistema de prueba legal y el de libre valoración. Para efectos del presente trabajo, realizaremos un breve estudio de cada uno de estos sistemas de valoración considerando a la sana crítica como una forma distinta de valorar otorgándole la jerarquía de un tercer sistema de valoración.

4.1. EL SISTEMA DE PRUEBA TASADA O LEGAL

Principalmente, en los códigos adjetivos penales de nuestro país, el sistema de prueba tasada establece reglas para otorgar un respectivo valor probatorio a una prueba, es decir, reglamenta las características bajo las cuales un medio probatorio (la mayoría de las veces lo hace respecto a la documental, pericial y testimonial), debe ser valorado así como el nivel probatorio (pleno o indiciario) que debe dársele. Couture define a este sistema como aquel en el que la ley señala por anticipado al juez, el grado de eficacia que debe atribuir a determinado medio probatorio (Couture, 2002, p. 219). Éste es pues, un sistema de valoración objetivo y reglado, un sistema que a mi parecer lo hace frío, incluso anacrónico, pues nace en la época de la Iluminación, en los tiempos del Márquez de Beccaria, de Montesquieu y de su firme postura de ver al juez, “sólo como la boca de la ley”. Dada las características de este sistema, adoptarlo en la actualidad resultaría rígido y acotado, pues sería tanto como pensar que los jueces

deben ser autómatas de la ley, positivistas cerrados e interpretadores estrictos del derecho, que no necesitan de ciertas características y perfiles determinados, sería tanto como aceptar que cualquier persona con conocimiento técnico jurídico, pueda ejercer una de las más importantes funciones estatales: juzgar. Así pues, en una clara crítica me pregunto ¿dónde quedaría la sensibilidad del juzgador con este tipo de valoración? o ¿dónde queda la persona que subyace a la investidura judicial? Muñoz Conde critica también esta forma de valoración de la prueba en su obra la búsqueda de la verdad procesal, pues asegura que con esta forma de valorar pruebas se podría llegar a la conclusión de que el proceso penal no es un medio adecuado para descubrir la verdad y que, en lugar de eso, se convierte en un mecanismo de cumplimiento de ritos y formulas preestablecidas (Muñoz Conde, 2003, p. 103).

No obstante, existen algunos autores como Devis Echandía que defienden el sistema de prueba tasada enunciando principalmente como ventajas del mismo que es un sistema que da mayor uniformidad a las decisiones judiciales en términos de la prueba; proporciona seguridad y permite la paz social a que puede llegarse basado en las reglas de la experiencia del legislador (Devis Echandía, 1981, p. 90). A pesar de estas ventajas defendidas por muchos tratadistas creo que, el sistema de prueba tasada ha sido ya rebasado en la actualidad y debe recordarse solamente como parte de la historia jurídica.

4.2. EL SISTEMA DE VALORACIÓN A CONCIENCIA

Históricamente, como menciona Sandoval Delgado, el principio de la íntima convicción o apreciación en conciencia de la prueba, apareció en la época de la revolución francesa íntimamente ligado a la institución del jurado. En las leyes francesas del 18 de enero y 16-29 de septiembre de 1791 sobre el procedimiento penal se exhortaba a los miembros del jurado a dictar el veredicto según su “íntima convicción” atendiendo específicamente a su conciencia, formulándose así el principio de *l’íntime conviction* (Massimo, 1974, p. 147). A través del *Code d’Instruction Criminelle* de 1808 (artículo 342) fue posible la aplicación del sistema de *l’íntime conviction* no únicamente al jurado sino también a los jueces profesionales o de carrera, extendiéndose dicho modelo a la mayoría de los sistemas procesales europeos. El sistema de valoración de la prueba surge como una reacción frente al sistema de las pruebas legales o tasadas, pues este último se rige por reglas fijas preestablecidas por el legislador, con un valor atribuido a cada medio probatorio y que, al final, eran vinculantes para el juzgador. En cambio, el principio de libre valoración de la prueba otorgaba una mayor libertad al juzgador para que, sin reglas fijas, y a través del conocimiento llevará a cabo la apreciación de las pruebas.

El sistema de convicción en conciencia afirmaba que, a diferencia del principio de la libre valoración de la prueba, el juez puede prescindir de la existencia de la prueba de autos para obtener su convencimiento, llegando incluso el sistema de convicción, como menciona Ferrajolli, a la propia negación de la prueba como evidencia necesaria del convencimiento judicial (Sandoval Delgado, 2011, p. 6-9).

Existen varias críticas al sistema de libre valoración de la prueba como objeciones de tipo ideológico, que tratan de mostrar las consecuencias negativas que

conlleva este sistema para las garantías en el proceso así como el alto grado de arbitrariedad que permite. Otra de las críticas recurren a objeciones basadas en lo que podríamos llamar racionalidad epistemológica, es decir, aquellas que cuestionan si la teoría del conocimiento que hay detrás de la doctrina de la “íntima convicción” (entendida de manera extrema) es una teoría adecuada. Centrándose en esta última crítica, lo que se pretende en el proceso con la actividad probatoria es averiguar la verdad de ciertos hechos, es decir, encontrar una verdad con un grado de probabilidad suficientemente razonable. Tanto el procedimiento probatorio como la valoración de la prueba deben diseñarse de manera que faciliten esa finalidad, con las limitaciones que se puedan introducir por otro tipo de razones.

Por lo tanto, la doctrina de la íntima convicción podría justificarse si se basara en una teoría del conocimiento adecuada para la averiguación de la verdad, sin embargo, es difícil sostener esta conclusión, pues la concepción epistemológica subyacente a esta doctrina viene a afirmar que el método más fiable para conocer los hechos consiste en procurar que el sujeto cognoscente llegue a estar convencido de los mismos, sea como sea el razonamiento por el que llegue a ese convencimiento. Lo anterior, tiene implicaciones tan asombrosas como que, en ocasiones, el conocimiento pueda ser más fiable si, por ejemplo, se deja de lado el principio lógico de no contradicción, que procurando ser coherentes. Me parece que una teoría del conocimiento que introdujera esta amplísima libertad de valoración de las pruebas solo podría sostenerse si se mostrara que es correcta alguna de las siguientes alternativas:

Los hechos son tan objetivos que su conocimiento no requiere ningún tipo de razonamiento por parte del juez sino que “impactan” directamente en su conciencia, sin embargo, como ya hemos visto esta creencia constituye la falacia objetivista.

El conocimiento de los hechos sí exige un razonamiento que pondere los datos a favor y en contra de una hipótesis, pero éste es tan complejo y opera con tantas variables que es imposible dar criterios para controlarlo. Dicho de otra manera: no puede indicarse ningún tipo de criterios de racionalidad epistemológica, (afirmación como tratarse de demostrar en el siguiente apartado).

La racionalidad epistemológica aplicable al conocimiento judicial de los hechos es de un tipo peculiar, por lo que el razonamiento que hará el juez es distinto del razonamiento que realizan el resto de sujetos que se ocupan del conocimiento de la realidad, esto es, de los científicos, detectives, historiadores, etcétera y su peculiaridad hace que —a diferencia de los demás— no deba estar sujeto a ninguna regla para valorar la prueba.

Para ilustrar este último supuesto, se ha sugerido muchas veces el paralelismo entre la actividad cognoscitiva de los jueces y la de los historiadores, por un lado, ambos están interesados en sucesos del pasado, irrepetibles (a diferencia, por ejemplo de los físicos o químicos, que tratan de conocer leyes o teorías generales), lo que deja fuera la experimentación como método de descubrimiento. Sin embargo, por el otro lado, los jueces están sometidos a restricciones, en el sentido de que su actividad de búsqueda de la verdad es una actividad regulada intencionalmente y los historiadores no. No obstante, esta diferencia, en realidad, no afecta a la valoración propiamente dicha sino la selección, presentación y examen de las pruebas, por lo que no parece que pueda fundamentar una distinción relevante, una vez examinadas las pruebas (es decir, a la hora de su contrastación o valoración), entre la manera de razonar del juez a la del historiador.

Otra característica de este tipo de sistema valorativo es que proviene, principalmente, de los sistemas anglosajones, en los que quien valora la prueba y decide respecto de la culpabilidad de los acusados es un jurado

compuesto esencialmente por ciudadanos comunes con conocimientos básicos de derecho en el mejor de los casos. También podemos señalar que, la característica principal de este sistema es la libertad en la valoración de la prueba; una forma en la que predomina el libre arbitrio, sin mayor límite que la propia conciencia del responsable de valorar la prueba.

A pesar de que este sistema es más común en los países anglosajones, éste ha tenido cierto nivel de incursión en algunos procedimientos de países con sistema jurídico basado en el “civil law”, incluido México. Así, por ejemplo, la Primera Sala de nuestro máximo Tribunal, al resolver la contradicción de tesis 25/2002-PS, indicó que el sistema libre es aquel que se traduce en la facultad otorgada al juzgador para valorar los medios de prueba conducentes, conforme a los dictados de su conciencia y a la responsabilidad que debe tener en el cumplimiento de su función. Nuestro Máximo Tribunal reitera que la única limitación que tiene el resolutor al valorar la prueba en este tipo de sistemas es que éstas sean consideradas conforme a los dictados de su conciencia y a la responsabilidad que debe tener en el cumplimiento de su función. De igual forma, reconoce, que en México este tipo de sistemas es derecho positivo en algunos procedimientos como el laboral, en el que se encuentra expresamente establecido.⁷⁵

Daniel González Lagier señala que *la libre valoración de la prueba surge como una reacción frente al sistema de prueba tasada, ésta no se entendió meramente como una liberación de las reglas generales de valoración sino como la liberación de toda regla, incluidas las de la lógica o las leyes científicas. Como ejemplo de ello, este autor cita una parte de la memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de España de 1983, que a la letra dice:*

Para el descubrimiento de la verdad, no debe sujetarse el criterio judicial a reglas científicas, ni a moldes preconcebidos y determi-

75 Lo podemos encontrar en el artículo 775 de la Ley Federal del Trabajo así como en la exposición de motivos de esa propia ley.

nados por la ley, sino más bien debe fiarse al sentido íntimo e innato que guía a todo hombre en los actos importantes de su vida (Consejo de la Judicatura Federal, [sin fecha], p. 3-4).

Corolario de lo anterior, se puede afirmar que la principal característica de este tipo de sistema es que no se puede exigir a quien valora la prueba, justificar las razones de la valoración que otorga a cada una de éstas o todas de manera general, pues esta valoración se basa en una libertad absoluta o íntima convicción del valorador. En un estado de derecho democrático, este tipo de sistemas no puede verse como una opción viable, pues con las facultades que se le otorgan al juzgador, así como la limitada transparencia de su decisión, lo único que traería sería a la arbitrariedad en las decisiones de los jueces o de los jurados, sin embargo, esta afirmación depende de cada país, pues en algunos como Estados Unidos este tipo de sistema ha resultado exitoso.

4.3. LA SANA CRÍTICA O SISTEMA MIXTO

La sana crítica es un sistema de libre valoración de la prueba que tiene como base, las máximas de la experiencia, las reglas de la lógica y los conocimientos científicos afianzados. Este sistema implica una forma de valoración libre por parte de los jueces, pero limitada por un tope legal traducido en la obligación del juzgador de sustentar su valoración en razonamientos lógicos acorde con las principales reglas de la lógica y que sigan precisamente una secuencia lógica; que consideren las máximas de la experiencia y sean acordes con los conocimientos que, de manera general, son aceptados por la sociedad con base a las experiencias comunes, y por último, que no contravengan los conocimientos científicos afianzados, esto es, los conocimientos que han aportado a través de sus respectivos estudios, los

científicos y que han sido aceptados por los gobiernos mundiales y transmitidos a la sociedad por conducto de los libros aceptados en el desarrollo escolar.

Éste, es un sistema de valoración, que como ya se dijo anteriormente, bien podría establecerse como una variable del sistema de íntima convicción o bien, estudiarlo y considerarlo como un sistema mixto, es decir, un híbrido entre la plena libertad de valorar la prueba y el sistema de valoración de prueba tasada, pues si bien se faculta al órgano decisor a valorar de manera libre la prueba también es cierto que se limita esta facultad con la sana crítica, es decir, con la obligación de valorar razonada y lógicamente la prueba para lo cual dispone de mecanismos de aseguramiento de cumplimiento de estos límites, como la obligación del juzgador de motivar su valoración, es decir, justificar que su decisión está fundada en razones que no transgredan las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos.

Así pues, es evidente que ante la obligación constitucional de fundar y motivar las decisiones judiciales, resulta congruente que a pesar de otorgar la confianza legal al juzgador de valorar la prueba libremente, esta confianza este restringida precisamente con la obligación que tiene de fundar y motivar esa valoración, pues evidentemente el resultado de la valoración de la prueba nos conducirá al resultado de la decisión de la causa. Otra razón importante para establecer la restricción a la libertad valorativa, es el sistema recursivo imperante en nuestro sistema jurídico, toda vez que de no existir la obligación del juzgador de justificar su decisión valorativa, no podría atacarse tal decisión, es decir, no sería susceptible de revisión, pues no habría elementos para considerar erróneo o ilegal su razonamiento, pues no conoceríamos el procedimiento del mismo.

Por la naturaleza del sistema acusatorio adversarial, la libertad de valoración de la prueba resulta indispensa-

ble, pues así como también existe libertad para ofrecer prueba y pretender probar las proposiciones fácticas con cualquier medio de prueba que se tenga al alcance, no podría entenderse, un sistema reglado de valoración en el que se asignara un determinado valor probatorio a una determinada prueba.

Resultado de estos principios, tenemos que el sistema deja atrás los criterios de idoneidad de prueba, pues si bien, siguen existiendo pruebas idóneas para determinados hechos (por ejemplo un certificado médico para acreditar el tipo de lesiones de una persona) la idoneidad de éstas no excluye la posibilidad de poder probar esos hechos mediante otras pruebas, así podemos llegar inclusive a la posibilidad de que, por ejemplo, en determinado caso se pudiera probar la existencia de una lesión en el cuerpo de una persona por una prueba distinta a la pericial médica; lo cual no quiere decir que ésta no sea el medio idóneo para probar este hecho (las lesiones en el cuerpo de una persona), y que preferentemente así deba ser probado; sino que lo idóneo significa lo mejor, lo más recomendable, pero no lo único.

Tratando de ser aún más ejemplificativos, si existe una propuesta fáctica del ministerio público en el sentido de que Pedro copuló con María sin la voluntad de ésta y que, para ello, se valió de la fuerza física y, esta hipótesis, la prueba con la declaración de María, de dos testigos presenciales y, además, de dos testigos indirectos (también denominados de referencia o contextuales), y el juzgador al valorarlos considera que estos medios probatorios son creíbles por las distintas características de los mismos, entonces no tendría por qué no considerar acreditada la existencia de esa propuesta fáctica, mucho menos aludir para esto, la razón de no existir un certificado médico ginecológico. En otras palabras, si en una causa puesta a su disposición, el juez se convence de la existencia de determinados hechos, no por íntima convicción sino por datos directos e

indirectos, presunciones e inferencias, cuyas razones no vayan en contra de los límites ya señalados de la libre valoración, entonces no requiere de determinada prueba si ésta no existe o no se incorpora al proceso, lo que significa que el resultado de la valoración del juzgador no puede basarse en la falta de un medio probatorio, que si bien resultaría idóneo para establecer que, en el ejemplo María recientemente tuvo relaciones sexuales, no resulta indispensable, pues no puede ser el único medio probatorio a través del cual puede probarse ese hecho, lo que no quiere decir que no sea correcto que preferentemente se acuda a ese medio de prueba, pues resultaría más contundente, pero sí, que es posible probar ese hecho con otros medios de prueba que seguramente tendrán que pasar mayores dificultades para probarlo.

El juez valorador de la prueba, ante este nuevo paradigma, debe contar con una perspectiva más amplia respecto del alcance de un medio probatorio, los límites valorativos de éste existen, pero son menores, ya que las reglas han cambiado y, actualmente, se abre un abanico de posibilidades a las partes para probar sus respectivas posturas fácticas, que tienen que ver más con el grado de convicción que una determinada prueba puede aportar al juez valorador que con la idoneidad de la prueba ofrecida, lo que será seguramente un factor importante más no determinante.

5.- EL ESTÁNDAR DE PRUEBA

Con el término estándar de prueba me refiero al grado de exigencia requerida legalmente para el acreditamiento de determinados supuestos que tienen que ver con la consecución o definición del proceso.

Los estándares de pruebas no son definidos por el juzgador ni mucho menos por las partes sino por la política criminal de cada Estado, estos estándares

son establecidos para determinados procedimientos o incluso para determinadas etapas de un solo procedimiento como el caso del proceso penal acusatorio. En el mayor número de casos, el estándar probatorio exigido o requerido por la ley, no se define expresamente en ninguna norma, se obtiene a partir de las tendencias regladas en el cuerpo procesal de que se trate o bien, como en el caso de las reformas constitucionales que implementan el sistema acusatorio en México, lo encontramos en la exposición de motivos. Por ejemplo, en el sistema procesal acusatorio se establecen distintos estándares probatorios que dependen del momento en que el juzgador se pronuncia respecto a las teorías expuestas por las partes, en la imputación o en la acusación. Así tenemos que, para el libramiento de una orden de aprehensión se requiere de un menor grado de exigencia probatoria, es decir, un estándar probatorio bajo, esto es, que para que un juez tenga por acreditada la existencia de un hecho delictuoso así como la probable responsabilidad del imputado en su comisión, bastará que el nivel de sospecha de apariencia de buen derecho sea mínimo.

Por supuesto que lo anterior supone, en apariencia, que esta menor exigencia para librar una orden de aprehensión resulta entonces menos garantista que la forma en que se hace en el sistema llamado tradicional; sin embargo, la razón de exigir un menor estándar probatorio para librar una orden de aprehensión obedece justamente a que, además de la apariencia de buen derecho, se tendrá que demostrar la necesidad de cautela, es decir, se deberá probar también que existe peligro de que el imputado se fugue, o bien, que pueda obstaculizar la investigación o que represente un riesgo para la víctima o para la sociedad.

Otro ejemplo es que en el sistema acusatorio, el auto de vinculación a proceso requiere de un estándar probatorio un poco más elevado que el exigido para el libramiento de una orden de aprehensión, exigencia

que aún se encuentra lejana al grado de certeza más allá de toda duda razonable que se exige en la sentencia. A diferencia de la orden de aprehensión o del auto de vinculación a proceso, el estándar probatorio de la sentencia trata de definir el nivel de certeza y convencimiento necesario para vencer el estado de inocencia, el cual, por respeto a la dignidad de las personas y los fuertes efectos de las consecuencias jurídico-penales debe ser entendido como el nivel más alto exigible en el ordenamiento jurídico, ello se traduce en la búsqueda de un alto nivel de convicción traducido bajo el parámetro intersubjetivo denominado “convicción más allá de toda duda razonable”.

Si bien queda clara la intensidad de la exigencia, debemos admitir que el conocimiento de los jueces, adquirido a través del método científico denominado juicio, está sujeto a límites (propios del conocimiento humano en general), de ahí que no se requiera normativamente la certeza absoluta sino un alto grado de la misma, pues en numerosas ocasiones pueden existir dudas en el juzgador y aun así condenar al acusado, si éstas resultan racionalmente despreciables. Se busca dar primacía a la finalidad que ningún inocente sea condenado por encima del objetivo de que ningún culpable sea absuelto. Dicha ponderación entre valores no constituye un presupuesto absoluto del proceso penal, sino más bien un criterio de preferencia en el sentido de que privilegia un error que beneficie al culpable, dejándolo libre antes que perjudicar al inocente a través de la condena.

En Estados Unidos, la convicción más allá de toda duda razonable (“beyond a reasonable doubt”) es el estándar que se aplica a los casos criminales, en oposición a la “preponderancia de la evidencia” (“preponderance of the evidence”), aplicable a los casos civiles. La diferencia entre ambos estándares es que el primero resulta ser considerablemente más exigente, ya que mientras a un demandante de un juicio civil le basta para obtener una condena, presentar una prueba más convincente que la

del demandado; en un juicio criminal la prueba debe llegar al grado de despejar de la mente del juzgador toda duda razonable acerca de los términos de la acusación presentada en contra del imputado. El juicio penal no es concebido como una contienda en la que el tribunal se pronuncia sobre cuál de las dos versiones ante él presentadas es mejor sino que es un método (cognoscitivo) para determinar con certeza la existencia del delito y la participación del acusado. Entonces el objetivo de un juicio criminal no es elegir entre las historias de las partes, sino búsquedas unilaterales de la verdad, la que fluye a través de la contradicción. Se afirma que el estándar de la convicción más allá de toda duda razonable es indispensable para merecer el respeto y la confianza de la comunidad en la aplicación de la ley penal, es decir, en la gente no debe quedar dudas de que haya sido condenado un hombre inocente.

No hay consenso en cuanto a una definición de lo que significa la convicción “más allá de toda duda razonable”, sin embargo, son bastante ilustrativos dos criterios fundamentales que se han seguido en Estados Unidos: la vacilación para actuar (“hesitate to act”) y el de la certeza moral (“moral certitude”), el primero se construye sobre el concepto de la duda y el segundo en torno a la certeza. De acuerdo al criterio de la vacilación para actuar, “duda razonable” es la clase de cuestión que haría vacilar a una persona común (mensaje dirigido a los jurados) al tomar decisión en los asuntos más serios e importantes de sus propias vidas; es una duda basada en la razón y en el sentido común, es una duda que una persona razonable tiene después de pesar cuidadosamente toda la evidencia. No lo será, en cambio, una duda que no los haga vacilar (duda despreciable), no lo es tampoco un capricho, un antojo, no es especulación o sospecha. En consecuencia, la prueba para condenar debe ser tan convincente que una persona razonable no vacilaría en confiar y actuar sobre ella. Por su parte el criterio de la certeza moral define el estándar de convicción en términos positivos. La certeza

es el estado del entendimiento que tiene los hechos por verdaderos luego de rechazar victoriosamente todos los motivos contrarios, o también, la firme creencia de estar en posesión de la verdad.

Se habla de certeza moral en oposición a certeza absoluta la cual solo es posible obtener en las ciencias exactas, mas no en la esfera empírica de los eventos. Entonces, teniendo en consideración que no es viable lograr la certeza absoluta en un sistema de justicia criminal, se recurre a la idea de certeza moral, consistente en el nivel más alto de certeza que un individuo (juez no prejuiciado) puede tener sobre los hechos en cuestión, resultando personalmente convencido sobre la verdad de los mismos.

6. EL PROCESO DE CONOCIMIENTO DE LA PRUEBA NECESARIO PARA LA CORRECTA VALORACIÓN

Todo juez para dar inicio al proceso de valoración, primeramente debe tener claro con qué pruebas cuenta; cuál es el contenido de las mismas; por quién y cómo fueron ofrecidas estas pruebas y si el fiscal ha logrado o no probar su teoría del caso. Como puede observarse, el primer foco de atención del juez es la teoría del caso del fiscal y no, en principio, la de la defensa. Un juicio penal consiste en que el acusador pruebe la acusación que sostiene, y no que el defensor pruebe la inocencia del inculpado. La cuestión que debe volver una y otra vez a la mente del juzgador en cada uno de los momentos del juicio es ¿cómo prueba esto la teoría del caso del fiscal? Por supuesto, en la mayoría de los juicios penales la defensa no va a adoptar una actitud meramente pasiva sino que va a aportar una teoría del caso exculpatoria o alternativa a la versión del fiscal (de no ser así que caso tendría haber llegado a esta etapa del proceso). Pero,

de nuevo, el valor que tiene esa teoría y la atención que le debe prestar el juez debe lograr un detrimento de la teoría del caso de cargo a través de la cual el fiscal debe superar la presunción de inocencia.

La teoría del caso -para ambas partes- consiste en aquel punto de vista que logra explicar en un todo coherente cuáles son los hechos que ocurrieron y de qué manera esos hechos se encuadran en una determinada teoría jurídica. Entonces, en la presentación de su caso, el Ministerio Público deberá presentar pruebas suficientes y creíbles para acreditar las proposiciones fácticas que alcancen a configurar cada uno de los elementos de que se componen las teorías jurídicas invocadas. La primera ayuda -y la primer restricción- con que cuenta el juez, entonces, está constituida por la teoría del caso del ministerio público, contenida en la acusación. Se trata de una ayuda -y de una restricción- en el sentido de que el juez deberá ir considerando si las pruebas aportadas son suficientes y creíbles para dar por acreditadas las proposiciones fácticas que requieren cada uno de los elementos de las teorías jurídicas invocadas por la fiscalía en su teoría del caso.

Supongamos, por ejemplo, que se pretende, con el testimonio de Pedro (víctima), probar la proposición fáctica de que fue amenazado por Juan con un cuchillo, sin embargo, en su examen directo, Pedro al referirse al arma con que fue amenazado declaró que se trataba de un cuchillo grande estilo militar y que, luego, reconoce como el arma en cuestión una pequeña navaja. En este caso, el juez podría estimar la prueba aportada respecto de la proposición fáctica “Juan amenazó a Pedro” como inverosímil y, en consecuencia, el elemento “intimidación” caería. Este es el tipo de razonamiento que, en principio, convoca la atención del juez penal, dada la prueba aportada por el ministerio público ¿pueden tenerse por probadas proposiciones fácticas que satisfagan todos y cada uno de los elementos de las teorías jurídicas que invocan? Este ejemplo, por

supuesto, viene a complejizarse con la intervención de la defensa. En efecto, toda la actividad de la defensa estará dirigida a mermar de una u otra manera el caso de la fiscalía, sea porque presenta un caso afirmativo propio (el ejemplo paradigmático es la defensa de coartada) o bien, porque directamente se dedica a denotar la falta de consistencia y credibilidad del caso de la fiscalía. En consecuencia, cuando el juez esté analizando el caso del ministerio público, no solo lo hará en relación a la coherencia interna y credibilidad que éste posea, sino también a la luz de la coherencia y credibilidad que ostenta la actividad de contradicción que realiza la defensa.

Quizás un testigo sea perfectamente coherente y verosímil si se considera aisladamente su testimonio pero, puesto en frente de un testigo más verosímil de la defensa cuyos dichos son diferentes, puede perder credibilidad. El juez, en consecuencia, deberá ser capaz de mantener una visión integral y amplia acerca de lo que está pasando en la totalidad del juicio tanto con el caso de la fiscalía como con el de la defensa. De una parte, entonces, el juez debe permanentemente preguntarse de qué manera la fiscalía está cumpliendo la promesa hecha en la acusación, aceptando o rechazando que determinados hechos se den por probados a partir del caso presentado por la fiscalía. Por otra parte, el juez debe estar permanentemente expuesto a que esas convicciones parciales y esa “disposición mental” vayan siendo modificadas por la actividad de la defensa.

Todo este entramado viene a complejizarse más aún cuando se le suma el rol del juez, en primer lugar, es posible que el juez estime que la versión de una de las partes es fiel a los hechos, pero que la actividad del abogado en cuestión sea deficiente y que, por ende, no ha logrado ser acreditada ¿qué debe hacer el juez en ese caso? Y todavía más, ¿cuál es la diferencia entre que dicha ineficiencia provenga del fiscal o del defensor? En este sentido, lo que debe emerger con claridad es el

rol del juez como controlador del caso que presenta el ministerio público, si la fiscalía no es capaz de presentar un caso sólido en contra de una persona y probarlo en juicio, el rol del juez es precisamente dar cuenta de esa incapacidad y absolver. La responsabilidad de ese fracaso en la persecución penal recae en el acusador y a él habrá que pedirle cuentas por ello. El caso de la defensa es más complejo y deberá al respecto haber elaboraciones judiciales más finas.

El proceso penal en un Estado democrático es precisamente un intento por minimizar la posibilidad de que un inocente sea erróneamente condenado. Esto no necesariamente debe llevar a los jueces a poder intervenir en favor del acusado cuando perciban que la defensa no está desempeñando un buen trabajo porque ellos son precisamente los garantes de un juicio justo. No obstante, es probable que respecto de la defensa el tribunal pueda tener una mayor flexibilidad al respecto, dicha flexibilidad podrá manifestarse en circunstancias como advertir al abogado que su desempeño profesional está siendo deficiente, utilizar las facultades que el código confiere a los jueces durante el debate e inclusive declarar un abandono de defensa y, siempre de telón de fondo, considerar que el fiscal no ha alcanzado a destruir la presunción de inocencia que opera sobre el acusado.

En segundo lugar, es posible que no se trate ya de optar por una de las versiones de las partes, sino que el juez estima que hay en el caso una tercera versión, hasta ahora no invocada. ¿Qué pasa si el tribunal opina que sí se ha cometido un delito, pero que no es aquél consignado por el fiscal en su acusación? A este respecto, debe tenerse en cuenta el principio acusatorio expresamente recogido en la mayoría de los códigos del sistema en estudio, “la sentencia condenatoria no podrá exceder el contenido de la acusación”. En consecuencia, no se podrá condenar por hechos o circunstancias no contenidos en ella. Con todo, el tribunal podrá dar

al hecho una calificación jurídica distinta de aquella contenida en la acusación o apreciar la concurrencia de causales modificatorias de la responsabilidad penal no incluidas en ella, siempre y cuando esta distinta calificación, solo modifique en su modalidad el delito por el que se acusó, no así el propio tipo penal que se invoca en la acusación. La lógica que opera tras esta norma es una nueva versión del mismo principio, el Estado, a través del ministerio público, le imputa a un individuo haber realizado ciertos hechos; pues bien, el rol del juez es precisamente controlar que el Estado pueda probar esos hechos precisos que ha imputado. La segunda parte de la norma, a su turno, responde a la lógica de erigir al juez como un garante del juego justo.

Ahora bien, todo lo expuesto en estas líneas –la idea de que el juez para fallar debe estar atento a cuáles son las teorías jurídicas invocadas, a los elementos que las configuran, a las proposiciones fácticas que satisfacen estos elementos y a la prueba que acredita estas proposiciones fácticas- supone más que ninguna otra cosa una comprensión cabal del sistema de valoración de la prueba, tanto en su dimensión normativa (sistema de valoración) como práctica (elementos de credibilidad).

Otra más de las principales preocupaciones prácticas que se tiene por parte de los jueces dentro del juicio oral es la de capturar y retener la información que en él se produzca. Esta preocupación tiene dos temas centrales: 1) la función que cumple el registro en el juicio oral y 2) las notas que debe tomar para sí el juez durante el desarrollo del juicio.

Uno de los pilares de la reforma es la idea de que los jueces solo pueden fallar utilizando como base pruebas cuya producción hayan percibido directamente. Esta idea se conoce como el “principio de inmediación” el que exige, precisamente, que nada medie entre la prueba presentada y el juez que resuelve de conformidad con ella. Este principio es el que justifica la oralidad

de los procesos, como el medio de garantizar una relación inmediata entre el juez y la prueba, mientras que la escrituración de la misma atentaría contra dicho principio. De este modo, cuando la prueba es escriturada en actas o registro y el juez resuelve con base a esa escrituración y no sobre un recuerdo fresco de la prueba producida, el principio queda vulnerado. Si el juez falla sobre actas o registros se privaría de numerosos elementos de juicio respecto de la prueba producida, y no estaría, en consecuencia, en condiciones de valorarla correctamente. Sin embargo, tener registro de lo acontecido en el juicio tiene ventajas obvias en cuanto permite fijar las declaraciones de los testigos o las actuaciones de las partes, con su consecuente utilidad tanto en el juicio mismo como en el sistema de recursos. La principal cuestión que surge en torno a esto, entonces, es de carácter más bien operativo que jurídico ¿cómo evitar el riesgo evidente de que, habiendo registros de la audiencia, los jueces fallen sobre dichos registros y no sobre el recuerdo fresco de la prueba producida en el juicio? Por supuesto, mientras mayor sea la fidelidad del registro tanto mayores sus ventajas prácticas y tanta más intensa la tentación de burlar la inmediación a través de ellos. Los puntos que deberían consolidarse respecto del uso de los registros de acuerdo a Andrés Baytelman A. y Juan Enrique Vargas son los siguientes:

Los jueces nunca deben fallar sobre información de la que no tengan imágenes directas.

Los jueces deben comprender con claridad que la utilización de registros disminuye la intervención de su propio razonamiento y limita, en consecuencia, el rol que están llamados a cumplir.

La principal función del registro debe ser posibilitar el sistema de recursos.

El registro podría, eventualmente, ser usado para acceder a cualquier afirmación de manera precisa de

un testigo o parte, aunque con un uso restringido a la afirmación en cuestión y nunca sustituyendo la memoria del tribunal (Baytelman y Vargas, 1999, p. 42).

Por lo anterior, resulta también incuestionable, que el juez, de manera personal, debe inevitablemente tomar notas durante el juicio. Ésta no es una obligación normativa sino que tiene relación con un modo de desarrollar profesionalmente su labor. Las notas del juez son personales y son parte de su trabajo profesional, como lo es para las partes la elaboración de la teoría del caso, ésta es, por excelencia, la forma en que el juez captura la información, únicamente él sabe qué información le es relevante para formar finalmente su convicción y, puesto que la información es mucha y de diversa naturaleza, solo él sabe cómo quiere registrarla para utilizarla luego con claridad al momento de deliberar. Estas notas no están en consecuencia abiertas a las partes y para éstas no tienen ninguna importancia sino en la medida en que se manifiestan en el razonamiento judicial expresado en la sentencia. Las notas del juez debieran -preparando la decisión final- apuntar básicamente a dos tipos de cuestiones: hechos y valoraciones.

Así entonces, el acto de la valoración, constituye la parte esencial de la función judicial e incluso ministerial, pues en la medida en que desde la investigación el fiscal haga uso correcto de las reglas de valoración, en la estimación probatoria que debe hacer en relación con los medios de convicción recogidos durante esa etapa, su decisión de acusar o no se acercará más a los ideales de la procuración de justicia y también a la decisión final que tomará el juez en caso de haber acusado.

BIBLIOGRAFÍA

- Baytelman A, Andrés y Vargas V, Juan Enrique (1999), “Habilidades y Destrezas de los jueces en la conducción y resolución de los juicios orales”, *Apoyo de las Naciones Unidas para el Desarrollo*. Disponible en: <http://pgje.chiapas.gob.mx/sistemaprocesal/Info/4ProcesoPenal/2MaterialExplicativo/C-EtapaJuicioOral/9RoldelosJuecesenconduccionresolucionjuiciosorales.pdf> [22 de septiembre de 2014].
- Cabrera Zegovia, Juan Carlos, (s/f), “Algunos apuntes doctrinarios sobre la prueba y la prueba prohibida” *Derecho y cambio social*, número 04. Disponible en: <http://www.derechoycambiosocial.com/revista004/probanza.htm> [11 de julio de 2014].
- Cernelutti, Francesco (1982), *La Prueba Civil*, Buenos Aires, ediciones Depalma.
- Consejo de la Judicatura Federal (s/f), “Valoración de las pruebas”. Disponible en: <http://sncedj.ijf.cjf.gob.mx/Doctos/IntrFuncionJuris/TeoriaPrueba/Docs/5.3.Teoria%20de%20la%20prueba.pdf> [15 de agosto de 2014].
- Couture, J. Eduardo (2002), *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Montevideo, Editorial B de F.
- Devis Echandía, Hernando (1966), “Contenido, naturaleza y técnica de la valoración de la prueba judicial”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. 1.
- Devis Echandía, Hernando, (1981), *Teoría General de la Prueba Judicial*, Tomo I, Buenos Aires, Cárdenas Editor y Distribuidor.

- Díaz Alabart, Silvia y Manuel Albaladejo García (1986), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid, Editorial de Derecho Reunidas SA.
- Díaz de León, Marco Antonio (2004), *Tratado sobre las pruebas penales*, México DF, Porrúa.
- Estrampes, Miranda (1997), *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Barcelona, Bosch Editor.
- González Lagier, Daniel (2007), *Quaestio facti*, Colombia, Palestra Editores.
- Muñoz Conde, Francisco (2003), *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Argentina, ed. Hamurabi.
- Sandoval Delgado, Emiliano (2011), “La libre valoración de la prueba en los juicios orales: su significado actual”, *Letras Jurídicas*, número 13, otoño de 2011.
- Sentís Melendo, Santiago (1973), “Qué es la prueba (Naturaleza de la prueba)”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. 2-3, p. 259-260.
- Serra Domínguez, Manuel (1962), “Contribución al estudio de la prueba”, *Revista Jurídica de Cataluña*, p. 318.
- Tribunal Supremo (Sala Segunda), *Auto 18 de junio de 1992 (Causa Especial 610/90)*, ponente Ruiz Vadillo.

