



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

FACULTAD DE DERECHO

**La configuración jurisprudencial de
los derechos fundamentales.
El caso del derecho a la
“no autoincriminación”**

PRESENTA:

Maciel Berenice Salazar Sánchez

**Tesis para obtener el grado de
licenciada en Derecho**

**DIRECTOR DE TESIS:
Dr. José María Serna de la Garza**



2013



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

Oficio directo de seminariooficio asesor

*A mis amores eternos:
Mis padres*

«alcanzar una comprensión adecuada del
comportamiento judicial reviste un interés
mucho mayor que el meramente académico;
es una clave para reformar el derecho»

Richard, POSNER

AGRADECIMIENTOS

La realización del presente trabajo hubiera sido imposible sin la intervención de los tres pilares de mi vida profesional: la Dra. Ana Laura Magaloni, el Dr. César E. Hernández y el Dr. José Ma. Serna de la Garza.

El Dr. Serna me brindó la primera oportunidad de acercarme al mundo de la investigación y, años después, aceptó amablemente dirigir el trabajo que ahora me permite obtener el título de licenciada en derecho. Por su parte, el Dr. César es el responsable del desarrollo de una pasión por la investigación y, lo más importante, ha sido mi guía para determinar objetivos e imponerme siempre, metas más altas. Finalmente, la Dra. Ana Laura es mi ejemplo de mujer a seguir. Ella revivió en mí la preocupación por la justicia y por la consolidación de un verdadero Estado democrático constitucional, pero sobre todo, me llevó a ampliar mis horizontes y acompañar la reflexión con la acción.

No menos fundamental ha sido el apoyo de mi familia. Mi madre y mi padre han sido fuente de los valores y principios que definen mi forma de ver la vida y que alimentan mis más grandes sueños. A ellos gracias.

Sin embargo, he tenido la fortuna de ser apoyada y amada por un mayor grupo de personas. Le agradezco a Jorge, Betty, Alan y Luis haberme brindado su calor de hogar y apoyo en momentos esenciales de mi vida. También, le doy gracias a mi abuela por todo su amor.

Finalmente, merecen especial reconocimiento aquellas personas que han caminado junto a mí a lo largo de los años. Miriam, Lucero, Mayte, Sofía, Daniel y Lorena. Las experiencias vividas a su lado forman parte de los mejores recuerdos e incentivan la construcción de un nosotros resistente al paso del tiempo.

Gracias a ellos, por todo.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	10
CAPÍTULO PRIMERO: LOS ORÍGENES DEL DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN.....	16
1. Controversia en torno al origen del derecho	16
2. Origen de la máxima «Nemo tenetur».....	19
A. Confesión, tortura y juramento.....	20
3. Evolución de la máxima «nemo tenetur» en el Common Law.....	22
A. Historia tradicional del derecho a la no autoincriminación	22
B. Historia contemporánea	25
C. Estados Unidos.....	34
4. Evolución en el sistema de derecho civil codificado.....	39
A. México.....	43
5. Conclusiones.....	52
CAPÍTULO SEGUNDO: EL DERECHO DEL INCULPADO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN Y SUS COSTOS EN EL PROCESO PENAL.....	54
1. Características de los modelos inquisitivo y acusatorio en relación al derecho a la no autoincriminación	56
B. La verdad y el papel del juez en el proceso penal	57
C. El contenido del derecho a la no autoincriminación	60
D. La regla de exclusión de la prueba ilícita	64
2. Poder Judicial: Nuevas coordenadas democráticas hacia la construcción jurisprudencial de los derechos	67
A. Del legislador negativo a una corte protectora de derechos humanos .	68
B. Corte protectora de derechos	70
A. Un caso paradigmático: Miranda v. Arizona.....	72

3.	Conclusiones.....	79
CAPÍTULO TERCERO: EL DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN EN MÉXICO		82
1.	El marco jurídico mexicano de la no autoincriminación.....	84
2.	El sistema de justicia en el régimen priista del s. XX.	88
3.	La justicia penal en un régimen autoritario.....	89
4.	Eficacia del derecho a la no autoincriminación	91
A.	Violencia sufrida por tipo de autoridad.....	92
B.	Eficacia del derecho a la no autoincriminación en la detención	95
C.	Eficacia del derecho a la no autoincriminación en las agencias del ministerio público	97
D.	Eficacia del derecho a la no autoincriminación en el juicio penal.....	102
5.	Algunas otras evidencias	103
6.	Conclusiones.....	105
CAPÍTULO CUARTO: CONFIGURACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO CONSTITUCIONAL DEL INculpADO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN		107
1.	Análisis de las tesis aisladas y jurisprudenciales en relación al derecho a la no autoincriminación	108
A.	Primer filtro.....	110
B.	Segundo filtro.....	111
2.	Análisis cualitativo de las tesis aisladas y jurisprudenciales en relación al derecho a la no autoincriminación.	112
A.	Análisis de las tesis encontradas bajo la voz «autoincriminación»	113
A.	Análisis de las tesis encontradas bajo la voz «confesión».....	116
B.	Análisis de las tesis encontradas bajo la voz «intimidación y tortura»	135

3.	Conclusiones respecto a la configuración jurisprudencial del derecho a la no autoincriminación.....	137
CAPÍTULO QUINTO: NUEVOS HORIZONTES Y PARADIGMAS EN EL DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN DEL INCULPADO.....		
1.	Hacia una Suprema Corte protectora de los derechos humanos.....	139
A.	Reforma constitucional en seguridad y justicia	142
B.	Reforma constitucional en materia de amparo.....	145
C.	Reforma constitucional en materia de derechos humanos	146
D.	Resolución de la Suprema Corte de Justicia en el Caso Radilla	149
E.	Resolución de la Suprema Corte sobre el Caso Radilla	152
F.	Décima época	154
2.	La configuración del derecho a la no autoincriminación en la jurisprudencia de la CIDH	155
A.	El derecho a la no autoincriminación en el sistema interamericano....	156
B.	Castillo Petruzzi y Otros v. Perú	157
C.	Cantoral Benavides vs. Perú.....	158
D.	Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala	160
E.	Tibi vs. Ecuador	161
3.	Conclusiones: ¿Cuándo se viola el derecho a guardar silencio?	171
CONCLUSIONES.....		173
BIBLIOGRAFÍA		182
ANEXO I.....		188
ANEXO II.....		189
ANEXO III.....		193

INTRODUCCIÓN

Desde finales de la década de los 90's, se vivieron importantes cambios normativos e institucionales que llevaron a México a la transición democrática en el 2000. En el corazón de estos cambios, se encuentran las reformas electorales del periodo 1990-1996 por las cuales se aprobó el COFIPE, se crearon el IFE y el tribunal electoral como instituciones apartidistas, y la reforma al poder judicial de 1994 que sentó la bases para la evolución de la Suprema Corte en un tribunal constitucional.¹ Sin embargo, las nuevas coordenadas democráticas del país no han impactado de forma cabal en la manera en que los jueces conciben su papel y aplican el derecho.

En México, la vocación legalista y positivista del derecho se mantiene como un residuo de los años del priismo del siglo pasado y se refleja sobre todo en la opinión que se tiene –aun inconscientemente- de la función de los jueces y en su forma de resolver los casos en los que se juega la eficacia de los derechos constitucionales.

El sistema instaurado durante los años del gobierno priista requería de un poder judicial sumiso que se viera a sí mismo como un simple mecánico del derecho. Esta actuación era conforme a una concepción positivista y legalista del derecho, en cual éste se concibe como un sistema de normas generales y abstractas, cerrado, coherente y autosuficiente. De ahí que el juez no estuviera llamado a interpretar ni a velar por los derechos, sino que su función se reducía a aplicar la norma al caso en concreto. Bajo esta visión, no resultaba extraño que el derecho quedase en muchas ocasiones en letra muerta o en «simples formalismos».

Sin embargo, el estado constitucional democrático es incompatible con esta visión positivista-legalista. En una democracia constitucional existe un núcleo conformado por los derechos y principios más preciados de la sociedad, cuya eficacia debe ser velada por todos los poderes, entre ellos, los jueces. Este núcleo

¹ MÉNDEZ DE HOYOS, Irma, *Transición a la democracia en México: competencia partidista y reformas electorales, 1977-2003*, México, Fontamara-FLACSO, 2006, p. 19.

está en la constitución y dada su naturaleza axiológica exigen una concepción distinta del poder judicial para su eficacia. De acuerdo con ZAGREBELSKI, a diferencia de las reglas, los principios:

«remiten a tradiciones históricas, contextos de significado, etc. y que, más que ser ´interpretadas´ a través del análisis del lenguaje, deben ser entendidas en su *ethos*. En pocas palabras a las reglas se les obedece [...] a los principios se les presta adhesión y por ello, es importante comprender el mundo de los valores, las grandes opciones de la cultura jurídica de la que forman parte y a las palabras que no hacen sino una simple alusión.»²

Frente a esta tendencia «axiologizante» de la norma constitucional³, el juez se ve obligado a abandonar su papel de mecánico del derecho para dar lugar a la naturaleza práctica del derecho, preocupándose de su idoneidad para disciplinar efectivamente la realidad conforme a sus valores y principios. El juez, y específicamente el juez constitucional, deben velar por los principios consagrados en la norma suprema y no someterse -sin reflexionar- a la interpretación dada por el legislador. Es por ello que esta forma de actuación judicial se confronta a la visión positivista del derecho y la sustituye por una visión que sitúa a los principios como criterios de valor de la realidad.

De forma adicional a los problemas mencionados, en la justicia penal se agregan nuevos conflictos provocados por la inseguridad y la contención del crimen sin salida aparente. Según el ex juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sergio GARCÍA RAMÍREZ, estos grandes problemas giran en torno al falso dilema entre debido proceso (*due process*) y contención del crimen (*crime control*), o bien, entre la eficacia de la persecución penal instalada y la seguridad pública sobre el respeto a los derechos humanos⁴.

² ZAGREBELSKY, Gustavo, *Derecho Dúctil. Ley, derechos y justicia*, Madrid, Editorial Trotta, 10 ed., 2011, p. 124. (Énfasis propio)

³ RUBIO LLORENTE, Francisco, *La forma del poder (Escritos sobre la Constitución)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 608 y 610.

⁴ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, "El debido proceso. Concepto general y regulación en la convención americana sobre derechos humanos", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas- UNAM, México, núm. 117, párr. 38.

Desafortunadamente, cuando el Estado se ve incapaz de contener la inseguridad y la violencia, el miedo nutre el deseo de la implantación de políticas de seguridad de «mano dura», donde los «malos» no deben de tener derechos. En este sentido, las prácticas policiales arbitrarias y las políticas criminales en contra del crimen organizado y del terrorismo ponen a prueba el compromiso de los tribunales y las sociedades con el respeto a los derechos.

Por ello, esta tesis pretende unir dos mundos que en el debate público y académico suelen analizarse de forma separada. Por un lado, las prácticas autoritarias que prevalecen en el sistema de procuración e impartición de justicia mexicano y, por el otro, la función de la Corte Suprema y de los Tribunales Colegiados de Circuito como intérpretes últimos del derecho y encargados de velar por su eficacia.

Para llevarlo a cabo se analiza a profundidad uno de los derechos constitucionales más importantes del acusado: la no autoincriminación. A decir de Claus ROXIN, el derecho procesal penal es el sismógrafo de la Constitución de un Estado⁵, y es en el interrogatorio y en la valoración de la confesión del inculcado, donde se percibe el mayor compromiso de un Estado con los derechos. Resulta ser entonces, la autoincriminación un indicador del autoritarismo del Estado para la imposición de un castigo, inherente a un sistema autoritario y enemigo natural de la democracia constitucional.

En México, la no autoincriminación tiene sus orígenes constitucionales desde 1812 en la Constitución de Cádiz y, aun en nuestros tiempos su eficacia no puede ser afirmada. En busca de una explicación, se adopta la tesis desarrollada por Ana Laura MAGALONI y Ana María IBARRA: la ineficacia de los derechos en el sistema de procuración e impartición de justicia se debe en parte, a la inadecuada construcción jurisprudencial de los derechos constitucionales del inculcado por los

⁵ ROXIN, Claus, "Involuntary self-incrimination and the right to privacy in criminal proceedings", *Israel Law Review*, Jerusalem, Hebrew University Faculty of Law, vol. 31, n. 1-3, Winter-Summer, 1997, p. 75. Véase también BACIGALUPO, Enrique, *El debido proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005, 263 pp.

tribunales mexicanos.⁶ Las autoras consideran que de manera similar a lo que sucede a las policías y a los ministerios públicos, la transición política hacia la democracia no ha alcanzado a instaurar una transición legal que modifique la manera en cómo los jueces conciben su función judicial dentro de un Estado constitucional democrático.

Por tanto, la hipótesis central de este trabajo consiste en afirmar que en México los jueces han interpretado y aplicado el derecho a la no autoincriminación: 1) en un sentido formalista y aislado, sin dotarlo de contenido axiológico; y 2) no han establecido las consecuencias jurídicas o sanciones necesarias de su violación en el proceso. Ambos, elementos necesarios para llevar el derecho a la no autoincriminación al plano de la realidad.

Para demostrar lo anterior se analiza histórica, teórica y empíricamente el contenido y los alcances del derecho constitucional a la no autoincriminación. En el primer capítulo se estudian las teorías sobre sus orígenes. Por un lado, aquellas que los atribuyen a la evolución de la máxima «*nemo tenetur*» en el derecho romano y en el *ius commune*, por el otro las teorías que lo consideran una conquista de los tribunales del *common law*. Esto, con la finalidad de trazar una línea entre sus raíces y su trayectoria en el derecho constitucional mexicano que lleve a conocer su *ethos*, es decir, que ayude a comprender los valores y principios que nutrieron su creación y evolución a través de la historia.

Posteriormente, el capítulo segundo busca profundizar más sobre el significado y contenido del derecho a la no autoincriminación a través de relacionar su historia con el contenido que le ha sido atribuido por la doctrina y por los tribunales constitucionales en su interpretación. Adicionalmente, éste y el primer capítulo persiguen un segundo objetivo: determinar las variables que llevan el derecho a la no autoincriminación a la realidad. Ello, con miras a estudiar posteriormente, si los

⁶ MAGALONI, Ana Laura e IBARRA, Ana María, `La configuración jurisprudencial de los derechos fundamentales. El caso del derecho constitucional a una "defensa adecuada`, Cuestiones Constitucionales, México, núm. 19, julio-diciembre, 2008.

jueces mexicanos han proveído al cumplimiento de dichas variables, y por tanto, de su eficacia.

En un tercer capítulo, el análisis se lleva al plano mexicano. Se analizan las disposiciones constitucionales y legales más importantes del derecho positivo en relación al derecho a la no autoincriminación. Asimismo, con la finalidad de conocer el nivel de eficacia de dicho derecho se estudia el contexto en el que se han venido aplicando las normas analizadas desde una perspectiva teórica pero sobretodo empírica, a través del análisis de los datos disponibles que tratan de la realidad del sistema penal y de procuración de justicia y del derecho a la no autoincriminación.

El cuarto capítulo se encarga de comprobar la hipótesis central de este trabajo. Durante muchos años, el Poder Judicial no sirvió de un verdadero control que permitiera la realización de juicios justos conforme a los valores y principios constitucionales, sino al contrario, avaló las actuaciones arbitrarias de las policías y los ministerios públicos, dejando de lado su función de instrumento de defensa de los derechos.

Para demostrarlo, se estudia la interpretación del derecho a la no autoincriminación realizada por los tribunales mexicanos durante la Novena Época. Este estudio se basa en las tesis aisladas y jurisprudenciales de dicha época con una clara justificación. La Novena Época se inició con la reforma constitucional de 1994, que tuvo como uno de sus principales objetivos configurar una jurisdicción constitucional acorde con las nuevas coordenadas democráticas del país, en un sentido refundacional del Poder Judicial. En este contexto, se esperaba que los criterios judiciales de la Novena Época se diferenciaran de aquellos emitidos durante el autoritarismo. De ahí que, estudiar la Novena Época significa analizar hasta qué punto los jueces se comprometieron con su papel en concordancia con los cambios políticos y el discurso democrático iniciado en los 90's en México.

No obstante esta investigación no deja de lado los recientes avances proyectados desde los poderes legislativo y judicial para proveer a la eficacia de los derechos de los ciudadanos de a pie. Por ello, en el quinto capítulo se hace un recuento de las reformas en materia de seguridad y justicia penal de junio de 2008, a las reformas al juicio de amparo y en materia de derechos humanos aprobadas en 2011. También se analiza el caso Radilla y sus importantísimos efectos en el nuevo paradigma de protección de los derechos humanos y en las bases del control constitucional y convencional «difusos» en México, y por el cual todos los jueces están obligados a ejercer dichos controles.

Por lo anterior, se finaliza esta investigación con una exploración de las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de los criterios establecidos por la Corte Interamericana respecto al derecho a la no autoincriminación, con la única intención de mostrar los criterios de interpretación a los que tendrán que someterse los jueces mexicanos sobre este derecho en su papel de defensores de derechos a nivel convencional.

En último apartado, se presenta un apartado de conclusiones con el objetivo de contribuir a la mejor comprensión del derecho a la no autoincriminación y a su configuración jurisprudencial futura.

CAPÍTULO PRIMERO: LOS ORÍGENES DEL DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN

«Hay un alto grado de pereza en ello.
Es mucho más placentero sentarse
confortablemente en la sombra frotando
pimiento en los ojos de un pobre diablo,
que andar a la luz del día
persiguiendo evidencia.»
ANÓNIMO⁷

1. Controversia en torno al origen del derecho

Los orígenes del derecho a la no autoincriminación son inciertos y, por tanto controvertidos. Tradicionalmente, siguiendo las investigaciones de John WIGMORE –profesor de la Universidad Northwestern- y Leonard LEVY -ganador del premio *Pulitzer Prize for History* en 1969- se ha considerado el derecho a la no autoincriminación como una conquista del *common law* en el siglo XVII en contra de las prácticas «inquisitorias» que los tribunales eclesiásticos habían adoptado de la tradición jurídica del derecho civil.⁸

Bajo esta óptica, el derecho a la no autoincriminación es el producto de la confrontación del principio «*nemo tenetur se ipsum accusare*» (nadie tiene que acusarse a sí mismo)⁹ entre dos sistemas penales rivales. Por un lado, el derecho

⁷ «*There is a great deal of laziness in it. It is far pleasanter to sit comfortably in the shade rubbing red pepper into a poor devil's eyes than to go about in the sun hunting up evidence.*» De acuerdo con STEPHEN -citado por el profesor TEDESCO de la Universidad de Buenos Aires- esta frase pertenece a un experimentado oficial civil indio, en ocasión de las discusiones que tuvieron lugar al establecerse el Código de Procedimientos Criminal de 1872 en la República de la India. Asimismo, dicha frase es citada por G. MARTIN, Arthur, "The Privilege Against Self Incrimination Endangered", *The Canadian Bar Journal*, vol. 5, n° 1, febrero, 1962, p. 6; y por NOONAN, John T. Jr., "Inferences from the Invocation of the Privilege Against Self-Incrimination," *Virginia Law Review*, abril, 1955, vol. 41, n° 8, p. 312. Véase TEDESCO F., Ignacio, "La libertad de la declaración del imputado: un análisis histórico-comparativo", ponencia presentada en el seminario *Garantías penales y procesales penales. Una perspectiva histórico-comparada*, a cargo del Profesor Edmundo S. HENDLER, Departamento de Derecho Penal y Criminología, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, mayo, 2000.

⁸ Véase LEVY W., Leonard, *Origins of the Fifth Amendment: The Right Against Self-Incrimination*, 2da. ed., Nueva York, Macmillan, 1986, pp. 433-441.

⁹ Algunos autores como John WIGMORE e Irene ROSENBERG junto a la máxima «*nemo tenetur se ipsum accusare*» asocian otras máximas o aforismos que eran utilizados como límites a los interrogatorios y que dotaron de contenido al derecho a la no autoincriminación. Éstos son: «*nemo*

inglés del *common law* a favor de los derechos y libertades del inculpado. Por el lado opuesto, la tradición del derecho romano y la inquisición como amenazas de los derechos del inculpado. Siendo entonces, el triunfo de los operadores del *common law*, el dar vigencia y contenido a la máxima «*nemo tenetur*» para lograr que el inculpado no fuese obligado a responder preguntas autoincriminatorias.

Sin embargo investigaciones más recientes, entre las que destacan las desarrolladas por los profesores Richard HELMHOLZ -Universidad de Chicago-, y John LANGBEIN -Universidad de Yale- cuestionan que los tribunales del *common law* sean la fuente real de dicho derecho y rechazan que su contenido y vigencia sea el resultado del triunfo sobre la tradición romano-canónica. Esta segunda visión, sostiene que el derecho a la no autoincriminación es producto de la evolución de la máxima «*nemo tenetur*», proveniente del derecho canónico, retomada por el *ius commune* y adaptada, posteriormente, por la tradición del *common law*.¹⁰ Siendo entonces, el contenido del derecho a la no autoincriminación diverso en cada etapa de la historia por estar supeditado a las características del proceso penal en el que se desarrolla y, su configuración actual, nace hasta el establecimiento del proceso adversarial a finales del siglo

tenetur seipsum prodere» (ningún hombre podrá ser forzado a producir evidencia contra sí mismo), «*nemo punitur sine accusatore*» (nadie puede ser castigado en ausencia de una acusación) y «*nemo tenetur detegere turpitudinem*» (nadie puede ser forzado a revelar su propia vergüenza). Véase WIGMORE, John, "Nemo Tenetur Seipsum Procere", *Harvard Law Review*, vol. 5, n. 2, mayo 1891, pp. 71-88. Véase también, Sentencia a la causa N. 13.584 del Juzgado de Garantías N.1, Martín, Argentina, 23 de abril de 2008. En esta sentencia, el juez estudia el origen del derecho a la no autoincriminación para resolver sobre la nulidad de una confesión tomada bajo protesta y juramento por la coinculpada, en violación a su derecho a la no autoincriminación). Disponible en <http://new.pensamientopenal.com.ar/01052008/pereyra.pdf> (liga válida al 11 de noviembre de 2012)

¹⁰ HELMHOLZ, Richard, "Originis of the Privilegie Against Self-Incrimination: The Rule of the European *Ius commune*", *N.Y.U. Law Review*, vol. 65, 1990, pp. 967, 970-972, 975-987. Dentro del mismo grupo de doctrinarios que sostienen que la garantía contra la auto incriminación es el resultado directo de la máxima, y que ella debe ser juzgada a la luz de los cambios históricos del proceso (su evolución), se encuentran GRAY, Charles M. "Prohibitions and the privilehe against self-incrimination", en *Tudor Rule and Revolution: Essays for G.R. Elton from His American Friends*, Delloyd J. Guth & Jouhn McKena (ed.), 1982; MACNAIR, M.R.T., "Early Development of the Privilege Against Self-Incrimination", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 10, n. 1, primavera de 1990; LANGBEIN, John H., *The Historical Origins of the Privilege Against Self-Incrimination at Common Law*, Michigan Law Review, vol. 92, 1994, p.1047; MOGLEN, Eben, *Taking the Fifth; Reconsidering the Origins of the Constitutional Privilege Against Self- Incrimination*, Michigan Law Review, vol. 92, 1992, p.1086.

XVIII, a la luz de la presunción de inocencia y del derecho a la defensa. En tal sentido, el origen de dicho derecho no se encuentra en los Tribunales del *common law* sino en la labor del defensor.

Las anteriores diferencias, que pudieran actualmente parecer irrelevantes en el estudio del derecho a la no autoincriminación, se reflejan en los límites o alcances generales del derecho a la no autoincriminación aceptados por el legislador, retomados por el juez en su interpretación en el caso en concreto y que resultan puntos determinantes de los casos más controvertibles.

Aquellos más apegados a la historia tradicional, que consideran el derecho a la no autoincriminación un hito del triunfo de una sociedad más civilizada y protectora del individuo, oponen el derecho a la no autoincriminación a la facultad punitiva del Estado prácticamente de manera absoluta. En este sentido, el inculpado frente a una acusación goza del derecho al silencio y bajo ningún supuesto puede ser requerido a hablar. En contraste, aquellos que consideran que el derecho a la no autoincriminación es un derecho más flexible y resultado directo de la evolución de la máxima «*nemo tenetur*», determinan su significado y alcances tomando como base el escenario del proceso. Por tanto, en un contexto en el cual se garantiza al inculpado sus derechos al debido proceso y sin que exista un contexto coactivo en el interrogatorio, aquél no puede negarse a hablar, y por lo tanto, la no autoincriminación no involucra un derecho al silencio.¹¹

Ahora bien, con el objetivo de conocer los factores que dieron origen al derecho a la no autoincriminación y conocer su significado desde una perspectiva histórica, es necesario prestar atención al origen de la máxima «*nemo tenetur se ipsum accusare*», así como a cada uno de los grandes caminos de su evolución en el sistema del *common law* y en la tradición romano-canónica o de derecho codificado. De tal manera, la historia de dicho derecho se abordará en tres apartados: 1) origen de la máxima «*nemo tenetur*»; 2) evolución en la tradición del *common law*; y 3) evolución en el sistema de derecho civil codificado.

¹¹ Sentencia a la causa N. 13.584, Argentina, *op.cit.*

Posteriormente, se hará una revisión de su trayectoria en el derecho constitucional mexicano con la finalidad de conocer cómo ha sido entendido el derecho a la no autoincriminación por el constituyente.

2. Origen de la máxima «*Nemo tenetur*»

Las raíces más antiguas del derecho a la no autoincriminación se remontan a la máxima «*nemo tenetur se ipsum accusare*», cuyo uso se asocia en posición a las prácticas inculpativas de los interrogatorios. Algunos autores adjudican la aparición de la máxima al Talmud o a las enseñanzas de RAVA, otros al derecho romano y al derecho canónico.¹² No obstante las fuentes escritas más antiguas sobre la máxima, la muestran como una expresión de la Iglesia Católica y la atribuyen a San Juan CRISÓSTOMO, patriarca de la Iglesia de Constantinopla que en el siglo IV escribió: «Yo no digo que usted debe traicionarse en público, ni debe acusarse ante otros, pero usted debe obedecer al profeta cuando dijo «revele sus asuntos al Señor».¹³

Posteriormente, la máxima «*nemo tenetur*» fue reafirmada en la *Glossa Decretals* (Decreto de Graciano) emitido por el Papa GREGORIO IX en 1234 y por la que dispuso, la compilación del derecho canónico en el *Corpus Iuris Canonici*.¹⁴ Años más tarde, la máxima fue aplicada por el Papa INOCENCIO IV (1243-1254) bajo la expresión «*nemo dicendum et ut se prodat in publicum*» (nadie debe decir algo que lo traicione públicamente) y fue comentada por PANORMITANUS. Ambos personajes, son considerados los escritores más influyentes en el derecho canónico de la Edad Media.¹⁵

¹² Véase TEDESCO F., Ignacio, *op. cit.*

¹³ ALSCHULER W., Albert, "A Peculiar Privilege in Historical Perspective: The Right to Remain Silent", *Michigan Law Review*, vol. 94, n. 8, agosto, 1996, p. 2640.

¹⁴ HELMHOLZ, Richard, *op. cit.*, p. 967. La regla contenida en esta glosa expresaba "*Sed contra videtur quod non tencatur respondere quia nemo tenetur prodere se*" la cual ha sido traducida como "pero recíprocamente parece que no pueden obligar a que nadie responde si por ello se obliga a traicionarse".

¹⁵ HELMHOLZ, Richard, *Idem*.

A. Confesión, tortura y juramento

Paradójicamente, junto a las alusiones del derecho canónico a la máxima «*nemo tenetur*» por las cuales, podría pensarse que el inculpado era protegido para no autoincriminarse, se encuentran el juramento y la tortura como mecanismos para obtener su confesión. A partir del siglo III, la confesión del inculpado se consideraba una obligación cristiana bajo el argumento correccionalista de regresar al inculpado al camino de Dios. Esta obligación impulsó el interés por la búsqueda de la confesión y el correlativo sometimiento al castigo, los cuales se justificaban por ser signos de arrepentimiento y corrección del inculpado.

Lo anterior sugiere que la no autoincriminación tenía en el derecho canónico una función distinta a la de garantizar un derecho al silencio. Al respecto, ALSCHULER, señala que probablemente la no autoincriminación era un criterio pragmático que se entendía como la falta de obligación del inculpado de revelar «públicamente» aquellos pecados que pudieran originar procesos penales. Dado que, exigir la revelación pública de la culpabilidad o la sumisión al castigo popular de los hombres disminuiría su voluntad de confesar los pecados y, la confesión, no el silencio, era buena para el alma.¹⁶

En este sentido, resulta útil para comprender la historia y alcances del derecho a la no autoincriminación estudiar la dinámica del proceso penal en relación al uso del juramento y la tortura para la obtención de las confesiones. Elementos antagónicos del derecho a la no autoincriminación y que tuvieron su máxima expresión en el proceso «*ex officio*».

a. Proceso «*ex officio*»

En el siglo XII, bajo la influencia del Papa INOCENCIO III (1161-1216), se introdujo en los tribunales eclesiásticos el juramento inquisitivo (*inquisitio ex officio*) con la finalidad de averiguar la verdad material en aquellos casos en que la religión y la fe se vieran fuertemente amenazadas. El juramento primero se aplicó a clérigos,

¹⁶ ALSCHULER W., Albert, *op. cit.*, p. 2640.

después a ciertos laicos como los cruzados, posteriormente en contra de los atacantes a la fe y, finalmente, en contra de cualquier persona que se opusiera a los intereses de la Iglesia.¹⁷

El proceso «*ex officio*» implicaba la interrogación activa del acusado bajo juramento por el juez. El procedimiento significaba en la realidad que, cualquier individuo podía ser llamado ante la corte y debía responder a un amplio interrogatorio sobre sus asuntos personales, sin justificarle la naturaleza y la fuerza de las acusaciones en su contra.¹⁸ Este escenario, posteriormente fue aún más desafortunado en 1252, año en el que el Papa INOCENCIO IV autorizó la tortura en la bula «*Ad extirpanda*».

En este contexto -siendo la confesión el camino idóneo para la salvación del alma- la solicitud de información del inculpado sobre la acusación y, más aún, su silencio para confesar su delito, eran vistos como un reflejo de la mala fe y una fuerte falta a la obligación cristiana del arrepentimiento.¹⁹ En consecuencia, la confesión cumplía con dos funciones: era el medio para la salvación del acusado y el medio de prueba idóneo para la imposición de una pena.

Es así como en la Edad Media, la confesión adquirió su carácter vital dentro del proceso penal, y se sentaron las bases para que la tortura se convirtiera en Francia en el principal mecanismo de obtención de la verdad a partir del siglo XIII. Asimismo, el proceso «*ex officio*» fue adoptado por las cortes eclesiásticas inglesas para controlar la rebelión en contra del poder de la Corona. En

¹⁷ CÁRDENAS RIOSECO, Raúl F., *Sistema acusatorio y la prueba ilícita en la reforma constitucional de 2008*, México, Porrúa, p. 11.

¹⁸ La «garantía» más relevante que protegía a las personas para ser llamadas a declarar, era el requisito formal de que un grupo de personas hubiera presentado una acusación jurada previamente. En la práctica, dicho requisito era fácilmente superado. Véase TEDESCO F., Ignacio, *op. cit.* Véase también CÁRDENAS RIOSECO, Raúl F., *op. cit.*, p. 12. Donde el autor cita al profesor Guilio ILLUMINATI de la Universidad de Bologna, quien respecto a la represión de la herejía y los intereses eclesiásticos, señaló que: “[la Iglesia] no podía tolerar la acusación privada ni el contradictorio, y puesto que el ofendido era Dios y el objetivo era la salvación de las almas, la verdad había de ser establecida a través de cualquier medio.”

¹⁹ Lo cual es acorde a lo señalado por TEDESCO, al afirmar que a partir de entonces la confesión “en atención a su necesidad, debía ser arranca[da] mediante tormento.” TEDESCO F., Ignacio, *Idem*.

consecuencia, la máxima siguió dos caminos en la construcción del derecho a la no autoincriminación, uno en la tradición del *common law* y otro, en la de derecho codificado.

Sin embargo, es importante resaltar que independientemente del origen y camino que se atribuya a la configuración contemporánea del derecho a la no autoincriminación, un elemento en común en ambas familias del derecho, es la aceptación de que dicho derecho nace para hacer frente a la coacción empleada por la autoridad para que una persona fuera fuente de su propia acusación.

3. Evolución de la máxima «*nemo tenetur*» en el *Common Law*

Existen dos principales teorías que explican la evolución del derecho a la no autoincriminación en el *common law*.²⁰ Una, señala que el derecho a la no autoincriminación es conquista de la tradición liberal del derecho inglés sobre las amenazantes prácticas «inquisitorias» de los tribunales eclesiásticos. La otra, sostiene que el derecho es producto de la evolución de la máxima «*nemo tenetur*», proveniente del derecho canónico, retomada por el *ius commune* y adoptada por la tradición del *common law*.

En este sentido, se abordarán las dos corrientes. Se identificará como la historia tradicional del derecho a la no autoincriminación la primera tesis basada en los estudios de WIGMORE y LEVY. Se llamará historia contemporánea a la segunda tesis que deriva de los estudios de HELMHOLZ y LANGBEIN en la década de los 90's del siglo pasado.

A. Historia tradicional del derecho a la no autoincriminación

²⁰ Véase LEVY W., *op. cit.*, pp. 433-441. Véase también MOGLEN, Eben, *op. cit.*, p. 1086. En este artículo, el Profesor de Historia del Derecho de la Universidad de Columbia, señala que es posible que la importancia del derecho a la no autoincriminación en el sistema jurídico estadounidense sea la causa de que las investigaciones históricas sobre este derecho conduzcan a encontrar sus orígenes como una conquista del *common law*. Si bien atiende a los orígenes de la máxima, entiende que su configuración definitiva se expresa en las luchas de los individuos frente a las Cortes de prerrogativa Inglesas (*High Commission* y *Star Chamber*). Sentencia Argentina.

En Inglaterra, durante el reinado de Elizabeth I (1558-1603) y los primeros años de la dinastía de los Estuardo (1603-1640s) existía un ambiente de intolerancia religiosa. Los puritanos fueron fuertemente amenazados por las autoridades inglesas con la finalidad de someterlos a las costumbres y prácticas religiosas del gusto de los reyes. Ejemplo de esta intolerancia, fue que en el primer año del reinado de Elizabeth I, se decretó la devoción a la religión anglicana como una obligación patriótica. Este hecho justificó serias restricciones a la libertad de expresión que era vista como un peligro para la unidad del reino y sentó las bases para la persecución religiosa con tintes políticos.²¹

Como parte fundamental de la política de persecución, se establecieron tribunales encargados de velar por la unidad religiosa, siendo los más importantes la *High Commision*²² y la *Star Chamber*. Estos tribunales eclesiásticos gozaron de amplias facultades para la persecución de los rebeldes, a tal grado que adoptaron las prácticas de los procesos «*ex officio oath*».²³

Al inicio del proceso, los tribunales instruían al acusado para que rindiera juramento y respondiera una serie de preguntas que servirían para descubrir la verdad. Esta instrucción significaba en la realidad su sometimiento a un interrogatorio diseñado para extraerle respuestas incriminatorias.²⁴ No aceptar el juramento involucraba su encierro en prisión por desacato o la imposición de otra sanción grave.

A raíz de las anteriores prácticas, los puritanos comenzaron a invocar la máxima «*nemo tenetur*» en contra del juramento. Estas argumentaciones fueron exitosas

²¹ Act of Supremacy de 1558, citada por BRAVO A., Nauhcatzin, “La protección del derecho en contra de la tortura y la autoincriminación en México y Estados Unidos”, en *Perspectivas del Derecho en México: “Concurso Nacional de Ensayo Jurídico”*, IJ-UNAM, 2001, p. 149.

²² En esa época, la *High Commission* fue el tribunal creado especialmente para llevar los asuntos eclesiásticos y mantener la ortodoxia religiosa, así como la supremacía eclesiástica de la corona.

²³ De acuerdo con HENDLER, el juramento ex officio o inquisitivo apareció en el siglo XIII en Inglaterra, debido a la influencia del Papa Inocencio III y consistió en sustituir el juramento por compurgadores --que era una mera demostración de solidaridad de quienes juraban-- por un interrogatorio activo en las Cortes eclesiásticas. La *Star Chamber* fue autorizada a aplicarlo en 1487 y un siglo después se aplicó en la *Court of High Commission*. Véase HENDLER, *op. cit.*,

²⁴ BRAVO A., Nauhcatzin, *op. cit.*, p. 148.

en algunos casos en los tribunales eclesiásticos, pero sobretodo fueron apoyadas por los tribunales del *common law*. De acuerdo con WIGMORE y LEVY, los tribunales del *common law* consideraban que el juramento –y en general, el proceso “*ex officio oath*”- era una práctica perteneciente a los países de derecho civil codificado y, por tanto, era extraña y ajena a los principios a favor del inculpado establecidos en el *common law*. En consecuencia, los tribunales no reconocieron la validez de las confesiones de aquellos que habían sido forzados a rendir juramento y apoyaron al desuso del juramento.²⁵

Sin embargo, la prohibición definitiva del uso del juramento se dio en un caso paradigmático en contra de la monarquía de los Estuardo.²⁶ En 1637, el editor John LIBURNE fue arrestado e interrogado en la *Star Chamber* por imprimir libros sediciosos en Holanda e importarlos a Inglaterra. LIBURNE negó los cargos, y también se negó a prestar juramento y a responder el interrogatorio del Procurador General.²⁷ Por dicha negativa fue multado y torturado.

El 3 de noviembre de 1640, LIBURNE presentó una petición en la primera reunión del Parlamento inglés. Éste, al conocer de su caso, lo dejó en libertad y solicitó a los tribunales observar el principio a la no autoincriminación como parte fundamental del derecho que pretendían aplicar y defender. Ante estas circunstancias, un año después en 1641, el Parlamento abolió la *High Commission* y la *Star Chamber*, prohibiendo la administración del juramento *ex officio* en la investigación de hechos en juicios penales. La reforma, no obstante, afectó únicamente al procedimiento ante los tribunales de la Corona, ya que la interrogación del inculpado previamente al juicio se mantuvo hasta 1848.²⁸

De esta manera, la protección real del derecho a la no autoincriminación deriva de la protección de los tribunales del *common law* y la abolición de los tribunales

²⁵ LANGBEIN, John H., *op. cit.*, pp. 1073, 1075.

²⁶ HENDLER, *op. cit.*

²⁷ Al respecto, el señor LIBURNE mencionó que lo que se le pedía era: «un pecaminoso e ilícito juramento [...] contrario a la práctica del mismo Cristo [...] contrario a la misma ley de la naturaleza, porque ésta tiende a preservarse a sí misma.» TEDESCO F., Ignacio, *op. cit.*

²⁸ TEDESCO, *Idem*.

eclesiásticos más importantes consolidan la victoria del *common law* frente al sistema inquisitivo característico de los países de derecho civil codificado. En consecuencia, de acuerdo con la versión tradicional del origen del derecho a la no autoincriminación, para inicios del siglo XVIII este derecho se había convertido en un principio supremo y consolidado en los tribunales ingleses -con excepción de la fase previa al juicio-.²⁹

B. *Historia contemporánea*

A finales del siglo XX, los profesores HELMHOLZ y LANGBEIN estudiaron las fuentes histórico-jurídicas en las que se basaron WIGMORE y LEVY para concluir que: 1) el origen del principio a la no autoincriminación fue una conquista de los tribunales del *common law*; y 2) a partir del siglo XVII, el principio a la no autoincriminación se mantuvo vigente en los tribunales ingleses. Dichos estudios, condujeron a HELMHOLZ y LANGBEIN a interesantes conclusiones que dan un giro importante a la versión tradicional y, por lo tanto, serán tema de este apartado.³⁰

a. El origen del derecho a la no autoincriminación

En esencia, los estudios realizados por HELMHOLZ concluyen que los tribunales del *common law* no son la fuente del derecho a la no autoincriminación. Para arribar a ello adujo evidencias sobre tres principales temas: 1) los tribunales en los que se gestó el derecho a la no autoincriminación; 2) la fuente del derecho que se atribuía en los tribunales; y 3) la reticencia real de los tribunales del *common law* para proteger este derecho. A continuación se verá en qué consiste cada uno de los puntos de su crítica a la versión tradicional.

Respecto a los dos primeros temas, HELMHOLZ señala que las primeras declaraciones judiciales sobre el derecho a no incriminarse fueron en los tribunales eclesiásticos -no en los tribunales del *common law*- y que la no

²⁹ LANGBEIN, John H., *op. cit.*

³⁰ Si bien, HELMHOLZ no desconoce las aportaciones de LEVY en la historia del derecho a la no autoincriminación, considera que el error de LEVY fue centrar su estudio en las fuentes judiciales inglesas del siglo XVII, ya que dichas fuentes lo llevaron a escribir una historia limitada y engañosa del derecho a la no autoincriminación. Véase HELMHOLZ, Richard, *op. cit.*, pp. 963-964.

autoincriminación era invocada como proveniente del *ius commune* y no de los derechos de conciencia o aquellos derivados de la Carta Magna Inglesa.³¹

A favor de lo anterior, HELMHOLZ encontró que diversos documentos del derecho canónico contienen la máxima «*nemo tenetur*». Asimismo, en fuentes del *ius commune* encontró una regla en contra de la autoincriminación bajo coacción y registros de discusiones sofisticadas sobre la legalidad del juramento en general y sobre la posibilidad de que los inculpados, una vez tomado auqué, pudieran negarse a responder preguntas inculpativas.

En relación al tercer tema, LEVY argumenta que los tribunales del *common law* protegieron a los inculpados en contra del juramento *ex officio* usado en los tribunales eclesiásticos. Por lo contrario, HELMHOLZ señala que los trabajos de investigación de Charles GRAY –experto en historia legal inglesa- muestran que los tribunales del *common law* tenían una resistencia habitual para interferir en la labor de los tribunales eclesiásticos. Generalmente, aquellos tribunales sólo protegieron a los inculpados en contra del juramento impuesto cuando concurrían «otras razones sustanciales».³² Esto es, los escritos judiciales de aquella época muestran que no se solía proteger al inculpado cuando argumentaba únicamente la violación a la no autoincriminación. Estos hallazgos, hacen difícil creer que el origen del derecho a la no autoincriminación es sencillamente resultado del triunfo del *common law* en una confrontación entre dos tradiciones jurídicas.

Para comprender cuál era el contenido del derecho a la no autoincriminación en la Inglaterra de los siglos XVI- XVII, HELMHOLZ analizó los manuscritos y reportes de uno de los tribunales eclesiásticos más importantes: la *High Commission*. Por un

³¹ *Ibidem*, pp. 964 y 969. De acuerdo con HELMHOLZ los manuscritos y reportes de los tribunales eclesiásticos, muestran que los argumentos que se usaron en las cortes eclesiásticas en contra del juramento fueron basados en el *ius commune* no en el *common law*. También muestra que las primeras citas en contra del uso del juramento fue invocando su contradicción al derecho canónico romano, y no a los derechos de conciencia o aquellos derivados de la Carta Magna, o del *common law*, como LEVY señala. Además, en los mismos documentos parece que los abogados (*proctors and advocates*, que pasaban su vida en las cortes eclesiásticas) los invocaban como parte de la jurisprudencia de los tribunales.

³² *Ibidem*, p. 968.

lado, investigó si una persona (inculpado o testigo) en el proceso penal era obligado a tomar juramento y, por el otro, si una vez que ésta había tomado el juramento, podía guardar silencio frente a preguntas autoincriminatorias.

En relación al primer punto, encontró que la regla general consistía en que nadie podía ser obligado a tomar juramento. Sin embargo, existían excepciones a esta regla que eran astutamente aprovechadas por la *High Commission*. Esto, llevó a que en la realidad el juramento obligatorio fuera la regla y no la excepción.

En la práctica, los oponentes al uso del juramento argumentaban que de acuerdo con el *ius commune*, todo procedimiento iniciado por una declaración bajo juramento era inválido si no existía una acusación.³³ Sin embargo, la *High Commission* justificaba la inaplicación de dicha regla aduciendo que en ejercicio de sus amplias facultades, podía iniciar procedimientos en contra de aquellos que le parecieran sospechosos de inconformidad religiosa, sin tener que observar los límites tradicionales del derecho romano canónico.³⁴ Como segundo argumento, los oponentes invocaban la necesidad de la fama pública (*opening*) sobre la comisión de un delito para poder interrogar bajo juramento. Sin embargo, dicho requisito quedó rebasado en la práctica por la fabricación de la fama pública por los mismos jueces.³⁵ Un tercer argumento, consistió en invocar que los jueces del *common law* no sometían a una persona a juicio bajo juramento y, en consecuencia, no podía romperse esta regla indiscriminadamente. En respuesta, el tribunal señalaba que dada la ambigüedad de las disposiciones de los estatutos ingleses, no estaba obligada a aplicar dichos criterios si expresamente no le vinculaban.

Este debate no tenía solución. Los tribunales eclesiásticos en general, y especialmente la *High Commission*, actuaban de manera caprichosa:

³³ Dado que era regla del *ius commune* que ningún juez podía iniciar un juicio sin algún indicio de culpabilidad o acusación. Las razones que se daban para esta regla eran dos, una basada en citas de la Biblia, y la otra, basada en nociones de justicia y debido proceso establecidos en el derecho romano. HELMHOLZ, Richard, *ibidem*, p. 975.

³⁴ HELMHOLZ, Richard, *ibidem*, p. 977.

³⁵ HELMHOLZ, Richard, *ibidem*, p. 978.

interpretaban de manera extensiva y aplicaban el derecho inglés cuando les beneficiaba, y lo aplicaban de manera estricta cuando les perjudicaba. En último término, HELMHOLZ comenta que no fue inusual que la *High Commission* al verse sobrepasada en la justificación de sus prácticas, argumentó la legalidad del juramento simplemente porque así eran las prácticas.³⁶

Respecto al segundo cuestionamiento, HELMHOLZ descubrió que una vez que la persona se sometía a juramento, el derecho a la no autoincriminación tampoco era eficaz.

En esta etapa del proceso, el debate consistía en si una persona –acusado o testigo- podía negarse a responder preguntas autoincriminatorias estando bajo juramento. En apoyo al silencio del declarante, se invocó la máxima *nemo tenetur* basada en la regla de San CRISÓSTOMO y el Decreto de Graciano.³⁷ Sin embargo, la *High Commission* contaba con nuevos argumentos que justificaron la inaplicación de esa regla.

Las excepciones más comunes para rechazar la aplicación de la máxima *nemo tenetur* fueron: 1) la máxima sólo era aplicable en contra de las confesiones públicas, más no en el foro judicial; 2) la máxima no tenía validez cuando el crimen era del conocimiento público; 3) la máxima era inaplicable si existían indicios legítimos para realizar la pregunta o si existía un interés del pueblo en sancionar el

³⁶ HELMHOLZ, Richard, *ibidem*, p. 980.

³⁷ Se argumentó la máxima como una especie de derecho a la privacidad, en donde el Estado no podía involucrarse, pues que se obligara a una persona a revelar sus crímenes significaría que nadie estaría inmune de la persecución pública. También, se señalaba que obligar a alguien a tomar juramento de decir la verdad y luego hacerle preguntas incriminatorias, significaba hacer la ocasión especial para el pecado de perjurio. Estar entre la espada y la pared, frente a incriminarse y tener que decir la verdad era abrumador para cualquiera y lo situaba en un trilema cruel: perjurio, rebeldía y condena. HELMHOLZ, Richard, *ibidem*, p. 983. Actualmente, esta situación se conoce en la jurisprudencia norteamericana como el “trilema cruel”. Éste puede ser entendido como el acto compulsivo en el que se encuentra una persona que debe decidir por opciones que en todos los casos resulta perjudicial a sus intereses: 1) hablar incriminándose; 2) declarar mintiendo, y 3) quedarse callado. En el análisis del “trilema cruel”, no se trata únicamente de verificar la existencia de una de estas situaciones, sino antes bien, de comprender que la situación del “trilema” en sí mismo importa un grado de compulsión equivalente a un tormento moral. Véase como ejemplo de esta teoría el caso *Griffin v. California*, 380 U. S. 609 (1965).

crimen; y 4) en acusaciones de herejía.³⁸ Sin embargo, la excepción mayormente utilizada por los tribunales eclesiásticos –y, paradójicamente el talón de Aquiles de la *High Commission*- fue el carácter medicinal o de salvación del procedimiento:

«la excepción del derecho canónico establecía que, si el objetivo de una pregunta inculpativa era asegurar la sanción (el castigo) del acusado, la regla [de la no autoincriminación] aplicaba y el inculpado no tenía que responder. Sin embargo, si la finalidad no era imponer un castigo, sino reformar al ofensor, la regla no aplicaba [...] [ya que] si el objetivo era mejorar al inculpado, ninguno puede razonablemente objetarlo.»³⁹

Un argumento adicional para negarse a responder preguntas autoincriminatorias bajo juramento fue el pecado de perjurio. Este argumento enfatizaba el dilema en el cual se veía el declarante frente al interrogatorio. Por un lado, confesar su pecado significaba desatender la máxima enunciada por San CRISÓSTOMO. En contraste, si decidía hablar bajo juramento haciendo caso de dicha máxima para ocultar su crimen, terminaba cometiendo perjurio. En ambos casos, el pecado y no la salvación serían el resultado.

Sin embargo, los tribunales eclesiásticos astutamente dejaron sin valor la objeción de perjurio y, basados en el *ius commune*, ofrecieron inmunidad a los inculpados de cometer perjurio. Lo anterior, muestra que arribar a la confesión era la finalidad esencial de los tribunales eclesiásticos, a tal grado que no importaba cometer un segundo pecado.

³⁸ Adicionalmente, HELMHOLZ, destaca que debido a la naturaleza del tribunal, éste no podía perseguir opiniones privadas, por lo que las víctimas alegaban que estaban siendo perseguidas por sus creencias personales. Sin embargo, el tribunal justificó su intervención señalando que las creencias que hacían abstenerse a una persona de acudir a la Iglesia o que injuriaban el clero no eran simples opiniones privadas, sino que eran acciones subversivas en contra del buen orden. HELMHOLZ, Richard, *Ibidem*, p. 984.

³⁹ HELMHOLZ, Richard, *Ibidem*, pp. 986-987. De acuerdo con el autor, el argumento del carácter reformador del procedimiento fue el punto más vulnerable de la *High Commission*, ya que a diferencia de los otros tribunales eclesiásticos que imponían multas o penas espirituales, principalmente; la *High Commission* detentaba el monopolio de imponer castigos reales como prisión, penas corporales, confiscación de bienes, entre otros. De ahí que, resultara complicado argumentar que esta clase de “acciones” mejoraban o reformaban al acusado. HELMHOLZ, Richard, *Ibidem*, p.986.

Esta cadena de argumentaciones y contra-argumentaciones sobre la obligación o no de responder a una pregunta autoincriminatoria bajo juramento llevó a un callejón sin salida. Los defensores de la *High Commission* consideraban que la práctica del procedimiento *ex officio* era legítima, pues tales prácticas involucraban perseguir aquellas personas que habían violado las leyes legítimas del reino.⁴⁰

Es así, como el estudio de los manuscritos y reportes respecto a las prácticas de los tribunales ingleses, muestran acciones y actitudes distintas de los jueces a las señaladas por LEVY. El derecho a la no autoincriminación tiene sus raíces en la máxima «*nemo tenetur*» del derecho canónico, origen que es reconocido en las fuentes del *common law* al basar recurrentemente su argumentación en el *ius commune*. HELMHOLZ expone cómo el *ius commune* jugó un importante papel en la construcción del principio a la no autoincriminación en el *common law* y, cómo la historia de este principio no puede reducirse a una simple confrontación de lo que actualmente se considera como dos tradiciones yuxtapuestas del derecho penal.

b. La consolidación del derecho a la no autoincriminación

El uso del juramento fue ajeno a las prácticas de los tribunales del *common law*, sin embargo esto no significa que el derecho a la no autoincriminación tuviera vigencia.⁴¹ De acuerdo con las investigaciones realizadas por LANGBEIN, desde mediados del siglo XVI hasta casi finales del siglo XVIII, -periodo en el que se disolvieron la *High Commission* y la *Star Chamber*- las reglas del sistema criminal inglés estaban dirigidas a que «el acusado hablara» (*the accuse speaks trial*). La garantía fundamental del acusado frente a los tribunales del *common law* no era

⁴⁰ HELMHOLZ, Richard, *Ibidem*, p. 985.

⁴¹ Sin embargo, que las Cortes del Common Law no utilizaran como regla el juramento en sus procesos no significa que el acusado tuviera el derecho a guardar silencio. En los juicios criminales se esperaba una posición activa del acusado y, sólo en casos especiales, las declaraciones eran bajo juramento. Lo cual, tal y como señala Tedesco, no era una muestra de compasión o buena fe por el acusado, sino que: “se creía que suministrando un juramento se podía llegar a permitir sin querer que el acusado pusiera ante el jurado una negación de culpabilidad que tuviera influencia por estar hecha bajo juramento [...] porque permitirle tomar el juramento sería brindarle un medio muy fácil de evitar su responsabilidad.” TEDESCO F., Ignacio, *op. cit.*

permanecer en silencio –como señalan WIGMORE y LEVY- sino su derecho a hablar.

LANGBEIN explica lo anterior, señalando que en el centro del proceso criminal subyacía la idea de que el inculpado de un delito (*treason* o *felony*) no tenía derecho a contar con un defensor.⁴² De tal manera que su silencio equivalía a abandonar su defensa. Las justificaciones para la prohibición de la defensa fueron diversas, pero se centraron principalmente en dos proposiciones: 1) el dogma del tribunal como defensor del acusado; y 2) en la consideración del acusado como un testigo privilegiado.⁴³

El dogma del tribunal como defensor de los inculpados se cumplía en asuntos criminales comunes, pero no así en los asuntos relevantes, especialmente en los de naturaleza política donde los tribunales tendían a representar los intereses de la corona.⁴⁴ Además, las funciones que tenía el tribunal como defensor no responden a la idea de una defensa real. La defensa del tribunal sólo consistía en cuestiones de derecho y no de hecho, esto es, no implicaba que los jueces argumentaran o presentaran pruebas para desvirtuar la acusación, sino simplemente, evitaban el desarrollo de procedimientos o acusaciones ilegales.⁴⁵

En este contexto:

«los inculpados tenían que hablar en su propia defensa y responder a la evidencia tal y como les fuera presentada por el acusador en el primer momento. Si ellos no podían hacerlo por sí mismos, nadie podría hacerlo por ellos.»⁴⁶

⁴² En relación a los delitos de menor gravedad (*misdemeanor*) o infracciones, no se hallaba explícita la prohibición al inculpado de contar con un defensor, debido a que más como una falta penal se consideraban como una ofensa civil. LANGBEIN, John H., *op. cit.*, p. 1048. Véase también, TEDESCO F., Ignacio, *ídem*.

⁴³ LANGBEIN, John H., *ibidem*, pp. 1050-1052.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 1050.

⁴⁵ *Ibidem*, pp. 1051- 1052.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 1052.

Según LANGBEIN, el permitir que un defensor –incluso el tribunal- interviniera en las cuestiones de hecho hubiera perjudicado el objetivo principal del proceso: escuchar al acusado hablar.⁴⁷

La segunda cuestión que impedía la defensa del inculpado era la concepción del acusado como testigo privilegiado. De acuerdo con la obra *Pleas of the Crown*, de William HAWKINS, publicada en 1721:

«el acusado no necesita defensor, ya que si él es inocente, él será tan efectivo como cualquier abogado [...]. Si el acusado es culpable, “la real forma de hablar, los gestos, el semblante y la manera de defenderse de los culpables cuando hablan por sí mismos y que pueden ayudar a descubrir la verdad, sería difícilmente descubierta en una defensa artificial de otros que hablaran por ellos.»⁴⁸

Otro argumento en contra de la vigencia del derecho a la no autoincriminación en los tribunales del *common law*, son las propias reglas de la etapa previa al juicio. Desde mediados del siglo XVI, estuvieron vigentes en Inglaterra un conjunto de reglas dirigidas a la autoincriminación, que provenían en su mayoría del estatuto *Marian Committal* de 1555. El estatuto pedía que un juez de paz (*Justice of the peace*) interrogara al inculpado inmediatamente después de su detención.⁴⁹ Este juez era generalmente citado en el juicio como el testigo principal de la acusación, por lo que era la declaración del acusado la principal evidencia en su contra y el eje de la acusación.⁵⁰ En este sentido, tanto en el juicio como en la etapa de investigación el principio a la no autoincriminación era inexistente.⁵¹

La prohibición del defensor se mantuvo hasta mediados del siglo XVIII y fue hasta finales de éste, que su papel comenzó a ser importante. Los tribunales paso a paso fueron permitiendo una mayor intervención del defensor. En un primero momento se le dejó estudiar a los testigos, pero dicha facultad perdía relevancia al tener prohibido hablar frente al jurado. Esta situación obligaba al acusado a hablar

⁴⁷ *Ibidem*, p. 1053.

⁴⁸ *Idem*.

⁴⁹ El juez de paz no era el equivalente al juez de instrucción continental, sino un oficial judicial ‘profesional’ encargado de recabar evidencia de manera imparcial. Véase, *ibidem*, p. 1060.

⁵⁰ TEDESCO F., Ignacio, *op. cit.*

⁵¹ LANGBEIN, John H., *op. cit.*, p. 1061.

en su defensa sin juramento -a excepción de los casos de traición en los cuales si estaba permitido- e intentar convencer al jurado de su inocencia.

El primer paso sustancial hacia el reconocimiento del defensor fue en respuesta a las presiones políticas de diversas familias poderosas e influyentes que se vieron afectadas por las fuertes persecuciones políticas. La primera ley que buscó eliminar la desventaja de los acusados a través de una serie de concesiones - como recibir previamente al proceso copia de la acusación, a recibir consejo sobre ésta- fue la *Treason Act* de 1696 aplicable a casos por delitos de traición. Desafortunadamente, estos derechos eran prácticamente inexistentes en los asuntos criminales ordinarios.

En este contexto, LANGBEIN explica que fueron diversos los elementos que llevaron al defensor a situarse en el centro de la defensa y poner a prueba la acusación. Sostiene que fue hasta el siglo XIX, que con el establecimiento del principio de inocencia, el desarrollo de las reglas de la prueba y aquellas que fijaron la relación entre el juez y el jurado, se hizo posible que el defensor conquistara la arena judicial y que el acusado pudiera permanecer el silencio.

El derecho a la no autoincriminación únicamente se volvió funcional como consecuencia de una 'revolucionaria' reconstrucción de la concepción de defensa y del procedimiento criminal adversarial dentro del proceso. El derecho a la no autoincriminación es creación del defensor.⁵² LANGBEIN considera que LEVY y WIGMORE cometieron el error de afirmar la existencia del derecho a la no autoincriminación a mediados del siglo XVII con la abolición de la *Star Chamber* y la *High Commission*, queriéndolo encontrar antes del establecimiento del verdadero sistema adversarial que lo hiciera posible.⁵³

⁵² *Ibidem*, p.1070.

⁵³ *Ibidem*, p. 1084. En el mismo sentido, Eben MOGLEN ha analizado los orígenes del privilegio a la no autoincriminación contenido en el artículo V de la Constitución Americana, llegando a la misma conclusión de que este derecho a guardar silencio no existía a mediados del s. XVII. Véase MOGLEN, Eben, *op. cit.*, p. 1086.

El verdadero sistema «adversarial» que garantiza la existencia del derecho de la presunción de inocencia, sólo fue posible una vez que los «abogados» conquistaron el proceso penal y, con él, el derecho de defensa. Para LANGBEIN fue ese acontecimiento el que permitió al acusado ejercer su derecho al silencio y, en consecuencia, consagrarse definitivamente en el sistema del *common law* el derecho a la no autoincriminación.

C. Estados Unidos

En el siglo XVII, no existía en Inglaterra un derecho a la no autoincriminación frente a la facultad punitiva del Estado. La no autoincriminación era incompatible con la idea de que el inocente podía y «debía» limpiar su culpa por sí mismo. Los inculpados generalmente eran recluidos, no se les informaba de la acusación en su contra, se les impedía tener un defensor, tenían un derecho limitado a llamar testigos y su silencio era interpretado como indicio de culpabilidad. La fuerza de este sistema estaba basada en la creencia de su necesidad, esto es, se consideraba que era el camino y las condiciones necesarias para la obtención de la verdad.⁵⁴ Está arraigada creencia en relación al proceso penal fue trasladada a las colonias inglesas, entre ellas a las trece colonias que darían surgimiento a Estados Unidos de Norteamérica.

De acuerdo con Nauhcatzin BRAVO –investigador de la Universidad de Guadalajara⁵⁵ la existencia y la efectividad del derecho a la no autoincriminación es difícil de trazar durante la época colonial de Estados Unidos. De hecho, señala que en Massachusetts -colonia en la que se encuentran los primeros registros sobre el derecho a la no autoincriminación- existen grandes contradicciones sobre este derecho. Los casos del sacerdote John WHEELWRIGHT en 1637 y de las Brujas de Salem en 1692, muestran que el derecho a la no autoincriminación no era reconocido plenamente. En el primer caso, el sacerdote fue requerido a responder

⁵⁴ BRAVO A., Nauhcatzin, *op. cit.*, pp. 150-151.

⁵⁵ En el año 2000 obtuvo el segundo lugar en el Concurso Nacional de Ensayo Jurídico organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México con el artículo "La protección del derecho en contra de la tortura y la autoincriminación en México y Estados Unidos."

en sesión privada una serie de preguntas sobre sus sermones que eran considerados como actos de herejía. El sacerdote se negó a contestar pero en ningún caso invocó su derecho a la no autoincriminación, mientras sus seguidores si lo hicieron. En el caso de las personas acusadas de brujería, su negativa a confesar fue inservible y finalmente fueron ejecutadas. Esto resulta polémico, si se toma en cuenta que para ese entonces el derecho a la no autoincriminación ya había sido incluido en el *Body of Liberties* de esa colonia americana. Documento, que es considerado como un importante precedente del *Bill of Rights* de 1789.⁵⁶

Posteriormente en 1791, ya en la época independiente de las Trece Colonias inglesas, se ratificó la Quinta Enmienda de la Constitución Federal como parte del *Bill of Rights*. Esta enmienda estableció que «Ninguna persona [...] será compelida a declarar contra sí misma en un proceso penal».⁵⁷ Sin embargo, las prácticas en contra de la no autoincriminación no eran muy distintas de aquellas desarrolladas en la época colonial americana. De acuerdo con BRAVO, la principal finalidad por la que se insertó este derecho en el *Bill of Rights* fue evitar la adopción del juramento *ex officio* utilizado en Inglaterra y el uso descabellado de la tortura, más no la voluntad de alterar de manera sustancial el sistema de justicia criminal reconociendo un derecho al silencio del inculpado en aquella época.⁵⁸

Los cambios legales sustanciales en el procedimiento que permitieron la vigencia del derecho a la no autoincriminación tuvieron lugar prácticamente un siglo después. La ley de 1878 dio libertad al inculpado de testificar en los tribunales federales y se garantizó ésta, a través de la regla de que su negativa a hablar no creaba presunción en su contra. Desafortunadamente a nivel local, los fiscales y jueces de diversos estados americanos inferían la culpabilidad del acusado que se negaba a testificar. Esto cambió hasta 1965, cuando la Corte Suprema sometió a los tribunales estatales al cumplimiento del derecho a la no autoincriminación con

⁵⁶ Dicha Ley establecía que ningún hombre “sería forzado a través de tortura a confesar crimen alguno en su propia contra...” BRAVO A., Nauhcatzin, *op. cit.*, p. 151.

⁵⁷ La Quinta enmienda fue insertada en la Constitución americana como parte de la Carta de Derechos, que fue ratificada en 1791.

⁵⁸ BRAVO A., Nauhcatzin, *op. cit.*, p.152.

fundamento en la enmienda XIV, en el caso *Griffin v. California*. En este caso, la Corte fue clara al señalar que: el fiscal no podía hacer comentarios sobre el silencio del acusado y que el juez no podía instruir a los jurados en el sentido de que ese silencio fuera prueba de culpabilidad.⁵⁹ En su voto, el Juez DOUGLAS de la Corte Suprema en esa época, señaló que permitir comentar el silencio del acusado y autorizar inferencias desfavorables contra éste, cuando opta por ejercer su derecho a no declarar, es una rémora del sistema inquisitorial de justicia criminal.⁶⁰

Un año más tarde, la Corte estadounidense resolvió uno de los casos más paradigmáticos: *Miranda vs Arizona* (1966).⁶¹ En este caso, la Corte liderada por el Juez WARREN, reconoció la importancia de garantizar la eficacia del derecho a la no autoincriminación e impuso costos dentro del proceso penal a la arbitrariedad de los agentes que no tomaran las medidas necesarias para garantizar su protección. Dada la trascendencia y carácter ejemplificativo de este fallo, se expondrá de manera más detallada en el capítulo siguiente.

A través del caso *Miranda* se dejó claro que el principio a la no autoincriminación protege al inculcado de ser obligado a hablar, esto es, que la Quinta enmienda de la Constitución americana otorga un derecho al silencio. Sin embargo, los límites y alcances de este derecho han sido configurados a través de diversas resoluciones de la Corte Suprema. Actualmente, los temas más debatidos en torno a este derecho son los alcances del silencio cuando el inculcado decide hablar, y si los inculcados de delitos como terrorismo deben o no gozar de ese derecho.⁶²

En 1976 en el caso *Doyle v. Ohio*, la Corte Suprema conoció de la venta de marihuana a un agente encubierto. Los acusados guardaron silencio al momento de la detención pero en el juicio decidieron hablar y se declararon inocentes. El fiscal cuestionó el silencio inicial de los inculcados e impugnó su declaración a

⁵⁹ TEDESCO F., Ignacio, *op. cit.*

⁶⁰ *Idem.*

⁶¹ *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

⁶² STUART L. Gary, *Miranda: The Story of America's Right to Remain Silent*, The University of Arizona Press, 2008, pp.131-139.

través de nuevas preguntas. El defensor, objetó la conducta del fiscal pero no tuvo éxito.⁶³ Al respecto, la Corte Suprema resolvió que el silencio guardado después de recibir las advertencias «Miranda» no puede usarse para cuestionar la credibilidad de una declaración posterior. Esto es, consideró que no era posible presumir la culpabilidad de las personas por haber decidido ejercer su derecho a la no autoincriminación antes del juicio.

En 1980, en el caso *Jenkins v. Anderson*, la Corte Suprema matizó el precedente sentado –por los mismos jueces- en el caso *Doyle*. En este caso, la Corte señaló que el silencio guardado antes de recibir las advertencias «Miranda» podía invocarse para cuestionar la credibilidad de una declaración posterior. Según la Corte, esta diferencia se debe a que «ninguna acción gubernamental indujo a [el inculpado] a permanecer en silencio antes de su arresto»⁶⁴ y además, según la Corte cada estado tiene la libertad de adoptar las reglas sobre la valoración de la prueba y, por tanto, de refutar o no el silencio del inculpado.

A una conclusión similar se arribó en el caso *Fletcher v. Weir* de 1982. El acusado fue detenido por homicidio y, aún sin darle a conocer las advertencias «Miranda» decidió guardar silencio. Después en juicio, aceptó haber cometido homicidio pero en legítima defensa. El acusado fue sentenciado por homicidio tras inferirse su culpabilidad por el silencio que había guardado en un primer momento. La Corte Suprema al conocer del caso, resolvió que fueron válidas las inferencias negativas obtenidas del silencio del inculpado, pues aunque no se le hicieron saber las advertencias «Miranda», aquél decidió subir al estrado y hablar.⁶⁵

Existe una amplia lista de casos en los que la Corte Suprema se ha pronunciado sobre los interrogatorios y el derecho a la no autoincriminación, sin embargo el análisis de la jurisprudencia americana sobre el tema no es el objetivo de este estudio. Por tanto, el aspecto más importante que se desea destacar con los anteriores casos es cómo la Corte americana ha ido dotando de contenido al

⁶³ HENDLER, *op. cit.*,

⁶⁴ *Jenkins v. Anderson*, 447 U.S. 231 (1980).

⁶⁵ *Fletcher v. Weir*, 455 U.S. 603 (1982).

derecho a la no autoincriminación a través de sus sentencias, fijando caso por caso sus límites y alcances en un ejercicio de ponderación de tal derecho.

A manera de conclusión respecto al debate sobre el derecho a la no autoincriminación, se observa que sus alcances de protección se encuentran estrechamente relacionados con la historia que se adopte sobre su surgimiento. Aquellos que lo consideran como un triunfo de los tribunales del *common law* (historia tradicional) tienden a reconocerlo como un límite al poder punitivo del Estado prácticamente absoluto. Mientras que aquellos que lo vinculan a la evolución de la máxima «*nemo tenetur*» (historia contemporánea) concluyen que el contenido y los alcances del derecho dependen de cada etapa histórica en la que se ha desarrollado. Por lo que en un contexto donde efectivamente se garantice que el acusado no será compelido a declarar, éstos últimos consideran que el derecho a la no autoincriminación no puede entenderse como un derecho al silencio.⁶⁶

La primera interpretación pareciera ser la más adecuada para los derechos del inculcado. Es plausible otorgar un derecho al silencio prácticamente absoluto en el proceso penal. Sin embargo, la segunda interpretación no es del todo desafortunada. Ésta al determinar el significado y alcances con base en el contexto en el que se desarrolla el proceso, pone un énfasis en la eficacia del derecho. Es decir, más allá de centrar su atención en el significado *per se*, defiende un derecho más flexible que exige la existencia de todos los factores que aseguren que el inculcado no es obligado a autoincriminarse. Es entonces el juez, quien caso por caso verifica que efectivamente se haya respetado este derecho.

Finalmente, es importante destacar la existencia de la corriente que considera que en casos de extrema peligrosidad o de afectación a la población como es el crimen organizado y el terrorismo, los inculcados de estos delitos no deben contar con un derecho al silencio.⁶⁷ Sin embargo, el análisis de la nueva corriente del

⁶⁶ ALSCHULER W., Albert, *op. cit.*, pp. 2625-2627.

⁶⁷ STUART L. Gary, *op. cit.*, pp. 131-139.

derecho penal conocida como el «derecho penal del enemigo» rebasa por mucho los objetivos de esta tesis.

4. *Evolución en el sistema de derecho civil codificado*

En la Europa continental, siguiendo la línea del proceso «*ex officio*» la declaración del inculpado fue la vía perfecta para conocer la verdad en el proceso. El uso del tormento y la tortura para averiguar los hechos en la investigación criminal, convirtió al interrogatorio en una etapa clave en el proceso. La legislación criminal era más propia para castigar inocentes que para investigar delitos, no buscaba esclarecer los hechos sino imponer castigo.⁶⁸

En Francia, las ordenanzas de agosto de 1536 y de 1539, generalizaron el interrogatorio como medio de prueba. Más de cien años después, en el reinado de LUIS XIV, el interrogatorio mantuvo su preeminencia y su uso se legalizó con el establecimiento total del sistema inquisitivo, a tal magnitud, que en la Ordenanza de 1670 (Código Penal Francés) se dedicó un título entero a reglamentar la práctica interrogatoria. De acuerdo con estas reglas, no sólo el imputado debía responder bajo juramento, sino que además, lo debía hacer «sin el concurso de un consejo».⁶⁹

De acuerdo con FOUCAULT, en los siglos XVII-XVIII en Francia como en la mayoría de los países europeos, el procedimiento penal era secreto y la instrucción se caracterizaba por «ser una máquina que puede producir la verdad en ausencia del acusado».⁷⁰ En este contexto, la confesión era la prueba reina por dos simples razones. La primera consistía en que la confesión era una prueba tan decisiva que no había necesidad de añadir otras:

«la confesión, con tal de que sea hecha con arreglo a los usos, dispensa casi al acusador del cuidado de suministrar otras pruebas

⁶⁸ CÁRDENAS RIOSECO, *op. cit.*, pp.15-20.

⁶⁹ TEDESCO F., Ignacio, *op. cit.*

⁷⁰ El proceso de instrucción es el periodo del proceso en el que las partes deben presentar todas las pruebas que consideren adecuadas, con el fin de probar ya sea la culpabilidad o la inocencia del imputado.

[...] no pide para obtener la condena más que algunos indicios suplementarios, reduciendo al mínimo el trabajo de informaciones y la mecánica demostrativa, la confesión es, por lo tanto, buscada y se utilizarán todas las coacciones posibles para obtenerla. »⁷¹

En segundo lugar, la confesión era la única manera de eliminar el carácter autoritario del proceso y legitimar la victoria sobre el acusado:

«el criminal que confiesa viene a desempeñar el papel de verdad viva. [Es la confesión] el acto por el cual el acusado acepta su acusación y reconoce su legitimidad; transforma una instrucción, hecha sin él, en una afirmación voluntaria.»⁷²

Esta doble ambigüedad de la confesión: a) elemento de prueba y fuente de información, y b) efecto de coacción y transacción semivoluntaria, explica según FOUCAULT, que en el derecho criminal clásico durante la Edad Media los dos grados medios para conseguir las confesiones fueran el juramento y la tortura.

En el mismo sentido, Luigi FERRAJOLI señala que en el proceso inquisitivo premoderno el interrogatorio del imputado representaba: «el comienzo de la guerra forense, es decir, el “primer ataque” del fiscal contra el reo para obtener de él, por cualquier medio, la confesión.»⁷³

En suma, el objetivo del proceso penal era llegar a la verdad, cuya máxima expresión se conseguía con la confesión. Para ello, la tortura y el juramento fueron los mecanismos más efectivos, pues aunque las reglas del proceso penal señalaban que la confesión debía ser ratificada horas después en forma «espontánea» frente a los jueces, esto ocurría casi en todos los casos.⁷⁴

⁷¹ FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*, 2ª. ed. rev. y corr., México, Siglo XXI, 2009, pp. 47-48.

⁷² FOUCAULT, Michel, *idem*. Por su parte, Ferrajoli señala que “la función pedagógica y penitencial de la confesión del imputado era un rasgo característico del proceso inquisitorial canónico. Se remonta a la tradición bíblica: Si uno, hombre o mujer, comete uno de esos pecados que perjudican al prójimo prevaricando contra Yavhé y haciéndose culpable, confesará su pecado” FERRAJOLI, Luigi; *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995, p. 304, n. 125.

⁷³ FERRAJOLI, Luigi, *ibidem*, p. 607.

⁷⁴ FOUCAULT, Michel, *op. cit.*

Si bien, no hizo falta esperar a la Revolución Francesa para que se produjeran algunas reformas al proceso penal inquisitivo, ninguna de ellas se encargó de proteger el derecho a la no autoincriminación en sí mismo.⁷⁵ La Ilustración principalmente con VOLTAIRE, MONTESQUIEU y BECCARIA, centró su atención y su pensamiento en los tormentos infligidos para obtener la confesión, más no buscó proteger más allá al inculpado durante el interrogatorio y dar un significado a la no autoincriminación.⁷⁶

Con la Revolución Francesa, se iniciaron las transformaciones hacia el establecimiento de la reforma procesal penal que se consumaría en el siglo XIX con la adopción del sistema acusatorio. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, adoptada por la Asamblea Francesa el 26 de agosto de 1789, en su artículo 9 estableció la presunción de inocencia y prohibió -en caso de que fuera indispensable el arresto- el uso de «todo rigor que no sea necesario» para asegurar al inculpado.⁷⁷ Sin embargo, nada mencionó sobre la no autoincriminación.

Por su parte, la Asamblea Constituyente consideró necesario -aunque fuera de manera provisional- modificar la legislación penal contenida en la ordenanza de 1670. Es así que a través de la Ley de octubre de 1789 se eliminó el juramento del inculpado. La reforma al enjuiciamiento penal concluyó con la emisión de la

⁷⁵ En Lombardía, en 1768, se prohíben las preguntas sugestivas, las amenazas y las promesas en los interrogatorios; en Piamonte, en 1770, se impone obligatoriamente la defensa; la pragmática napolitana de 1738 abolió la tortura; en Toscana, en 1786, se prohibió la tortura y el juramento de los imputados. Procesos similares se operan en Prusia en 1740; en Suecia en 1772; en Austria en 1776. FERRAJOLI, Luigi, *ibidem*, p. 675, n 274. En Francia, gracias a la presión popular, y por medio de un edicto real de 1788, se prohíbe tanto la *question preparatoire*, esto es, la tortura para obtener la confesión, como la *question préalable*, es decir la tortura para descubrir a los cómplices. En síntesis, se proscriben otras prácticas igualmente objetables, dejando a salvo un instrumento que mantiene al imputado en el centro de la escena: el interrogatorio. Véase también TEDESCO F., Ignacio, *op. cit.*

⁷⁶ Fue principalmente el pensamiento de VOLTAIRE (†1755), MONTESQUIEU (†1794), BECCARIA (†1778), el que incitó y marcó pautas para la reforma del sistema penal francés, cuestionando el uso de la tortura, el secreto de la instrucción, el poder omnímodo y arbitrario de los tribunales y en general los abusos de la práctica criminal imperante. Para mayores detalles sobre la aportación de cada uno de los pensadores véase CÁRDENAS Rioseco, *op. cit.*, pp. 15-20.

⁷⁷ El artículo 9 a la letra señala que: «Toda persona, siendo presumida inocente hasta que sea declarada culpable, si se juzga indispensable su detención, la ley debe reprimir severamente todo rigor que no sea necesario para el aseguramiento de su persona.»

Constitución y de la Ley del 16-29 de septiembre, ambas de 1791, por las cuales se organizó un nuevo sistema de enjuiciamiento penal inspirado en las instituciones inglesas.

En este nuevo sistema, el imputado volvió a adquirir en mayor medida el carácter de sujeto del proceso y se estableció como uno de sus principios rectores la posibilidad del inculpado de contradecir la imputación desde el comienzo del procedimiento, pero sobre todo en el debate ante el tribunal de jurados. Asimismo, junto a las características de oralidad, contradictorio y publicidad, se incluyó el elemento inglés del jurado de ciudadanos como un «instrumento de protección del ciudadano frente al arbitrio de la autoridad».⁷⁸

No obstante estos cambios positivos, no se puede hallar en la citada ley una declaración expresa que proteja la no autoincriminación del inculpado.⁷⁹ Esta ley mantuvo el interrogatorio preliminar bajo el nombre de «examen» y le brindó la función de un medio de defensa.⁸⁰

Diez años después el escenario cambió de manera desafortunada. La ley del 7 de pluvioso del año IX (del 27 de enero de 1801) restituyó la antigua tendencia del interrogatorio. Dispuso que el imputado debía ser interrogado por el juez de instrucción antes de ponerle en conocimiento los cargos en su contra. Una vez terminado el interrogatorio, se debía leer la declaración al inculpado, para entonces -en caso de así solicitarlo- volver a declarar pero ahora en su defensa. De esta manera, de acuerdo con TEDESCO, el interrogatorio se convirtió por primera vez en un medio de defensa y, al mismo tiempo, en un medio de instrucción.⁸¹

Idénticas herramientas adoptó el *Code d'instruction criminelle* de 1808, por el cual se estableció el sistema mixto que se tornó propio de la tradición de derecho civil

⁷⁸ CÁRDENAS RIOSECO, *op. cit.*, p. 20.

⁷⁹ TEDESCO F., Ignacio, *op. cit.*

⁸⁰ Sin embargo, de acuerdo con HÉLIE, la nueva ley penal acusatoria añadió algún rasgo del antiguo régimen al establecer la constancia en acta firmada por el prevenido de sus respuestas al interrogatorio que debía efectuar el oficial de policía. TEDESCO F., Ignacio, *ídem*.

⁸¹ *Idem*.

codificado. En el nuevo Código, el interrogatorio del acusado conservó la ambivalencia de fines: ser un medio de defensa y de instrucción, pero además se permitió que el juez de instrucción pudiera interpretar las explicaciones dadas, verificar las negatorias y las confesiones, y así estar en condiciones de encontrar la verdad de los hechos investigados.⁸² De acuerdo con BACHAMAIER, el nuevo sistema consistía en:

«una instrucción secreta de rasgos inquisitivos y un juicio oral, externamente acusatorio [...]. El juez de instrucción será heredero directo del juez inquisidor, con la misma función –la obtención de las pruebas para el esclarecimiento de los hechos- pero con métodos diversos, una vez abolida la práctica de la tortura [...].»⁸³

El intento francés de regresar al sistema acusatorio dio surgimiento al sistema acusatorio mixto, el cual logró una gran influencia en toda Europa debido a la expansión Napoleónica. Sus influencias hicieron que 1873 se transformara la legislación penal de Austria, en 1877 la de Alemania, en 1882 la de España, en 1887 la de Noruega y en 1913 la de Italia. Asimismo, fue trasladado a América incluyendo México.

A. México

a. La Santa Inquisición en México

Las prácticas inquisitorias arribaron a México a través de España. Durante el reino de los Reyes católicos Isabel y Fernando se implantó en Castilla la nueva Inquisición, con tal grado de efectividad, que se convirtió en el tribunal más eficaz y poderoso de todo el reino.⁸⁴

En 1571, a través de la Real Cédula del rey FELIPE II se estableció en México la Santa Inquisición, desarrollando la misma efectividad que en España para perseguir a los rebeldes. Las principales persecuciones fueron por herejía, hechicería, adulterio, encubrimiento de herejes, entre otras. La función del tribunal

⁸² *Idem.*

⁸³ CÁRDENAS RIOSECO, *op. cit.*, p. 22.

⁸⁴ BARREDA SOLÓRZANO, Luis de la, *La lid contra la tortura*, México, Cal y Arena, 1995, p. 52.

consistía en investigarlas, obtener confesiones y salvar almas. La materialización de estos importantes objetivos, exigía una serie de reglas y prácticas que en su núcleo tenían la negación misma del derecho a la no autoincriminación.

El proceso iniciaba generalmente con la detención del sospechoso, la cual era motivada por rumores o cualquier acusación. El inculpado no era informado de la acusación ni de las pruebas en su contra –si es que existían- y era sometido a un interrogatorio. Resulta interesante, que si bien se permitía que el inculpado tuviera defensor, en la práctica esto no fue muy frecuente, dado que existía el riesgo de que el mismo defensor terminara inculcado en el intento de ejercer su defensa.

85

Al igual que en la inquisición europea, la tortura era el mecanismo para la obtención de la confesión. De acuerdo con Nauhcatzin BRAVO, el acusado era torturado psicológicamente y amenazado de sufrimiento para llevarlo a confesar sus culpas ante un ejecutor encapuchado. Si se rehusaba, se le desnudaba y nuevamente se le presionaba para que confesara. Ésta era la última oportunidad que tenía para salvarse del dolor, ya que a su segunda negativa seguía la tortura física.

Por su parte, Luis de la BARREDA menciona que la tortura era utilizada en los casos que el obispo y los letrados consideraban que el inculpado: a) era incongruente en sus declaraciones y la incongruencia no se explicaba por estupidez o flaqueza de memoria; b) confesaba parcialmente; c) reconocía su mala acción pero negaba su intención herética; o d) si la evidencia con la que se contaba, era defectuosa.⁸⁶

Una vez obtenida la confesión bajo tortura, ésta debía ser ratificada veinticuatro horas más tarde sin presión alguna. Lo cual, según el mismo autor, resultó ser relativo, pues aunque no existiera tortura física en el momento de la ratificación, la coacción psicológica de los momentos vividos disuadían al inculpado a no contradecir su confesión frente el miedo de enfrentar nuevos suplicios.

⁸⁵ BRAVO A., Nauhcatzin, *op. cit.*, p. 145.

⁸⁶ BARREDA SOLÓRZANO, *op. cit.*, p. 54.

El proceso finalizaba con el formal pronunciamiento de la sentencia. En los casos de faltas no graves, dicho pronunciamiento se realizaba en una ceremonia privada en el Palacio de la Inquisición; mientras en los casos de faltas graves el proceso se cerraba con el llamado «auto de fe», que consistía en la exhibición pública del condenado en una celebración de fe, esto es, en la asistencia del pueblo creyente al acto en el cual al condenado se le decretaba la pena impuesta por la inquisición.

87

b. La evolución constitucional del derecho a la no autoincriminación

En México, la tortura y el juramento como causa de invalidez de las declaraciones o confesiones arrancadas bajo coacción no es una exigencia nueva. La Constitución de Cádiz de 1812 insertó en su artículo 291, la prohibición del uso del juramento en la declaración del inculcado. Sin embargo, la existencia del derecho a la no autoincriminación entendido como el derecho que goza el inculcado para decidir declarar o no frente a la autoridad es prácticamente reciente. A continuación se realizará un breve análisis de las disposiciones constitucionales que guardan relación con el derecho a la no autoincriminación con el propósito de conocer su evolución constitucional.

- *La Constitución de Cádiz de 1812, los Sentimientos de la Nación y la Constitución de Apatzingán de 1814*

La Constitución de Cádiz de 1812 insertó en su artículo 291, la prohibición del juramento en la declaración del inculcado.⁸⁸ Por su parte, los Sentimientos de la Nación -elaborados por José Ma. Morelos y Pavón durante los primeros años de la guerra de independencia de México- mostraron la intolerancia hacia los malos tratos a los inculcados y la tortura empleada para obtener confesiones. Tiempo más tarde, estos ideales se vieron reflejados en los artículos 21, 22 y 23 del primer

⁸⁷ *Ídem*, véase también, BRAVO A., Nauhcatzin, *op. cit.*, pp. 146--147.

⁸⁸ "Artículo 291. La declaración del arrestado será sin juramento, que ha nadie ha de tomarse en materias criminales sobre hecho propio." Constitución promulgada el 9 de marzo de 1812.

texto constitucional mexicano, la Constitución de Apatzingán de 1814.⁸⁹ Si bien las disposiciones de los anteriores documentos son plausibles, se observa que siguen el enfoque desarrollado en Francia, por la cual los inculpados debían ser protegidos contra la tortura pero no contaban con un derecho que los protegiera de hablar en su contra.

- Constitución Federal de 1824

En la Constitución de 1824 el derecho a la no autoincriminación no existía aún en su concepción moderna como derecho a declarar o a guardar silencio, más aún, el silencio del inculpado ni siquiera era una posibilidad. No obstante, dicha Constitución prohibió los mecanismos típicamente empleados en la obtención de las confesiones. Así, en su artículo 149 prohibió la tortura y en su artículo 153 el uso del juramento del inculpado.⁹⁰

- Constitución de 1836

En 1836, con la emisión de las Siete Leyes Constitucionales de la República Mexicana, por primera vez se establecieron ciertas garantías procesales a favor de los gobernados. Esto es, junto a la prohibición de declarar sin juramento del inculpado, se establecieron algunas concesiones como el derecho a conocer la causa del procedimiento, el nombre del acusador,⁹¹ de los documentos, testigos y

⁸⁹ BRAVO A., Nauhcatzin, *op. cit.*, p. 156. Los citados artículos establecieron lo siguiente: artículo 21. "Sólo las leyes pueden determinar los casos en que debe ser acusado, preso o detenido algún ciudadano", artículo 22. "Debe reprimir la ley todo rigor que no se contraiga precisamente a asegurar las personas de los acusados" y, artículo 23. La ley sólo debe decretar penas muy necesarias, proporcionadas a los delitos y útiles a la sociedad. *Decreto constitucional para la libertad de América Latina*, promulgado el 22 de octubre de 1814 por el Congreso de Chilpancingo en la ciudad de Apatzingán, Michoacán.

⁹⁰ "Artículo 149. Ninguna autoridad aplicará clase alguna de tormentos, sea cual fuere la naturaleza y estado del proceso." "Artículo 153. A ningún habitante de la república se le tomará juramento sobre hechos propios al declarar en materias criminales." Decreto emitido por el Congreso general constituyente de la nación mexicana del 4 de octubre de 1824, 19pp.

⁹¹ Véanse numerales 46 a 49, de la Quinta Ley relativa al Poder Judicial, *Bases y Leyes Constitucionales de la República Mexicana* decretadas por el Congreso General de la Nación en 1836.

demás datos que obren en su contra, así como la prohibición del uso «del tormento para la averiguación de ningún género de delito.»⁹²

Sin embargo, la lógica del proceso penal establecida en la Constitución de 1836 aún continuaba con la idea de que el acusado debía hablar. Esto es, el texto constitucional era omiso sobre el silencio del acusado, ya fuera como uno de sus derechos en el proceso o como una mera posibilidad fáctica. Más aún, pareciera desprenderse una obligación de hablar del inculpado, pues establecía el tiempo en el que el inculpado debía presentar su declaración.

Las mismas reglas respecto a la declaración y confesión del inculpado fueron adoptadas posteriormente en las Bases Orgánicas de la República Mexicana de 1843.⁹³

- Constitución de 1857

El constituyente de 1856-1857 concedió un mayor número de derechos a los inculpados. Insertó a su favor los derechos de información activa o pasiva, a ser careado con los testigos y a contar con un defensor, sin embargo fue omiso en relación a la prohibición de la toma de juramento del acusado y de su silencio. Sin embargo, continuo con la lógica de que el acusado hablara en el proceso penal, pues señalaba que el acusado debía rendir una declaración preparatoria, siendo su derecho «el realizarla dentro de las 48 horas siguientes desde que se ponga a disposición del juez»,⁹⁴ asimismo, gozaba el inculpado del derecho a que «se le oiga en defensa, por sí ó por persona de su confianza ó por ambas, según su voluntad.»⁹⁵

⁹² Numerales 48 y 49, de la Quinta Ley relativa al Poder Judicial, *Bases y Leyes Constitucionales de la República Mexicana* decretadas por el Congreso General de la Nación en 1836.

⁹³ Véanse artículos 176, 177 y 178, Título IX, de las Bases Orgánicas de la República Mexicana, publicadas en el Bando Nacional el 14 de junio de 1843.

⁹⁴ Artículo 20, fracción II.

⁹⁵ Artículo 20, fracción V.

- Constitución de 1917

Las graves prácticas arbitrarias e intimidatorias de las autoridades en contra del inculpado fueron reconocidas por los Constituyentes de Querétaro. Específicamente, Venustiano CARRANZA en su discurso del 1ro. de diciembre de 1916 frente al Congreso Constituyente, refiriéndose al artículo 20 de la Constitución de 1857, hizo evidente esta problemática al señalar que:

“El procedimiento criminal en México ha sido hasta hoy con ligerísimas variantes, exactamente el mismo que dejó implantado la dominación española [...]. Conocidos son de ustedes y de todo el pueblo mexicano, las incomunicaciones rigurosas, prolongadas en muchas ocasiones por meses enteros, unas veces para castigar a presuntos reos políticos, otras para amedrentar a los infelices sujetos a la acción de los tribunales del crimen y obligarlos a hacer confesiones forzadas, casi siempre falsas [...]”⁹⁶

El texto Constitucional reflejó esta preocupación por la fabricación de culpables. La Constitución en sus orígenes insertó un sistema penal acusatorio que desgraciadamente a través de diversas reformas constitucionales fue tendiendo hacia un sistema inquisitorial.⁹⁷

Por primera vez, la Constitución expresa un derecho a la no autoincriminación más allá de la prohibición del juramento y de la tortura para la obtención de confesiones. La fracción II del artículo 20, a la letra establecía que:

“En todo juicio del orden criminal, tendrá el acusado las siguientes garantías: II. No podrá ser compelido a declarar en su contra, por lo cual queda rigurosamente prohibida toda incomunicación o cualquier otro medio que tienda a aquel objeto.”

⁹⁶ Discurso de Venustiano Carranza frente al Congreso Constituyente de Querétaro al presentar su proyecto de Constitución Mexicana el 1ro. de diciembre de 1916.

⁹⁷ LICONA Vázquez, Renee, “Evolution of the Right to Remain Silent in Mexico. Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare”, PALAZZO Antonio (coord.), *Diritto e Processo*, Italia, Anuario giuridico dell'Università degli Studi di Perugia, n. 5/2006-2009, p. 264. pp. 262-286. En este estudio Renee Leucona se propone analizar la evolución del derecho a guardar silencio en México en el sistema inquisitorial de las últimas décadas, así como su concepción en la reforma al sistema penal de 2008.

En este sentido, se observa que el derecho constitucional a la no autoincriminación se expandió a la prohibición del uso de cualquier medio de coacción para obtener una declaración inculpatória. Sin embargo, una lectura de dicha disposición en correlación a la fracción III del mismo artículo –donde señala el derecho del inculpado de conocer al acusador y la acusación, a efecto de “contestar el cargo” en su declaración preparatoria-, pareciera que el derecho a la no autoincriminación no incluía el derecho al silencio del acusado, sino que involucraba exclusivamente la prohibición de medios de coacción.⁹⁸

- Reformas constitucionales al artículo 20, fracciones II y III
- Reforma constitucional de 1986

La preocupación por la tortura y la autoincriminación en México se ha reflejado a nivel constitucional y legislativo. Es por ello que en 1986, se aprobó en México la primera Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, la cual fue abrogada en 1991 por una segunda ley del mismo nombre actualmente vigente.⁹⁹

- Reforma constitucional de 1993

En el gobierno de Carlos Salinas de Gortari, se aprobó una reforma a los artículos 16, 19, 20 y 119 constitucionales, publicada el 3 de septiembre de 1993,¹⁰⁰ que estableció referente al derecho a la no autoincriminación lo siguiente:

Artículo 20: «En todo proceso de orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías: II. No podrá ser obligado a declarar. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del juez, o ante éstos sin la asistencia

⁹⁸ Artículo 20. [...] III. Se le hará saber en audiencia pública, y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre del acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, **rindiendo en este acto su declaración preparatoria.**” (Énfasis añadido)

⁹⁹ La Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 27 de diciembre de 1991.

¹⁰⁰ Decreto por el que se reforman los artículos 16, 19, 20 y 119 y se deroga la fracción XVIII del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; *Diario Oficial de la Federación*, 3 de septiembre de 1993.

de su defensor carecerá de todo valor probatorio. [...] lo previsto en las fracciones I y II no estará sujeto a condición alguna.» (Penúltimo párrafo)

Con la reforma de 1993, se presentan dos avances significativos. Por un lado, el derecho a la no autoincriminación amplía su protección y se convierte en el derecho a guardar silencio. Por el otro, se establece un costo «constitucional» dirigido a garantizar su efectividad mediante la incorporación de la teoría de la prueba prohibida. Esto es, las declaraciones frente a las policías carecen de validez y únicamente serán pruebas de culpabilidad si y, sólo si: 1) son rendidas ante el ministerio público o juez y, 2) el defensor se encuentra presente en el momento de la declaración.

Nuevamente los avances de la nueva redacción constitucional fueron plausibles, sin embargo dichos cambios no fueron suficientes para asegurar la efectividad del derecho a la no autoincriminación en la práctica. Uno de los cuellos de botella fue que no se exigiera que la defensa durante la custodia del inculcado en el ministerio público fuera realizada por un abogado, sino por cualquier persona de su confianza. Es decir, dado que no se exigía una defensa sustancialmente, sino sólo formalmente, la persona de confianza sin la formación adecuada desconocía los derechos del inculcado o la vía de hacerlos efectivos, o simplemente firmaba la declaración sin realmente ver por la defensa del inculcado.¹⁰¹

- Reforma constitucional de 2008¹⁰²

En junio de 2008, se emitió la Reforma Constitucional más importante en materia de justicia penal de las últimas décadas. La reforma incluyó cambios sustanciales al proceso penal, como fueron el abandono de elementos inherentes al sistema penal mixto y la adopción de un sistema acusatorio y oral, que descansará en la

¹⁰¹ MAGALONI, Ana Laura e IBARRA, Ana María, `La configuración jurisprudencial de los derechos fundamentales. El caso del derecho constitucional a una "defensa adecuada`, *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 19, julio-diciembre, 2008.

¹⁰² En el 2000 se presentó una reforma al multicitado artículo por la que se agruparon los derechos del inculcado en un apartado A y se adicionó un apartado B con los derechos de la víctima. Dado que dicha reforma adolece de importancia sustantiva al derecho a la no autoincriminación, se omitió su análisis.

presunción de inocencia del inculpado y se regirá por los principios de publicidad, contradicción y concentración, continuidad e inmediación.¹⁰³

Respecto al derecho a la no autoincriminación, esta reforma estableció en el artículo 20, apartado B, la fracción II, que toda persona imputada tiene derecho:

«II. A declarar o a guardar silencio. Desde el momento de su detención se le harán saber los motivos de la misma y su derecho a guardar silencio, el cual no podrá ser utilizado en su contra. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida sin la asistencia del defensor carecerá de toda valor probatorio;»

La nueva redacción constitucional deja claro que el derecho a la no autoincriminación en México incluye un derecho al silencio, sin que pueda éste ser interpretado por la acusación o por el juez en su contra. También, de manera similar a las advertencias Miranda, se exige que el inculpado sea informado de sus derechos desde que es detenido. Se mantiene la prohibición de la incomunicación, intimidación y tortura, y la nulidad absoluta de la confesión, si no es realizada con la asistencia del defensor. Este último punto junto con el aviso de los derechos al inculpado son los más afortunados de la reforma en el tema de la no autoincriminación, pues a través de la fracción VIII del mismo artículo se exige que la defensa sea realizada por abogado y no por cualquier persona de confianza.

¹⁰³ Artículo 20 constitucional, A. De los principios generales: I. **El proceso penal tendrá por objeto** el esclarecimiento de los hechos, **proteger al inocente** [...]. III. Para los efectos de la sentencia **sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio.** [...] IV. **La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora**, conforme lo establezca el tipo penal. Las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente; [...] VII. Una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del inculpado, se podrá decretar su **terminación anticipada** en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley. **Si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, el juez citará a audiencia de sentencia.** La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculpado cuando acepte su responsabilidad; [...] VIII. **El juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad** del procesado; [...] IX. Cualquier **prueba** obtenida con violación de derechos fundamentales será **nula**, y X. Los principios previstos en este artículo, se observarán también en las audiencias preliminares al juicio. (Énfasis propio)

5. Conclusiones

Del análisis sobre los orígenes del derecho a la no autoincriminación se concluye que este derecho es producto de la evolución de la máxima «*nemo tenetur*» proveniente del derecho canónico y retomada por el *ius commune* y por el *common law*, en el sentido de la tesis contemporánea desarrollada por HELMHOLZ y LANGBEIN.

En este sentido, se observa que históricamente el derecho a la no autoincriminación sólo fue posible con el nacimiento del proceso adversarial -a la luz de la presunción de inocencia y del derecho a la defensa- a finales del siglo XVIII en Inglaterra. De ahí que, la aparición de dicho derecho no se encuentra en un triunfo del *common law* simple y llanamente, sino que sea en la labor del defensor que hizo posible que el inculpado pudiera permanecer en silencio frente a la acusación.

Asimismo, se observa que la máxima «*nemo tenetur*» evolucionó de manera paralela en los países de derecho civil codificado. En Europa continental, la confesión del inculpado fue la vía perfecta para conocer la verdad en el proceso. El uso del tormento y la tortura convirtieron al interrogatorio en la etapa clave del proceso. Estas prácticas inquisitorias arribaron a México a través de España. En 1571, a través de la Real Cédula del rey FELIPE II se estableció en México la Santa Inquisición, desarrollando la misma efectividad que en España para perseguir herejes.

En México la tortura y el juramento como causas de invalidez de las declaraciones no son exigencias nuevas. Sin embargo, la existencia del derecho a la no autoincriminación entendido como la facultad de la que goza el inculpado para declarar o no frente a la autoridad es prácticamente reciente, pues es hasta la Constitución de 1917 en la que se insertó explícitamente esta facultad.

Por todo lo anterior, se considera que la historia del derecho a la no autoincriminación trata de la evolución jurídica de la máxima «*nemo tenetur*» en dos familias jurídicas distintas: *common law* y de derecho civil codificado. Las

cuales, si bien lo fueron configurando de forma distinta, convergen en la finalidad del derecho: evitar que el acusado sea obligado a insertar pruebas en su contra durante el proceso penal.

Asimismo, el análisis histórico muestra que la eficacia del derecho a la no autoincriminación depende en su mayoría de que existan las condiciones o reglas del juego necesarias para que el inculpaado pueda permanecer en silencio sin que éste, sea interpretado en un contra. Para lo cual, lo mínimo necesario es que exista la presunción de inocencia y del derecho a la defensa real.

CAPÍTULO SEGUNDO: EL DERECHO DEL INCULPADO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN Y SUS COSTOS EN EL PROCESO PENAL

«El Derecho procesal penal es el
sismógrafo de la constitución del Estado»
Claus ROXIN

Una larga lucha contra la tortura física y espiritual ha sido recorrida por el derecho a la no autoincriminación. Infinidad de personas fueron sometidas a torturas y a juramentos so pretexto de la salvación o justicia, cumpliendo así la confesión una función penitencial y liberatoria.¹⁰⁴ Tuvieron que transcurrir más de mil cuatrocientos años desde que SAN CRISÓSTOMO, se refirió a la máxima «*nemo tenetur se ipsum accusare*» como un derecho inherente a todo hombre, para que la no autoincriminación comenzará a tener un peso real frente a la arbitrariedad del Estado.

Actualmente, la máxima «*nemo tenetur*» subyace en los derechos de los inculcados en múltiples constituciones¹⁰⁵ y tratados internacionales de derechos

¹⁰⁴ FERRAJOLI, Luigi, *op, cit.*, p. 266.

¹⁰⁵ Por ejemplo, entre las constituciones latinoamericanas, el artículo 25 de la Ley Fundamental de *Colombia* dispone que “nadie podrá ser obligado, en asunto criminal, correccional o de policía, a declarar contra sí mismo o contra sus parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad”. Según el artículo 62 de la Ley Suprema de *Paraguay* “nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo”. La Constitución de *Uruguay*, en su artículo 20 dispone que “quedan abolidos los juramentos de los acusados en sus declaraciones o confesiones sobre hecho propio”. La Ley Suprema de *Costa Rica*, en su artículo 36, determina que “en materia penal nadie está obligado a declarar contra sí mismo, ni contra su cónyuge, ascendientes, descendientes o parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad o afinidad”. La Ley Suprema de *Ecuador*, en su artículo 19 inc.1, prohíbe “las torturas y todo procedimiento inhumano o degradante”. Según el artículo 62 de la Ley Fundamental de *Honduras*, “ninguna persona será sometida a torturas, penas infamantes o tratos crueles, inhumanos o degradantes”, y de acuerdo al artículo 63, de la misma ley, la “declaración obtenida por medio de la violencia es nula e induce responsabilidad contra el funcionario que la haya ejecutado”. La Constitución de *Nicaragua*, en su artículo 51, determina que “se prohíbe todo acto de crueldad o tortura contra detenidos, procesados o penados. La violación de esta garantía constituye delito”, y según su artículo 52, “nadie puede ser obligado, en asunto criminal, correccional o de policía, a declarar contra sí mismo, contra su cónyuge o contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad”. En Europa, algunos ejemplos de constituciones que consagran la no autoincriminación, son: la Constitución de *España* de 1978, que en su artículo 17.3 menciona que «Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar...», mientras en su artículo 24. 2 señala que «...todos tienen derecho...a no declarar contra sí mismos, a no

humanos¹⁰⁶, y se concibe como un derecho inherente a la concepción del debido proceso penal y a la presunción de inocencia, imperantes en un Estado constitucional de derecho.

Sin embargo, el derecho a la no autoincriminación no deja de ser controvertido. Al dilema de su contenido y alcances por el cual se debate si la máxima «*nemo tenetur*» incluye un derecho al silencio o sólo se contrapone a la coacción del Estado para obtener una declaración, se adicionan las arbitrariedades que

confesarse culpables y a la presunción de inocencia...». La Ley Fundamental de *Portugal* de 1976 establece, en su artículo 32, que “son nulas las pruebas obtenidas mediante tortura, coacción, ofensa a la integridad física o moral de la persona, intromisión abusiva en la vida privada, en el domicilio, en la correspondencia y en las telecomunicaciones”. La Constitución de *Noruega*, en su artículo 96 establece que “la tortura no se aplicará jamás”. Así también la no autoincriminación aparece en la Constitución de *Japón*, al disponer en su artículo 36 que “la aplicación de tortura y de penas crueles por un funcionario público está absolutamente prohibida”. Mientras que, por su artículo 38 “ninguna persona será obligada a declarar contra sí misma. Las confesiones mediante compulsión, tormento o amenaza, o después de arresto o detención prolongados, no serán admitidas como prueba. Ninguna persona será condenada o penada en los casos en que la única prueba en su contra sea su propia confesión”.

¹⁰⁶ En cuanto a los tratados internacionales que contemplan el derecho a la no autoincriminación encontramos que el artículo 5º de la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10/12/1948 establece que “nadie será sometido a tortura ni a... tratos crueles, inhumanos o degradantes”, así mismo, en su artículo 10 señala que “toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado las garantías necesarias para su defensa”. Asimismo, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada por la IX Conferencia Internacional Americana, con fecha 2/5/1948, se establece que “se presume que todo acusado es inocente, hasta que no se pruebe que es culpable”. Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos suscrita en San José, Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969, en su artículo 8, respecto a las garantías judiciales, establece que: «2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: [...] g. derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, [...]. 3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.» Por otro lado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que el derecho al silencio y el derecho a no autoincriminarse, que aún no encontrarse expresamente mencionados en el artículo 6 del Convenio (Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma, Italia en 1950), residen en el corazón mismo del derecho a un proceso equitativo y enlazan estrechamente con el derecho a la presunción de inocencia. Véase Sentencia de 17 de diciembre de 1996, *caso Saunders contra el Reino Unido*, párr. 68; Sentencia de 25 de febrero de 1993, *caso Funke v. Francia*, párr. 44, y en la Sentencia de 8 de febrero de 1996, *caso John Murray v. el Reino Unido*, párr. 45.

amenazan su eficacia y que suelen justificarse bajo el discurso de la inseguridad pública.¹⁰⁷

Es por ello que más allá de su reconocimiento por el sistema jurídico positivo, merecen especial atención dos puntos: 1) el análisis de las condiciones en el diseño del sistema de impartición de justicia que hacen que la no autoincriminación deje de ser letra muerta, y 2) el papel de los jueces en proveer a la eficacia del derecho.

Bajo esta óptica, estos dos grandes temas son los ejes del presente capítulo y tienen como objetivo común determinar cuál es el contenido mínimo o núcleo del derecho a la no autoincriminación así como las condiciones mínimas que el sistema de impartición de justicia y los jueces deben cumplir para que este derecho comience a ser eficaz.

1. *Características de los modelos inquisitivo y acusatorio en relación al derecho a la no autoincriminación*

El proceso penal no descansa en la idea pura del castigo. Éste nace para proveer a la sociedad de una vía que canalice institucionalmente la reacción humana frente al delito y contrarrestar así, la violencia que se derivaría de la justicia por propia mano. Para ello, el proceso envuelve una doble finalidad: el castigo de los

¹⁰⁷ Hoy en día, señala el ex juez de la Corte Interamericana de Derecho Humanos, Sergio GARCÍA RAMÍREZ que en buena medida el problema central de la justicia penal –no sólo en México– se proyecta sobre las contiendas acerca de derechos humanos, que giran en torno al falso dilema entre debido proceso (*due process*) y contención del crimen (*crime control*), o bien, entre la eficacia de la persecución penal instalada y la seguridad pública sobre el respeto a los derechos humanos. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “El debido proceso. Concepto general y regulación en la convención americana sobre derechos humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas- UNAM, México, núm. 117, párr. 38. En este sentido, las prácticas policiales arbitrarias y las políticas criminales en contra del crimen organizado y el terrorismo ponen a prueba el compromiso de los tribunales y de las sociedades modernas con el respeto a los derechos del inculgado, derivados de la no autoincriminación. Existen casos interesantes en los cuales los tribunales han justificado una restricción a la protección a la no autoincriminación en miras de garantizar la seguridad del Estado. Un interesante artículo sobre el tema en Europa en contra del terrorismo se encuentra en MUÑOZ CONDE, Francisco, “De la prohibición de autoincriminación al derecho procesal del enemigo”, *Stvdia Ivridicca*, Coimbra, Boletim Da Faculdade de Direito-Universidade de Coimbra, n. 100, pp. 1014-1015.

culpables y la tutela de los inocentes.¹⁰⁸ La historia del proceso penal se ha escrito como la guerra continua entre estas dos finalidades, cada una acentuándose en un modelo de proceso distinto.¹⁰⁹ El modelo inquisitivo para el caso de la primera finalidad, y el modelo acusatorio para la segunda. Asimismo, cada finalidad condiciona de manera diversa la concepción de la verdad y el papel del juez, elementos que definen la dinámica del interrogatorio y, por ende, la eficacia del derecho a la no autoincriminación.

B. *La verdad y el papel del juez en el proceso penal*

Es en el interrogatorio del inculpado donde se manifiestan y se miden las diferencias más profundas entre los sistemas inquisitivo y acusatorio. Estas diferencias radican en su punto de partida: cada sistema tiene concepciones distintas de la función del poder judicial y en cómo llegar al descubrimiento de la verdad.¹¹⁰

El sistema inquisitivo confía ampliamente en la bondad del Estado para la persecución de los delitos y en su capacidad de alcanzar la verdad, por lo que confía la tutela del inocente a las virtudes del juez.¹¹¹ El sistema recibe su nombre por el importante papel que juega el investigador (*the fact finder*) o juez-inquisidor, en descubrir los hechos, insertar la evidencia y utilizar las pruebas en el proceso. Su finalidad es descubrir la verdad única y absoluta, que no admite puntos contrastantes (principio de contradictorio).¹¹² En este sentido, el juez inquisidor es al mismo tiempo acusación y juez - sistema inquisitivo puro- o bien, actúa como un

¹⁰⁸ FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, p. 604.

¹⁰⁹ La historia del proceso penal, es un rol de dos sistemas: el acusatorio y el inquisitivo, sin que pueda, como sostiene Armenta Deu: “defenderse la vigencia en su plenitud de ninguno de ambos”. CÁRDENAS RIOSECO, Raúl F., *Sistema acusatorio y la prueba ilícita en la reforma constitucional de 2008*, México, Porrúa, p.2.

¹¹⁰ FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, pp. 604-605.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 604.

¹¹² LICONA VÁZQUEZ, Renee, “Evolution of the Right to Remain Silent in Mexico. Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare”, en PALAZZO Antonio (coord.), *Diritto e Processo*, Italia, Anuario giuridico dell'Università degli Studi di Perugia, n. 5/2006-2009, p. 268. Ferrajoli, p. 610. La tradición del sistema inquisitorial ha sido seguida por la mayoría de los países pertenecientes a la tradición de derecho civil codificado.

simple espectador - sistema mixto- encargándose de corroborar la verdad expuesta por el investigador.¹¹³

Las anteriores características del sistema hacen que la investigación sea la etapa más importante del proceso penal¹¹⁴ y el interrogatorio del inculpado sea concebido como el «comienzo de la guerra forense» es decir «el primer ataque del fiscal en contra del imputado»¹¹⁵ para obtener por cualquier medio la prueba reina de la acusación: la confesión. Llegar a la verdad es el principal objetivo sin importar los medios empleados para descubrirla.¹¹⁶

Evidentemente en este contexto, el derecho a la no autoincriminación es inexistente. Si el inculpado decide quedarse en silencio, al no imperar la presunción de inocencia, su conducta equivale a abandonar toda oportunidad de defensa en el proceso.

A diferencia del sistema inquisitivo en un modelo acusatorio¹¹⁷, el juez se presenta como un tercero imparcial, separado de la acusación y al que se deben presentar las pruebas necesarias y suficientes para demostrar la existencia del delito, la participación y culpabilidad del acusado (principio *nulla accusatio sine*

¹¹³ FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, pp. 610 y 612.

¹¹⁴ LICONA VÁZQUEZ, Renee, *op. cit.*, p. 268.

¹¹⁵ FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, p. 607.

¹¹⁶ De acuerdo con Ferrajoli, las diferencias en el interrogatorio entre el modelo inquisitivo y acusatorio son únicamente un “reflejo de la alternativa epistemológica entre las dos concepciones opuestas de verdad procesal que caracterizan a los dos sistemas y que condicionan en general los medios de prueba”, es decir, se trata del reflejo de dos visiones contrarias sobre la verdad en el proceso, que definen quien debe demostrar la inocencia o culpabilidad del acusado. *Ibidem*, p. 610.

¹¹⁷ “El procedimiento acusatorio debe su nombre al principio de igual denominación, según el cual el Estado tiene la carga de la prueba, y se rige por la oralidad del procedimiento, la igualdad de las partes, y la publicidad del proceso. Este principio se fundamenta en lo que los estadounidenses llaman la igualdad de armas, es decir, mismas condiciones entre la acusación y la defensa, con lo que se garantiza que el derecho penal cumpla en forma razonable con sus dos finalidades básicas: proteger por una parte a la sociedad del delito [...] y por otra [proteger], al acusado frente a los excesos, las desviaciones y las perversiones en la acusación; es decir, el derecho penal es, o debe ser, una forma de reducir la violencia en la sociedad, no de agravarla.” CÁRDENAS RIOSECO, Raúl F., *op. cit.*, pp. 31-32.

probatione)¹¹⁸, de ahí que éste sea protegido y considerado como inocente hasta que no se demuestre lo contrario (principio de presunción de inocencia).

De lo señalado se deduce que en el sistema acusatorio la verdad surge de la batalla en los tribunales, es decir de la competencia entre las partes enfrentadas en igualdad de circunstancias frente a un tercero imparcial en la arena judicial y no en el interrogatorio como en el proceso inquisitivo.¹¹⁹ Esto inevitablemente, se refleja en la función y dinámica del interrogatorio y sienta las bases para la eficacia del derecho a la no autoincriminación del acusado. Es por ello que, la no autoincriminación en un sistema acusatorio no equivale a quedarse sin armas en el proceso, sino que es la expresión del derecho de defensa: el imputado como sujeto del proceso tiene derecho a defenderse y a hacerse oír.

Lo anterior es reconocido por FERRAJOLI, quien señala que en el modelo garantista del proceso acusatorio donde existe la presunción de inocencia, el interrogatorio es el principal medio de defensa y tiene la única función de dar materialmente vida al juicio contradictorio y permitir al inculpado refutar la acusación o aducir argumentos que justifiquen su actuar.¹²⁰ De tal manera, el inculpado tiene la libertad plena de decidir declarar o no, pues su silencio no será interpretado como prueba de culpabilidad¹²¹.

¹¹⁸ Dicho principio significa que no puede acusarse a ninguna persona sin probarlo, y por tanto, nace la carga de la prueba para la acusación. En un proceso acusatorio-adversarial el Juez tiene como única misión que los contendientes observen las reglas procesales y resolver imparcialmente el fondo del caso planteado, [...] la intervención judicial en la práctica de la prueba sería ilegítima al violar el derecho de "contradicción y defensa". CÁRDENAS RIOSECO, Raúl F., *op. cit.*, p. 49.

¹¹⁹ LICONA VÁZQUEZ, Renee, *op. cit.*, p. 268.

¹²⁰ FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, pp. 556-557, 608. En el mismo sentido, José CAFFERATA señala que el inculpado "no podrá ser inducido, engañado, constreñido o violentado a declarar ni a producir pruebas en contra de su voluntad... Ello implica la exclusión de la coacción directa y también la "inherente" a ciertas condiciones o circunstancias... Consecuentemente, la declaración del imputado debe ser considerada un medio para su defensa y no un medio de prueba." CAFFERATA NORES, José, "Garantías y sistema constitucional", *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, Argentina, vol. I, n. 1, 2001, pp. 135.

¹²¹ Lo anterior, a excepción de la corriente norteamericana que señala que el derecho a la no autoincriminación no equivale a un derecho al silencio del inculpado. Véase, *supra*.

Por todo lo anterior, en un sistema garantista se invierte la idea de que el fin de la verdad justifica cualquier medio, de modo que es únicamente la naturaleza del medio lo que garantiza el fin.¹²²

Dadas estas características, es posible deducir que existe una relación directa entre la eficacia del derecho a la no autoincriminación y la concepción de la función del poder judicial y del Estado en la investigación de los hechos y en la búsqueda de la verdad. Es además, en función de la concepción adoptada sobre la verdad que se legitiman los mecanismos utilizados para llegar a ella en cada sistema y la posible exclusión de la prueba ilícita en el proceso penal. De ahí que, la efectividad de la no autoincriminación dependan en gran parte del compromiso que tenga el sistema penal y de procuración de justicia con la protección de los derechos humanos, y más específicamente, con la presunción de inocencia y el derecho a una defensa adecuada. Sin éstos, no es posible hablar de un derecho real y efectivo a la no autoincriminación. Resulta útil entonces recordar las palabras de LANGBEIN al afirmar que el error de LEVY y WIGMORE fue querer ver consolidado un derecho cuando aún no existían la presunción de inocencia y el derecho a la defensa, elementos que lo hacen realmente efectivo.¹²³ En consecuencia, el análisis de la dinámica del interrogatorio sugiere que es la historia contemporánea la que explica de manera más completa la evolución del derecho a la no autoincriminación.

C. *El contenido del derecho a la no autoincriminación*

Bajo la óptica de la historia contemporánea sobre el origen del derecho a la no autoincriminación, es posible decir que este derecho tiene dos tipos de significados o contenidos. En sentido amplio, el derecho a la no autoincriminación

¹²² FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, p. 608. Véase también CÁRDENAS RIOSECO, Raúl F., *op. cit.*, p. 49 y GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *op. cit.*, párr. 30. Al respecto, GARCÍA critica que considera que es suficiente con lograr un resultado supuestamente justo, es decir, una sentencia conforme a la conducta realizada por el sujeto, para que se convalide la forma de obtenerla, equivale a recuperar la idea de que "el fin justifica los medios" y la licitud del resultado depura la ilicitud del procedimiento. Hoy día se ha invertido la fórmula: "la legitimidad de los medios justifica el fin alcanzado".

¹²³ Véase Capítulo I.

se integra de un conjunto de derechos que responden al principio del mismo nombre y que se derivan de la evolución de la máxima «*nemo tenetur*». Al respecto FERRAJOLI comenta que:

«*Nemo tenetur se detegere* es la primera máxima del garantismo procesal acusatorio, enunciada por Hobbes y recibida a partir del siglo XVII en el derecho inglés. De ella siguen, como colorarios, la prohibición de esa «tortura espiritual», como la llamó Pagano, que es el juramento del imputado; el «derecho al silencio», según palabras de Filangieri, así como la facultad del imputado de faltar a la verdad en sus respuestas; la prohibición, por el respeto debido a la persona y por la inviolabilidad de su conciencia, no sólo de arrancar la confesión con violencia, sino también de obtenerla mediante manipulaciones de la psique [...] tanto por el rechazo de cualquier prueba legal como por el carácter indisponible asociado a las situaciones penales; el derecho del imputado a la asistencia y, en todo caso, a la presencia de su defensor en el interrogatorio para impedir abusos o cualesquiera violaciones de las garantías procesales.»¹²⁴

De lo anterior se deduce que el derecho a la no autoincriminación tiene alcances en relación a los siguientes derechos:

- Derecho a la integridad física: prohibición de la tortura, debido respeto de la persona.
- Derecho a no declarar: derecho al silencio, derecho a la inviolabilidad de conciencia.
- Derecho a declarar: derecho a faltar a la verdad, derecho a confesar sin coacción física y moral.
- Derecho a la defensa: derecho a la asistencia y derecho a la presencia de su defensor durante la declaración.

Sin embargo, no toda la doctrina acepta el *sentido lato* o alcances del principio «*nemo tenetur*» señalados por FERRAJOLI. La doctrina es homogénea al aceptar que en el núcleo del derecho a la no autoincriminación del inculcado se encuentra su derecho a no ser coaccionado para insertar pruebas en su contra, es decir sin

¹²⁴ FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, p 608. Véase también, MUÑOZ CONDE, Francisco, *ibídem.*, pp. 1014-1015.

tortura, tratos crueles e inhumanos, o cualquier forma de violencia hacia el inculpado. Estas prohibiciones pueden considerarse como los mínimos necesarios para la existencia de la no autoincriminación, y por tanto, se pueden entender como el significado más estricto del derecho.

Más allá de este núcleo del derecho a la no autoincriminación, sus límites son inciertos. Por ejemplo, la doctrina proveniente de la familia romano-germánica acepta que el derecho a la no autoincriminación del inculpado se expresa en dos formas básicas: a) el derecho a hablar, y b) el derecho al silencio;¹²⁵ las cuales corresponden a las actitudes que el inculpado puede adoptar frente a la acusación. Consecuentemente, el inculpado puede guardar silencio durante el interrogatorio y estar seguro de que su silencio no será utilizado como indicio o prueba plena de su culpabilidad.

Sin embargo, existen diferencias en la interpretación de los alcances o el nivel de protección del derecho a la no autoincriminación en la misma tradición romano-canónica. Por ejemplo, la doctrina constitucional española considera derechos distintos el derecho del detenido a no declarar -consagrado a favor de los detenidos en el artículo 17.3 de la norma fundamental española-, y el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable dentro del proceso penal y a la luz de la presunción de inocencia -establecido en el artículo 24.2 de la misma norma fundamental-. El primero de los derechos, es más restringido al interpretarse que comprende únicamente la prohibición de la compulsión para declarar. En cambio, se considera que el segundo derecho –derivado también del principio a la no autoincriminación- tiene mayor amplitud al prohibir la compulsión del acusado no sólo para declarar sino para aportar cualquier prueba que tenga o pueda tener valor directamente incriminatorio.¹²⁶

¹²⁵ Véase la evolución del derecho a la no autoincriminación en el *ius commune* en el Capítulo I.

¹²⁶ Pleno. *Sentencia 161/1997, de 2 de octubre de 1997. Cuestión de Inconstitucionalidad 4.198/1996*, p. 84. En relación con el artículo 380 (Tipificación como Desobediencia Grave de la Negativa del Conductor de someterse a la Prueba de Alcoholemia) del Código Penal (Ley Orgánica

Por su parte, la doctrina proveniente de la familia del *common law*, especialmente la norteamericana –y algunas sentencias de la Corte Suprema del mismo país-, no aceptan unánimemente que se derive del principio a la no autoincriminación un derecho al silencio.¹²⁷ Los cuestionamientos al respecto, se dirigen a afirmar que en aquellos casos en los que se garantiza que el inculpado no sufra ningún tipo de coacción, el derecho a la no autoincriminación no excluye al inculpado de su obligación a hablar y, por tanto, no tiene derecho al silencio.¹²⁸ Esto, trasciende en la práctica en que si el inculpado decide no declarar o no contestar alguna pregunta durante el interrogatorio, la acusación puede válidamente señalar tal actitud como indicio de su culpabilidad.¹²⁹

Finalmente, es importante señalar que aún desde la perspectiva de un sentido estricto del derecho a la no autoincriminación, el Estado tiene la obligación de crear el contexto adecuado para que sea el libre arbitrio del inculpado lo que lo lleve a declarar y evitar que lo haga por alguna fuerza externa. Por tanto, la eficacia del derecho a la no autoincriminación se relaciona con otros derechos como a la integridad física y el derecho a la asistencia de su defensor durante la declaración; y además responde a principios y valores relacionados con la libertad y la dignidad de las personas inculpadas, la presunción de inocencia y la justicia misma del proceso.

10/1995, de 23 de noviembre). Sentencia publicada en el *Suplemento del Tribunal Constitucional del Boletín Oficial del Estado*, núm. 260, 30 de octubre de 1997, pp. 79-90.

¹²⁷ ALSCHULER W., Albert, *op. cit.*, p. 2626 y ss.

¹²⁸ Aquellos que aceptan que se deriva un derecho al silencio del principio a la no autoincriminación se adhieren a la interpretación realizada por la Corte Suprema en el caso Miranda. Por su parte, aquellos que disiden consideran que una interpretación adecuada del principio a la no autoincriminación conlleva a descubrir que éste sólo protege al detenido del uso de mecanismos impropios en la interrogación (*improper methods of interrogation*). Esta segunda interpretación descansa en el significado que se otorga a la frase «to be compelled», contenida en la Quinta enmienda de la Constitución americana al señalar que «ninguna persona...será compelida a declarar contra sí misma en un proceso penal» en el cual se entiende que se trata de un concepto abierto que no abarca todas las formas de persuasión, sino que sólo limita el uso de técnicas inapropiadas de persuasión. *Ibidem*, p. 2626. Véase también, HALL, Kermit (ed.), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, Nueva York, Oxford University Press, 1992, pp. 553-554.

Para obtener un amplio panorama sobre el debate americano alrededor de los *Miranda Rights* se recomienda la lectura del libro Richard A., Leo y George C., Thomas III (eds.), *The Miranda Debate: Law, Justice and Policyng*, Boston, Northeastern University Press, 1998, 343pp.

¹²⁹ ALSCHULER W., Albert, *op. cit.*, p. 2627.

Adicionalmente a los dilemas sobre el contenido y alcances de los derechos derivados del principio a la no autoincriminación, resulta interesante conocer cuáles son los efectos de la violación del derecho a la no autoincriminación, pues de no existir consecuencia alguna, no habría incentivos para su respeto más allá de la buena voluntad de la autoridad.

D. La regla de exclusión de la prueba ilícita

En el moderno proceso penal, entendiendo por tal el característico del Estado de Derecho -que consagra la presunción de inocencia del imputado y la garantía del derecho a la defensa y otros derechos humanos frente al poder punitivo estatal- uno de los temas más característicos y, al mismo tiempo, más controvertidos, es el de las consecuencias o costos en el proceso de la «prueba ilícita», como se llama en derecho mexicano; las prohibiciones probatorias en derecho español¹³⁰; la «*exclusionary rule*» en derecho americano¹³¹ o las «*beweisverbote*» en derecho alemán¹³².

¹³⁰ "En la Europa continental hay autores que piensan que la regla de *exclusionary rule* se importó de Estados Unidos, mientras otros lo ponen en duda, ya que en aquel país el fundamento de esta teoría, fue desalentar eventuales comportamientos irregulares por parte de la policía o de los agentes públicos encargados de la investigación de los hechos (*deterrent effect* o efecto disuasorio), más que la protección de los derechos del inculpado, en tanto que en Europa se puso el énfasis en proteger los derechos y garantías proclamados legalmente, pues su fundamento es de índole garantista; no oportuno, ni funcional." CÁRDENAS RIOSECO, Raúl F., *Sistema acusatorio y la prueba ilícita en la reforma constitucional de 2008*, México, Porrúa, p.99.

¹³¹ Respecto al surgimiento de la regla de la exclusión de la prueba ilícita, el antecedente más remoto se ha señalado que viene del Digesto bajo el aforismo: "*Nemo ex suo delicto meliorem suam conditionem facere potest*", que prohibía el aprovechamiento de los resultados del propio comportamiento ilícito. Sin embargo, la concepción doctrinal que actualmente se conoce proviene de la jurisprudencia americana, siendo el primero de los casos el asunto *Boyd v. United States*, 116 U.S. 616 (1886), en donde la Suprema Corte americana, con base en la Cuarta y Quinta enmiendas constitucionales, decidió no aceptar en el proceso como material probatorio diversos libros y documentos privados que habían sido entregados por un inculpado bajo coerción de un agente federal. Posteriormente, se desarrolló una etapa expansionista de la *exclusionary rule* bajo el activismo judicial (*judicial activism*), sin embargo se atribuye a la misma labor judicial una nueva etapa regresionista desarrollada bajo la ideología de ley y orden (*law and order*) en donde la Corte americana señaló una serie de excepciones a la aplicación de la regla de exclusión de la prueba ilícita relacionados con el aumento de la delincuencia y el terrorismo. Véase *Hudson v. Michigan*, 547 U.S. 586 (2006).

¹³² Término alemán que se acuñó a principios del siglo XX por el penalista alemán Ernst BEILING. MUÑOZ CONDE, Francisco, *op. cit.*, n. 100, p. 1013.

Es más -señala el penalista español Francisco MUÑOZ-, «son precisamente las “prohibiciones probatorias” las que realmente constituyen el núcleo esencial de un proceso penal adaptado a las exigencias del Estado de Derecho»,¹³³ no sólo por la necesidad de seguir un proceso penal con determinadas formalidades sino también por la necesidad de que el sistema de procuración de justicia sea respetuoso de los derechos humanos. Pues son éstos, límites del poder que no pueden ser franqueables en un Estado de Derecho, incluso bajo el argumento de una mayor eficacia en la búsqueda de la verdad y en la persecución del delito.

La prueba ilícita es la prueba obtenida en violación de derechos humanos, la regla de exclusión de ésta, supone la imposibilidad de admitir la prueba y valorarla en el juicio, como efecto directo del medio por el cual se obtuvo. Es por ello, que una declaración o cualquier medio de prueba obtenido en violación al derecho a la no autoincriminación debe considerarse una prueba inconstitucional y nace la obligación del juez de excluirla del proceso. De ahí que, la exclusión de la prueba ilícita es reflejo de jueces comprometidos con los derechos humanos. En virtud de dicha exclusión «la verdad no puede ser obtenida a cualquier precio»¹³⁴, en particular al precio de vulnerar derechos.

Adicionalmente de descansar la regla de la exclusión de la prueba ilícita en su origen inconstitucional, ésta también se explica y se confirma a través del principio de legalidad en el debido proceso y en la finalidad misma del derecho a la no autoincriminación.

Una de las consecuencias implícitas del principio de legalidad, es que no hay pena sin juicio legal (*nulla poena sine legali iudicio*). Esto quiere decir que para imponer

¹³³ MUÑOZ CONDE, Francisco, *ibídem.*, pp. 1013-1014. Al respecto, José CAFERRATA comenta que la garantía de la nulidad absoluta de los actos procesales que violan los derechos procesales responde a una concepción de la nulidad que se aleja de la idea de custodia de simples formalidades o rituales hueros, y rescata su función de herramienta técnica garantizadora (noción estricta de garantía) del respeto a los derechos del imputado, en las que se inspiran las formas sustanciales del proceso penal. CAFERRATA, *op. cit.*, p. 161.

¹³⁴ Véase FERRER, et al., *Estudios sobre la prueba*, México, Fontamara, 2008, Doctrina Jurídica Contemporánea, p. 72 y ss. (Obra colectiva donde se analizan diversos temas relevantes sobre la prueba, siendo uno de ellos el referente a la regla de exclusión de la prueba.)

una pena siempre debe observarse con pulcritud la legalidad del proceso, y muy especialmente, utilizar pruebas legales para destruir la presunción de inocencia del inculpado.¹³⁵ Por su parte, la finalidad del derecho a la no autoincriminación es la de excluir la posibilidad de obligar al imputado de cooperar activamente en la formación de su culpabilidad y, una de las formas más eficaces de conseguirlo, es mediante la prohibición de utilizar en el proceso cualquier declaración del imputado que haya sido conseguida mediante coacción.¹³⁶

Es por ello, que resulta insuficiente para la eficacia del derecho a la no autoincriminación su simple reconocimiento constitucional. La prohibición de conductas amenazantes como la tortura, los tratos crueles, inhumanos o degradantes son un segundo paso, pero aún insuficientes. Sólo los costos en el proceso penal en contra de las pruebas obtenidas a través de su violación incentivarán a las autoridades a disminuir los abusos en contra del inculpado para obtener las pruebas que sustenten su acusación.

Un ejemplo de ilicitud de la prueba aceptada prácticamente a nivel mundial, es la falta de validez de la confesión obtenida mediante tortura. Frente a la tortura, la aplicación de la regla de exclusión supone dejar sin validez la prueba obtenida directamente del hecho violatorio de garantías, esto es, la confesión misma. Sin

¹³⁵ Al respecto, CÁRDENAS RIOSECO señala que "Si se le resta importancia a los efectos del valor probatorio de la prueba ilícita, será menor el carácter acusatorio del proceso penal, ya que éste será menos justo [...] la presunción de inocencia dotó de contenido a la ineficacia de la prueba ilícita, derivado todo esto del sistema acusatorio." En el mismo sentido, AGUILERA MORALES citado por CÁRDENAS, comenta que "cuando mayor importancia o *"utilizabilidad"* se reconozca a una prueba ilícitamente obtenida y/o practica: "menor será el carácter acusatorio del proceso penal". Asimismo, señaló "tampoco creemos equivocarnos al afirmar que esa relación entre prueba ilícita y acusatorio comporta incluir bajo esta última denominación todo haz de garantías que contemporáneamente, rodea a la persecución y eventual sanción de las conductas criminales [...] el vínculo entre la prueba ilícita y acusatorio es la consideración de que éste equivale, en verdad, a los que hoy se conoce como proceso justo (*fair trial*)..." Por su parte, ECHARRI CASI señala que "la doctrina de que las pruebas procedente de otra, igualmente contaminada, menoscabando así derechos fundamentales, son ilícitas, supone de hecho, el límite más expreso a la búsqueda de la verdad material como fin del proceso penal, resultando acentuar el carácter acusatorio de nuestro proceso penal y convertirlo, cada vez más en un proceso garantista." CÁRDENAS RIOSECO, Raúl F., *op. cit.*, p.4, 84 y 86.

¹³⁶ QUISPE FARFAN, Fany Soledad, *El derecho a la no autoincriminación y su aplicación en el Perú*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Escuela de Post-grado, Unidad de Post-grado en Derecho mención ciencias penales, tesis de post-grado, 2002, p. 144.

embargo, existen otros casos en que la regla de causalidad no es directa e involucra preguntarse si ¿son también ilícitas las pruebas indirectamente obtenidas de un hecho violatorio de derechos humanos? a lo cual no existe una respuesta unánime ni uniforme a través del tiempo.¹³⁷

2. Poder Judicial: Nuevas coordenadas democráticas hacia la construcción jurisprudencial de los derechos

Existe una multiplicidad de explicaciones sobre el profundo problema de la ineficacia de los derechos del inculcado ante los operadores del sistema de seguridad e impartición de justicia. Sin embargo, como se mencionó anteriormente en este trabajo se adopta la tesis sostenida por Ana Laura MAGALONI en la que señala que, en alguna medida los niveles de arbitrariedad se deben a la inadecuada configuración jurisprudencial de los derechos constitucionales del acusado desarrollada por los tribunales.¹³⁸

A diferencia de la experiencia mexicana, la labor central de los jueces constitucionales en otros países ha sido dotar de contenido sustantivo o axiológico a los derechos humanos. Es así que a través del *case law* o de la doctrina constitucional de los tribunales europeos, estos derechos «de papel» se impregnan de los principios y valores que son pilares de una constitución democrática, estableciendo por medio de la jurisprudencia costos o consecuencias que garanticen la eficacia de los derechos.¹³⁹ Es por ello que, sustenta MAGALONI que en otros países «subyace en la lectura de los derechos un sistema normativo integral y coherente [...] compatible con los postulados del Estado de Derecho.»¹⁴⁰

¹³⁷ En Estados Unidos se creó la teoría de los frutos del árbol envenenado (*the fruit of the poisonous tree doctrine*) para justificar la nulidad de todo aquello que deriva de un acto nulo, como son la obtención de pruebas a través de la violación de los derechos fundamentales. Por su parte, en España se desarrolló por el Tribunal Constitucional la doctrina de la conexión de antijuricidad, por la cual el Tribunal pretende explicar en qué casos deben ser excluidas del proceso y cuándo no, las pruebas obtenidas a raíz de la lesión de un derecho fundamental.

¹³⁸ Véase MAGALONI, Ana Laura e IBARRA, Ana María, *op. cit.*

¹³⁹ MAGALONI KERPEL, Ana Laura, “¿Por qué la Suprema Corte no ha sido un instrumento para la defensa de derechos fundamentales?”, México, *Documento de Trabajo 25*, DEJ, CIDE, 2007.

¹⁴⁰ *Ibidem.*

Para comprender mejor lo anterior y dado que la Suprema Corte en México desde 1994 adoptó las facultades de un tribunal constitucional, se hará un breve recuento sobre la evolución de los tribunales constitucionales a cortes protectoras de derechos.

A. *Del legislador negativo a una corte protectora de derechos humanos*

En la jurisdicción constitucional (entendida como la facultad del juez de anular la ley por ser incompatible con la constitución, se encuentra implícita la idea de la supremacía constitucional.¹⁴¹ Ésta tiene un origen americano y se deriva de la concepción de la constitución como el «*frame of government*» que fija la organización del gobierno y opera el reparto del poder. Por tanto, el poder sólo será legítimo en la medida en que se ejerza en los términos acordados en la constitución y reconozca los derechos y libertades humanos que condicionan y limitan el poder en su texto.¹⁴² En 1803, el caso *Marbury vs. Madison* confirmó desde la vía judicial la supremacía constitucional en el sistema jurídico americano. A través de este caso, el juez Marshall materializó la facultad de un juez de inaplicar una ley en un caso en concreto, por considerarla inconstitucional. Dada la trascendencia de este fallo, este caso es considerado como el «caso fundacional» de la *judicial review*.¹⁴³

Sin embargo, esta idea de supremacía constitucional y por tanto la idea del control constitucional no tuvieron eco en el sistema europeo, sino hasta más de cien años después. En Europa, las inercias propias del sistema jurídico basado en la supremacía de la ley se resistieron a la idea de supremacía constitucional y alimentaron la desconfianza hacia los jueces –simples aplicadores de la ley emitida por el legislador-, por lo que el constitucionalismo nació después de la primera posguerra mundial y fue a través del tribunal constitucional austriaco en

¹⁴¹ Explicar con mayor amplitud el caso. , desarrollada en Estados Unidos con gran apoyo a las ideas de Hamilton y John Marshall en el caso de *Marbury vs. Madison* en 1803.

¹⁴² AHUMADA RUIZ, Marian, *La jurisdicción constitucional en Europa. Bases teóricas y políticas*, Universidad de Navarra-Civitas, Madrid, 2005, p. 29.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 18.

1920 diseñado por KELSEN, que se insertó en la tradición de derecho civil codificado la idea del control constitucional.¹⁴⁴

El sistema austriaco ideado por KELSEN se basó en un control concentrado y abstracto de la constitución, en donde un órgano especializado llamado Tribunal o Corte Constitucional, controla por vía de acción (recurso de inconstitucionalidad presentado por distintos actores políticos y minorías parlamentarias) las leyes y demás actos de las autoridades tildados de inconstitucionales, y a cuyas resoluciones se les reconocían efectos generales.¹⁴⁵ Esta eficacia *erga omnes* de sus sentencias es lo que le dio el carácter de «legislador negativo» pues detentaban el monopolio del rechazo.¹⁴⁶ De acuerdo con MAGALONI, dentro de esta concepción de legislador negativo:

«la pregunta central es qué le sucede a la ley, y sólo en un segundo plano muy desdibujado se encuentra el sentido de los preceptos constitucionales que establece el Tribunal a lo largo de la argumentación de sus sentencias. Ello es así por la sencilla razón de que la argumentación del Tribunal no vincula a los jueces ordinarios ni al futuro legislador. El fallo de la sentencia es el que tiene eficacia *erga omnes*. Los jueces ordinarios sólo están vinculados a la ley y, por tanto, la jurisprudencia constitucional les es irrelevante para sus futuras decisiones.»¹⁴⁷

De tal manera que, la tarea del tribunal constitucional era resolver un problema abstracto de compatibilidad lógica entre la norma señalada como inconstitucional y la constitución. En caso de que éstas fueran incompatibles, el tribunal constitucional anulaba la ley inconstitucional eliminándola del ordenamiento jurídico. La calificación de inconstitucionalidad de una ley despejaba las dudas que la lucha política arrojaba sobre la legitimidad de la ley y, por tanto, su función

¹⁴⁴ GONZÁLEZ COMPEÁN, Miguel y BAUER, Peter, *Jurisdicción y democracia. Los nuevos rumbos del Poder Judicial en México*, México, Cal y Arena, 2002, p. 274.

¹⁴⁵ Kelsen al otorgar el control de la constitucionalidad a un único órgano jurisdiccional especial, buscó superar las «evidentes imperfecciones técnicas del sistema de la *judicial review*, por lo que el modelo austriaco se debía considerar como un progreso, una forma más evolucionada, y no una simple alternativa frente al sistema más primitivo de la *judicial review*. AHUMADA RUIZ, Marian, *op. cit.*, p. 18, n.3.

¹⁴⁶ GONZÁLEZ COMPEÁN, Miguel y BAUER, Peter, *op. cit.*, p. 293.

¹⁴⁷ MAGALONI KERPEL, Ana Laura, *op. cit.*

resultaba vital para pacificar los conflictos políticos propios del pluralismo democrático.¹⁴⁸

Sin embargo, este modelo de legislador negativo no resistió la revolución jurídica que invadió a Europa tras las atrocidades del movimiento nazi y de la segunda guerra mundial. El derecho europeo sufrió una reconversión respecto a la protección de los derechos humanos. Se instauraron nuevas constituciones con amplios catálogos de derechos -que a diferencia de un Estado legalista de derecho- ocuparon un lugar central en la organización del poder y fueron exigibles aún frente al legislador. Dada esta nueva concepción, el modelo kelseniano fue abandonado.¹⁴⁹

El nuevo modelo de jurisdicción constitucional instaurado en Europa, mantuvo sus facultades de control constitucional abstracto de la ley, pero además, se incluyeron otros mecanismos como el recurso de amparo y la cuestión de inconstitucionalidad que dieron acceso directo a los ciudadanos y a los jueces para reclamar ante el tribunal constitucional la inconstitucionalidad de actos de poder o de leyes, respectivamente. Se trataba ya no de un simple árbitro entre poderes, sino de un órgano jurisdiccional especial encargado de asegurar la vigencia de los derechos y las libertades frente al abuso y la opresión. En definitiva se trataba de evitar «que la historia se repita».¹⁵⁰ Lo anterior, originó que los tribunales constitucionales evolucionaran hacia un modelo centrado en la protección de derechos.¹⁵¹

B. Corte protectora de derechos

En el modelo de jurisdicción constitucional instaurado en Europa después de la segunda posguerra mundial, la función central de los tribunales constitucionales fue generar jurisprudencia constitucional vinculante para el resto de los órganos jurisdiccionales. La pregunta central, por tanto, ya no consistía en lo que le

¹⁴⁸ *Idem.*

¹⁴⁹ *Idem.* AHUMADA RUIZ, Marian, *op. cit.*, p. 38.

¹⁵⁰ *Ibidem.*, pp. 49-50.

¹⁵¹ MAGALONI KERPEL, Ana Laura, *op. cit.*

sucedía a la ley, ni era vital la eficacia *erga omnes* del fallo de la sentencia. Lo más relevante es lo que *dice* el Tribunal respecto al sentido y alcance de los preceptos constitucionales. El poder del tribunal constitucional ya no radicó únicamente en su capacidad para expulsar normas generales del ordenamiento, sino en que todos los jueces ordinarios estén obligados a seguir su jurisprudencia en casos análogos o similares. Con ello, la eficacia de la constitución adquirió una dimensión real y tangible en las acciones de gobierno y en la vida concreta de los ciudadanos.¹⁵²

De ahí que CAPELLETTI, haya señalado que la labor de estos nuevos tribunales constitucionales generó «la dolorosa toma de conciencia de que una Constitución y una declaración de derechos necesita de la maquinaria judicial para ser efectivos.»¹⁵³ El abandono del modelo de jurisdicción constitucional kelseniano y la experiencia europea de los tribunales constitucionales centrados en dar eficacia tangible a la Constitución, hizo que los tribunales se preocupen y ocupen de la protección y eficacia de los derechos humanos. En este sentido, la función de los tribunales constitucionales europeos se ha venido asemejando a la de la Corte Suprema norteamericana. Es por ello que, tanto en el modelo norteamericano como en el europeo, la labor principal de los jueces constitucionales es generar criterios de interpretación constitucional que provean a la eficacia de los derechos humanos y sean vinculantes para el resto de los jueces.¹⁵⁴

Esta nueva idea de la función jurisdiccional dio un nuevo sentido a la praxis judicial. Quedó atrás la concepción del juez como un mero autómatas de la aplicación de las normas jurídicas inherente a la tradición de derecho civil codificado, que mediante un simple silogismo -en donde la premisa mayor es la ley

¹⁵² *Idem.*

¹⁵³ *Idem.*

¹⁵⁴ FERRAJOLI ha combatido la concepción formalista de KELSEN sobre la validez jurídica de las normas. En su opinión, la inconstitucionalidad de una norma debe determinarse no sólo desde el punto de vista forma, sino también sustancial. Las críticas de FERRAJOLI reflejan la nueva visión de la actividad jurisprudencial europea, los Tribunales europeos se apartaron del modelo original propuesto por KELSEN y tienden a defender una concepción sustantiva de la norma constitucional. Véase GONZÁLEZ COMPEÁN, Miguel y BAUER, Peter, *op. cit.*, p. 267.

y la premisa menor es el caso en concreto-, encuentra respuesta jurídica única y correcta al caso planteado. Los tribunales constitucionales se desplazaron hacia un contexto donde se aceptó que el juez constitucional no sólo trabaja con reglas técnicas, sino también con principios constitucionales que entrañan valores y directrices que exigen un razonamiento jurídico y moral dirigido a proteger los principios humanos consagrados en la constitución, entre ellos, los derechos humanos.¹⁵⁵ Por ello, de acuerdo con MAGALONI para cumplir con la anterior tarea, es necesario que:

1. Los tribunales establezcan criterios de interpretación constitucional que se hagan cargo de la dimensión axiológica o sustantiva de los derechos consagrados en la constitución, y no se limiten únicamente a declarar el texto constitucional.
2. Que toda decisión con valor jurisprudencial o de precedente forme parte de un cuerpo concatenado, pues el alto grado de indeterminación de los preceptos materiales constitucionales únicamente se puede limitar y concretizar a lo largo de una serie de decisiones judiciales, en donde cada una guarde consistencia con el sentido y el razonamiento axiológico de las decisiones anteriores.
3. Se deben establecer costos o consecuencias a la violación de los derechos que incentiven a las autoridades a respetar y a hacer cumplir los derechos constitucionales, pues los precedentes no sólo resolverán el caso del cual emanan sino que servirán para resolver casos análogos al resto de los tribunales.

A. *Un caso paradigmático: Miranda v. Arizona*

Un claro ejemplo de la función protectora y de la construcción jurisprudencial de un tribunal con el ánimo de evitar que los derechos del detenido no queden en letra muerta, es la labor realizada por la Suprema Corte norteamericana en

¹⁵⁵ *Idem.*

Miranda vs Arizona (1966).¹⁵⁶ En este caso, la Corte liderada por el Juez WARREN, reconoció la importancia de garantizar la eficacia del derecho a la no autoincriminación e impuso costos dentro del proceso a la arbitrariedad de los

¹⁵⁶ *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966). A nivel europeo, un ejemplo de esta clase de resoluciones es el caso citado por MUÑOZ CONDE en su investigación sobre la autoincriminación y el derecho procesal del enemigo, que fue juzgado por el Tribunal del Land de Hessen (Alemania). En este caso, se presentó como prueba la confesión obtenida mediante amenazas de tortura. La finalidad de la policía era obtener del sospechoso del secuestro de un menor, información sobre su paradero y poder salvarle la vida. Sin embargo, se descubrió que para ese entonces el menor ya había sido asesinado por el secuestrador. En el juicio, el Ministerio Fiscal alemán para salvar la validez de la confesión, alegó que la policía pretendía con las amenazas era salvar la vida del menor. Pero el Tribunal alemán que enjuició el caso -y con él la gran mayoría de la doctrina alemana- consideró que, incluso aunque la policía hubiera llegado a tiempo de salvar al menor, la prueba así obtenida no podía ser admitida y valorada como tal. Consecuentemente, el Tribunal condenó por malos tratos al Jefe de la policía que había autorizado el empleo de la intimidación para obtener la confesión del sospechoso. Al respecto, MUÑOZ CONDE señala que en ese momento la opinión pública alemana no estaba del todo de acuerdo con la decisión judicial, pero que el «sano sentimiento del pueblo», que demagógicamente invocaban los juristas nazis para justificar la aplicación arbitraria del derecho penal, es siempre uno de los peligros que acechan al moderno proceso penal, pues cuando la opinión pública ante delitos que la conmueven de forma especial (como el secuestro de menores), pide ante todo resultados, aunque para ello la policía y los encargados de la persecución penal tengan que violar determinados principios y garantías que son consustanciales al Estado de Derecho. Sin embargo, comenta el autor, que un Tribunal comprometido con estos principios no puede dejarse seducir por tales opiniones. MUÑOZ CONDE, Francisco, *op. cit.*, p. 1018. Por su parte, el Tribunal Constitucional Español desde la década de los noventa desarrolló una doctrina constitucional sobre el derecho del detenido a no declarar y al derecho a no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable, contenidos en los artículos 17.3 y 24.2 de la Constitución española, respectivamente. En la sentencia 161/1997 del 2 de octubre, en ocasión del análisis de la supuesta inconstitucionalidad del artículo 380 del Código Penal (por el que se configuraba el delito de desobediencia grave a la autoridad sancionado con pena de prisión, por la negativa a someterse a la prueba alcoholemia) el Tribunal dio cuenta del significado sustancial del derecho a no declarar consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución española, al señalar que: “mientras que en el viejo proceso penal inquisitivo «regido por el sistema de prueba tasada, el imputado era considerado como objeto del proceso penal, buscándose con su declaración, incluso mediante el empleo del tormento, la confesión de los cargos que se le imputaban, en el proceso penal acusatorio el imputado ya no es objeto del proceso penal, sino sujeto del mismo, esto es, parte procesal y de tal modo que (sic) declaración, a la vez que medio de prueba o acto de investigación, es y ha de ser asumida esencialmente como una manifestación o un medio idóneo de defensa. En cuanto tal, ha de reconocérsele la necesaria libertad en las declaraciones que ofrezca y emita, tanto en lo relativo a su decisión de proporcionar la misma declaración, como en lo referido al contenido de sus manifestaciones. Así pues, los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (...) son garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo restricción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable»” Pleno. *Sentencia 161/1997, de 2 de octubre de 1997. Cuestión de Inconstitucionalidad 4.198/1996*, p. 84. En relación con el artículo 380 (Tipificación como Desobediencia Grave de la Negativa del Conductor de someterse a la Prueba de Alcoholemia) del Código Penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre). Sentencia publicada en el *Suplemento del Tribunal Constitucional del Boletín Oficial del Estado*, núm. 260, 30 de octubre de 1997, pp. 79-90.

agentes del estado, cuando éstos no tomaran las medidas necesarias para garantizar la protección del derecho a la autoincriminación, consagrado en la Quinta Enmienda de la Constitución americana.¹⁵⁷ Dada la trascendencia y carácter ejemplificativo de este fallo, se expondrá de manera más detallada.

c. La validez de las confesiones previamente al caso *Miranda v. Arizona*

En Estados Unidos, previamente al caso *Miranda*, el criterio judicial aplicable para que una confesión fuera admitida en el proceso era el criterio de voluntariedad «*voluntariness test*» o «*totality of the circumstances test*». Los jueces con base en las circunstancias en las que había sido obtenida la confesión en cada caso, iban determinando si la voluntad del inculpado había sido coaccionada o si había decidido libremente declararse culpable y, con base en ello, decidían o no aceptar la prueba confesional.¹⁵⁸

Sin embargo, este criterio resultaba sumamente ambiguo en su aplicación. En algunos casos, los jueces decidían que la voluntad del inculpado para inculparse había sido libre aún frente a presiones o engaños de los policías, si éstos argumentaban que se había permitido al inculpado pasar una noche en condiciones normales. Mientras que otros jueces, consideraban que la voluntad del inculpado había sido coaccionada si éste presentaba ciertas características personales como pobreza, minoría de edad, bajo nivel de educación y poca inteligencia.

¹⁵⁷ La Quinta enmienda fue insertada en la Constitución americana como parte de la Carta de Derechos, que fue ratificada en 1971. En su texto se señala que: «Ninguna persona será obligada a responder por un delito capital o infamante si no es en virtud de denuncia o acusación por un Gran Jurado, salvo en los casos que ocurran en las fuerzas armadas de mar o tierra, o en la Milicia, cuando estén en servicio activo en tiempos de guerra o de peligro público; ni podrá persona alguna ser sometida dos veces, por el mismo delito, a un juicio que pueda ocasionar la pérdida de su vida o de su integridad corporal; **ni será compelida a declarar contra sí misma en un proceso penal**, ni será privada de su vida, su libertad o sus bienes sin el debido procedimiento legal; ni se podrá expropiar una propiedad privada para destinarla a uso público sin la justa compensación.» (Énfasis propio)

¹⁵⁸ ROBERSON Cliff, WALLACE Harvey y STUCKEY Gilbert, *Procedures in the Justice System*, 10 ed., Estados Unidos, 2012, 420pp.

Esta vaguedad e imprevisibilidad en la aplicación del criterio de la voluntariedad, se tradujo en la aceptación de numerosas confesiones de dudosa constitucionalidad en primera y segunda instancias, que después fueron revisadas e invalidadas por la Corte Suprema. Lo anterior, llevó a la necesidad de desarrollar criterios más efectivos que ayudaran a determinar la constitucionalidad de las confesiones y, por tanto, su admisión como prueba en el juicio. *Miranda v Arizona*, es la consumación de esos esfuerzos.¹⁵⁹

d. Resolución del caso *Miranda vs Arizona*

En el caso *Miranda v Arizona*, la Suprema Corte norteamericana analizó el valor probatorio de cuatro confesiones obtenidas bajo custodia de la policía.¹⁶⁰ En todos los casos, los detenidos habían sido incomunicados durante la interrogación y no fueron informados previamente de sus derechos. En los cuatro casos, el fiscal ofreció las confesiones como pruebas y éstas fueron admitidas como tales en tres de los procesos. Todos los inculpados fueron sentenciados y se apelaron estos fallos en segunda instancia. Tres de las sentencias fueron confirmadas en apelación.¹⁶¹ Posteriormente, los cuatro casos llegaron a la Suprema Corte, que en ese entonces era presidida por el Juez Earl WARREN.

Ante estos hechos, la Suprema Corte americana cuestionó los alcances y los límites de la protección del inculpadado bajo el principio a la no autoincriminación contenido en la Quinta enmienda de la Constitución americana, que en su texto señala que «Ninguna persona [...] será compelida a declarar contra sí misma en

¹⁵⁹ HALL, Kermit (ed.), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, Nueva York, Oxford University Press, 1992, pp. 553-554.

¹⁶⁰ El caso lleva como nombre *Miranda v. Arizona*, dado que primer asunto en la lista fue el referente a la detención de Ernesto Miranda. Este hombre contaba con antecedentes penales (registraba condenas por violación y asalto) y era sospechoso de raptar y violar a una mujer durante la noche del 2 de marzo de 1963 en el desierto de Phoenix, estado de Arizona. Ernesto Miranda coincidía con la descripción que la víctima de la violación había dado, por lo que fue detenido por la policía estatal y llevado a la Comisaría local. Allí dos oficiales de policía lo condujeron al cuarto de interrogatorios, donde confesó su culpabilidad en la violación imputada. La defensa del señor Miranda reclamó que los derechos emanados de quinta y sexta enmiendas constitucionales habían sido violados y que su confesión debía ser declarada inadmisibile por la Corte, pero Miranda fue condenado.

¹⁶¹ *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

un proceso penal». En esta resolución de corte maximalista¹⁶², los jueces se preguntaron si ¿éste derecho protege al inculpado durante los interrogatorios? Asimismo, si las declaraciones obtenidas a través de los interrogatorios ¿pueden ser usadas como pruebas sin vulnerarse el derecho a la no autoincriminación, aun cuando no haya tenido conocimiento de su derecho a guardar silencio? en otras palabras, la cuestión principal fue determinar si ¿es posible que dado el contexto en el que se realizaron las confesiones, el derecho a la no autoincriminación se vulneró a tal grado que afectó la validez de aquéllas?

Para resolverlas, la Corte necesitó conocer el contexto real en que se obtenían las confesiones. Por ello, se dio a la tarea de analizar los manuales y protocolos que regulaban los interrogatorios y, poder conocer así, el escenario y las verdaderas amenazas en contra a la no autoincriminación. Tras su análisis, la Corte señaló que los interrogatorios se caracterizaban por ser:

- En aislamiento e incomunicación, dado que los inculpados se encuentran en custodia o cualquier otra forma de privación de la libertad.¹⁶³
- En ausencia de garantías procesales, toda vez que no existen medios efectivos para informar a los detenidos de su derecho a guardar silencio y la oportunidad de negarse a hablar en cualquier momento.¹⁶⁴
- En una atmósfera de intimidación, al ser dominada por las autoridades.

Al conocer la Corte el escenario real de los interrogatorios, buscó acabar con la violación de los derechos de los detenidos. La Corte Warren reconoció que aun cuando en los casos no existía evidencia de coacción física o psicológica de los

¹⁶² En una resolución maximalista, la Corte resuelve la cuestión de modo abstracto y general, sin atender de forma detallada a las particularidades fácticas que rodean el caso, toda vez que la Corte busca establecer reglas generales que abarquen una clase completa de asuntos. En estos casos existe acuerdo entre los jueces constitucionales sobre la cuestión que se está resolviendo y existe una necesidad de certeza y predictibilidad jurídicas, a tal grado, que se requiere emitir una regla aunque sea imperfecta. Véase, MAGALONI KERPEL, Ana Laura, *El precedente constitucional*, Madrid, Mc Grow Hill, pp. 119 y ss.

¹⁶³ *Miranda v. Arizona*

¹⁶⁴ *Idem.*

sentenciados, la incomunicación que vivieron durante el interrogatorio y el desconocimiento de sus derechos generaron una atmósfera de dominación e intimidación por la autoridad, que resultó igualmente destructiva de la dignidad humana. Por lo que afirmó, que en estas condiciones «ninguna declaración del inculpaado [...] puede ser realmente producto de su libre voluntad.»¹⁶⁵

Es importante señalar que la Corte en su resolución no desconoció la importancia de la labor de los policías y fiscales para satisfacer las necesidades de seguridad de la sociedad. Al respecto, señaló que las prácticas de los interrogatorios están en contravención con uno de los más preciados principios de la Nación: la no autoincriminación¹⁶⁶ y, en un Estado de derecho, son las autoridades las primeras llamadas a respetar los derechos de los inculpaados, por lo que el principio a la no autoincriminación debe prevalecer.¹⁶⁷

Al arribar la Corte a estas conclusiones y en miras de proveer las herramientas que coadyuven a evitar que el derecho a la no autoincriminación se convierta en letra muerta, procedió a establecer límites al interrogatorio policial.¹⁶⁸ La Corte, en una resolución de carácter maximalista, eliminó el amplio rango de discrecionalidad judicial que imperaba bajo el criterio de voluntariedad de la confesión, y emitió la regla general de que las declaraciones no se pueden admitir como prueba, a menos que, la autoridad demuestre que fue garantizado el derecho a la no autoincriminación. Esto es, la policía está obligada a demostrar que el detenido fue informado de los derechos que le asisten (*Miranda Rights*) y,

¹⁶⁵ *Idem.*

¹⁶⁶ Al respecto la Suprema Corte señaló: "To be sure, the records do not evince overt physical coercion or patent psychological ploys. [...]. To be sure, this is not physical intimidation, but it is equally destructive of human dignity [...]. The current practice of incommunicado interrogation is at odds with one of our [384 U.S. 436, 458] Nation's most cherished principles - that the individual may not be compelled to incriminate himself. Unless adequate protective devices are employed to dispel the compulsion inherent in custodial surroundings, no statement obtained from the defendant can truly be the product of his free choice." U. S. Supreme Court, *Miranda v. Arizona*, 384 U. S. 436 (1966)

¹⁶⁷ *Idem.*

¹⁶⁸ Específicamente la Suprema Corte señaló: "*Unless a proper limitation upon custodial interrogation is achieved - such as these decisions will advance - there can be no assurance that practices of this nature will be eradicated in the foreseeable future.*" *Ibidem.*

que aun así, decidió de manera libre y sin coacción alguna renunciar a su derecho a no incriminarse.¹⁶⁹

e. Efectos de la resolución *Miranda v. Arizona*

El principal efecto de *Miranda v. Arizona* radica en que todo juez debe rechazar como pruebas en el proceso las declaraciones -incriminatorias o exculporias- de los inculcados en los interrogatorios, a menos que la acusación demuestre que se usaron eficazmente las garantías procesales para informar al inculcado de sus derechos y para proteger su derecho a guardar silencio. Es por ello, que cualquier juez en Estados Unidos después de *Miranda* debía revisar en cada caso, si: 1) ¿La declaración del inculcado fue voluntaria?; 2) ¿Fue informado de sus derechos (*Miranda rights* o *Miranda warnings*: a guardar silencio; el derecho a la advertencia de que si renuncia al silencio, cualquier cosa que diga podrá ser usado en su contra; derecho a tener un abogado; y si no cuenta con recursos para pagarlo, tiene derecho a un abogado público);¹⁷⁰ 3) ¿Hubo una renuncia a sus derechos por el detenido?; y 4) Esta renuncia ¿fue consciente y voluntaria? En este sentido, sólo si el juez responde afirmativamente las cuatro preguntas anteriores, la confesión del inculcado podrá ser aceptada como prueba dentro del proceso.¹⁷¹

En la anterior argumentación se hace evidente la interpretación axiológica que hizo la Suprema Corte estadounidense sobre los derechos del detenido.¹⁷² El

¹⁶⁹ "To summarize, we hold that when an individual is taken into custody or otherwise deprived of his freedom by the authorities in any significant way and is subjected to questioning, the privilege against self-incrimination is jeopardized. Procedural safeguards must be employed to [384 U.S. 436, 479] protect the privilege, and unless other fully effective means are adopted to notify the person of his right of silence and to assure that the exercise of the right will be scrupulously honored, the following measures are required. [...] After such warnings have been given, and such opportunity afforded him, the individual may knowingly and intelligently waive these rights and agree to answer questions or make a statement. But unless and until such warnings and waiver are demonstrated by the prosecution at trial, no evidence obtained as a result of interrogation can be used against him." *Idem*.

¹⁷⁰ HALL, Kermit (ed.), *op. cit.*, p. 554.

¹⁷¹ ROBERSON, Cliff *et. al.*, *op. cit.*, p. 91.

¹⁷² Si bien el caso *Miranda v Arizona* es un caso paradigmático por los costos que impone a la violación del derecho a guardar silencio, la concepción axiológica de los derechos al debido proceso es inherente a la labor de los jueces constitucionales americanos. De ahí que este contenido axiológico podamos remontarlo hasta 1884, en el caso *Hurtado vs. California*, donde la Suprema Corte de Estados Unidos sostuvo que el debido proceso "ha sido diseñado para proteger

principio de no autoincriminación no sólo exige su reconocimiento sino el establecimiento de los mecanismos necesarios que eviten la arbitrariedad y la vulneración de los derechos en la realidad. En otras palabras, el motor de los jueces americanos es la efectividad de los derechos y no estancarse en el plano formal como tradicionalmente tienden a resolver las cuestiones de constitucionalidad los jueces mexicanos.

3. Conclusiones

El derecho a la no autoincriminación ha sido recogido en múltiples constituciones y tratados internacionales, sin embargo, sus límites y alcances son controvertidos. En su núcleo se encuentra un derecho a la no autoincriminación en sentido estricto, por el cual se entiende que el Estado debe garantizar al inculpado que no se le coaccionará para insertar pruebas en su contra. Más allá de este contenido, algunos especialistas consideran que la no autoincriminación es la libertad de no hablar del inculpado oponible a la facultad punitiva del Estado en todos los casos. Otros por el contrario, señalan que el derecho a la no autoincriminación únicamente protege al inculpado de no ser sujeto de coacción y, una vez garantizado esto, no puede negarse a hablar.

En este sentido, el derecho a la no autoincriminación es un derecho pragmático que toma vida principalmente en el interrogatorio del inculpado. Por tanto, la eficacia del derecho a la no autoincriminación se relaciona con otros derechos como a la integridad física y el derecho a la asistencia de su defensor durante la declaración; y además responde a principios y valores relacionados con la libertad

aquellos principios fundamentales de libertad y justicia que yacen en base de todas las instituciones civiles y políticas.” Sin embargo, el contenido axiológico de los derechos al debido proceso íntimamente relacionado con los principios y valores, pilares de los Estados constitucionales democráticos, no es exclusivo de la jurisprudencia norteamericana. La Corte Interamericana de Justicia en su Opinión Consultiva OC-8/87 señaló que “el concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías, es también inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira. En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros.” Véase CIDH, *Opinión Consultiva OC-8/87*, del 30 de enero de 1987, Opinión solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (véase especialmente §26-42).

y la dignidad de las personas inculpadas, la presunción de inocencia y la justicia misma del proceso.

De ahí que, su eficacia esté limitada por una serie de características del sistema penal y de procuración de justicia, que fijan la dinámica del interrogatorio: 1) la función del juez en el proceso; 2) la concepción de la verdad en el proceso penal; 3) la existencia de la presunción de inocencia; y 4) el derecho a la defensa.

De la existencia de las anteriores características en el sistema penal y de procuración de justicia, dependerán los mínimos necesarios para que el derecho a la no autoincriminación no sea letra muerta. La presunción de inocencia sienta las bases para su eficacia al eliminar la carga del inculpado de probar su inocencia, pues serán sólo las pruebas las que demuestren su culpabilidad y no su silencio. El derecho a la defensa se relaciona con la no autoincriminación en un doble sentido, por un lado al conjuntarse con la presunción de inocencia, la autoincriminación se convierte en una forma de defensa pasiva; por el otro, busca garantizar que el inculpado no sea coaccionado al requerirse que sus declaraciones sean frente a su defensor.

A las anteriores condiciones para la eficacia del derecho a la no autoincriminación se añade la exclusión de la prueba ilícita en relación con la idea de la función del juez y de la verdad que se persigue en el proceso. Consecuentemente, la eficacia del derecho a la no autoincriminación dependerá en gran parte del compromiso que tengan los jueces con la defensa de los derechos del inculpado, sancionando adecuadamente su violación al dejar sin valor las declaraciones obtenidas bajo coacción.

Lo anterior es congruente con la idea de que actualmente la finalidad del proceso penal no puede ser la obtención de la verdad material por cualquier medio -como en los tiempos de la inquisición- sino que, ahora importa cuáles son los medios empleados para la obtención de la verdad y las arbitrariedades de la autoridad no pueden ser inmunes a un control, específicamente, al control judicial. En este contexto, resulta insuficiente para la eficacia del derecho a la no autoincriminación

del inculpado su simple reconocimiento constitucional. Sólo los costos en el proceso penal en contra de las pruebas obtenidas a través de su violación, incentivarán a las autoridades a disminuir los abusos en contra del inculpado para obtener las pruebas que sustenten su acusación. Y es por tanto, en este punto que reluce la importancia de la labor de las cortes constitucionales en la generación de criterios de interpretación constitucional que provean a la eficacia de los derechos humanos y que sean vinculantes para el resto de los jueces.

Finalmente, resulta ejemplificativo el papel de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Miranda vs Arizona*, donde partiendo de una visión garantista y reconociendo el derecho a la no autoincriminación en el corazón de los derechos de una nación democrática, la Corte rechazó limitar el derecho a guardar silencio frente a un argumento de seguridad y fincó los costos de su violación dentro del proceso. En consecuencia, estableció una presunción de ilicitud e invalidez de las declaraciones en los casos en que los oficiales no den a conocer a los inculpados sus derechos (advertencias Miranda).

CAPÍTULO TERCERO: EL DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN EN MÉXICO

«La justicia penal, en ausencia de garantías, genera para los ciudadanos peligros tal vez mayores que los suscitados por las pasiones de los culpables...»
PAOLO RISI

Desde la Independencia, México ha buscado su identidad en la modernidad. Por ello, ha tratado de adoptar las instituciones y los modelos más avanzados de su tiempo¹⁷³. Esto no fue la excepción en el caso de los derechos humanos. Desde la Constitución de Apatzingán de 1814, el poder constituyente insertó catálogos de derechos bastante generosos para los individuos y, en el siglo XIX, se estableció en México el amparo como un novedoso instrumento para hacer efectivas las garantías individuales. A nivel internacional, México se ha mostrado comprometido con la defensa de los derechos humanos. En 1946 ratificó la Carta de las Naciones Unidas y el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. En 1981, México decidió formar parte de tres importantes instrumentos internacionales: la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José Costa Rica, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; todos ellos con compromisos y obligaciones a favor de la protección y defensa de los derechos humanos.

Sin embargo, el gran tema de los derechos humanos y, en general del derecho mexicano, es la separación entre la norma y la realidad, que se refleja en la incapacidad de lograr la eficacia del derecho.¹⁷⁴ Hasta hace unos años, en México se mantuvo un sistema penal mixto que reconocía formalmente una serie de derechos constitucionales del detenido frente a la facultad punitiva del Estado, sin embargo, en la práctica se trataba de un sistema de persecución criminal y

¹⁷³ FIX FIERRO, Héctor *et al.*, *A la puerta de la ley*, México, Cal y Arena-CIDAC, 2000, p. 12.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 13.

procuración de justicia arbitrario y deficiente. Por décadas, las instituciones penales y policíacas fueron reflejo de un régimen hegemónico que desactivó *de facto* el sistema de pesos y contra pesos formalmente establecidos en la Constitución.¹⁷⁵ La operación del sistema penal se enfocaba al control social y a la aplicación selectiva y arbitraria de la normatividad penal; los policías y ministerios públicos no estaban encargados de investigar la verdad sobre los crímenes, sino construir acusaciones. Consecuentemente, incomunicar, intimidar y hasta torturar durante la detención y la averiguación previa, resultaban ser las herramientas más eficaces para obtener declaraciones que sustentaran sus casos y les permitieran iniciar un juicio.

La alteración del sistema de pesos y contrapesos invariablemente modificó el papel del poder judicial. El juez avalaba las acusaciones presentadas por el ministerio público, otorgaba valor probatorio a las declaraciones y confesiones coaccionadas, y sustentaba sus sentencias en dichas pruebas. En pocas palabras, el juez privilegiaba la arbitrariedad de los operadores del sistema.

Con la finalidad de hacer evidente la inmensa separación entre el derecho constitucional a la no autoincriminación que gozan los inculpados y la realidad del sistema penal y de procuración de justicia, primero se expondrán brevemente las disposiciones normativas sobre el derecho a la no autoincriminación. Luego, se analizará el papel de los jueces en un régimen autoritario y se explicará la forma en que realmente funcionó el sistema penal y procuración de justicia mexicano durante el priismo del s. XX y su herencia al actual sistema. Posteriormente, para sustentar cuantitativamente la ineficacia del derecho a la no autoincriminación, se analizan los datos estadísticos disponibles sobre la eficacia de este derecho y, finalmente se correlacionan las conclusiones de este capítulo con algunas observaciones a nivel internacional o estudios que evidencian la ineficacia del derecho a la no autoincriminación en México.

¹⁷⁵ ZEPEDA LECUONA, Guillermo, *La policía mexicana dentro del proceso de reforma del sistema penal*, México, CIDAC, 2010, p.1.

1. *El marco jurídico mexicano de la no autoincriminación*

Adicionalmente a los tratados internacionales que reconocen el derecho a la no autoincriminación del inculcado y prohíben su tortura¹⁷⁶, en el derecho mexicano interno existen diversas disposiciones que vedan las prácticas inculporias y la tortura. Como se mencionó en el capítulo primero, la Constitución mexicana hasta antes de junio de 2008, en su artículo 20 establecía que:

«En todo proceso de orden penal, tendrá el inculcado las siguientes garantías: II. No podrá ser obligado a declarar. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del juez, o ante éstos sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio. [...] lo previsto en las fracciones I y II no estará sujeto a condición alguna.»

El anterior precepto alberga el principio a la no autoincriminación. Su núcleo está en la frase «no podrá ser obligado a declarar» y del cual se deriva que el inculcado tiene dos derechos: a hablar y a guardar silencio. En consecuencia se prohíben los mecanismos que harían hablar al inculcado bajo coacción: incomunicación, intimidación y tortura. Además, se establece una presunción de coacción en contra de este derecho en los casos en que el inculcado declare sin la presencia de su defensor, por lo que dicha declaración carecerá de valor probatorio en juicio.

En correlación con la idea de libertad del inculcado para decidir hablar o no ante las autoridades, el Código Federal de Procedimiento Penales y el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal establecen que la confesión por parte del detenido podía entenderse como:

¹⁷⁶ México es parte de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles Inhumanos o Degradantes, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de marzo de 1986; de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de septiembre de 1987; México realizó la Declaración para el Reconocimiento de la competencia del Comité contra la Tortura, establecido en la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 3 de mayo de 2002; y es parte del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 2002, y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 15 de junio de 2006.

«la declaración voluntaria hecha por persona no menor de dieciocho años, en pleno uso de sus facultades mentales, rendida ante el Ministerio Público, el juez o tribunal de la causa, sobre hechos propios constitutivos del tipo delictivo materia de la imputación, emitida con las formalidades señaladas por el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se admitirá en cualquier estado del procedimiento, hasta antes de dictar sentencia irrevocable.»¹⁷⁷

Respecto a la conducta de las autoridades, el artículo 21 de la Constitución –en su anterior texto- señalaba que «la actuación de las instituciones policiales se regirá por los principios de legalidad, eficiencia, profesionalismo y honradez.» Por su parte, el artículo 128 del Código Federal de Procedimientos Penales señala que cuando el inculpado esté en manos del Ministerio Público:

«...se procederá de inmediato en la siguiente forma: I.- Se hará constar por quien haya realizado la detención o ante quien aquél haya comparecido, el día, hora y lugar de la detención o de la comparecencia, así como, en su caso, el nombre y cargo de quien la haya ordenado. [...] II.- Se le hará saber la imputación que existe en su contra y el nombre del denunciante o querellante; III.- **Se le harán saber los derechos que le otorga la Constitución** Política de los Estados Unidos Mexicanos y, **particularmente en la averiguación previa, de los siguientes: a) No declarar si así lo desea, o en caso contrario, a declarar asistido por su defensor;** b) Tener una defensa adecuada por sí, por abogado o por persona de su confianza, o si no quisiere o no pudiere designar defensor, se le designará desde luego un defensor de oficio; c) Que su defensor comparezca en todos los actos de desahogo de pruebas dentro de la averiguación; d) Que se le faciliten todos los datos que solicite para su defensa [...].»

¹⁷⁷ Artículo 207 del Código Federal de Procedimientos Penales y artículo 136 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal. Por su parte, el artículo 249 CPPDF señala que: «La confesión ante el Ministerio Público y ante el juez deberá reunir los siguientes requisitos: I. (Se deroga). II. Que sea hecha por persona no menor de dieciocho años, en su contra, con pleno conocimiento, y sin coacción ni violencia física o moral; III. Que sea de hecho propio; IV. Que sea hecha ante el Ministerio Público, juez o tribunal de la causa, asistido por su defensor o persona de su confianza, y que esté el inculpado debidamente enterado del procedimiento, y V. Que no vaya acompañada de otras pruebas o presunciones que la hagan inverosímil, a juicio del Ministerio Público o del juez. [/] Ninguna confesión o información que haya sido obtenida mediante tortura podrá invocarse como prueba, salvo en el procedimiento seguido contra la persona o personas acusadas de haber obtenido dicha confesión o información mediante actos de tortura, y únicamente como prueba de que por ese medio el acusado obtuvo tal declaración.»

Como se observa, el derecho a la no autoincriminación prevía que el inculpado confesará de manera voluntaria frente a su defensor, sin embargo, es importante hacer notar que la defensa durante su disposición en el ministerio público podía ser realizada por cualquier persona «de su confianza», sin importar si tenía los conocimientos y la preparación para un defensa «adecuada».

Otro tema relevante es la carga de la prueba (*onus probandi*), pues toda aseveración que se haga frente a un juez debe ser probada. Como efecto del sistema de justicia penal mixto existente hasta 2008, la afirmación de que la acusación tiene la obligación de probar la culpabilidad del acusado era muchas veces inexistente. Al respecto, el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal señala:

«Artículo 247.- En caso de duda debe absolverse. No podrá condenarse a un acusado, sino cuando se pruebe que cometió el delito que se le imputa.»

« Artículo 248.- El que afirma está obligado a probar. También lo está el que niega, cuando su negación es contraria a una presunción legal o cuando envuelve la afirmación expresa de un hecho.»

El artículo 247 da el beneficio de la duda al inculpado, prohibiendo su condena. Sin embargo, el siguiente artículo señala que toda afirmación debe probarse, por lo que su significado no resultaba claro frente a la pregunta de si el inculpado afirma su inocencia, ¿ésta también debía probarse por el inculpado?

Tras la reforma de seguridad y justicia penal aprobada en 2008, el texto del apartado B del artículo 20 constitucional señala que:

«De los derechos de toda persona imputada: II. A declarar o a guardar silencio. Desde el momento de su detención se le harán saber los motivos de la misma y su derecho a guardar silencio, el cual no podrá ser utilizado en su perjuicio. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida sin la asistencia del defensor carecerá de todo valor probatorio;»

Como se observa, la nueva redacción del citado artículo continúa reconociendo el derecho a la no autoincriminación como el derecho del inculpado de hablar o de

guardar silencio, asimismo mantiene la prohibición de cualquier acto de incomunicación, intimidación o tortura. Por otro lado, de manera afortunada se incluye un nuevo mandato por el cual se obliga a las autoridades que desde el momento en que una persona sea detenida se le dé aviso de la causa y de que puede guardar silencio –en sentido similar a la advertencia Miranda en Estados Unidos-.

El tema de la carga de la prueba también fue materia de reforma. El nuevo texto del artículo 20 establece un sistema acusatorio, al señalar que: «El proceso penal será acusatorio y oral»; además, la fracción V del apartado A del mismo artículo específicamente establece la carga de la prueba a la autoridad acusadora: «La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora...».

Asimismo, se reformó el artículo 21 constitucional en relación a los principios que deben observar las corporaciones de seguridad pública en el ejercicio de sus funciones, señalando actualmente en su párrafo décimo que:

«La actuación de las instituciones de seguridad pública se regirá por los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Constitución.»

Del anterior análisis, se observa que existe el marco jurídico para la protección del derecho a la no autoincriminación. Sin embargo, afirmar la existencia de dicho derecho fundamental desde una perspectiva formal, es decir, por el solo hecho de estar consagrado en el texto de la ley, equivale a ver una sola parte de la moneda. Por ello es necesario conocer el contexto en que se aplica la ley y descubrir si en la práctica este derecho es respetado. Esto, invariablemente nos lleva a la época del priismo mexicano, dado que fue donde se germinaron las bases del sistema actual de procuración e impartición de justicia.

2. *El sistema de justicia en el régimen priista del s. XX.*

En México se vivió bajo el esquema de un partido hegemónico desde 1929, año en que el Partido Revolucionario Institucional (PRI) llegó a la presidencia de la República para mantenerse en ella por setenta y un años.

De acuerdo con Beatriz MAGALONI, la permanencia del PRI en el gobierno se debió a la creación de un sistema ingenioso para hacer cumplir el orden político entre las élites. Su estrategia se basó en tres mecanismos: 1) el presidente era el árbitro de los conflictos políticos que surgían en medio de las élites; 2) el presidente era el líder del partido oficial, que tenía el monopolio del gobierno y del “despojo-saqueo” derivado de aquél; y 3) el partido sancionaba el incumplimiento de las órdenes del presidente mediante la expulsión.”¹⁷⁸

En este contexto, el PRI como partido dominante manejaba el Congreso, por lo que existía una relación de sometimiento hacia la presidencia. Sin embargo, para consolidar el orden político y hacer funcionar el sistema, se requería también que el Poder Judicial apoyara a la consecución de este objetivo.

A diferencia de un sistema democrático, donde los tribunales son utilizados para resolver toda clase de conflictos, en los sistemas autoritarios¹⁷⁹ los tribunales son utilizados para asegurar el poder del sistema sobre la burocracia y los ciudadanos.

¹⁷⁸ MAGALONI KERPEL, Beatriz, "Enforcing the Autocratic Political Order and the Role of Courts: The Case of Mexico", en GINSBURG y MOUSTAFA, Rule by Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes, 2008, p.181.

¹⁷⁹ En el campo político, el adjetivo “autoritario” y el sustantivo “autoritarismo” que deriva de él, se emplean en tres contextos: la estructura de los sistemas políticos, las disposiciones psicológicas relacionadas con el poder y las ideologías políticas. En la tipología de los sistemas políticos, se suele llamar autoritarios a los regímenes que privilegian el aspecto del mando y menosprecian el consenso. En sentido psicológico, se habla de personalidad autoritaria para indicar un tipo de personalidad centrada en la disposición a la obediencia ciega a los superiores y al trato arrogante con los inferiores jerárquicos o a los que están privados de poder. En cuanto a las ideologías autoritarias, son aquellas que niegan de manera decidida la igualdad entre los hombres, hacen énfasis en el principio jerárquico y exaltan a menudo algunos elementos de la personalidad autoritaria como si fueran virtudes. Desde el punto de vista de los valores democráticos, el autoritarismo es una manifestación degenerativa de la autoridad, mientras que desde el punto de vista de una orientación autoritaria, el igualitarismo democrático es el que no es capaz de producir la “verdadera” autoridad. Véase http://www.iidh.ed.cr/comunidades/redelectoral/docs/red_diccionario/autoritarismo.htm (liga válida al 28 de enero de 2013)

En México, se creó un sistema de tribunales lo suficiente fuerte para el monitoreo de los jueces de bajo nivel (los jueces de mayor jerarquía verificaban que las resoluciones de los jueces de menor nivel fueran congruentes con los requerimientos del régimen priista), pero por otro lado, se cuidó que fuera un poder judicial lo suficientemente débil y sin independencia para impedir a los ciudadanos hacer valer sus derechos frente al régimen.¹⁸⁰

Así, el Poder Judicial contribuyó al mantenimiento del régimen. Los jueces actuaban de manera esencialmente formalista y dieron forma legal a las más amplias arbitrariedades de las policías y los ministerios públicos. Consecuentemente, se hizo un mayor abismo entre el derecho y la realidad, situación que hasta nuestra actualidad no es ajena a la impartición de justicia en México.

3. *La justicia penal en un régimen autoritario*

Durante el régimen priista, se germinaron las bases del sistema de procuración e impartición de justicia penal actual. El derecho penal pasó a ser un mecanismo de control en contra de aquellos que no compartían su ideología. Por décadas, la policía fue un instrumento al servicio del Estado en lugar de constituirse como un servicio público que velara por la seguridad de los ciudadanos.¹⁸¹ Más que un modelo policial, puede decirse que en México se consolidó un «patrón inercial de prácticas policiales» bajo un sistema hegemónico y un sistema procesal inquisitivo y autoritario.¹⁸²

El modelo de investigación mexicano se hizo absolutamente dependiente de la existencia de un detenido para poder integrar la consignación. La labor principal de los policías y ministerios públicos no era descubrir a los culpables sino construirlos. De ahí que, no resulte extraño que el inculcado haya sido por muchos

¹⁸⁰ *Idem.*

¹⁸¹ ZEPEDA LECUONA, Guillermo, *op. cit.*

¹⁸² *Idem.*

años fuente de su propia acusación a través de la confesión, y que ésta, se haya convertido en la prueba reina del sistema de impartición de justicia.¹⁸³

Respecto a la dinámica y lógica del sistema de procuración e impartición de justicia durante el autoritarismo priista, Ana Laura MAGALONI señala como uno de sus pilares, la aceptación tácita de sus propios operadores de un «cheque en blanco». Éste era emitido a favor de la policía judicial y válido para incomunicar y coaccionar testigos y probables culpables.¹⁸⁴ La dinámica de su uso, Ana Laura MAGALONI la explica en tres fases: 1) la policía judicial obtenía información para armar la acusación coaccionando e intimidando al probable responsable y testigos; 2) el ministerio público daba «forma legal» a la ilegalidad a través de un expediente integrado por la averiguación previa, que en realidad era copia de un catálogo fijo y cuya función era sustentar el caso; y 3) el juez era un simple ratificador de la acusación penal sin ejercer algún tipo de control sobre la arbitrariedad de las policías y del ministerio público.¹⁸⁵

Es evidente que esta dinámica del sistema de procuración e impartición de justicia requería para su funcionamiento de un poder judicial débil y sumiso, que simple y llanamente avalara las acciones del régimen sin ningún tipo de control que estableciera costos en el proceso. Es así, que el «cheque en blanco» de las policías y del ministerio público era perfectamente canjeable por casos exitosos frente a tribunales.

Desafortunadamente, el círculo vicioso es difícil de romper. No han sido pocas las reformas legales y políticas de seguridad e impartición de justicia que han buscado disminuir las fuertes dosis de arbitrariedad de nuestras policías y ministerios públicos.¹⁸⁶ Sin embargo, ¿por qué intentar hacer las cosas de forma distinta?

¹⁸³ BARREDA SOLÓRZANO, Luis de la, *op. cit.*, pp. 61-74.

¹⁸⁴ MAGALONI KERPEL, Ana Laura, *El Ministerio Público desde adentro*, México, CIDE DTEJ-42, 2009, p. 5.

¹⁸⁵ *Ibidem* pp. 5-6.

¹⁸⁶ Como ejemplo se pueden citar las expediciones de la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de enero de 2009; la Ley de la Policía Federal, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 1 de junio de 2009; el

¿para qué dejar de coaccionar, intimidar, incomunicar y torturar para conseguir acusaciones exitosas, si haciendo un mal trabajo obtienen resultados favorables en el juicio?

La respuesta que nos ofrece Ana Laura MAGALONI, es que mientras la integración de la averiguación previa siga respondiendo a la lógica del viejo sistema de persecución criminal de fabricar culpables, la violación de los derechos del detenido será una constante como hasta hoy en día. Las policías y el ministerio público no han podido romper con sus patrones policiales e inercias autoritarias, lo cual ha impedido el desarrollo de habilidades y capacidades para la investigación criminal. Peor aún, este escenario puede ser más desfavorable si comienza a funcionar de manera inversa: «[si] no existe un método de trabajo que permita al MP elaborar estrategias de investigación robustas» por no contar con las habilidades y las capacidades necesarias para presentar una acusación, éste se verá constreñido a hacer uso de «la incomunicación e intimidación del detenido para la consigna del asunto». Así la consecuencia que era la incomunicación, intimidación, tortura u otras prácticas arbitrarias, se convierten en la causa del problema, pues no existe otra vía más que la arbitrariedad para hacer funcional su trabajo, y refuerza la idea de que el malo -el detenido- «no tiene por qué tener medianamente derecho a un trato digno». ¹⁸⁷

4. *Eficacia del derecho a la no autoincriminación*

En México, la regla general es que el inculcado no conozca sus derechos y, mucho menos que pueda ejercerlos. Bajo esta premisa, el derecho a la no autoincriminación sólo es eficaz en pocos casos. Los datos disponibles sobre el contexto en el que se desarrollan las detenciones y los interrogatorios dan cuenta de ello. Para demostrarlo, se analizarán los datos relacionados con la forma en que se realizan las detenciones, la averiguación previa y el juicio obtenidos en las Encuestas a población en reclusión del CIDE en 2002, 2005 y 2009 para el Distrito

Reglamento de la Ley de la Policía Federal, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 17 de mayo de 2010.

¹⁸⁷ MAGALONI KERPEL, Ana Laura, *El Ministerio Público desde adentro*, *Ibidem*, p. 16.

Federal y el Estado de México, así como de la Primera encuesta realizada a población interna en Centros Federales de Readaptación Social de 2012. Posteriormente, se citarán algunas conclusiones de estudios sobre la eficacia de los derechos del inculgado que confirman los datos analizados.¹⁸⁸

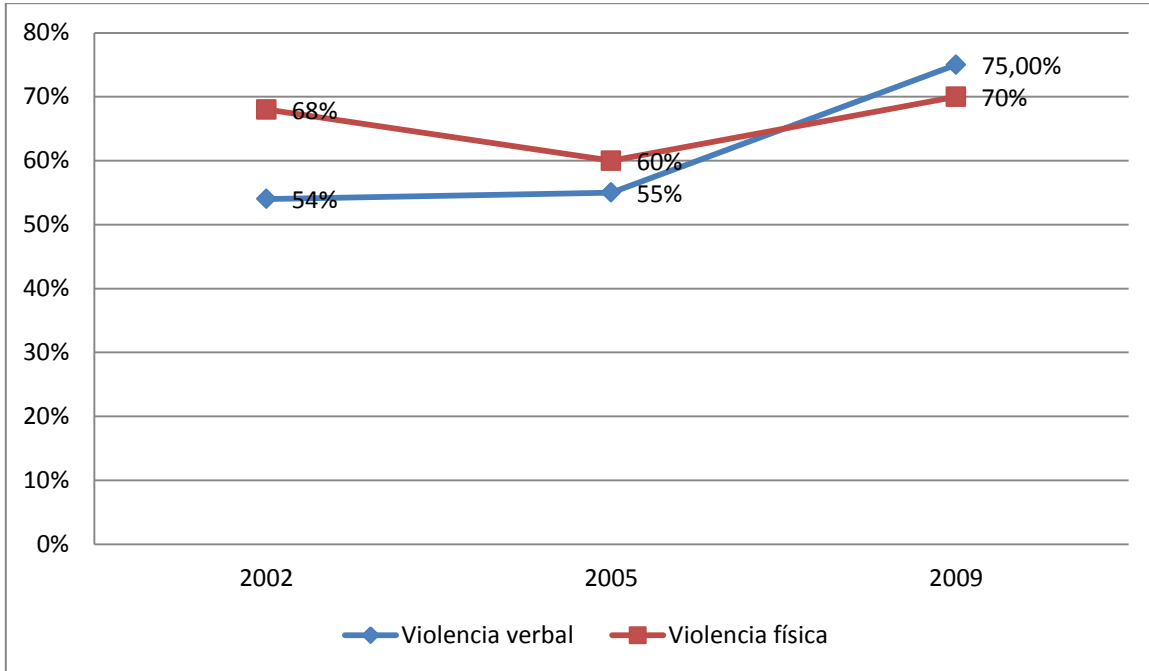
A. Violencia sufrida por tipo de autoridad.

El derecho del inculgado a la no autoincriminación es un derecho instrumental que busca garantizar que aquél no sea obligado a insertar pruebas en su contra, por tanto la vigencia de este derecho requiere que los policías y ministerios públicos respeten su decisión de hablar o guardar silencio durante su detención. Sin embargo, esto dista mucho de la realidad.

En la encuesta a población en reclusión en el Distrito Federal y Estado de México de 2009, los hallazgos en relación a la eficacia del derecho a la no autoincriminación son preocupantes: más del 70% de los encuestados sufrió algún tipo de violencia y, específicamente el 46.5% del total de los encuestados, respondió que había sido violentado físicamente con la finalidad de hacerlo hablar o cambiar su declaración. Sin embargo la violencia no es nueva, tal como se muestra en el siguiente gráfico.

¹⁸⁸ Existen diversas formas de medir la eficacia del derecho a la no autoincriminación en las etapas de detención como del juicio penal. En este estudio se utilizaron los resultados de las tres encuestas a población a reclusión elaboradas por el CIDE en 2002, 2005, 2009 y 2012. Si bien, en contra de los hallazgos de las encuestas se pudiese argumentar que se trata de la percepción de los propios acusados, los resultados de cada una de las encuestas en los diferentes años muestran cierta homogeneidad además como se verá al final de este capítulo, los datos son congruentes con las opiniones emitidas por diversas asociaciones defensoras de derechos humanos en relación a las violaciones sistemáticas que sufren los inculgados en manos de las policías y ministerios públicos, haciendo dichos resultados confiables.

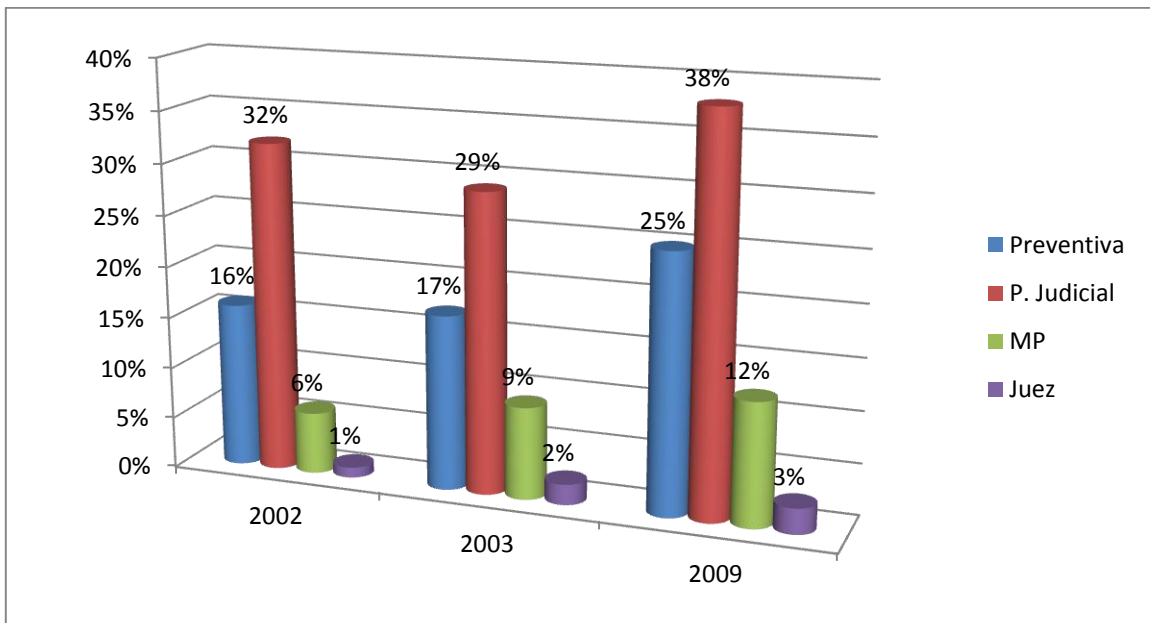
Gráfico 1. Encuestados que sufrieron algún tipo de violencia. (2002, 2005 y 2009)



Fuente: Encuestas a Población en Reclusión en el Distrito Federal y Estado de México de 2002, 2005 y 2009 del Centro de Investigación y Docencias Económicas, CIDE.

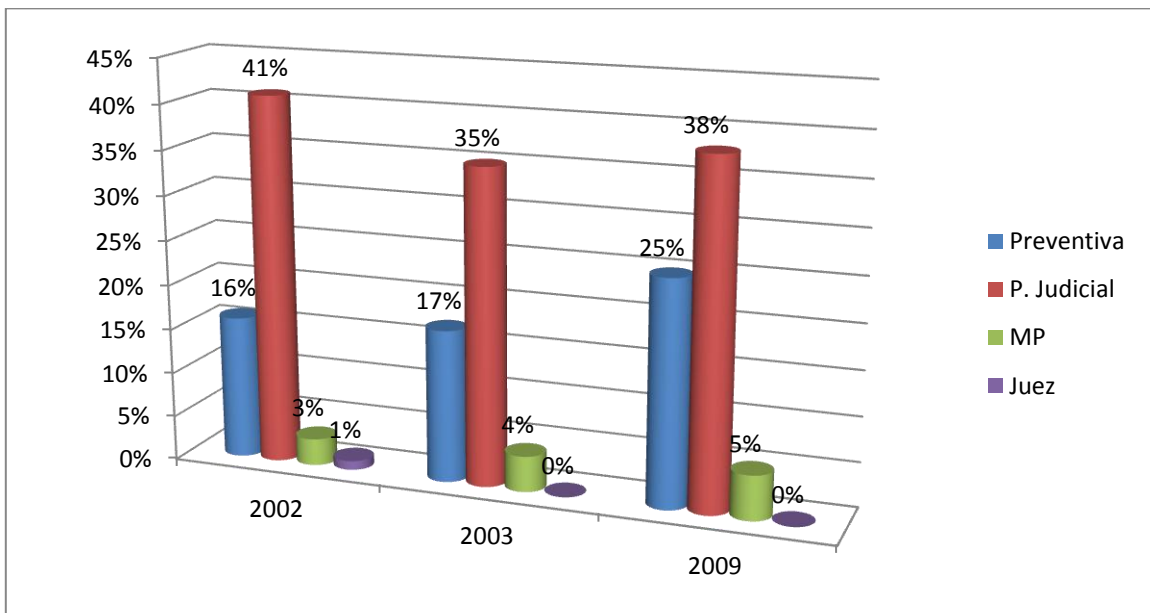
Los datos son alarmantes. En todos los años, como mínimo uno de cada encuestados sufrió algún tipo de violencia, y peor aún, la violencia se ha incrementando en cada uno de los años de levantamiento de la encuesta. Por tanto, Resulta interesante conocer en qué momento del proceso penal y qué autoridades son las que violan con mayor frecuencia los derechos de los inculpado. En los siguientes gráficos se muestran los porcentajes de encuestados que fueron amenazados o humillados, y golpeados o lastimados físicamente por diferente tipo de autoridad.

Gráfico 2. Encuestados que sufrieron de amenazas o humillaciones (2002, 2005 y 2009).



Fuente: Encuestas a Población en Reclusión en el Distrito Federal y Estado de México de 2002, 2005 y 2009 del Centro de Investigación y Docencias Económicas, CIDE.

Gráfico 3. Encuestados que sufrieron de golpes o lastimaduras (2002, 2005 y 2009).



Fuente: Encuestas a Población en Reclusión en el Distrito Federal y Estado de México de 2002, 2005 y 2009 del Centro de Investigación y Docencias Económicas, CIDE.

Los datos muestran que la mayor parte de los abusos son realizados por las policías preventiva y judicial, sumando en 2009 un 63% en el caso de las amenazas o humillaciones y un 65% respecto a golpes o lastimaduras. Situación que se agrava, si se relacionan estos datos con el tiempo en que tarda el inculcado en ser trasladado al ministerio público. La hipótesis sostenida al respecto, es que mientras mayor sea el tiempo que una persona pasa en manos de las policías para llegar al ministerio público, mayor es la probabilidad de que esa persona sufra de violaciones a sus derechos humanos; a menos que exista un historia creíble que justifique dicho retraso, lo cual no sucede en la mayoría de los casos. De ahí que, mientras no se ejerza un control real del tiempo y de las condiciones de traslado de los detenidos por los jueces, la ocasión para la arbitrariedad no se reducirá.

B. *Eficacia del derecho a la no autoincriminación en la detención*

La detención de una persona puede darse por medio de orden de aprehensión o partir de una situación de flagrancia. La orden de aprehensión es emitida por un juez penal, una vez que han sido aportados por el ministerio público los elementos suficientes para imputar responsabilidad penal a un probable responsable. Por su parte, la detención en flagrancia se da cuando la persona es detenida en el mismo momento, o de manera inmediata a la comisión del delito.¹⁸⁹ Desafortunadamente la principal forma de detención es la flagrancia, pues en ésta, no es necesario

¹⁸⁹ «En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público». Artículo 16 constitucional, IV párrafo (redacción anterior a la Reforma de 2008). «Cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público. Existirá un registro inmediato de la detención. Artículo 16 constitucional, V párrafo (texto vigente).

Es relevante señalar que hasta antes de la reforma al artículo 16 constitucional de junio de 2008, se mantenía una enorme ventana de oportunidad para detenciones arbitrarias mediante la figura de flagrancia equiparada. Mediante esta figura contenida en algunos ordenamientos secundarios como la legislación penal de Distrito Federal y del Estado de México, se establecían los mismos efectos de detención excepcional cuando alguna persona identificaba o existían indicios para presumir la responsabilidad del inculcado hasta por un plazo de 72 horas de cometido el delito.

ofrecer elemento alguno al juez para restringir la libertad de una persona, sino sólo detener a la persona en el momento propicio.

De acuerdo con los datos recabados en la tercera encuesta a población en reclusión del CIDE en 2009, el 93% por ciento de los internos fue detenido en flagrancia.¹⁹⁰ En el caso de los reclusos federales, se obtuvo que 51% había sido detenido en flagrancia, sin embargo, de las personas que no fueron detenidos en flagrancia (49% del total de encuestados) sólo al 91.7% se le presentó orden de aprehensión.

El porcentaje de personas detenidas en flagrancia se traduce en que esta misma cantidad de personas estuvo en manos de los policías a partir de su detención, los cuales «inmediatamente» presentaron a los inculpados ante el ministerio público y pasaron 48 horas adicionales detenidos previamente a llegar al juez penal. En este sentido, resulta interesante analizar el tiempo de traslado al ministerio público de los encuestados en los centros de reclusión de Distrito Federal y Estado de México. Esto se observa en la siguiente tabla:

TABLA 3.1. TIEMPO DE TRASLADO AL MINISTERIO PÚBLICO

Horas entre que lo detuvieron y lo llevaron al M.P.	2002	2005	2009
3 a 6 horas	24%	20%	20%
7 a 24 horas	13%	11%	7%
Más de 24 horas	8%	5%	6%
Total	45%	36%	33%

Fuente: Encuestas a Población en Reclusión en el Distrito Federal y Estado de México en 2002, 2005 y 2009 del Centro de Investigación y Docencias Económicas, CIDE.

Para el total de encuestados se observa que entre 2002 y 2009 disminuyó en 12 puntos porcentuales el número de personas que fueron presentadas al ministerio público en 3 horas o más. Esto es, mientras en 2002 uno de cada dos detenidos era trasladado en un lapso mayor a 3 horas (45%), en 2009 pasó a ser uno de

¹⁹⁰ AZAOLA, Elena, BERGMAN, Marcelo y MAGALONI, Ana Laura, *Delincuencia, Marginalidad y Desempeño Institucional. Resultados de la tercera encuesta a población en reclusión en el Distrito Federal y el Estado de México*, CIDE, DEJ, 2009, p. 39.

cada tres (33%). Sin embargo, esta tendencia a la reducción no ha sido homogénea en todos los rangos de tiempo.

El mejor escenario se presentó en el tiempo de traslado de 7 a 24 horas, pues del 13% de los encuestados que respondió que lo habían trasladado en ese rango de tiempo en 2002, se redujo casi a la mitad para 2009, con sólo 7% de los encuestados. En el caso del rango de tiempo de 3 a 6 horas, los datos muestran una disminución de 4 puntos porcentuales entre 2002 y 2005. Mientras el escenario más desafortunado, se presentó en el rango de tiempo más grave: las detenciones de más de 24 horas, donde tras haber disminuido 3 puntos porcentuales de 2002 a 2005, se incrementó un punto porcentual para situarse en el 6% de los encuestados en 2009.

Resulta importante anotar que, no obstante estas disminuciones en el tiempo de traslado, es complicado aceptar que en un estado constitucional democrático un 33% de los encuestados haya estado en manos de los policías por más de tres horas, antes de ser puesto a disposición del ministerio público. Sobre todo, recordando que el tiempo en que se encuentra el inculpado a disposición de los policías es la etapa de mayor vulnerabilidad y en la que se presentan las mayores violaciones a los derechos humanos.¹⁹¹ Entre mayor sea el lapso de tiempo transcurrido por el inculpado en manos de los policías sin justificación suficiente, mayor es el riesgo de ser víctima de la arbitrariedad. Esto, lleva a concluir que para 2002, 2005 y 2009, uno de cada tres encuestados -como mínimo-, fue probablemente víctima del abuso de las policías.

C. Eficacia del derecho a la no autoincriminación en las agencias del ministerio público

Durante la fase de acusación, la labor del ministerio público reside esencialmente en investigar y en recabar todos los elementos de prueba necesarios para realizar una acusación formal ante el juez. De acuerdo con la Constitución, el acusado

¹⁹¹ BARREDA SOLÓRZANO, Luis de la, *op. cit.*, pp. 61-74.

cuenta con una serie de derechos que buscan que las penas impuestas por el Estado sean resultado de un juicio justo. Es así, que el acusado tiene derecho a guardar silencio, a no ser incomunicado, a contar con un abogado, a realizar una llamada telefónica, a ser informado de todos sus derechos.¹⁹²

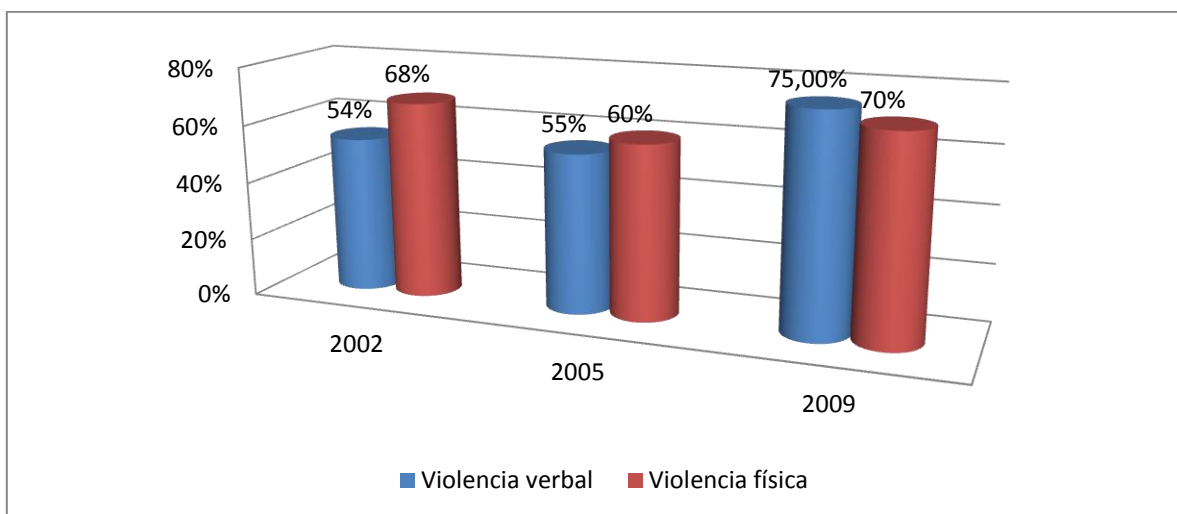
La eficacia de los derechos del inculpado durante la detención en el ministerio público cobra gran relevancia en la medida que el inculpado se encuentra privado de su libertad en manos del órgano responsable de construir su acusación. De ahí la relevancia de que el inculpado sea informado de manera clara y oportuna de sus derechos constitucionales, pues de lo contrario, la falta de información y el ambiente intimidatorio de la detención probablemente incidirá en la voluntad del detenido.

a. Población en reclusión en centros del Distrito Federal y Estado de México

Los datos de las tres encuestas realizadas en reclusorios locales del CIDE sugieren que los derechos constitucionales del acusado durante su detención en manos de las policías y del ministerio público son ineficaces en la mayoría de los casos. En el gráfico siguiente se muestra el porcentaje de entrevistados que sufrió violencia durante la averiguación previa.

¹⁹² Véase artículo 20 constitucional. Hasta antes de la Reforma en justicia penal y seguridad pública de junio de 2008, la fracción IX del artículo 20 constitucional establecía que el derecho a la defensa adecuada del inculpado podía ejercerse “por abogado, o por persona de su confianza.” Actualmente, con la nueva redacción de fracción VIII, apartado B, del artículo 20 constitucional la defensa del imputado debe realizarse por abogado.

**Gráfico 4. Encuestados que sufrieron violencia durante la averiguación previa.
(2002, 2005 y 2009)**



De acuerdo con las cifras del gráfico anterior se puede constatar lo siguiente: 1) en el periodo 2002-2009, aproximadamente siete de cada diez reclusos sufrió violencia física o verbal durante su detención; 2) el uso de la violencia física se redujo en 8 puntos porcentuales para 2005, sin embargo entre 2005-2009 tuvo un incremento significativo de 10 puntos; 3) además, entre 2002 y 2009 aumentó el uso de amenazas y humillaciones durante la averiguación previa en 21 puntos porcentuales.

Ahora bien, ¿qué dicen las anteriores cifras? Los datos muestran que el uso de la fuerza física o verbal es una práctica sistemática de las policías y ministerio públicos, que tras una ligera disminución en 2005 se ha manteniendo en aumento. De este contexto de violencia, no se puede esperar que los derechos al debido proceso tengan vigencia en las agencias del ministerio público. Para confirmar lo anterior, obsérvese la siguiente tabla:

TABLA 3.2. CIRCUNSTANCIAS ENTORNO A LA DECLARACIÓN DE LOS DETENIDOS

Al momento de rendir su declaración...	2002	2005	2009
No le informaron su derecho a no declarar	80%	72%	72%
No estuvo presente su abogado, o la persona de confianza cuando rindió su declaración	70%	70%	50%
Se declaró culpable ante el Ministerio Público	34%	28%	29%

Fuente: Encuestas a Población en Reclusión en el Distrito Federal y Estado de México en 2002, 2005 y 2009 del Centro de Investigación y Docencias Económicas, CIDE.

Se identifica que, para 2002 sólo 20% de las personas encuestadas fueron informadas de su derecho a no declarar. Mientras que en 2005 y 2009, las personas que recibieron esta información fueron el 28% de los encuestados. No obstante esta tendencia, aceptar que 72% de los encuestados no haya sido informado de su derecho a no declarar resulta preocupante y sugiere que en la última década, las procuradurías no han recibido incentivos o sanciones reales para disminuir la arbitrariedad y abusos de autoridad al momento de recibir las declaraciones.

Adicionalmente al desconocimiento del derecho a guardar silencio, se observa que el contexto en el que los encuestados rindieron su declaración se agrava al no haber estado presente su defensor. La posibilidad de entrevistarse y consultar a un abogado es de gran importancia, ya que el abogado es el que puede asegurar que las declaraciones del detenido sean voluntarias y no producto de coacción.¹⁹³

En estas circunstancias, no es extraño que para el período 2002-2009, el 30.3% de los internos se declararan culpables ante el ministerio público. Lo cual significa que prácticamente en la tercera parte de los casos, el ministerio público estuvo en condiciones de consignar con base en la confesión del inculcado ante el juez, eximiéndolo de su obligación de investigar.

Finalmente, resulta interesante señalar que de acuerdo con la tercer encuesta del CIDE, prácticamente cuatro de cada diez sentenciados se enteraron del delito del que se les acusaba, una vez que ya habían declarado ante el Ministerio Público y el 46.5% de los encuestados -prácticamente uno de cada dos- fue violentado físicamente para obligarlo a declarar o cambiar su declaración, asimismo, se

¹⁹³ BARREDA Solórzano, Luis de la, *La lid contra la tortura*, México, Cal y Arena, 1995, pp. 38-39.

registraron casos en los que se les obligó a firmar su declaración aún sin haberla realizado.¹⁹⁴

b. Población en reclusión en centros del Distrito Federal y Estado de México

Desafortunadamente el contexto descrito en el apartado anterior no es exclusivo del sistema de impartición de justicia local. De acuerdo con la encuesta a población en reclusión de centros federales, se tiene que:

**TABLA 3.3. RESPETO A LOS DERECHOS DE LOS DETENIDOS
(CENTROS FEDERALES)**

En la Agencia del MP...	%
No le explicaron porque estaba ahí	27.2%
No pudo hacer una llamada telefónica	64.4%
No le informaron que tenía derecho a un abogado	42.2%
No le informaron su derecho a no declarar	66.0%

Fuente: Primera Encuesta en Centros Penitenciarios Federales 2012 del Centro de Investigación y Docencias Económicas, CIDE.

Nuevamente es alarmante que prácticamente dos de cada tres reclusos no hayan sido avisado de su derecho a guardar silencio. Esto se agrava más cuando se observan los resultados de la siguiente pregunta: ¿por qué se declaró culpable?

**TABLA 3.4. RAZONES PARA LA AUTOINCRIMINACIÓN
(CENTROS FEDERALES)**

	%
Porque es culpable	48.3%
Porque lo torturaron o golpearon	30.5%
Porque lo presionaron para hacerlo	24.5%
Porque alguien en el MP le dijo que era lo mejor	4.7%
Amenazaron a la familia	4.4%
Porque se lo recomendó su abogado o defensor	3.7%

Fuente: Primera Encuesta en Centros Penitenciarios Federales 2012 del Centro de Investigación y Docencias Económicas, CIDE.

Si se suman los porcentajes de todas aquellas razones ajenas a la verdadera culpabilidad, se tiene que el 67.8% de los encuestados se declaró culpable sin

¹⁹⁴ Véanse preguntas 140, 141 y 151 del anexo 1, cuestionarios y resultados, AZAOLA, Elena *et. al.*, *op. cit.*

serlo. Esto simplemente refleja la falta de eficacia del derecho a la no autoincriminación en la práctica.

D. *Eficacia del derecho a la no autoincriminación en el juicio penal*

El proceso penal propiamente se inicia con la consignación del caso al juez, a través del ejercicio de la acción penal por el ministerio público. En este momento, el ministerio público deja de ser autoridad investigadora y se convierte en parte acusadora, por lo que debe presentar las evidencias y las pruebas necesarias para persuadir al juez de que la razón y el derecho apoyan su acusación. Por su parte, el juez debe analizar todas las constancias del proceso y decidir si el presunto responsable queda vinculado a proceso y si restringe o no su libertad -a través de lo que se llamaba coloquialmente auto de término constitucional-, durante todo el tiempo que dure el proceso.¹⁹⁵

La importancia de esta etapa radica en que teóricamente se coloca a un juez imparcial, independiente y capaz a evaluar la actividad del ministerio público, es decir, el juez debe determinar si la detención y el acopio de pruebas que sustentan la acusación se ajustaron a los mandatos constitucionales, si se salvaguardaron las garantías del procesado y si las pruebas presentadas por la parte acusadora han logrado probar la responsabilidad y desvanecer la presunción de inocencia del acusado.¹⁹⁶ Es entonces el control judicial, el elemento que legitima la sanción penal del Estado, pues es el obligado a resolver la participación y responsabilidad del inculpado en la comisión de un determinado delito y dar lugar a su condena.

Sin embargo, los datos sugieren que en la realidad el juez no cumple con su tarea de ejercer un control de las actuaciones de las policías y del ministerio público. Su conducta distancia considerablemente del papel de garante de los derechos del procesado y del cumplimiento de los mandatos constitucionales del debido proceso. Obsérvese la siguiente tabla:

¹⁹⁵ Es importante recordar que dicho auto fue modificado por la reforma de junio de 2008, por lo que ahora se llama acto de vinculación al proceso.

¹⁹⁶ ZEPEDA LECUONA, Guillermo, *Crimen sin castigo. Procuración de justicia penal y ministerio público en México*, México, FCE-CIDAC, 2004, p. 243.

TABLA 3.5. VIOLACIONES EN LA FASE DE JUICIO

Durante el juicio...	2002	2005	2009
No estuvo presente el juez al rendir su declaración preparatoria	69%	66%	71%
No se le informó de su derecho a no declarar	65%	61%	65%

Fuente: Encuestas a Población en Reclusión en el Distrito Federal y Estado de México en 2002, 2005 y 2009 del Centro de Investigación y Docencias Económicas, CIDE.

En los datos de las encuestas a reclusos del Distrito Federal y Estado de México, se observa que no solamente más del 60% de los encuestados no fueron nuevamente informados de su derecho a no declarar, sino también que la falta de presencia del juez en el momento de rendir su declaración va en aumento (71% del total de los encuestados en 2009). Las cifras son similares en el caso de la población de centros federales de readaptación. Los resultados de la encuesta mostraron que 54.4% de los encuestados no fue informado de su derecho a no declarar y 52.4% rindió su declaración preparatoria sin que estuviera presente el juez.

Evidentemente estos datos contrastan con la función del juez de garantizar un juicio justo al acusado y sugiere que la figura del juez es desdibujada, inaccesible y ausente durante el proceso penal.¹⁹⁷ Lo más grave, radica en el hecho de que las arbitrariedades de las policías y del ministerio público quedan sin consecuencias, las pruebas ilícitas y prácticas violatorias de los derechos al debido proceso resultan validadas por el poder judicial, a través de la aceptación del «cheque en blanco».

5. *Algunas otras evidencias*

Los anteriores datos son corroborados por otros estudios. Actualmente, existen diversas instituciones nacionales e internacionales en defensa de los derechos humanos y especialistas que han evidenciado las prácticas arbitrarias de los policías y ministerios públicos mexicanos, así como la sumisión de los jueces a estas prácticas.

¹⁹⁷ AZAOLA,, Elena *et al.*, *op. cit.*, p. 41.

En 1990, Luis de la BARREDA hizo pública la vulnerabilidad de los detenidos por las policías en México:

«Conforme a los procedimientos más arbitrarios y despiadados, las policías mexicanas pueden interferir en las vidas de los ciudadanos casi sin obstáculos. Los resultados –no podría ser de otra manera– son los sitios clandestinos de detención, las desapariciones, la desconfianza generalizada ante los cuerpos policiacos. [...] El hecho de que los detenidos sean interrogados en los separos policiacos sin la presencia del defensor propicia los excesos en los interrogatorios».¹⁹⁸

Asimismo, frente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha demostrado la existencia de tortura, incomunicación y confesiones forzadas en casos donde México ha sido acusado por la violación de derechos humanos. Ejemplo de esto, es el caso de Campo Algodonero, donde se demostró que las autoridades mexicanas omitieron cumplir con su obligación de investigación de los asesinatos ocurridos en Ciudad Juárez y, en su lugar, se dedicaron a fabricar culpables.¹⁹⁹

Recientemente, Amnistía Internacional emitió una declaración pública en contra de la omisión de los jueces en ejercer su papel de garantes de los derechos en una de las prácticas más graves en contra del detenido: la tortura. La organización literalmente señaló que:

«Es motivo de preocupación para Amnistía Internacional que las confesiones obtenidas mediante tortura sigan siendo aceptadas como pruebas en procesos judiciales y que el ministerio público y algunos jueces excluyan e ignoren evidencias de torturas. [...] La negativa a admitir como prueba la evidencia de tortura plantea dudas sobre el cumplimiento por parte de las autoridades judiciales de la obligación que tienen de garantizar un juicio justo al acusado, de

¹⁹⁸ BARREDA SOLÓRZANO, Luis de la, “Una propuesta contra la tortura”, en *Justicia Penal y Derechos Humanos*, México, Porrúa-CDHDF, 2da. Edición, 1998, pp. 140-141.

¹⁹⁹ Véase, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, Sentencia del 16 de noviembre de 2009 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), serie 205, párrafos 334-370.

asegurar que cualquier resolución esté bien fundada y de que los verdaderos perpetradores sean los llevados ante la justicia.»²⁰⁰

Asimismo, según datos proporcionados por la CNDH se han presentado como hechos violatorios relacionados en las quejas presentadas entre enero y marzo de 2012: a) 469 hechos de trato cruel, inhumano o degradante; b) 115 hechos de intimidación; c) 42 hechos de incomunicación; d) 86 retenciones ilegales; y e) 28 casos en los que se obligó a declarar a una persona.²⁰¹

6. Conclusiones

En México existe el marco normativo para la protección del derecho a la no autoincriminación, pero es ineficaz. Una primera explicación, es que los operadores del sistema de seguridad e impartición de justicia no han podido abandonar los patrones policiales y las inercias autoritarias germinadas durante el priismo. Esto ha provocado que las policías y los ministerios públicos no desarrollen las capacidades necesarias para realizar sus funciones dentro del marco de respeto a los derechos. En consecuencia, hasta hoy en día la arbitrariedad es regla general de actuación.

Los datos empíricos muestran que, en 2012 el 67.8% de los encuestados en centros federales de readaptación social se declararon culpables por alguna razón distinta a su verdadera culpabilidad (por tortura o golpes, por amenazas y por sugerencia del MP). En el caso de la población en centros del Distrito Federal y del Estado de México, en 2009 el 46.5% del total de los encuestados respondió que había sido víctima de violencia física con la finalidad de hacerlo hablar o cambiar su declaración. Además durante la averiguación previa, 72% de los encuestados no fue informado de su derecho constitucional a no declarar y 50% declaró sin la presencia de su abogado o persona de confianza.

²⁰⁰ Amnistía Internacional, "Autoridades judiciales deben tomar en cuenta pruebas de tortura", *Declaración Pública AMR 41/083/2011*, Londres, 9 de diciembre de 2011, p. 1.

²⁰¹ Sistema Nacional de Alerta de Violación a los Derechos Humanos, Comisión Nacional de Derechos Humanos. Periodo analizado: enero a marzo, 2012.

Asimismo, se encontró que el tiempo que pasan los inculpados a disposición de los policías es la etapa de mayor vulnerabilidad de los detenidos, por lo que entre mayor sea el lapso de tiempo transcurrido en manos de los policías sin justificación suficiente, mayor es el riesgo de ser víctima de la arbitrariedad.

Por su parte, los jueces sentencian a través de la lectura de un expediente sin estar presentes en las audiencias, sin escuchar al inculpadado y dejando de lado su labor de garantes de los derechos. De acuerdo con los resultados de la encuesta levantada en centros federales de 2012, el 52.4% de los encuestados realizó su declaración preparatoria sin la presencia del juez y el 54.5% lo hizo sin ser informado de su derecho a no declarar. Los datos aún son más alarmantes a nivel local, según la encuesta de 2009 el 71% de los encuestados declaró sin la presencia del juez y el 65% lo hizo sin conocer su derecho a no declarar.

La existencia de este contexto es corroborada por otros especialistas e instituciones. En 1990, Luis de la BARREDA hace pública la vulnerabilidad de los detenidos. El estado mexicano ha sido declarado responsable por violaciones sistemáticas a los derechos de los detenidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Organizaciones internacionales dedicadas a la defensa de los derechos humanos como Amnistía Internacional ha mostrado su preocupación por la aceptación en juicio de las confesiones obtenidas bajo tortura.

En este sentido, tanto los datos como los estudios cualitativos muestran que en México los inculpados sufren violaciones sistemáticas de sus derechos durante la detención en manos de los policías y del ministerio público, con el objetivo de reunir los elementos necesarios para poder consignar al detenido ante el juez. En este contexto, el derecho a la no autoincriminación resulta ser uno más de los derechos violados de los inculpados.

CAPÍTULO CUARTO: CONFIGURACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO CONSTITUCIONAL DEL INculpADO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN

"Si la historia de las penas es una historia de horrores, la historia de los juicios es una historia de errores."
Luigi FERRAJOLI

Existe una multiplicidad de explicaciones al profundo problema de la ineficacia de los derechos constitucionales del inculpado ante las policías y el Ministerio Público. Sin embargo, en este capítulo se busca hacer énfasis a la tesis sostenida por Ana Laura MAGALONI en la que señala que, en alguna medida estos niveles de arbitrariedad se deben a la inadecuada configuración jurisprudencial de los derechos constitucionales del acusado.²⁰²

En el capítulo anterior, se concluyó con base en los datos estadísticos disponibles que el derecho a la no autoincriminación tiene altos niveles de ineficacia en la práctica mexicana, que se trata de un derecho desconocido por un alto porcentaje de los imputados de algún delito y que la violencia física y psicológica es una constante en el contexto en el que rinden sus declaraciones, a tal grado que no resulta extraño que el inculpado sea fuente de su propia acusación.

Asimismo, se señaló que esta forma de actuar de los operadores del sistema se explica en parte por uno de los pilares del sistema de procuración e impartición de justicia gestado durante los años del priismo. Es lo que Ana Laura MAGALONI llama «un cheque en blanco» de las policías y ministerios públicos, que les permite fabricar culpables a través de prácticas arbitrarias sin ninguna consecuencia en juicio. Es la validación de este cheque por parte de los jueces una de las razones que ha venido impidiendo la creación de incentivos reales y efectivos para dejar de coaccionar a los detenidos y, en su lugar, crear las habilidades de investigación que permitan la realización de historias creíbles, suficientes y lícitas para ser llevados los casos a la arena judicial.

²⁰² Véase Véase MAGALONI, Ana Laura e IBARRA, Ana María, *op. cit*

En concreto, la hipótesis central de este trabajo es que los jueces por muchos años han sido sumisos y débiles, coadyuvando al establecimiento de un sistema basado en la simulación de juicios justos. El Poder Judicial no ha servido como un verdadero control, sino al contrario, ha avalado las actuaciones arbitrarias de las policías y ministerios públicos, dejando de lado su función de instrumento de defensa de los derechos humanos.

Para probar lo anterior, se estudiará a continuación la interpretación que han realizado los tribunales mexicanos durante la Novena Época del derecho a la no autoincriminación, con miras a descubrir cómo ha sido su configuración judicial y cómo los jueces han proveído a la eficacia de este derecho en la práctica, es decir más allá del texto constitucional. Es importante señalar que el presente estudio se basa en las tesis aisladas y jurisprudenciales únicamente de la Novena Época con una clara justificación. La Novena Época se inició con la reforma constitucional de 1994, que tuvo como uno de sus principales objetivos configurar una jurisdicción constitucional acorde con las nuevas coordenadas democráticas del país, en un sentido refundacional del Poder Judicial. Por ello, se reconfiguró la Suprema Corte Justicia, se nombraron nuevos ministros y se amplió su ámbito jurisdiccional; se buscó garantizar la independencia del Poder Judicial y se creó el Consejo de la Judicatura Federal. En este contexto, se esperaría que los criterios judiciales de la Novena Época se diferenciaran de aquellos emitidos durante el autoritarismo. De ahí que, estudiar la Novena Época significa analizar hasta qué punto los jueces se comprometieron con su papel en concordancia con los cambios políticos y el discurso democrático iniciado en la década de los 90's en México.

1. *Análisis de las tesis aisladas y jurisprudenciales en relación al derecho a la no autoincriminación*

El derecho a la no autoincriminación hasta antes de la reforma constitucional en materia penal y procuración de justicia de junio de 2008, se encontraba establecido en la fracción II, apartado B, artículo 20 de la Constitución y señalaba lo siguiente:

«En todo proceso de orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías: II. No podrá ser obligado a declarar. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del juez, o ante éstos sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio.»

Partiendo de la anterior redacción constitucional, el primer paso para seleccionar las tesis objeto de análisis fue buscar los criterios judiciales de las siguientes voces:²⁰³

1. Autoincriminación
2. Negativa a declarar
3. Incomunicación
4. Intimidación
5. Tortura
6. Confesión del inculpado

La búsqueda de las tesis aisladas y jurisprudenciales arrojó un total de 243 tesis; de las cuales 224 corresponden a la voz confesión y, únicamente 19 tesis para las otras voces. En la siguiente tabla se muestran los resultados desagregados:

TABLA 4.1. Total de tesis relacionadas con el derecho a la no autoincriminación.

Tema	Tesis aisladas	Tesis jurisprudenciales	Total
Autoincriminación	6	1	7
Negativa a declarar	3	2	5
Incomunicación	1	0	1
Intimidación *	2	0	2
Tortura	4	0	4
Confesión	181	43	224
Total	197	46	243

*El sistema IUS arroja un total de tres resultados en la búsqueda con la voz «incomunicación». Sin embargo con el objetivo de hacer un correcto conteo de

²⁰³ La búsqueda de las tesis aisladas y jurisprudenciales se realizó en el programa de sistematización IUS que incluye los criterios judiciales tanto de las tesis aisladas como de las jurisprudencias emitidas por los Tribunales Colegiados de Circuito, la Primera y Segunda Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como de su Pleno.

las tesis, únicamente se incluyó uno de los resultados, ya que las tesis con números de registros 168153 y 169020, también fueron encontradas en la búsqueda de la voz «confesión».

Ahora bien, de las 243 tesis encontradas no todas están relacionadas con el derecho a la no autoincriminación. Por lo tanto, se realizaron dos filtros adicionales para determinar cuáles tesis han de ser analizadas en la configuración jurisprudencial del derecho a la no autoincriminación.

A. Primer filtro

El primer paso consistió en eliminar todas aquellas tesis que pertenecen a una materia distinta a la penal, por ejemplo al derecho civil, mercantil, laboral, administrativo, entre otros. Una vez aplicado este filtro (véanse tablas A y B, contenidas en el Anexo II) el número de tesis disminuyó considerablemente, pues de las 243 tesis que se obtuvieron en un principio resultó que sólo 66 tesis corresponden a la materia penal. En la siguiente tabla se muestran en una primera columna, por cada voz, los resultados totales arrojados por el sistema IUS. En una segunda columna, se encuentran el número y el porcentaje de tesis que corresponden a una materia distinta a la penal (tesis excluidas del análisis). Luego, en la tercera columna se muestra el número y el porcentaje de las tesis resultantes de este primer proceso de depuración.

TABLA 4.2. Relación entre tesis aisladas y jurisprudenciales totales y referentes a la materia penal.

Voz	Resultados totales	Excluidas	Restantes
Confesión	224	171	53
	100%	76%	24%
Intimidación	2	1	1
	100%	50%	50%
Incomunicación	1	0	1
	100%	100%	100%
Negativa a declarar	5	3	2
	100%	60%	40%
Tortura	4	2	2
	100%	50%	50%

Autoincriminación	7	0	7
	100%	0%	100%
Total	243	177	66
	100%	72.5 %	27.5%

Resulta interesante como de las 224 tesis que se obtuvieron en un inicio para la voz confesión, solamente 53 tesis (el 24%) pertenecen a la materia penal. De las cuales únicamente se consideraron 50, pues dos tesis quedaron sin validez y una tercera se contabilizó como la jurisprudencia a la que dio nacimiento. En relación a las 19 tesis referentes a otras voces también disminuyeron de forma considerable -con excepción a las correspondientes a la voz autoincriminación-, rescatándose sólo 8 tesis para su análisis.

No obstante la identificación de las tesis relativas a la confesión en materia penal, que fue la búsqueda que ofreció mayor número de resultados, esto no significa que todas tengan relación con la configuración jurisprudencial del derecho a la no autoincriminación. De ahí, la necesidad de un segundo filtro específicamente para las tesis en materia de confesión.

B. Segundo filtro

El segundo filtro consistió en catalogar las tesis restantes para la voz confesión de acuerdo a los temas que justificaron su emisión y por el órgano que las emitió para determinar su obligatoriedad. Así las 50 tesis correspondientes a la voz confesión, se clasificaron en los siguientes temas:

TABLA 4.3. Tesis con la voz confesión clasificadas por tema.

Tema	Tesis asiladas			Tesis jurisprudenciales			Total
	Pleno	Primera Sala	TCC	Pleno	Primera Sala	TCC	
Efectos de la confesión en la reducción de la pena ²⁰⁴	0	0	9	0	2	2	13

²⁰⁴ Es importante señalar que los efectos de la confesión en la reducción de la pena es un tema que forma parte de la actividad de individualización de la pena que realiza el juez. Sin embargo, dado el considerable número de tesis referentes a este subtema (13 tesis en total) se decidió realizar su análisis de manera individual.

Individualización de la pena	0	0	4	0	0	1	5
Valor probatorio	0	1	13	0	1	4	19
Confesión divisible/ calificada	0	0	6*	0	1	3	10
Control judicial de la confesión	0	0	1	0	0	0	1
Confesión tácita	0	0	1	0	0	0	1
Confesión por sí sola no determina la competencia territorial	0	0	1	0	0	0	1
Total	0	1	35	0	4	10	50

*Fueron omitidas del conteo las tesis con número de registro 175123 y 175122, ya han quedado sin efectos a través de la Contradicción de Tesis 379/2009, así como también se omitió la tesis aislada número 183587, ya que actualmente constituye jurisprudencia, y es éste criterio, el que se incluyó en el conteo.

Se observa que la mayoría de las tesis (45 en total) fueron emitidas por los Tribunales Colegiados, de las cuales únicamente diez tienen el carácter de obligatorias al constituir jurisprudencia (cuatro referentes al valor probatorio de la confesión, tres respecto a la confesión divisible-calificada y tres sobre los efectos de la individualización de la pena). Por su parte, la Primera Sala emitió un total de cinco tesis, que si bien a primera vista destaca que cuatro de éstas son criterios jurisprudenciales, si se observa su contenido –como se realizará en el siguiente apartado-, se percibe que dos de éstas no tienen importancia respecto a la protección del derecho a la no autoincriminación, pues se ocupan de los efectos de la confesión en la reducción de la pena. Finalmente, no se obtuvo una sola tesis aislada emitida por el Pleno (véase Anexo II).

2. Análisis cualitativo de las tesis aisladas y jurisprudenciales en relación al derecho a la no autoincriminación.

En este apartado, siguiendo el orden en el que aparece cada voz en el precepto constitucional multicitado, se analizan cualitativamente aquellas tesis que de acuerdo con los filtros realizados, se relacionan con el derecho a la no autoincriminación. Primero, se estudian las tesis resultantes para la voz autoincriminación y se determina su aportación a este derecho. Posteriormente, se hace este mismo ejercicio con cada uno de los rubros de las tesis encontradas para la voz confesión. Como tercer punto, se analizan cualitativamente las tesis referentes a los efectos de la intimidación, incomunicación y tortura. Finalmente, se construye jurisprudencialmente el derecho a la no autoincriminación con miras

a determinar si el poder judicial ha cumplido su tarea de velar por la efectividad de este importante derecho con base a las condiciones para su eficacia identificadas en el capítulo segundo y de ser así, qué mecanismos ha establecido como consecuencia de su violación.

A. Análisis de las tesis encontradas bajo la voz «autoincriminación»

En la siguiente tabla se analizan las 8 tesis encontradas bajo la voz «autoincriminación». En la primera columna se encuentran los datos de identificación de cada una de las tesis (órgano emisor, tipo de tesis y número de registro en el sistema IUS). En la segunda se señala el tipo de aportación que realiza cada tesis al derecho a la no autoincriminación. Finalmente, en la tercera columna se explica cada tesis.

TABLA 4.4. Tesis con la voz no autoincriminación.

Datos de identificación	Relación con el DNA	Interpretación
Tesis aislada Pleno (186272)	Excluye una cusa de violación	La redacción del tipo penal de enriquecimiento ilícito al solicitar la acreditación del legítimo aumento del patrimonio o procedencia de un servidor público en fase administrativa no viola el derecho a la no autoincriminación, pues no se le obliga a declarar a éste, sino que constituye su derecho a la garantía de audiencia. (2002)
Jurisprudencia Primera Sala (180845)	Excluye una cusa de violación	El principio de no autoincriminación no es transgredido por la orden de búsqueda, localización y presentación para declarar, ya que está «facultado para no hacerlo» (2004)
Tesis aislada Primera Sala (179608)	Define el derecho	La garantía de no autoincriminación y el derecho de defensa son derechos distintos. Éste se ejerce mediante actos positivos mientras aquél: «supone la inactividad del sujeto [...], el derecho frente a la autoridad de no confesar o confesarse culpable» (2005)
Tesis aislada Primera Sala (179607)	Define el derecho y efectos del silencio	La fracción segunda, apartado A, art. 20 C, brinda la libertad de declarar o no, durante todo el proceso penal – incluida la averiguación previa-. En consecuencia, el silencio del inculpado no puede ser un indicio de

		responsabilidad. (2005)
Jurisprudencia Pleno (177303)*	Define el derecho y efectos del silencio	La fracción segunda, apartado A, art. 20 C, señala que «el inculpado no podrá ser obligado declarar», de ahí que su silencio no pueda ser indicio de culpabilidad. ²⁰⁵ (2005)
Tesis aislada TCC (174934)	Define el derecho	La garantía de no autoincriminación «consiste en que el inculpado no podrá ser obligado a declarar en su contra.» Por lo que, la cita para el interrogatorio ofrecido por el coprocesado, no viola el derecho a la no autoincriminación dado que el inculpado que fue citado, puede o no responder. (2006)
Tesis aislada TCC (169880)	Define el derecho y efectos del silencio	La garantía a la no autoincriminación consiste en que en todo proceso del orden penal el inculpado no podrá ser obligado a declarar, de ahí que «la plenitud de su ejercicio contempla inclusive el derecho de negar los hechos o no mencionar u omitir los que estime pertinentes para su defensa.» (No declarar: negar u omitir) En consecuencia, «en ningún caso [se debe] ponderar en su menoscabo hechos que no hubiera declarado» (el silencio no puede ser un indicio de culpabilidad) (2006)
Tesis aislada TCC (168440)	Define el derecho y sus efectos (pruebas)	La fracción segunda contiene el principio a la no autoincriminación, el cual establece «entre otros, el derecho a no declarar si lo estima conveniente.» De ahí que, el derecho a la no autoincriminación se viole directamente si se exige al inculpado la entrega del objeto del delito, pues éste, «menos aún está obligado a presentar pruebas que lo perjudiquen». (2008)

*Esta tesis corresponde a la voz *negativa a declarar*.

²⁰⁵ Indicio “atañe al mundo de lo fáctico e informa sobre la realidad de un hecho acreditado, que sirve como principio de prueba ... para presumir la existencia de un hecho desconocido... y es precisamente, la suma de todos los indicios, lo que constituye la prueba plena circunstancial. Es por ello que “la eficacia de la prueba indiciaria o circunstancial, como prueba indirecta, no parte de pruebas plenas aisladas, sino de datos unívocos, concurrentes y convergentes, de cuya articulación, concatenación y engarce, se obtiene objetivamente la verdad formal, a través de una conclusión natural, a la cual cada indicio- considerado en forma aislada. No podría conducir por sí solo.” Véase, tesis V. 2o. P. A. J/8, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVI, agosto de 2007, p. 1456. (Registro 171660).

De las anteriores tesis se destaca que no existe unanimidad sobre si la no autoincriminación contenida en la fracción II, apartado A, artículo 20 constitucional es un principio o un derecho. Sin embargo, existe homogeneidad en considerar que la no autoincriminación resguarda la libertad del inculpado para declarar o no.

Asimismo, destaca la existencia de diversos criterios que reconocen el significado del derecho del inculpado a la no autoincriminación, pero son pocas las tesis que abandonan el carácter de simples declaratorias o definiciones y que aportan algo adicional a lo establecido en el precepto constitucional y más aún, que se dirijan a señalar costos dentro del proceso penal como consecuencia de su violación.

Respecto a las tesis sin aportación a la eficacia de este derecho, el primer criterio aislado contenido en la tabla (tesis con el número de registro 186272) es ejemplo de ello. Esta tesis nada aporta, pues se limita a señalar constitucionalidad del tipo penal de enriquecimiento ilícito en los servidores públicos frente al derecho a la no autoincriminación. En el mismo sentido, no tiene aportaciones sustanciales la tesis que señala que la orden de búsqueda, localización y presentación del indiciado para declarar no viola su derecho a la no autoincriminación (tesis con el número de registro 180845).

Ahora bien, ¿cuáles son las tesis que aportan consecuencias o costos en apoyo a la eficacia del derecho en estudio? La consecuencia más relevante deriva de que por ser el silencio una manifestación del ejercicio del derecho, éste no puede ser considerado como un indicio de culpabilidad. Este es el sentido de la tesis aislada con el número de registro 169880 que señala expresamente que «en ningún caso (puede el juez) ponderar hechos que (el inculpado) no hubiera declarado». Esto es, no está permitido al juez considerar el silencio o la negación de los hechos como prueba de la responsabilidad penal del inculpado.

Por su parte, el criterio aislado que protege al inculpado de la obligación de ofrecer pruebas en su contra pareciera favorecer la eficacia del derecho pues reconoce que la exigencia de una declaración durante la averiguación previa viola el derecho a la no autoincriminación. Desafortunadamente dicha tesis no abandona

el carácter declarativo y omite insertar costos o consecuencias a los operadores del sistema que los incentiven a cambiar sus conductas.

Finalmente, es importante destacar que la tesis que señala que el derecho genérico de defensa es diferente a la garantía de no autoincriminación es un criterio que no puede continuar vigente con el sistema de justicia penal de la reforma constitucional de 2008. La tesis argumenta que el derecho a la defensa se ejerce mediante actos positivos e involucra el ejercicio de otros derechos como «ofrecer pruebas para demostrar su inocencia», «carearse con quien deponga en su contra», «ser informado de sus derechos», entre otros. Mientras que a diferencia de éste, el derecho a la no autoincriminación «supone la inactividad del sujeto sobre el que recae la imputación, es decir, el derecho de frente a la autoridad de no confesar o confesarse culpable»-.

Tras la reforma se adoptó un sistema acusatorio donde, en correlación a la presunción de inocencia, la no autoincriminación en su manifestación como derecho a guardar silencio debe concebirse como una forma de defensa, pues toda persona es inocente hasta que no se demuestre lo contrario. De ahí, que el ministerio público de realizar una investigación que ofrezca una historia completa y creíble que pruebe la culpabilidad de la persona ante el juez. En este sentido, se considera necesario que los jueces comprendan que más allá de que el silencio no puede ser considerado como un indicio de responsabilidad del inculpado, se requiere dar un paso más adelante que permita la eficacia de los principios del sistema de corte acusatorio. En concreto, se necesita que los jueces comprendan que el silencio en un sistema acusatorio es una forma de defensa, por lo que requiere de la adopción de los mecanismos más eficaces para garantizar su protección.

A. Análisis de las tesis encontradas bajo la voz «confesión»

A continuación se analizará cada rubro de las tesis resultantes en materia penal para la voz confesión con el objetivo de determinar cuáles son relevantes tanto

para la configuración jurisprudencial como para la eficacia del derecho a la no autoincriminación.

a. Efectos de la confesión en la reducción de la pena

El conjunto de tesis que integran este rubro son nueve tesis aisladas emitidas por tribunales colegiados de circuito y cuatro criterios jurisprudenciales, de los cuales dos fueron emitidos por la Primera Sala (véase Tabla C, Anexo II). Estas tesis junto con el rubro de valor probatorio de la confesión, ofrecieron el mayor número de resultados en la búsqueda, sin embargo es necesario analizar su contenido para determinar su aportación al derecho a la no autoincriminación.

Recordando la función esencial del derecho a la no autoincriminación de proteger al inculpado de ser obligado a hablar o presentar cualquier prueba en su contra, es posible afirmar que este conjunto de tesis no dotan de contenido en sentido alguno al derecho a la no autoincriminación y, menos aún, aportan algún elemento a su eficacia.

Esto es así, dado que dichas tesis fundamentalmente señalan las reglas de aplicación del beneficio de reducción de la pena, el cual es otorgado por diversos códigos penales al inculpado que decide confesar. De las cuatro jurisprudencias, tres criterios²⁰⁶ -con base a cada precepto legal del que se ocupan-, se limitan a señalar que el citado beneficio se aplica tanto a confesiones lisas y llanas como a confesiones calificadas (aquellas en las que el inculpado aduce alguna excluyente de responsabilidad en su declaración)²⁰⁷ siempre que sean espontáneas, o sólo a las confesiones de la primer clase. Por su parte, la jurisprudencia restante específica que la omisión del juez de informar al inculpado de la reducción de la

²⁰⁶ Véase tesis 1a./J.28/2001, Novena Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XIV, octubre de 2001, p. 159 (Registro 188554). Véanse también tesis 1. 2o.P. J. /35, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXXIV, septiembre de 2011, p. 1939. (Registro 161122) y, tesis II. 1o.P. J. /4, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXII, diciembre de 2000, p. 1274. (Registro 190586)

²⁰⁷ Tesis 1. 2o.P. J. /35, *Ibídem* y Tesis II. 1o.P. J. /4, *Ibídem*. Véase también tesis 1a./J.18/97, Novena Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta V, mayo de 1997, p. 181 (Registro 198727).

pena como posible beneficio por su confesión, no constituye una violación al proceso y, por tanto, no es procedente conceder amparo.²⁰⁸

Finalmente, es interesante señalar que a diferencia de otros países donde la confesión conlleva un beneficio en la disminución de la sanción, en México la reducción de la pena como consecuencia de la confesión del inculcado es facultad discrecional de los jueces, por lo que la confesión no garantiza en forma alguna que el juez vaya a beneficiar al inculcado y, además, que dicho beneficio si llega a otorgarse en primera instancia, no vaya a ser revocado en su revisión.²⁰⁹ En este sentido, no existen incentivos legales reales que expliquen por qué los inculcados deciden confesar en la mayoría de los casos, tal como se evidenció en el capítulo tercero.

b. Individualización de la pena

Este conjunto de tesis está ampliamente relacionado con las tesis del apartado anterior. Se trata de cuatro tesis aisladas y una jurisprudencia -todas emitidas por tribunales colegiados de circuito- en las que se señala que la confesión es un elemento más a considerar por el juez en el momento de la individualización de la pena. Esto es, aunque la legislación penal no señale explícitamente que la confesión es un elemento más a considerar por el juez para determinar la sanción en el caso en concreto, dicha «colaboración» forma parte de las peculiaridades y condiciones personales del sujeto que deben ser tomadas en cuenta por el juez al momento de determinar el nivel de su culpabilidad (véase Tabla C, Anexo II)²¹⁰. Sin embargo, dicho beneficio sigue siendo facultad discrecional del juzgador.

²⁰⁸ tesis 1a./J.18/97, *Ibíd.*

²⁰⁹ Tesis 1a./J.28/2001, Novena Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XIV, octubre de 2001, p. 159. (Registro 188554) Véase también, Tesis 1a./J.18/97, Novena Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta V, mayo de 1997, p. 181. (Registro 198727)

²¹⁰ Tesis VI. 2o.P. J. /15, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXX, julio de 2009, p. 1742. (Registro 166941).

c. Confesión – competencia territorial

En el mismo sentido que los dos anteriores rubros, la única tesis de este tema no aporta algún elemento sustancial a la configuración jurisprudencial y eficacia del derecho a la no autoincriminación. Específicamente, el criterio señala que cuando una persona es detenida en flagrancia y es acusada de un delito continuado, será competente el juez correspondiente al lugar donde efectivamente se le detuvo, sin importar si el inculpado confiesa que se trasladó en diversos lugares pertenecientes a otra jurisdicción.²¹¹

d. Control judicial de la confesión

En 1993 y 1996 se estableció que las garantías contenidas en las fracciones I, V, VII y IX del artículo 20 constitucional también protegerían al inculpado durante la averiguación previa. Tras estas reformas, la Primera Sala determinó que en el amparo directo se pueden analizar como violaciones al procedimiento aquellas cometidas durante la averiguación previa, siempre que se hayan afectado las garantías contenidas en los artículos 14 y 20 constitucionales y de acuerdo con lo señalado en el artículo 160, fracción XVII, de la Ley de Amparo.²¹²

En este sentido, la única tesis sobre este tema señala que no es posible pedir al juez que analice la ilegalidad de la detención en un amparo directo, ya que ésta no viola los artículos 14 y 20 constitucionales, sino el artículo 16 constitucional. En consecuencia, la tesis concluye que no se puede invalidar automáticamente la confesión rendida ante el ministerio público en esta vía judicial.²¹³

²¹¹ Tesis XIX. 1o.P.T. 16 P, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXXIII, enero de 2011, p. 3165. (Registro 163206).

²¹² Dicha fracción otorga referencia a la Suprema Corte y a los tribunales colegiados de circuito para conceder amparo en aquellos casos análogos a los que se encuentran enlistados como violaciones procesales en dicho precepto. Estos casos, de acuerdo con la primera Sala pueden ser la obtención de pruebas ilícitas, la negativa para facilitar los datos solicitados por la defensa y que consten en el proceso, la transgresión a la garantía de defensa adecuada. Véase Tesis 1a./J.121/2009, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXXI, mayo de 2010, p. 36. (Registro 164640).

²¹³ Tesis VI.2o.P.145 P, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXXIV, agosto de 2011, p. 1285. (Registro 161393).

e. Confesión divisible y calificada

La confesión divisible y la confesión calificada son criterios judiciales gestados durante el autoritarismo. Cuando una persona confiesa que realizó un delito su confesión tiene el carácter de indivisible. Esto es, se consideran como verdaderos todos los elementos de su declaración. Sin embargo, cuando el acusado confiesa el delito pero «introduce a su favor una causa excluyente o modificativa de responsabilidad», los tribunales tradicionalmente catalogan dicha confesión como calificada y si el acusado no es capaz de comprobar la existencia de la excluyente aducida, los jueces suelen eliminar el carácter indivisible de la confesión y consideran únicamente como verdadero la parte en la que se confesó cometer el delito.

La finalidad de esta práctica judicial consistía en dar soporte a la información en la que se apoyaba la acusación del ministerio público y dejar de lado la parte de la confesión en la que el acusado modificaba o excluía su responsabilidad, pues era incompatible con la versión del ministerio público para consignar el caso.

En este sentido, resultan interesantes los criterios jurisprudenciales y las tesis aisladas que tratan de establecer las reglas sobre cuándo puede dividirse una confesión y cuándo se considera una negación sin efectos negativos para el inculpado.

En la mayoría de los primeros criterios de la Novena Época, la argumentación de las tesis deja ver la sumisión y la debilidad del poder judicial frente a las arbitrariedades de las policías y ministerios públicos. El conjunto de tesis sobre confesión calificada-divisible se integra por un total de diez tesis, siendo cuatro de estas criterios jurisprudenciales (tres emitidas por tribunales colegiados de circuito y una por la Primera Sala) y seis criterios aislados de tribunales colegiados de circuito.

Adicionalmente, se encuentra una tesis bajo el rubro de confesión tácita y que resulta demostrativa de la lógica autoritaria y de la sumisión de los jueces imperante en la década de los 90's.²¹⁴ En 1997, de acuerdo con un tribunal colegiado es jurídicamente posible la confesión tácita de una persona en un juicio penal. La tesis establece que en el caso de que una persona afirme ignorar la posesión de pastillas «psicotrópicas», debe tomarse como falso su dicho, si en la audiencia expresa indirectamente o actúa en el sentido de conocer que estaba en posesión de tales drogas, pues de acuerdo con el tribunal este comportamiento refleja la confesión del acusado.²¹⁵

La aceptación del anterior criterio, involucra otorgar en una materia tan delicada como lo es la penal (donde debe imperar el principio de estricta legalidad y la presunción de inocencia) un margen muy amplio al juez para considerar como una confesión cualquier clase de conducta que bajo su libre arbitrio, no considere adecuada al comportamiento de un inocente. Parecer ser que dicho criterio estaba dirigido a dar sustento a través de cualquier medio a la acusación presentada por el ministerio público, lo cual evidentemente se opone a los principios más básicos de una democracia constitucional.

Respecto a la determinación de cuándo se está frente a una confesión calificada divisible o bien, ante una negación del inculpado, en 2003 un tribunal colegiado emitió el primer criterio de lo que en 2005 se convertiría en jurisprudencia por reiteración. Dicho criterio interpreta la definición de confesión del Código Federal de Procedimiento Penales y concluye que para que la declaración del inculpado sea considerada como una confesión debe cumplir con dos elementos: «reconocimiento de la propia responsabilidad y de la participación personal»²¹⁶

²¹⁴ Si bien, la tesis relativa a la confesión tácita no fue incluida en el análisis cuantitativo en el rubro de la confesión divisible-calificada, dada su relación con el tema, se realizará el análisis del contenido en este mismo apartado.

²¹⁵ Tesis IV. 1o. 5 P, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta VI, agosto de 1997, p. 693. (Registro 198010).

²¹⁶ Tesis VI. 2o.P. J. /12, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXIII, febrero de 2006, p. 1647. (Registro 176001).

Por lo que si el inculpado no acepta que realizó la acción se debe considerar como una negativa y no una confesión.²¹⁷

Sin embargo, más adelante el tribunal señala que se configura la confesión calificada divisible cuando «el inculpado reconoce la participación propia en la comisión de un hecho delictivo, pero introduce circunstancias excluyentes o modificativas de éste, sin demostrarlas».²¹⁸ En este sentido, dicha tesis ofrece una interpretación ambigua. Por un lado señala que para considerarse una confesión se requiere que la persona acepte la acción y la responsabilidad de ésta, y por el otro determina que cuando una persona acepta la acción pero no demuestra la excluyente de responsabilidad debe considerarse una confesión calificada divisible, que en la práctica implica interpretar en contra del inculpado su declaración. Esta tesis evidencia la insuficiencia que tiene un extracto de una resolución judicial de explicar claramente cuáles fueron los razonamientos seguidos por el juez en sus anteriores conclusiones y que no parezcan como declaraciones incompatibles y sin sentido.

En el mismo sentido que el criterio anterior, en 2003 fue emitida una jurisprudencia que precisaba que aquellos elementos (excluyentes de responsabilidad) incorporados por el inculpado y que lo beneficiaban por dirigirse a acreditar que su actuación fue legal, deben ser probados íntegramente por el inculpado. Tal argumento descansa en el principio procesal de que «el que afirma está obligado a probar y, en caso de negar, es necesario probar la negativa cuando contraría una presunción legal, o envuelva la afirmación expresa de un hecho».²¹⁹ Esta clase de interpretación refleja el carácter formalista de los jueces y la falta de contenido axiológico o sustantivo en sus resoluciones.

²¹⁷ En este mismo sentido, véase la tesis XII.1o. 23 P, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XX, julio de 2004, p. 1699. (Registro 181174).

²¹⁸ *Ídem*.

²¹⁹ Tesis VI. 1o.P. J. /43, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XVIII, diciembre de 2003, p. 1209. (Registro 182699).

Dos años después, se emitió una interesante jurisprudencia respecto a la práctica judicial de considerar las confesiones como calificadas. Dicho criterio, reconoce que en la práctica los tribunales estiman como calificadas todas aquellas confesiones en las que simplemente el inculpado reconoce haber «estado en el lugar, tiempo y espacio en que ocurrieron los hechos que se le imputan, y con ello tener por acreditado el cuerpo del delito y la plena responsabilidad penal».²²⁰ Frente a esta realidad, el tribunal colegiado especifica que para considerarse calificada la confesión del inculpado, éste en su confesión debe agregar alguna causa de modificación o excluyente de responsabilidad, pero además: 1) no aportar alguna prueba que la demuestre, o 2) que su versión resulte inverosímil, o bien 3) que ésta se encuentre contradicha por alguna otra prueba. En caso de no cumplirse con esto, la sentencia que valore dicha confesión como calificada conlleva a una indebida fundamentación y motivación de la sentencia.

La anterior jurisprudencia tiende a limitar el uso de la confesión calificada por los jueces como la forma de convalidar las historias presentadas por el ministerio público, sin embargo dicho criterio no aporta elementos reales para incentivar a los jueces a proteger el derecho a la no autoincriminación pues parte del mismo supuesto de que es el inculpado el que debe demostrar la modificativa o excluyente de responsabilidad, lo cual corresponde a la lógica de que el inculpado es culpable hasta que no demuestre lo contrario. En este sentido, aunque dicha tesis reconoce la sumisión y debilidad de los jueces en la utilización indiscriminada de la confesión calificada, desgraciadamente no abandona el carácter declarativo y omite insertar elementos congruentes a la presunción de inocencia y que beneficien la efectividad del derecho a la no autoincriminación.²²¹ Por último, la

²²⁰ Tesis XV. 4o. J. /1, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXI, enero de 2005, p. 1527. (Registro 179638).

²²¹ En relación a los mismos elementos que deben reunirse para considerarse una confesión calificada divisible, en 2009 la Primera Sala emitió jurisprudencia respecto a la confesión en el delito de posesión de narcóticos. El asunto llegó a la Primera Sala en una contradicción de tesis 379/2009, entre tres criterios emitidos por tribunales colegiados donde no eran congruentes en relación a si el reconocimiento de la posesión pero la negación del inculpado respecto a la venta como su finalidad (elemento subjetivo del tipo penal), y aduciendo que su posesión era para su consumo personal. En este sentido, la Primera Sala señaló, que en caso de que la confesión no

anterior tesis refleja lo ilógico del criterio aislado referente a la confesión tácita en materia penal analizada anteriormente.

No obstante los anteriores criterios, es necesario reconocer que aunque lentamente y sin existir aún algún criterio vinculatorio, los tribunales colegiados han comenzado a anteponer la presunción de inocencia a la presunción de culpabilidad. Existen tres criterios aislados que en suma, señalan que si no existen pruebas directas o no resulta creíble lo negado por el acusado (la modificativa o excluyente de responsabilidad) su confesión no será calificada como divisible.

La primera de las tesis trata de un caso donde el inculpado de un delito contra la salud en su modalidad de transporte, aceptó haberse transportado en el vehículo en el que se le detuvo, pero declaró que desconocía que hubiera droga estaba escondida (es decir, acepta el elemento objetivo pero no el subjetivo del delito). Ante estos hechos, el tribunal en la valoración de las pruebas consideró tal declaración no era una confesión y decretó que el dolo (el elemento subjetivo del delito) tenía que ser demostrado por el ministerio público. En otras palabras, el tribunal estableció que si no existen otras pruebas que demuestren que el acusado está mintiendo su declaración debe valorarse atendiendo el principio de presunción de inocencia, y por tanto, éste no tiene la carga de demostrar su inculpabilidad.²²²

Por su parte, la segunda tesis aislada generaliza el anterior criterio para todos aquellos casos en que el inculpado no reconozca su conocimiento o intención (culpabilidad o dolo) y sólo reconozca los elementos objetivos del tipo penal, como por ejemplo el haber estado en el lugar de los hechos.²²³ Finalmente, el tercer

sea verosímil en relación a la posesión del narcótico para consumo personal, la confesión adquirirá el carácter de confesión calificada divisible, por lo que únicamente se considerara como cierta aquella parte que le perjudica al inculpado (referente a la posesión real) y no en la que lo beneficia (que era para uso personal). Véase tesis 1a./J 31/2010, Novena Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXXII, julio de 2010, p. 34. (Registro 164364).

²²² Tesis XIX.1o. 6 P, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXV, enero de 2007, p. 2236. (Registro 173591).

²²³ Tesis XIX.1o. 5 P, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXV, enero de 2007, p. 2237. (Registro 173590).

criterio en 2008 adoptó una argumentación en el mismo sentido que los dos criterios anteriores.

f. Valor probatorio

En el núcleo del derecho constitucional del inculpado a la no autoincriminación, está su derecho de no ser obligado a declarar. Este constituye la finalidad y el eje conductor de las prohibiciones que establece la fracción II, apartado A del artículo 20 constitucional. En este sentido, no se trata de prohibir las declaraciones o confesiones del inculpado por sí mismas, sino garantizar que éstas se realicen en un determinado contexto, donde sea su voluntad y no la intimidación y el miedo, el que hablen por él. Es así, que una confesión sólo debía tener valor probatorio en el proceso si cumplía con los requerimientos del citado precepto constitucional, siendo la tarea de velar por este derecho una de las principales obligaciones del juez en un estado democrático constitucional.

De lo anterior deriva la importancia del análisis cualitativo de las tesis que tratan del valor probatorio de la confesión. En la siguiente tabla se muestra cómo han interpretado los jueces mexicanos los límites constitucionales aplicables al uso de confesiones en el proceso penal (valor probatorio). Por tanto se busca determinar cuál ha sido su labor en la búsqueda de la eficacia del derecho a la no autoincriminación.²²⁴ Las tesis están ordenadas cronológicamente con el objetivo de poder observar si han existido algunos cambios en la interpretación constitucional de la confesión y, de ser así, en qué han consistidos éstos.

TABLA 4.5. Tesis con la voz confesión (valor probatorio)

Datos de identificación	Tema	Interpretación
Jurisprudencia TCC	Autoridad	Si el inculpado confiesa ante una autoridad distinta al ministerio público y al juez, es

²²⁴ Las tesis están ordenadas de cronológicamente con el objetivo de poder observar si han existido algunos cambios en la interpretación constitucionales de la confesión y, de ser así, en qué han consistidos éstos.

(204877)		válida la confesión si la ratifica ante éstos. (1995)
Tesis aislada TCC (201363)	Indicio vs. prueba plena	La confesión es un indicio, por lo tanto es insuficiente para acreditar por sí misma la responsabilidad penal del acusado. (1996)
Tesis aislada TCC (201110)	Indicio vs. prueba plena	Cuando frente a una confesión se encuentran otras pruebas que contradicen lo declarado, dicha confesión es inverosímil, consecuentemente no es suficiente para demostrar lo que se confiesa. (1996)
Jurisprudencia TCC (201049)	Intimidación	El dicho del inculpado de haber sido detenido prolongadamente previa su consignación ante el juez, no es suficiente para eliminar la validez de su confesión ministerial. (1996)
Tesis aislada TCC (200889)	Tortura	La existencia de lesiones es insuficiente para demostrar que la confesión fue obtenida bajo coacción. (1996)
Tesis aislada TCC (199287)	Autoridad	La confesión rendida frente al ministerio público común no tiene validez para el ministerio público federal sino es ratificada ante éste. (1997)
Jurisprudencia TCC (193216)	Asistencia	Si el inculpado no señala que desea defenderse por sí mismo pero sí manifiesta que no cuenta con persona de su confianza que lo asista, el ministerio público debe nombrarle un defensor público conforme a su derecho a la defensa adecuada (frac. IX, art. 20 constitucional) y no cualquier persona para

		que lo asista. De ahí que si no se realizó dicho nombramiento, la confesión rendida no sea válida en juicio. ²²⁵ (superada por CT 87/99) (1999)
Tesis aislada TCC (193215)	Indicio vs. prueba plena	La confesión de un menor de edad como coacusado es válida aún sin la presencia de su representante o tutor, pues “con independencia de que su conducta sea examinada por un consejo tutelar para menores, su imputación [...] adquiere fuerza como indicio y alcanza plena validez cuando existen elementos que la corroboran.” (1999)
Tesis aislada TCC (189576)	Indicio vs. prueba plena	La confesión del inculpado de haber cometido robo es suficiente para acreditarlo, aún no tenga en posesión la cosa robada. (Legislación de Tlaxcala) (2001)
Tesis aislada TCC (183586)	Indicio vs. prueba plena	Si durante la declaración ministerial el inculpado -de manera informada, libre y espontánea- confiesa haber realizado otro delito más congruente con los hechos, su confesión “merece valor convictivo pleno”

²²⁵ Esta tesis fue superada por la contradicción de tesis 87/99-PS. Sin embargo, respecto a la necesidad de que el inculpado cuente con un defensor público que sea abogado al momento de su declaración no cambió, pues la Primera Sala concluyó que: “Ahora bien, esa designación de defensor en materia penal efectuada por el Estado (órgano jurisdiccional o Ministerio Público), debe recaer en un defensor público, el cual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5o., fracción II, de la Ley Federal de Defensoría Pública, debe contar con título de licenciado en derecho.” Tesis 1a./J.16/2005, Novena Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XIV, noviembre de 2001, p. 9. (Registro 188418). Desafortunadamente, existe también la tesis 1a./J.9/2006, Novena Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XIV, marzo de 2006, p. 83. (Registro 175626), bajo el rubro: “Declaración ante el ministerio público de la federación. No constituye requisito legal que la persona que asista a los inculpados en su desahogo sea un licenciado en derecho. “

(Legislación de Puebla) (2003)		
Tesis aislada TCC (183114)	Indicio vs. prueba plena	Todas las confesiones, ya sea que beneficien o perjudiquen al inculpado, si cumplen con los requisitos legales tendrán valor probatorio pleno. (Legislación de Quintana Roo) (2003) ²²⁶
Jurisprudencia Primera Sala (178503)	Autoridad	Si el inculpado confiesa ante un ministerio público del fuero común, su confesión podrá ser utilizada también por el ministerio público federal sin necesidad de que la ratifique, pues la Constitución sólo requiere que se realice frente al ministerio público (o juez), más no exige para su validez que sea ratificada cuando se haya realizado frente a otra representación ministerial. (2005).
Tesis aislada TCC (176710)	Confesión/Defensor	Si en ampliación de la demanda, se confiesa haber declarado falsamente ante las autoridades, ésta afirmación no puede considerarse como una confesión del delito de falsedad de declaraciones si dicha declaración no fue hecha en presencia de su defensor. (2005).

²²⁶ De acuerdo con el artículo 233, del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Quintana Roo, la confesión emitida ante el Ministerio Público y en su caso ante el Juez o tribunal de la causa, sólo tendrá valor cuando concurren las siguientes circunstancias: I.- Que sea hecha por persona mayor de dieciocho años, en su contra, con pleno conocimiento y sin coacción ni violencia física o moral; II.- Que sea hecha ante el Ministerio Público o el Tribunal que conozca del asunto, en presencia del defensor o persona de su confianza y que el inculpado esté enterado debidamente del proceso. III.- Que sea de hecho propio; y IV.- Que no haya datos que, a juicio del Juez o Tribunal la hagan inverosímil. De acuerdo con el mismo ordenamiento, eEn caso de que la detención de una persona exceda los términos señalados en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se presumirá que estuvo incomunicada y las declaraciones que haya emitido el detenido no tendrá validez alguna.

<p>Tesis aislada TCC (176577)</p>	<p>Tercero</p>	<p>La confesión de un tercero en donde acepta su culpabilidad pero también la de otra persona, únicamente tendrá el valor de indicio, respecto de la determinación de la culpabilidad de éste. (2005).</p>
<p>Tesis aislada Primera Sala (176335)</p>	<p>Incomunicación</p>	<p>El inculcado tiene derecho a entrevistarse previamente y en privado con su defensor, de no permitírsele, su primera declaración ministerial será ilegal</p> <p>Esta violación procesal “no trasciende en perjuicio al derecho de defensa” y su declaración/ confesión será válida (aún sin la entrevista previa y en privado con el defensor) si:</p> <ul style="list-style-type: none"> - La declaración no es desvirtuada y es verosímil - Es corroborada con otras pruebas - Estuvo presente el defensor <p>(2006)</p>
<p>Tesis aislada TCC (170367)</p>	<p>Indicio vs. prueba plena</p>	<p>La confesión es insuficiente para sostener una sentencia condenatoria por sí sola. (2008)</p>
<p>Jurisprudencia TCC (169020)</p>	<p>Incomunicación Intimidación</p>	<p>Si previamente a la confesión, hubo incomunicación y sometimiento por la Policía Judicial, aquella carecerá de valor probatorio</p> <p>La sentencia condenatoria fundada en una confesión con estas características, genera una violación de fondo en el proceso. Por lo que se deberá otorgar amparo para efectos de que se dicte sentencia sin tomarla en cuenta como prueba. (2008)</p>

Tesis aislada TCC (168153)	Incomunicación Intimidación	En las detenciones en flagrancia donde el inculpado sea retenido por los “agentes captores” más allá de lo “racionalmente necesario” -en atención a las circunstancias propias de la distancia y la disponibilidad del traslado- se genera una presunción fundada de incomunicación y “afectación psíquica” (intimidación), la cual trasciende a las circunstancias en las que rindió su declaración ministerial. En consecuencia, la confesión obtenida carecerá de valor probatorio. (2009)
Tesis aislada TCC (167956)	Indicio vs. prueba plena	La confesión aislada rendida ante el ministerio público al ser un indicio no es suficiente para la emisión de un auto de formal prisión. (2009)

A continuación, se analizará el contenido de las tesis de acuerdo a su tema.

- Indicio

Las tesis de este rubro sugieren que los tribunales han comenzado a abandonar el criterio de la confesión como la prueba reina. De manera general, las tesis señalan que la confesión ya no es suficiente para justificar la privación de la libertad en un auto de formal prisión ni como único soporte en una sentencia condenatoria. Se requiere que el juez valore la confesión del inculpado junto al resto del material probatorio para determinar su responsabilidad, pues la confesión tiene el valor de un indicio (véanse las tesis con números de registro 201363, 201110 y 170367).

No obstante la homogeneidad de considerar a la confesión como un indicio, no es posible omitir que las tesis dejan ver que aún resabios en algunas legislaciones locales, pues otorgan valor probatorio pleno a la confesión del inculpado.

Este es el caso de la legislación tlaxcalteca, que de acuerdo con el artículo 71 del Código de Procedimientos Penales vigente en 2001 consideraba suficiente la confesión del inculpado para acreditar el delito de robo (véase tesis con número de registro 189576). En el mismo sentido, se observa la tesis con número de registro 183586 referente a la legislación de Puebla, que señala que aunque el inculpado haya sido detenido por la comisión de algún delito (portación de armas de fuego, específicamente) si en su declaración ministerial decide «de manera libre y espontánea» atribuirse la comisión de un segundo delito (homicidio), esta confesión merece «valor convictivo pleno».

También en este rubro, se observan tesis que nada aportan a la efectividad del derecho a la no autoincriminación al tratar del valor de indicio de la confesión de un tercero (véanse tesis con número de registro 193215 y 176577).

Finalmente, destaca que en el sistema penal mexicano, a diferencia de otros países, la confesión no tiene aparejado ningún beneficio para el acusado en términos de disminuir a severidad de la condena. Por tanto, el hecho de que una tercera parte de los detenidos se declaren confesos sólo se puede explicar por falta de información y la intimidación que padece el inculpado en la fase de detención.²²⁷

- Autoridad

De acuerdo con el texto constitucional, la confesión únicamente será válida si se presenta ante el ministerio público o el juez. En relación a este requisito constitucional se encontró que de las 53 tesis correspondientes a la voz confesión, únicamente tres tesis hablan al respecto. Siendo éstas, dos tesis jurisprudenciales y una aislada.

Al analizar el contenido de dichas tesis, se observa cómo en un inicio los jueces convalidaban las confesiones que habían sido rendidas ante autoridad distinta,

²²⁷ Magalonil, Ana Laura, *El Ministerio Público desde adentro*, México, CIDE DTEJ-42, 2009, p. 17.

simplemente si el inculpado aceptaba en un segundo momento, lo que había dicho ante el ministerio público o juez que habían resultado incompetentes (véase tesis con número de registro 199287 y 204877). Sin embargo ocho años más tarde, la Primera Sala interpretó que la aceptación de la primera declaración por el inculpado ante la segunda autoridad ministerial no era necesaria para darle valor probatorio, pues dicho requisito no se desprende del texto constitucional (véase tesis jurisprudencial con número de registro 178503).

Las anteriores interpretaciones son deficientes. Si se recuerdan los datos analizados en el capítulo tercero, parece ser que los jueces no están conscientes del contexto de intimidación y violencia en el que se rinden las declaraciones en México. Si se parte de la base que dicha confesión debe ser espontánea, informada y libre, el argumento de la inmediatez de la primera confesión (y de ahí, su prevalencia frente a las consecuentes declaraciones) muestra que simplemente ha sido una manera de convalidación por los jueces del «cheque en blanco» y las policías. No exigir la aceptación de la primera declaración cuando fue rendida ante autoridad distinta, parece obedecer únicamente a la sumisión y debilidad de los jueces frente al ministerio público.

- Incomunicación, intimidación y tortura

En relación a la incomunicación, intimidación y tortura se encontraron un total de cuatro tesis que tratan del tema. En este grupo es donde se encuentran algunas de las tesis más desafortunadas pero también algunos criterios que más aportan a la eficacia del derecho a la autoincriminación.

En 1996 se emitió un criterio jurisprudencial que dejaba en plena ineficacia el derecho contenido en la fracción II, apartado A, del artículo 20 constitucional. De acuerdo con esta tesis, si el inculpado había sido detenido de manera prolongada, dicha situación en ningún sentido, tenía efectos dentro del proceso pues «el dicho del inculpado no es suficiente para eliminar la validez de la confesión ministerial» (véase tesis jurisprudencial con número de registro 204877). De la misma manera desafortunada, se observa un segundo criterio aislado en el que se indicó que la

existencia de lesiones en el inculpado no resultaba suficiente para demostrar que la confesión había sido obtenida bajo coacción (véase tesis con número de registro 200889).

Prácticamente diez años después y de manera muy tímida, las tesis analizadas muestran que los anteriores criterios judiciales se han empezado a abandonar. El primer paso se ubica en 2006 con una tesis aislada que señala que de no permitirse al inculpado la entrevista previa con su defensor, su primera declaración ante el ministerio público carecerá de validez. Sin embargo, dicha tesis aún mantiene una ventana de oportunidad a la arbitrariedad de los policías, en el sentido de que indica que, aún sin la entrevista previa y en privado del inculpado con su defensor, si la declaración parece verosímil, no es desvirtuada por otras pruebas y se realizó en presencia de su defensor, será válida. En este sentido, la tesis parece señalar que la declaración sólo será inválida si se niega al inculpado el derecho de entrevista previa y en privado, más no –aún por ignorancia- si el inculpado omite exigirlo. De ahí que la importancia de que realmente se le avisen de sus derechos y que su defensor sea un abogado en derecho. Lo cual, al momento de ser emitido el anterior criterio no era garantizado. Consecuentemente, dicha tesis resulta no aportar mucho a la eficacia del derecho a la no autoincriminación.

Finalmente, es hasta 2008 cuando se observa un mayor avance en la interpretación judicial en la validez de las confesiones frente a un contexto de intimidación e incomunicación del inculpado. La primera tesis relevante en relación a los costos en el proceso de la arbitrariedad de las autoridades, es aquella que señala que si previamente a la confesión, hubo incomunicación y sometimiento por la Policía Judicial, la confesión carecerá de valor probatorio. En este sentido, la sentencia condenatoria fundada en una confesión con estas características, genera una violación de fondo en el proceso y se deberá otorgar amparo para efectos de que se dicte sentencia sin tomarla en cuenta como prueba (tesis con número de registro 169020).

El segundo criterio judicial es la tesis aislada con número de registro 168153. Su trascendencia no resulta del reconocimiento de la nulidad de las confesiones rendidas en bajo coacción –pues tal consecuencia fue materia de la anterior tesis– sino que radica en el sentido de que reconoce la existencia de una presunción de intimidación y coacción cuando la detención en manos de los policías sea prolongada y sin justificación; momento, en el cual según los datos analizados en el capítulo tercero, es el lapso de tiempo de mayor vulnerabilidad y violaciones a los derechos de los detenidos. En consecuencia, siempre que no se pueda justificar un tiempo de traslado del detenido al ministerio público, tendrá que partirse de la presunción de que sufrió coacción, de ahí que la confesión que llegase a realizar, no tendrá valor en el juicio.

- Asistencia

La tesis jurisprudencial con número de registro 193216 es la única que se refiere expresamente a la invalidez de la confesión en relación con el derecho del inculcado de ser asistido por su defensor en el momento de rendir su declaración. La citada jurisprudencia señala que en el caso de que el inculcado no tenga defensor, no cuente con una persona de confianza y no haya declarado que desea defenderse por sí mismo, se debe nombrar forzosamente a un abogado y no a cualquier persona para que lo asista. Esta tesis refleja una de las prácticas de los ministerios públicos consistente en cumplir el requisito de la asistencia auxiliándose de cualquier persona, sin que exista de hecho una asistencia a favor del inculcado como lo establece la fracción II, apartado A del artículo 20 constitucional.

B. *Análisis de las tesis encontradas bajo la voz «intimidación y tortura»²²⁸*

La única tesis que resultó de la búsqueda con la voz intimidación se refiere a los elementos del cuerpo del delito que se encuentra en el artículo 219, fracción I del Código Penal para el Distrito Federal y se muestra en la siguiente tabla.

TABLA 4.6. Tesis con la voz intimidación.

Datos de identificación	Relación con el DNA	Interpretación
Tesis Aislada TCC (186767)	Intimidación	«La intimidación es un ilícito cuyo resultado es material (...) habrá atipicidad cuando la conducta del servidor público no inhiba o intimide a una persona para que ésta o un tercero presenten denuncia o formulen querrela, o bien, aporten información...»

La tesis señala que existirá intimidación cuando: «un sujeto activo que tenga el carácter de servidor público, que por sí o por interpósita persona -utilizando la violencia física o moral-, inhiba o intimide a cualquier sujeto con el propósito de evitar que éste o un tercero denuncie, formule querrela o aporte información relativa a la presunta comisión de una conducta sancionada por la legislación penal o por la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos». Asimismo, señala que para existir intimidación debe existir un resultado material, por lo que requiere que la finalidad del servidor público se actualice, en otras palabras, es necesario que realmente inhiba la intención de la persona de denunciar el abuso de autoridad.

Resulta ilógico que se requiera un resultado material para que se actualice la intimidación, pues para que una persona efectivamente pueda denunciar la intimidación realizada por un servidor público, de acuerdo con el criterio judicial citado, primero debe dejarse intimidar y posteriormente decidir presentar una

²²⁸ El análisis cualitativo de las tres tesis resultantes en la búsqueda correspondiente a la voz incomunicación fue omitida, dado que dos de dichas tesis se analizaron como parte de los resultados de la voz confesión y la tercera (tesis con número de registro 199842) no aporta elementos relevantes a la eficacia del derecho a la no autoincriminación. Véase tabla 4.1.

denuncia. Ante estas exigencias, resulta dudoso que una persona que fue intimidada se decida a desafiar la autoridad de su agresor y decide denunciarla. En la siguiente tabla se muestran las tesis encontradas bajo el rubro de tortura.

TABLA 4.7. Tesis con la voz tortura.

Datos de identificación	Relación con el DNA	Interpretación
<p>Tesis aislada</p> <p>Primera Sala</p> <p>(165901)</p>	<p>Define la tortura</p>	<p>«Comete el delito de tortura el servidor público que, con motivo de sus atribuciones, inflija a una persona dolores o sufrimientos graves, sean físicos o psíquicos con el fin de obtener, del torturado o de un tercero, información o una confesión, o castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche ha cometido, o coaccionarla para que realice o deje de realizar una conducta determinada.» (Art. 3, Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura)</p> <p>El delito de tortura no es presumible, debe probarse y sujetarse a las reglas del debido proceso. (2009)</p>
<p>Tesis aislada</p> <p>Primera Sala</p> <p>(165900)</p>	<p>Tortura</p> <p>Derecho a no ser objeto de penas crueles o tratos inhumanos o degradantes</p>	<p>Prohibir que toda declaración o confesión obtenida bajo tortura sea considerada válida como prueba en el proceso, salvo en aquel contra el torturador, es una obligación internacional y constitucional del Estado contra la tortura.</p> <p>En el delito de tortura, así como la prohibición de otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, es la integridad personal es el bien jurídico a tutelar. Así mismo, se trata de un derecho absoluto que no admite excepciones.</p>

La primera tesis ofrece una definición de tortura, mientras la segunda tesis señala expresamente que una declaración o confesión obtenida bajo tortura no puede ser considerada válidamente como prueba en el proceso. Ésta tesis reconoce la teoría de la prueba ilícita de la cual se habló en el capítulo segundo.

3. Conclusiones respecto a la configuración jurisprudencial del derecho a la no autoincriminación

- La ausencia de criterios de interpretación constitucional que se hagan cargo del contenido axiológico del derecho a la no autoincriminación.

El análisis histórico y teórico del derecho a la no autoincriminación mostraron que en el centro de este derecho subyacen los principios y valores relacionados con la libertad, la integridad física y dignidad del acusado, la presunción de inocencia y la justicia del proceso mismo.

Durante los primeros diez años de la Novena Época las interpretaciones judiciales fueron formalistas y deficientes. Los criterios -con la sola excepción de una tesis relacionada con la asistencia del defensor - no se hacen cargo de los valores y principios que subyacen en la no autoincriminación. La argumentación de los criterios deja ver la sumisión y la debilidad del poder judicial frente a las arbitrariedades de las policías y ministerios públicos.

Es hasta 2005, que los tribunales comenzaron a prestar un poco de atención. A partir de ese año, fue determinado algo tan esencial para la eficacia del derecho como que el silencio del inculpado no puede ser interpretado como un indicio de culpabilidad. Asimismo, se emitieron los tres criterios aislados que trasladan la carga de la prueba al ministerio público en los casos que el inculpado acepta la conducta delictiva pero no su responsabilidad (confesión calificada divisible). Pero es en 2008 cuando se emitieron los dos criterios sobre el valor de las confesiones en el juicio que se pueden considerar como más afortunadas.

La primera tesis señala que si previamente a la confesión, hubo incomunicación y sometimiento por la Policía Judicial, la confesión carecerá de valor probatorio. Mientras, el segundo criterio reconoce una presunción de intimidación y coacción cuando la detención en manos de los policías sea prolongada y sin justificación; momento en el cual, según los datos analizados en el capítulo tercero es el lapso de tiempo de mayor vulnerabilidad y violaciones a los derechos de los detenidos.

- La inexistencia de un razonamiento concatenado e integral entre las distintas tesis aisladas y jurisprudencias.

Una de las características de la jurisprudencia constitucional americana y europea es que toda decisión con valor jurisprudencial o de precedente no se encuentra aislada sino que forma parte de un cuerpo concatenado de resoluciones judiciales que en su conjunto se hacen cargo de la dimensión axiológica de los derechos. Esta característica no es parte de la jurisprudencia mexicana. Las tesis aisladas y jurisprudenciales son extractos de las sentencias que no guardan relación entre sí, por lo que en la práctica judicial operan de forma independiente. En consecuencia, los pocos criterios constitucionales sustantivos terminan sin tener el impacto deseado.²²⁹

- Los tribunales han aportado poco a la eficacia del derecho a la no autoincriminación.

Los criterios reconocen el significado constitucional del derecho entendido como la libertad del inculcado de confesar, negar los hechos o guardar silencio, sin embargo son pocas las tesis –menos del 1% de las tesis analizadas cualitativamente- que abandonan el carácter declarativo y se dirigen a señalar costos dentro del proceso penal como consecuencia de su violación. Esto es preocupante, pues como se ha mencionado es necesario establecer costos o consecuencias a la violación de los derechos que incentiven a las autoridades a respetar y a hacer cumplir los derechos constitucionales, pues los precedentes no sólo resolverán el caso del cual emanan sino que servirán para resolver casos análogos al resto de los tribunales.

²²⁹ MAGALONI, Ana Laura e IBARRA, Ana María, *op. cit.*, p. 141.

CAPÍTULO QUINTO: NUEVOS HORIZONTES Y PARADIGMAS EN EL DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN DEL INculpADO

«En el centro de la reforma y de la nueva época descansa el anhelo del abandono del modelo de jurisdicción constitucional centrado en el control abstracto de la constitucionalidad de la ley hacia un modelo basado en la protección de derechos y tener una Suprema Corte que se proyecte como un verdadero instrumento de defensa de los derechos humanos.»

Ana Laura MAGALONI

1. *Hacia una Suprema Corte protectora de los derechos humanos*

En los últimos años, el tema de los derechos humanos se ha redireccionado en México. Importantes reformas constitucionales y sentencias internacionales sobre derechos humanos, se han conjugado entre sí para crear nuevos paradigmas sobre la protección de los derechos humanos y la importancia de la labor judicial en su efectividad.

Un primer avance en materia de los derechos humanos del inculpado y de las víctimas dentro del proceso penal se dio en junio de 2008 con las reformas constitucionales al sistema de procuración de justicia.²³⁰ Esta reforma consagró un nuevo sistema de justicia penal con miras a convertirlo en un sistema eficaz, orientado primordialmente al esclarecimiento de los hechos, a la reparación del daño, a evitar la impunidad y proteger a los inocentes. Se trata de impedir, como ha ocurrido en muchos casos, que el sistema esté dirigido a la fabricación de culpables.

²³⁰ La reforma constitucional fue dictaminada y aprobada por 462 votos en la Cámara de Diputados el 26 de febrero de 2008, y por 71 votos en el Senado el 6 de marzo de 2008. Posteriormente, la reforma pasó a las Legislaturas de los Estados para su correspondiente aprobación, publicándose finalmente en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008. Dado que los alcances de dichas reformas rebasan por mucho la materia de este ensayo, únicamente se hará mención a los cambios más relevantes para la eficacia al derecho a la no autoincriminación.

Dos años después, en junio de 2011 fueron publicadas la reforma al juicio de amparo y la reforma en materia de derechos humanos.²³¹ La primera amplió y reforzó la protección a los derechos humanos a través de la modernización del juicio de amparo. La segunda, sentó las bases para una mayor protección de los derechos a través de la incorporación del principio pro persona y de la cláusula de interpretación conforme y, además abrió el camino para el surgimiento de dos nuevos mecanismos de control judicial: el control difuso constitucional y de la convencionalidad.

En relación a las sentencias internacionales, en los últimos años la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido importantes sentencias en contra del Estado mexicano.²³² Si bien cada caso es relevante por sí mismo, el caso Radilla ha tenido importantes efectos en nuestro ordenamiento jurídico interno.²³³ Este caso, fue el tercero que llegó a la Corte Interamericana y fue el primero en que se condenó a México respecto a violaciones de los derechos

²³¹ Véase Decreto por el que se adiciona un segundo párrafo al Artículo 135 de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 24 de junio de 2011. Véase también, Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011.

²³² En total, la Corte Interamericana ha conocido de seis casos contenciosos en los que México ha sido parte. El primero fue el caso Castañeda Gutman interpuesto por la violación, entre otros derechos, de los derechos políticos de Jorge Castañeda Gutman. Posteriormente, la Corte ha conocido de otros casos relacionados con los feminicidios en Ciudad Juárez y diversas violaciones realizadas por miembros del ejército mexicano a los derechos a la vida, integridad personal, garantías judiciales, protección judicial, entre otros. Véase Corte IDH, *Caso Castañeda Gutman Vs. México*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 6 de agosto de 2008, Serie C, No. 184; Corte IDH, *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C No. 205; Corte IDH, *Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C, No. 215; *Corte IDH, Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C, No. 216; Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C, No. 220. Finalmente, es importante destacar que México es Estado Parte en la Convención Americana desde el 24 de marzo de 1981 y reconoció la competencia contenciosa de la Corte IDH el 16 de diciembre de 1998.

²³³ CIDH, *Caso Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos*, Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, serie 209.

humanos relacionadas con el ejército mexicano y diversas arbitrariedades del sistema de procuración e impartición de justicia.

En este sentido, la relevancia de la sentencia del caso Radilla deriva de que puso sobre la mesa del foro judicial más importante de nuestro país (la Suprema Corte), destacados temas tabú relativos a la protección de los derechos humanos en México y, especialmente, respecto de la responsabilidad de los jueces nacionales de velar por la eficacia de los derechos.

Es así, que en 2011 la Suprema Corte al conocer sobre las implicaciones del Poder Judicial en el cumplimiento de las obligaciones internacionales derivadas de la condena al Estado mexicano en el caso Radilla, dio dos grandes pasos en el proceso evolutivo de recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos: por un lado, la desaparición del fuero militar ante supuestas violaciones a derechos humanos y, por el otro, la incorporación de la doctrina del control de convencionalidad y el control constitucional difuso.²³⁴

Finalmente, todos los elementos insertados por las reformas constitucionales y la sentencia del caso Radilla, se conjugaron entre sí para crear una nueva concepción del papel judicial en una Estado de Derecho comprometido con los derechos humanos. Muestra de ello, es el inicio de una décima época jurisprudencial, que en palabras del ministro presidente Juan N. Silva Meza: «Hoy con la Décima Época, [inicia] la Corte Mexicana de y para los Derechos Humanos».²³⁵

²³⁴ Expediente Varios 489/2010 con motivo de la consulta a trámite formulada por el señor Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Trámite y medidas que deben seguirse por el Poder Judicial de la Federación para atender una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

²³⁵ Para una mayor comprensión sobre la trayectoria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en materia de derechos fundamentales se recomienda la lectura de la interesante ponencia de Suárez Ávila, Alberto Abad, "Is the Mexican Supreme Court Helping to Bring Toward about Democracy in México?: The Supreme Court's Attitude Toward Fundamental Rigths (1995-2010)", *VIII Congress of the Internacional Association of Constitutional Law, Workshop 16, "Constitutional principles and democratic transition"*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 9 de diciembre de 2010.

Dada la importancia de los anteriores cambios, este capítulo persigue dos objetivos específicos. Por un lado, se busca explicar a grandes rasgos el camino por el cual se ha venido adoptando un nuevo paradigma de eficacia de los derechos humanos y la obligación directa de los jueces de velar por su protección. Bajo esta óptica, se parte de que los jueces deberán desarrollar un nuevo papel en la arena judicial, por lo que más allá de las buenas intenciones que pudiesen tener para proteger los derechos humanos frente a las arbitrariedades del Estado, es necesario que adquieran amplios conocimientos sobre el contenido de los instrumentos internacionales de derechos humanos a los que se encuentra vinculado el Estado mexicano, así como de los criterios interpretativos de dichos instrumentos, sean o no vinculantes.

Por tanto, el segundo objetivo de este capítulo es exponer la interpretación que ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto al derecho a la no autoincriminación y orientar sobre los criterios judiciales de este derecho que deberán adoptar u orientar a los tribunales mexicanos para dar vida y contenido a la no autoincriminación.

Para lograrlo, en un primer apartado se abordarán las reformas constitucionales en materia de seguridad y justicia penal, de amparo y de derechos humanos; asimismo se estudiará el caso Radilla y sus efectos en la resolución de la Suprema Corte de Justicia. En un segundo apartado, se analizará la Convención Americana y la jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto al derecho a no declarar consagrado y, finalmente, se establecerán los criterios de interpretación que deberán servir de orientación a los jueces mexicanos para ejercer un control de la convencionalidad respecto a este derecho.

A. Reforma constitucional en seguridad y justicia

El 18 de junio de 2008 se reformaron diez artículos constitucionales que buscaron transformar de raíz el sistema de justicia penal con el fin de ajustarlo a los principios de un Estado democrático de derecho, implantar prácticas más eficaces contra la delincuencia organizada, mejorar el funcionamiento de las cárceles y

sentar las bases para la profesionalización y eficiencia de las instituciones de impartición de justicia y seguridad pública del país.²³⁶

Específicamente en materia de justicia, se buscó garantizar los derechos de las víctimas y acusados, la imparcialidad de los juicios y el descubrimiento de la verdad a través de implantar un sistema de justicia penal oral y adversarial, que elevara abiertamente la presunción de inocencia a rango constitucional. Bajo este nuevo contexto, se dio mayor claridad al contenido del derecho constitucional a la no autoincriminación (establecido a partir de la reforma en el artículo 20, apartado B, fracción II de la Constitución). La nueva redacción señala explícitamente que el inculpado tiene derecho a guardar silencio y prohíbe inferir cualquier consecuencia negativa para el inculpado, como resultado del ejercicio de su derecho. Por otro lado, se avanza al señalarse que el inculpado debe ser informado desde la detención de su derecho a declarar o a guardar silencio y se especifica claramente que será inválida cualquier confesión obtenida sin la presencia de su defensor (el cuál forzosamente deberá ser un abogado conforme a la nueva redacción de la fracción VIII, apartado B, del citado artículo).

Asimismo, de acuerdo al principio de inmediación (establecido en el párrafo I y apartado A, fracción III, ambos del artículo 20 constitucional) si la confesión no es confirmada ante el juez deberá carecer de valor probatorio en el proceso. En cuanto al principio de la presunción de inocencia y la invalidez de la prueba obtenida con violación a los derechos humanos, se espera que frente al dicho del inculpado de que la confesión fue obtenida bajo coacción, no se le obligue a probar ésta y, consecuentemente la confesión carezca de validez a menos que se demuestre que fue voluntaria.

Los anteriores cambios protegen con mayores alcances la eficacia del derecho a la no autoincriminación, sin embargo, estos cambios aún no son una realidad en México. A cuatro años de la publicación de la reforma todavía hay muchos

²³⁶ Dado que los alcances de dichas reformas rebasan por mucho la materia de este ensayo, únicamente se hará mención a los cambios más relevantes para la eficacia al derecho a la no autoincriminación.

rezagos en su implementación a nivel nacional y, además aún faltan acuerdos políticos para evitar la amenaza a la eficacia de la reforma.

No obstante, es importante admitir que aún con estos retrasos en la implementación de la reforma de 2008, han existido otros cambios a nivel constitucional como son las reformas en materia de amparo y derechos humanos (que se expondrán más adelante en este capítulo) y, aún bajo el texto anterior a la reforma constitucional en materia de justicia y seguridad se han dado avances en la interpretación judicial de los derechos del acusado, específicamente en el tema de la prueba ilícita.

Un claro ejemplo son las tesis aisladas emitidas en 2009 por la Primera Sala de la Suprema Corte al conocer del caso de la matanza de Acteal.²³⁷ En este caso, la Primer Sala resolvió que los inculpados habían sido sentenciados con base en pruebas obtenidas mediante la violación de derechos humanos, por lo que:

“Exigir la nulidad de la prueba ilícita es una garantía que le asiste al inculpado [...]. Si se pretende el respeto al derecho de ser juzgado por tribunales imparciales y el derecho a una defensa adecuada, es claro que una prueba cuya obtención ha sido irregular (ya sea por contravenir el orden constitucional o el legal), no puede sino ser considerada invalida. [...] Por ello, la regla de exclusión de la prueba ilícita se encuentra implícitamente prevista en nuestro orden constitucional.”²³⁸

²³⁷ El caso se refiere a la incursión paramilitar en la zona zapatista de Los Altos de Chiapas realizada el 22 de diciembre de 1997. Durante dicha incursión, presuntos miembros del grupo Máscara Roja atacaron a indígenas tzotziles de la organización "Las Abejas", que se encontraban orando en el interior de una pequeña iglesia. El resultado fueron 45 muertos. Tras los hechos de Acteal, fueron inculpados 26 indígenas identificados por los deudos de las víctimas por medio de álbumes fotográficos como los autores de los crímenes. Los inculpados solicitaron un juicio de amparo, que finalmente les fue otorgado a 20 de ellos el 12 de agosto de 2009 por la Suprema Corte bajo el argumento de que la Procuraduría General de la República fabricó evidencias para inculpar a los presos.

²³⁸ Véase tesis 1a. CLXXXVI/2009, Novena Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXX, noviembre de 2009, p. 413 (Registro 165933). Otra interesante tesis derivada del mismo caso es la correspondiente al rubro "Pruebas en el proceso penal. Supuestos en que debe nulificarse su eficacia", por la que se señaló que "La eficacia de las pruebas en el procedimiento penal debe nulificarse en los casos en que la norma transgredida establezca: (i) garantías procesales, (ii) la forma en que se practica la diligencia, o bien, (iii) derechos sustantivos a favor de la persona. Por su parte, las pruebas derivadas (aunque lícitas en sí mismas) deben anularse cuando aquellas de las que son fruto resultan inconstitucionales." Tesis 1a.

Como se observa poco a poco los tribunales van adoptando criterios más protectores de los derechos humanos de los inculpados frente a las arbitrariedades de las autoridades, aunque aún queda un largo camino por delante.

B. *Reforma constitucional en materia de amparo*

El proceso de cambio de paradigma hacia una mayor protección de los derechos humanos, se continuó con dos importantes reformas constitucionales en 2011. La primera es la concerniente al juicio de amparo, publicada el 6 de junio de 2011 en el *Diario Oficial de la Federación*. A través de ésta, se modificaron diversos artículos de la Constitución que fijaban las reglas del juicio de amparo y la estructura del Poder Judicial. El objetivo general de la reforma fue dar nueva fuerza al mecanismo de protección de derechos, a través de eliminar tecnicismos y formalismos que dificultan su acceso y ámbito de protección a pocos ciudadanos.²³⁹

La reforma amplió los derechos susceptibles de protegerse vía amparo (por ejemplo los derechos colectivos y difusos, y los derechos contenidos en los tratados internacionales de derechos humanos en los que México sea parte) pero también rompió con viejas características del amparo (por ejemplo el requisito de interés jurídico, su improcedencia contra actos de particulares, los efectos entre partes aún frente a resoluciones de inconstitucionalidad de normas generales, entre otros) de tal manera que redefinió el paradigma del diseño y utilidad del amparo para proteger a los ciudadanos de a pie.

Los anteriores cambios son de tal trascendencia que su análisis rebasa por mucho el objetivo de este capítulo, por lo que sólo se desea destacar que la reforma respondió a viejas exigencias de revisión y modificación integral del juicio de

CLXXXVII/2009, Novena Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXX, noviembre de 2009, p. 415 (Registro 165928).

²³⁹ Para una explicación más amplia sobre los cambios que involucran la citada reforma, véase FARLAND GONZÁLEZ, Manuel Mac, "Las reformas constitucionales al amparo", México, *El mundo del Abogado*, junio de 2011.

amparo y que pretende adecuarlo a las actuales necesidades de protección de los derechos humanos.²⁴⁰

C. *Reforma constitucional en materia de derechos humanos*

El 10 de junio de 2011, a tan sólo cuatro días de haberse publicado la reforma al juicio de amparo se emitió la reforma constitucional en materia de derechos humanos.²⁴¹ A través de ésta, México se unió a la tendencia progresiva de la constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos, cuya

²⁴⁰ Algunos de los más importantes cambios de la reforma al juicio de amparo son: 1) se amplió la protección del juicio de amparo para proteger los derechos establecidos en tratados internacionales, suscritos y ratificados por el Estado mexicano; 2) el juicio de amparo servirá para atacar, además de los actos y normas jurídicas, las omisiones de las autoridades que violen algún derecho fundamental; 3) se podrá interponer juicio de amparo contra actos de particulares; 4) se abrió la posibilidad de que una sentencia de amparo que resuelva la inconstitucionalidad de normas generales, sea el punto de partida para que siguiendo ciertos requisitos se realice una declaratoria general de inconstitucionalidad; 5) se sustituyó el interés jurídico por el interés legítimo como requisito de procedencia del amparo, por lo que su protección se extiende a derechos colectivos y difusos; y 6) se redefinieron los criterios para otorgar la suspensión en un juicio de amparo, privilegiando la ponderación entre el interés social y el interés individual del solicitante.

²⁴¹ Siguiendo al investigador CARMONA TINOCO, los cambios traídos por la reforma pueden clasificarse en: a) cambios sustantivos o al sector material, y b) cambios operativos o al sector de garantía. Los primeros cambios son en esencia: 1) la nueva denominación del capítulo I como “de los derechos humanos y sus garantías”; 2) el otorgamiento de rango constitucional a los tratados internacionales en materia de derechos humanos; 3) la ampliación de la hipótesis de no discriminación; 4) los derechos humanos como una nueva política educativa; 5) el derecho de asilo y refugio; 6) el respeto a los derechos humanos en la operación del sistema penitenciario; y 7) los derechos humanos como principio de la política exterior mexicana. Los cambios sustantivos o al sector material «derivan básicamente de la armonización constitucional con el derecho internacional de los derechos humanos» como es el otorgamiento de rango constitucional a los tratados internacionales en materia de derechos humanos. Por su parte, los cambios operativos o al sector de garantía «inciden en las posibilidades procesales de hacer valer los derechos ante los operadores jurídicos, por lo que les otorgan herramientas para tal efecto» como son los principios de interpretación conforme y pro persona; así como los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Entre estas últimas, algunos ejemplos son: 1) la prohibición de celebrar tratados que alteren o menoscaben los derechos humanos; 2) la regulación de los límites, casos y condiciones para la suspensión y restricción provisional del ejercicio de algunos derechos humanos; 3) el requisito de audiencia previa para la expulsión de extranjeros; 4) la exigencia de fundamentación, motivación y publicidad de las negativas de las autoridades frente a las recomendaciones de las comisiones de derechos humanos; 5) el traslado de la facultad investigadora de la Suprema Corte a la Comisión Nacional de Derechos Humanos; y 6) legitimación activa de las comisiones de derechos humanos en sus respectivas competencias, para presentar acciones de inconstitucionalidad contra supuestas violaciones de derechos humanos. Véase CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, “La reforma y las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales”, en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, IJ-UNAM, 2011, pp. 40-41.

finalidad principal es garantizar la protección máxima de tales derechos.²⁴² Es así, que tras la reforma constitucional el artículo 1º, establece que:

Artículo 1ro. (párrafo segundo): “Las normas relativas a los derechos humanos **se interpretarán de conformidad con** esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia **favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia**. (Párrafo tercero): Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.”²⁴³

En el texto del segundo párrafo, se observan los principios de interpretación conforme y pro-persona o *pro-homine*. A través del primero de estos principios, se otorgó jerarquía constitucional a todos los tratados internacionales de derechos humanos en los que México es parte. Consecuentemente, todas las autoridades deberán proteger los derechos humanos no sólo con base en los alcances constitucionales sino también “conforme” a lo establecido en los tratados internacionales de derechos humanos como son la Convención Interamericana, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre muchos otros.

A través del principio pro persona, se busca asegurar el mayor alcance de protección o la menor restricción de los derechos al momento de interpretarlos. A partir de la reforma constitucional, todas las autoridades deben promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, pero no sólo eso, sino que

²⁴² De acuerdo con el investigador Eduardo FERRER MAC-GREGOR, el más claro ejemplo de constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos constituye el otorgar jerarquía constitucional a los tratados internacionales. Actualmente países como Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Perú y Paraguay otorgan jerarquía constitucional a los tratados internacionales en materia de derecho humanos e incluso, países como Bolivia (artículo 256.1), Ecuador (artículo 424), Venezuela (artículo 23) otorgan jerarquía supraconstitucional a las normas internacionales con un nivel mayor de protección a los derechos y libertades. MAC GREGOR FERRER, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad” en en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (coords.), *ibídem*, pp. 355 y 356.

²⁴³ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* (énfasis propio).

frente a diversas interpretaciones sobre el alcance de protección de los derechos humanos deberán elegir -en todo momento- la interpretación más benéfica a las personas.²⁴⁴ En palabras, del Ministro Arturo ZALDÍVAR, como resultado de la reforma en comento:

«el ordenamiento jurídico mexicano tiene dos fuentes primigenias: (i) los derechos humanos reconocidos en la Constitución; y (ii) todos aquellos derechos humanos establecidos en tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. [...] En el supuesto de que un mismo derecho fundamental esté reconocido en las dos fuentes supremas del ordenamiento jurídico [...] la Constitución y los tratados internacionales, la elección de la norma que será aplicable, atenderá a criterios de favorabilidad del individuo o lo que se ha denominado principio pro homine o pro persona, según lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1º constitucional. [...] En esta lógica, el catálogo de derechos humanos no se encuentra limitado a lo prescrito en el texto constitucional, sino que también incluye a todos aquellos derechos que figuran en los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano.»²⁴⁵

En el mismo sentido, la Ministra LUNA RAMOS señaló que a partir de esta reforma, en México coexisten dos grandes vertientes dentro del modelo de control de constitucionalidad. En primer término, el control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto. En segundo término, el control por parte del resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada.²⁴⁶

²⁴⁴ MAC GREGOR FERRER, *op. cit.*

²⁴⁵ Ministro Arturo ZALDÍVAR en Amparo Directo 28/2010. Quejoso: DEMOS, Desarrollo de medios, Sociedad Anónima de Capital Variable. Ministro ponente: Arturo ZALDÍVAR LELO DE LARREA. Proyecto de sentencia presentado en la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. VIII (mimeo).

²⁴⁶ Resolución del Pleno de la SCJN en el expediente varios 912/2010, relativo la instrucción ordenada por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la resolución de siete de septiembre de dos mil diez dictada en el expediente varios 489/2010, relacionado con la sentencia emitida el veintitrés de noviembre de dos mil nueve por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos, del 14 de julio de 2011, p. 34. Ponente: Margarita Beatriz LUNA RAMOS. Engrose: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Raúl Manuel Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio.

Como se observa, la reforma es de tal magnitud y envergadura que no pocos especialistas en el mundo jurídico mexicano la han señalado como la reforma que ha venido a establecer un nuevo paradigma constitucional. Es sin duda, una reforma sumamente prometedora y un gran reto, que de su correcto desarrollo legislativo e implementación modificará la forma en cómo se conciben y se protegen los derechos humanos el día a día.

D. Resolución de la Suprema Corte de Justicia en el Caso Radilla

g. Caso Radilla

Rosendo Radilla quien había sido el ex presidente de Atoyac de Álvarez, Guerrero, era considerado como un destacado y querido líder social. El 25 de agosto de 1974, en un contexto de “guerra sucia”, el señor Rosendo Radilla Pacheco fue detenido ilegalmente por un retén militar en Guerrero y llevado al Ex. Cuartel Militar de Atoyac de Álvarez, donde fue visto por última vez. Posteriormente, su familia denunció la detención y la desaparición forzada ante las instancias de procuración de justicia pero no tuvieron éxito en encontrarlo.

La desaparición forzada del señor Radilla Pacheco fue investigada y acreditada por la Comisión Nacional de Derechos Humanos,²⁴⁷ y por la Fiscalía Especial que fue creada durante la transición democrática con la finalidad de aclarar los llamados «crímenes del pasado». En el 2005, la Fiscalía Especial consignó el caso por privación ilegal de la libertad en su modalidad de plagio o secuestro ante un juez de jurisdicción civil; sin embargo el proceso fue llevado ante la justicia militar con base en una resolución de la propia justicia civil que declinaba su competencia. Los representantes interpusieron una demanda de amparo en contra de dicha resolución, pero fue desechada bajo el argumento de que las víctimas no pueden recurrir al amparo para impugnar la competencia de los tribunales militares.

²⁴⁷ Informe Especial de 2001 y en la recomendación 26/2001. Véase, Corte IDH. Caso *Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos*, Sentencia de 23 de noviembre de 2009 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), serie 209, §127 (en lo sucesivo *Sentencia CIDH al Caso Radilla*).

Ante la falta de respuesta por parte del Estado mexicano para aclarar los hechos y sancionar debidamente a los responsables de la desaparición forzada del señor Radilla, el 15 de noviembre de 2001 se presentó el caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El 27 de julio de 2007, la Comisión aprobó el informe de fondo 60/07 exigiendo la acción del estado mexicano en el cumplimiento de sus obligaciones convencionales, sin una respuesta efectiva. En consecuencia, el 15 de marzo de 2008 la Comisión sometió el caso ante la Corte Interamericana por la violación de los derechos humanos al señor Radilla Pacheco.²⁴⁸

Finalmente el 23 de noviembre de 2009, el caso Radilla fue resuelto por la Corte Interamericana. La Corte declaró la responsabilidad internacional del Estado mexicano por graves violaciones a los Derechos Humanos del señor Rosendo Radilla,²⁴⁹ así también hizo trascendentales declaraciones sobre la obligación de los jueces mexicanos de velar por la vigencia de los derechos humanos consagrados en la Convención. Respecto a este punto, señaló que si bien los

²⁴⁸ La demanda ante la Corte se presentó por las presuntas violaciones al derecho al reconocimiento de personalidad jurídica (artículo 3), derecho a la vida (artículo 4), derecho a la integridad personal (artículo 5), derecho a la libertad personal (artículo 7), derecho a las garantías judiciales (artículo 8) y derecho a la protección judicial (artículo 25) en conexión con la obligación de respetar los derechos (artículo 1.1), todos estos derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por su parte los representantes de las víctimas demandaron al Estado mexicano no sólo por los derechos consagrados en la Convención Americana sino también por violaciones a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada. El caso ante la Corte también incluyó el análisis de la violación de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, de la cual el Estado mexicano es parte desde el 9 de abril de 2002.

²⁴⁹ Específicamente la Corte Interamericana señaló que México era responsable de: “3 [...] la violación de los derechos a la libertad personal, a la integridad personal, al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la vida, consagrados en los artículos 7.1, 5.1, 5.2, 3 y 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, [...] 4 [...] por la violación del derecho a la integridad personal consagrado en los artículos 5.1 y 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, [...] 5. [...] por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, reconocidos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma y los artículos I incisos a), b) y d), IX y XIX de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en perjuicio de las señoras Tita y Andrea, y del señor Rosendo, todos de apellidos Radilla Martínez, [...] 6. [...] el deber de adoptar disposiciones de derecho interno establecido en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos I y III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, respecto de la tipificación del delito de desaparición forzada de personas, en los términos de los párrafos 315 a 324 de la presente Sentencia. *Sentencia CIDH al Caso Radilla*, resolutivos 3-6.

jueces internos están obligados a aplicar las disposiciones del ordenamiento jurídico de su Estado, cuando éste:

«[...] 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.»²⁵⁰

Como consecuencia del anterior fallo de la Corte Interamericana, el Estado mexicano quedó obligado internacionalmente en diversos sentidos. Por un lado, a conducir eficazmente, con la debida diligencia y en un plazo razonable la investigación y, en su caso, los procesos penales tramitados para aclarar la detención y desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco, aplicar efectivamente las sanciones y las consecuencias que la ley prevea, así como otras medidas de reparación e indemnización a los familiares.²⁵¹ Por el otro lado, adoptar en un plazo razonable, las reformas legislativas necesarias para compatibilizar el artículo 57 del Código de Justicia Militar y el artículo 215 A del Código Penal Federal con los estándares internacionales en la materia y de la Convención Americana.

Dada la trascendencia de la primera condena al estado mexicano por la Corte Interamericana respecto a violaciones realizadas por militares, destinaremos el siguiente apartado a sus efectos analizados por la Suprema Corte mexicana.

²⁵⁰ *Sentencia CIDH al Caso Radilla*, §339.

²⁵¹ *Ibidem*, resolutivo octavo.

E. Resolución de la Suprema Corte sobre el Caso Radilla

El 14 de julio de 2011, después de seis sesiones de intensos debates, la Suprema Corte resolvió lo concerniente a las obligaciones que corresponden al Poder Judicial de la Federación, tras la responsabilidad internacional de México dictada por la Corte IDH en el caso *Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos* (2009).²⁵²

La Suprema Corte al conocer de la Sentencia Radilla dio dos grandes pasos en el proceso evolutivo de la recepción del derecho internacional de los derechos humanos. Por un lado, la Corte dio pie a la desaparición del fuero militar en los casos donde existan presuntas violaciones a los derechos humanos de civiles.²⁵³ Por el otro lado, incorporó explícitamente la doctrina del control de la

²⁵² Este caso llegó a la Suprema Corte en el 2010, cuando el entonces Ministro Presidente Guillermo ORTIZ MAYAGOITIA consultó a sus colegas cuáles serían las obligaciones para el Poder Judicial Federal ante la sentencia del Tribunal Internacional dictada en el 2009. La consulta fue realizada el 26 de mayo de 2010, un día después se ordenó la formación y registro del expediente varios 483/2010, turnándose al Ministro José Ramón COSSÍO para la elaboración del proyecto. Véase Varios 912/2010, p. 1. En agosto de 2010 el Ministro José Ramón COSSÍO DÍAZ propuso al Pleno cumplir el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sin embargo, tras cuatro sesiones de debates, el Pleno rechazó por mayoría de ocho a tres votos el proyecto del ministro COSSÍO por «exceder los fines de la consulta» planteada y se turnó el asunto a la Ministra Margarita LUNA RAMOS. Véase versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el martes 7 de septiembre de 2010. Expediente Varios 489/2010 con motivo de la consulta a trámite formulada por el señor Ministro Guillermo ORTIZ MAYAGOITIA. Trámite y medidas que deben seguirse por el Poder Judicial de la Federación para atender una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, p. 53. Los votos a favor fueron de los ministros COSSÍO DÍAZ, SÁNCHEZ CORDERO de García Villegas y SILVA MEZA, *Ibidem*. Véase también MAC GREGOR, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad*, XX, p. 342, n.5.

²⁵³ Los militares que cometan delitos contra ciudadanos serán juzgados por tribunales civiles, cumpliendo obligatoriamente los criterios jurisprudenciales contenidos en la sentencia del caso Radilla Pacheco. Cuando existan dudas sobre la competencia de los tribunales civiles o militares, intervendrá la Suprema Corte de Justicia. Al respecto, cabe destacar el primero de los casos sobre los conflictos de competencias entre tribunales militares y civiles analizados por la Suprema Corte. El 9 de agosto de 2012, la Corte emitió el primer criterio jurisprudencial sobre el alcance del fuero militar, en una votación del Pleno de por ocho votos a favor de que los delitos cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas contra civiles, sobre todo donde hay violaciones a los derechos humanos, no pueden ser investigados y sancionados por tribunales militares. Véase, versiones taquigráficas del Conflicto competencial 38/2012, suscitado entre el Juzgado Quinto de Distrito en el Estado de Morelos y el Juzgado Quinto Militar adscrito a la primera región militar, de las sesiones del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Naciones correspondientes a los días 6, 7 y 9 de agosto de 2012.

convencionalidad sentando la obligación explícita de todos los jueces mexicanos de efectuar un control de convencionalidad.²⁵⁴

Anteriormente (hasta junio de 2011), derivado de una construcción jurisprudencial el control de constitucionalidad se ejercía de manera exclusiva por el Poder Judicial Federal mediante el amparo, controversias y acciones de inconstitucionalidad. Sin embargo, dicho criterio se abandonó como consecuencia de la sentencia del caso Radilla y de la Reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011,²⁵⁵ por lo que la Corte en armonía a la nueva redacción de párrafo segundo del artículo primero constitucional, señaló que todas las autoridades incluyendo los jueces:

«se encuentran obligadas a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en los instrumentos internacionales firmados por el Estado mexicano, sino también por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se entiende en la doctrina como el principio pro persona.»²⁵⁶

De esta forma, los jueces mexicanos están obligados a aplicar e interpretar las leyes de conformidad con la Constitución y los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos (principio de interpretación conforme), optando en todo momento por el rango de mayor protección de estos derechos (principio

²⁵⁴ La Corte reconoció el carácter vinculatorio a todo el poder judicial de los fallos y los criterios de la Corte IDH emitidos en los casos en que el estado mexicano sea parte. No así, el resto de la jurisprudencia de la Corte IDH que «tendrá el carácter de criterio orientador de todas las decisiones de los jueces mexicanos, pero siempre en aquello que le sea más favorecedor a la persona, de conformidad con el artículo 1º constitucional.» Resolución del Pleno de la SCJN en el expediente varios 912/2010, relativo la instrucción ordenada por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la resolución de siete de septiembre de dos mil diez dictada en el expediente varios 489/2010, relacionado con la sentencia emitida el veintitres de noviembre de dos mil nueve por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos, del 14 de julio de 2011, p. 27. Ponente: Margarita Beatriz LUNA RAMOS. Engrose: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Raúl Manuel Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio. En el presente apartado, se expondrá lo relativo al control de convencionalidad, sin ocuparnos del fuero militar ya que rebasa el objeto de esta tesis (en lo sucesivo *SCJN, Expediente Varios 912/2010*).

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 29.

²⁵⁶ *Ibidem*, pp. 31-32.

propersona).²⁵⁷ Sin embargo, es importante hacer notar que lo anterior no faculta a los jueces a hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados, esto es, no pueden declarar la inconstitucionalidad de las leyes que convengan en inaplicar en cada caso en concreto.

Por otro lado, si bien no es claro si el control de la convencionalidad es resultado de la resolución de la Suprema Corte en el caso Radilla o si se desprende de la reforma constitucional en derechos humanos que tuvo lugar un año antes, como lo comenta el investigador MAC GREGOR²⁵⁸, lo más importante es que dicha doctrina de control de la convencionalidad ha sido insertada en nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo queda la duda sobre su ejecución, pues involucra que todos los jueces conozcan los instrumentos internacionales de derechos humanos de los que México es parte y su jurisprudencia.

F. *Décima época*

Como se ha señalado, las reformas constitucionales en materia de justicia y seguridad, de amparo y derechos humanos, así como la resolución de la Suprema Corte en el caso Radilla, realizaron profundos cambios normativos en temas trascendentales para la eficacia de los derechos. Actualmente, existe una ventana de oportunidad para transitar hacia un tiempo de los derechos desde la acción judicial. Las bases legales ya están cimentadas, ahora está pendiente -como

²⁵⁷ Obligación constitucional que de manera específica vincula la función jurisdiccional de todos los jueces mexicanos y no sólo los pertenecientes al Poder Judicial Federal, de conformidad al artículo 133 constitucional. Este precepto establece el deber de los jueces de todas las entidades federativas de preferir la Constitución, leyes federales y los tratados internacionales que integran la Ley Suprema del Estado mexicano, aún frente a disposiciones en las Constituciones o leyes de los Estados.

²⁵⁸ Al respecto, MAC GREGOR considera que el nuevo contenido normativo del artículo 1° constitucional fue la ventana de oportunidad que llevó a la introducción de la SCJN de la doctrina del control de la convencionalidad, toda vez que la Corte había conocido del mismo asunto el 26 de mayo de 2010, cuando el entonces Ministro Presidente Guillermo ORTIZ MAYAGOITIA consultó a sus colegas sobre el alcance de las obligaciones del Poder Judicial Federal ante el cumplimiento de la sentencia del caso Radilla Pacheco, mostrándose en el Pleno diferentes posiciones a las expresadas en el 2011. MAC GREGOR, *op. cit.*, pp. 70-73.

señala MAGALONI- avanzar hacia un modelo basado en la protección de derechos y tener una Suprema Corte que se proyecte como un verdadero instrumento de defensa de los derechos humanos.²⁵⁹

El inicio de la Décima Época en la jurisprudencia de la Corte, presagia una serie de pasos hacia ese horizonte.²⁶⁰ En palabras del Presidente de la SCJN, Juan N. SILVA MEZA, se trata de:

«un cambio sustantivo e histórico, apoyado en un contexto de renovación estructural muy profundo del derecho y de la justicia mexicana [toda vez que] a partir de la reforma, nuestra Constitución asume con mayor claridad, los principios universales de definición, protección y defensa de los derechos humanos».²⁶¹

Así pues, el Poder Judicial no sólo habrá de enfrentar cambios estructurales y procesales sino que sus integrantes deberán modificar la manera en que abordarán los temas jurídicos e interpretarán los derechos, para dar completo cumplimiento a las recientes reformas a la Constitución. De ser exitosos estos cambios, representarán una novación constitucional en la forma de impartir justicia y que modificará la forma en la cual los jueces mexicanos entienden su trabajo.²⁶²

2. *La configuración del derecho a la no autoincriminación en la jurisprudencia de la CIDH*

Actualmente los jueces mexicanos están obligados a ejercer el control de la convencionalidad, para lo cual además de conocer el ordenamiento interno deberán de conocer el derecho internacional de los derechos humanos aplicable a cada caso.²⁶³ En este sentido, resulta de vital trascendencia conocer cuál ha sido

²⁵⁹ MAGALONI KERPEL, Ana Laura, “¿Por qué la Suprema Corte no ha sido un instrumento de defensa de los derechos fundamentales?”, *op. cit.*

²⁶⁰ El 4 de octubre de 2011, a través del Acuerdo General 9/2011 la Suprema Corte dio inicio a la Décima Época del Semanario Judicial de la Federación.

²⁶¹ Mensaje del señor ministro Juan N. SILVA MEZA ante el Tribunal Pleno de La Suprema Corte De Justicia de La Nación, con motivo de su primer informe de labores como Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal, México, el 15 de diciembre de 2011, pp. 7 y 26.

²⁶² *Ibidem*, p. 26.

²⁶³ La Suprema Corte con el objetivo de dar una orientación para el ejercicio del control de la convencionalidad de los jueces, señaló una serie de tres pasos para su implementación: 1)

el tratamiento que ha dado la Corte Interamericana al derecho a la no autoincriminación, lo cual se desarrollará en el presente apartado.

A. *El derecho a la no autoincriminación en el sistema interamericano*

El fundamento del derecho a la no autoincriminación en el sistema interamericano de los derechos humanos se encuentra en los artículos 8.2. g) y 8.3) de la Convención Americana, al señalar que:

Artículo 8. Garantías Judiciales [...] 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: [...] g. **derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, [...].** 3. **La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.**²⁶⁴

Como se observa, en el inciso g del artículo 8.2 de la Convención se encuentra plasmado el derecho a la no autoincriminación. El precepto señala que toda persona tiene derecho a no ser obligada a declarar y, en caso de ser violado éste a través de cualquier clase de coacción (numeral tercero del mismo artículo), se tendrá como inválida tal confesión (teoría de la prueba ilícita).

En este sentido, queda claro que el derecho a la no autoincriminación protege al inculcado frente a preguntas inculporatorias y que toda confesión de éste, debe

Interpretación conforme en sentido amplio. Ello significa que los jueces del país, al igual que todas las demás autoridades del Estado mexicano, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia; 2) interpretación conforme en sentido estricto. Ello significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquélla que hace a la ley acorde a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos; y 3) inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Ello no afecta o rompe con la lógica del principio de división de poderes y del federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano es parte. Véase *SCJN, Expediente Varios 912/2010*.

²⁶⁴ Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, celebrada del 7 al 22 de noviembre de 1969 (Pacto de San José). (Énfasis propio)

ser voluntaria. Sin embargo, el texto no es claro sobre si el inculpado tiene un derecho al silencio en todos los casos o solamente cuando se busque su autoincriminación. Esto es, no resulta claro si el inculpado puede ser obligado a declarar respecto a todo aquello que no esté ligado a su inculpabilidad (por ejemplo obligarle a responder sobre la incriminación de un tercero) o dicho derecho es oponible frente a cualquier intento de hacerlo hablar. La Convención no es clara sobre todos los alcances de la protección del derecho a la no autoincriminación, consecuentemente para es necesario acudir a la interpretación de la Corte Interamericana a través de su jurisprudencia para tener más claros sus alcances.

B. *Castillo Petruzzi y Otros v. Perú*

El primer caso en el que la Corte IDH conoció de una supuesta violación en relación al derecho a la no autoincriminación fue en 1999 en *Castillo Petruzzi y Otros v. Perú*. En este caso, se solicitó a la Corte que resolviera sobre la validez de la declaración de las víctimas ya que habían sido instruidas a decir la verdad.

Los hechos del caso datan del 15 de octubre de 1993, cuando los señores Jaime F. Castillo Petruzzi, Ma. Concepción Pincheira, Lautaro E. Mellado y Alejandro Astorga, de nacionalidad chilena, fueron detenidos en Perú en un contexto de estado de emergencia y de suspensión de garantías constitucionales. Las víctimas fueron detenidas durante el operativo El Alacrán de la Dirección Nacional contra el Terrorismo (DINACOTE) y se les acusó por el delito de «traición a la patria». Durante la fase de investigación policial, los detenidos no tuvieron derecho a contar con defensa legal hasta que rindieron su declaración sobre los hechos. Las víctimas fueron procesadas por traición a la patria ante jueces «sin rostro» en el fuero militar, y se les condenó a cadena perpetua.

En 1997, la Comisión llevó el caso ante la Corte IDH y solicitó en sus alegatos, entre otras cosas, que declara la violación del artículo 8.3 de la Convención Americana, pues la confesión había sido obtenida bajo coacción, ya que durante la

declaración de las víctimas en la fase instructiva se les solicitó que declararan la verdad.²⁶⁵

La Corte IDH consideró probado que las víctimas fueron exhortadas a decir la verdad. Sin embargo, determinó que no se había demostrado que «esa exhortación implicara la amenaza de pena u otra consecuencia jurídica adversa para el caso de que el exhortado faltara a la verdad»²⁶⁶. Tampoco consideró que existiera prueba de que se les hubiese «requerido rendir juramento o formular promesa de decir la verdad, lo cual contrariaría el principio de libertad de aquéllas para declarar o abstenerse de hacerlo.»²⁶⁷ Por estos dos motivos, la Corte resolvió que no había sido violado el derecho consagrado en el artículo 8.3 de la Convención.

C. *Cantoral Benavides vs. Perú*

Un año después en el caso *Cantoral Benavides vs. Perú* (2000), la Corte IDH por primera vez declaró violado el derecho a la no autoincriminación. De acuerdo con los hechos del caso, el señor Alberto Cantoral Benavides fue detenido arbitrariamente por miembros de la DICONTE, retenido administrativamente e incomunicado durante ocho o nueve días dentro de sus instalaciones, y sólo 15 días después de su detección tuvo acceso a un abogado.²⁶⁸ Se demostró ante la Corte IDH que durante ese tiempo, la víctima fue maltratada física y psíquicamente para que declarara su responsabilidad por el delito de traición a la patria.²⁶⁹ Asimismo, se demostró que durante el primer año de su reclusión estuvo

²⁶⁵ La Comisión argumentó que durante la “diligencia de declaración instructiva se requirió a las víctimas que declarasen la verdad, no obstante que el imputado tiene derecho a declarar libremente [y] no puede ser sujeto ni siquiera a la presión de decirle que ‘diga la verdad’, pues no es un testigo y puede ampararse en el derecho a no declarar en su contra.” CIDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C, No. 52, §164.

²⁶⁶ *Ibidem*, §167.

²⁶⁷ *Idem*.

²⁶⁸ CIDH, *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*, Sentencia de 18 de agosto de 2000, Serie C, No. 69, §63, incisos a-e.

²⁶⁹ La Corte consideró como hechos probados que durante la incomunicación de la víctima en la DINCOTE, ésta fue objeto por parte de efectivos policiales y miembros de la Marina, de actos de violencia con el fin de obtener su autoinculpación. El señor Cantoral fue vendado, esposado con las manos en la espalda, obligado a permanecer de pie, golpeado en varias partes del cuerpo y,

detenida bajo un régimen de aislamiento continuo.²⁷⁰ Finalmente, el señor Cantoral Benavides después de ser procesado por traición a la patria y terrorismo en la jurisdicción militar y civil, le fue devuelta su libertad a través de un indulto en 1997.²⁷¹

Entre los múltiples aspectos analizados por la Corte IDH en la sentencia,²⁷² los malos tratos que recibió la víctima fueron analizados conforme al artículo 5 de la Convención en relación a la violación al derecho a la integridad personal y al artículo 8, respecto a la violación de las garantías judiciales.

En este sentido, la Corte IDH estudió si los malos tratos a la víctima habían constituido tortura. La Corte señaló que atendiendo al conjunto de las circunstancias del caso y al contexto en que se produjeron los hechos, las agresiones en contra del señor Cantoral podían ser calificadas como torturas, físicas y psíquicas. Asimismo, determinó que dichos actos:

«fueron preparados e infligidos deliberadamente contra el señor Cantoral Benavides cuando menos con un doble propósito. En la fase previa a la condena, para suprimir su resistencia psíquica y forzarlo a autoinculparse o a confesar determinadas conductas delictivas. En la etapa posterior a la condena, para someterlo a modalidades de castigo adicionales a la privación de la libertad en sí misma.»²⁷³

Consecuentemente, la Corte IDH además de declarar la violación al derecho a la integridad personal (art. 5 de la Convención) por la tortura sufrida por el señor Alberto Cantoral, consideró prácticamente de forma automática que el Estado violó su derecho a la no autoincriminación y la garantía judicial contenida en el artículo

junto a su hermano Luis Fernando Cantoral Benavides y a otro detenido, fue llevado de noche a orillas del mar, donde sufrió actos de violencia física y psicológica». *Ibidem*, §63, inciso f.

²⁷⁰ *Ibidem*, §63, inciso k.

²⁷¹ *Ibidem*, §63, inciso r.

²⁷² La Corte analizó la violación a los derechos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos), 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno), 7.1 a 7.6 (Derecho a la Libertad Personal), 5 (Derecho a la Integridad Personal), 8.1, 8.2, 8.2.d), 8.2.f), 8.2.g), 8.3 y 8.4 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial), y los artículos 2 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

²⁷³ CIDH, *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*, op. cit., §104.

8.3. En consecuencia, la confesión producto de tales vejaciones debía haber carecido de validez dentro del proceso.

D. Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala

Posteriormente en 2003 en el caso Maritza Urrutia, la Corte IDH dio dos avances en la configuración del derecho a guardar silencio. Por un lado, reconoció que las agresiones dirigidas a suprimir la resistencia psicológica de una persona para obtener su autoinculpación constituyen actos de tortura. Por el otro, la Corte sostuvo que el derecho a la no autoincriminación no sólo protege a las personas en el marco de un proceso penal, sino que dicho derecho debe ser respetado en todas las actuaciones que puedan tener un efecto desfavorable en la situación jurídica de la persona.

A inicios de la década de los 90's, Guatemala inició negociaciones de paz con la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca para dar solución a un conflicto armado interno. Durante dicho proceso, el Ejército guatemalteco emprendió las denominadas «operaciones psicológicas», que consistían en capturar y recluir clandestinamente a guerrilleros para obtener mediante tortura, información útil para el Ejército. Asimismo, frecuentemente se presentaba a los detenidos ante los medios de comunicación, para que bajo coacción declararan su deseo de desertar de los grupos insurgentes y solicitaran la acción de las fuerzas armadas.

En este contexto, el 23 de julio de 1992 Maritza Urrutia fue secuestrada, encapuchada y trasladada a las instalaciones del centro de detención clandestino del Ejército de Guatemala. Su detención se extendió durante ocho días, en los que permaneció esposada a una cama, con la luz y la radio encendidas. En este lapso, la señora Urrutia no sólo se encontró incomunicada, sino que además no supo las causas de su detención y fue sometida a extensos interrogatorios, en los que la amenazaron de muerte a ella y a su familia, para que admitiera su vinculación con el Ejército Guerrillero de los Pobres (EGP).

Al conocer de los anteriores hechos, la Corte Interamericana consideró que algunos actos de agresión pueden calificarse como torturas psíquicas:

«particularmente los actos que han sido preparados y realizados deliberadamente contra la víctima para suprimir su resistencia psíquica y forzarla a autoinculparse o a confesar determinadas conductas delictivas o para someterla a modalidades de castigos adicionales a la privación de la libertad en sí misma».²⁷⁴

Asimismo, frente al argumento de que la tortura psicológica se presentó fuera de un proceso penal, la Corte IDH afirmó que:

«las garantías contempladas en los artículos 8.2 y 8.3 de la Convención [...] si bien parecen contraerse al amparo de personas sometidas a un proceso judicial (artículo 8.2) o inculpadas en el marco del mismo (artículo 8.3), a juicio de la Corte también se tienen que respetar en procedimientos o actuaciones previas o concomitantes a los procesos judiciales que, de no someterse a tales garantías, pueden tener un impacto desfavorable no justificado sobre la situación jurídica de la persona de que se trata».²⁷⁵

En consecuencia, la Corte consideró que el estado guatemalteco violó entre otros, los artículos 8.2 y 8.3 de la Convención, por cuanto la víctima había sido obligada a autoinculparse en el marco de actuaciones capaces de acarrearle eventuales consecuencias procesales desfavorables.²⁷⁶

E. *Tibi vs. Ecuador*

Siguiendo la misma línea argumentativa establecida en el caso *Cantoral Benavides vs. Perú*, en 2004 la Corte declaró la violación del derecho a la no autoincriminación en el caso *Tibi vs. Ecuador*. De acuerdo con los hechos alegados en la demanda, el señor Daniel Tibi comerciante de piedras preciosas, fue arrestado por oficiales de la policía de Quito sin orden judicial el 27 de septiembre de 1995, mientras conducía su automóvil.²⁷⁷

Posteriormente, fue transportado a la ciudad de Guayaquil, donde se le encarceló. El señor Daniel Tibi fue torturado en varias ocasiones: se le golpeó, quemó y

²⁷⁴ CIDH, *Maritza Urrutia vs. Guatemala*, Sentencia de 27 de noviembre de 2003, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 103, §93.

²⁷⁵ *Ídem*.

²⁷⁶ *Ibidem*, §120 y §121.

²⁷⁷ Véase *Tibi Vs. Ecuador*, Sentencia de 07 de septiembre de 2004, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 114, §1-3.

asfixió por agentes del Estado ecuatoriano, para «disminuir sus capacidades físicas y mentales y anular su personalidad para que se declarara culpable de un delito», de narcotráfico.²⁷⁸ El señor Tibi permaneció detenido ilegalmente por veintiocho meses, hasta el 21 de enero de 1998, día en que se liberó.

En junio de 2003, el caso llegó a la Corte Interamericana por las presuntas violaciones a los derechos de integridad personal (art. 5), a la libertad personal (art. 7), a las garantías judiciales (art. 8), derecho a la propiedad privada (art. 21) y protección Judicial (art. 25) consagrados en la Convención Americana.²⁷⁹

La Corte IDH consideró que efectivamente Daniel Tibi había sido víctima de la violación entre otros derechos, a su integridad personal y algunas garantías judiciales básicas como la presunción de inocencia, el derecho a la defensa y su derecho a conocer previamente la acusación formulada; con la finalidad de doblegar su resistencia psíquica y obtener una declaración inculpativa.²⁸⁰ En consecuencia, resolvió que Ecuador era responsable por la violación del derecho a no declarar, consagrado en el artículo 8.2. g) de la Convención.²⁸¹

h. Caso Palamara vs. Chile

En 2005, en el *Caso Palamara vs. Chile*, la Corte Interamericana declaró, además de otras violaciones a la Convención Americana y a las garantías judiciales, la

²⁷⁸ *Ibidem*, §149 y § 90.50.

²⁷⁹ *Ibidem*, §2.

²⁸⁰ *Ibidem*, §167- 196.

²⁸¹ *Ibidem*, §197- y ss. El anterior criterio fue retomado un año después en el caso *Gutiérrez Soler vs. Colombia* (2005), en donde el Estado colombiano aceptó su responsabilidad internacional por la violación de los derechos a la integridad personal, libertad personal garantías judiciales, protección judicial de la Convención Americana (Gutiérrez §26 y §52). En este caso, la Corte IDH conoció de la detención del señor Wilson Gutiérrez por una unidad especializada de la Policía Nacional, la cual lo sometió a tortura y a otros tratos crueles e inhumanos en el sótano de las instalaciones policiales. Tres horas después de su detención, fue entrevistado por miembros de la Oficina Permanente de Derechos Humanos, “quienes le dijeron que para salvar su vida, respondiera a todo que sí”. En consecuencia, el señor Gutiérrez fue inducido bajo coacción a declarar “en versión libre” sobre su detención y dicha declaración fue la base para el inicio de un proceso penal por el delito de extorsión y su prisión provisional durante el proceso. Un año después, fue revocada la prisión preventiva y, finalmente después de ocho años, fue absuelto ya que dada la coacción de la declaración “no existía certeza sobre la responsabilidad penal del señor Gutiérrez”. (CIDH, Gutiérrez Soler, Sentencia de 12 de septiembre de 2005, Serie C, Nº. 132, §48.1, §48.2 y §48.3, §48.11 y §48.12.

violación del derecho a no declarar como consecuencia de múltiples irregularidades en el proceso. Los hechos se refieren a la prohibición, en marzo de 1993, de la publicación del libro «Ética y Servicios de Inteligencia», del señor Humberto Antonio Palamara Iribarne, quien para ese entonces era funcionario civil de la Armada de Chile. El libro abordaba aspectos relacionados con la inteligencia militar y la necesidad de adecuarla a ciertos parámetros éticos. Dado que la normatividad militar prohibía la publicación de cualquier crítica a los servicios de la Armada y de gobierno, o de cualquier información referente a asuntos de carácter secreto, reservado o confidencial; el señor Palamara tuvo que solicitar previamente autorización para publicar. La autorización que fue rechazada. No obstante, el señor Palamara publicó su libro. A raíz de esta decisión, se le procesó y condenó por los delitos de desobediencia e incumplimiento de deberes militares.²⁸²

Tras largas luchas procesales, el caso fue sometido a la Corte Interamericana por la violación de la libertad de pensamiento y expresión (art. 13), derecho a la propiedad privada (art. 21), a las garantías judiciales (art. 8), a la protección judicial (art. 24), al principio de legalidad y de retroactividad (art. 9) a la obligación de respetar los derechos y el deber de adoptar disposiciones de derechos interno (arts. 2 y 1) estipulados en la Convención Americana.

Específicamente sobre el derecho a no declarar, los representantes de la víctima argumentaron que se había violado como consecuencia de que el señor Palamara no fue informado que tenía derecho a guardar silencio, pues ese derecho no era contemplado en el Código de Justicia Militar chileno.

Al respecto, la Corte señaló que durante las declaraciones del señor Palamara en los dos procesos penales militares, éste nunca declaró ante un juez o tribunal competente, imparcial e independiente. Además, que en diversas ocasiones en las que se le citó a declarar frente al Fiscal:

²⁸² Véanse hechos probados, CIDH, Caso *Palamara Iribarne Vs. Chile*, Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Fondo Reparaciones y Costas, Serie C, No. 135, §63 a §63-102.

«no se indicó el motivo para solicitar su comparecencia ni el tema sobre el que versaría dicha declaración, así como tampoco se le realizaron las previsiones sobre su derecho a no declarar contra sí mismo. [De ahí que] por la propia estructura del proceso penal militar y la consiguiente falta de imparcialidad [...], el Estado violó el artículo 8.1 y 8.2.g) de la Convención, en perjuicio del señor Palamara Iribarne.»²⁸³

i. Caso López Álvarez vs. Honduras

El 7 de julio de 2003 la Comisión sometió ante la Corte IDH un caso en contra de la República de Honduras, con el fin de que resolviera si el Estado había violado diversos derechos del señor Alfredo López Álvarez, miembro de una comunidad garífuna hondureña.²⁸⁴ De acuerdo con la Comisión, la víctima fue privada de su libertad personal a partir del 27 de abril de 1997, detenida por posesión y tráfico ilícito de estupefacientes. En su detención no fue informado de los motivos de ésta, ni de sus derechos, así mismo sufrió diversos ataques en contra de su integridad personal.²⁸⁵ El señor López se encontró en prisión preventiva durante todo el tiempo que duraron los diversos procesos en su contra por narcotráfico, hasta que se le liberó en agosto de 2006.

Dentro de proceso, el señor López manifestó en su declaración indagatoria que fue fuertemente coaccionado en la Dirección de Investigación Criminal, mediante el maltrato físico y psicológico con el objetivo de incriminarlo, sin que lograsen obtener su confesión. La Corte, en consideración de lo expresado por el señor López que no fue controvertido por el Estado y las particularidades del caso, estimó que la víctima fue sometida a tales actos con el propósito de debilitar su resistencia psíquica y obligarle a autoinculparse por el hecho que se le imputaba, consecuentemente declaró responsable al estado hondureño por violar el derecho a no declarar, previsto en el artículo 8.2.g de la Convención.²⁸⁶

²⁸³ *Ibidem*, §180.

²⁸⁴ Los garífuna son un grupo étnico de origen africano que reside en varias regiones de Centroamérica, Caribe y Estados Unidos.

²⁸⁵ CIDH, Caso *López Álvarez Vs. Honduras*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de febrero de 2006, Serie C, No. 141, § 54.9 y ss.

²⁸⁶ *Ibidem*, §155.

j. Caso Bayarri vs. Argentina

Las constantes prácticas de tortura física y psicológica para obtener la autoincriminación se hicieron nuevamente presentes ante la CIDH en el *Caso Bayarri vs. Argentina*. En julio de 2007, la Comisión Interamericana interpuso ante la Corte IDH un caso por la detención ilegal y arbitraria del señor Juan Carlos Bayarri. El señor Bayarri fue detenido el 18 de noviembre de 1991 en Buenos Aires, Argentina, fue torturado y mantenido en prisión preventiva excesiva (prácticamente 13 años) sobre la prueba de una confesión obtenida bajo tortura.²⁸⁷ Asimismo, fue víctima de denegación de justicia en el marco de un proceso penal seguido en su contra por los delitos de secuestros extorsivos reiterados. Aunque dentro del proceso seguido ante tribunales argentinos, la Cámara Nacional de Apelaciones de Argentina consideró probada la tortura a la que fue sometido (transcurridos casi 16 años desde que ocurrieran los hechos) el Estado argentino no dio una respuesta judicial adecuada al señor Bayarri respecto de la responsabilidad penal de los autores, ni remedió de modo alguno las violaciones sufridas”.²⁸⁸

Si bien, la Corte Interamericana reconoció que la actitud de la Corte de Apelación había sido una medida efectiva *ex post* para cesar las consecuencias de la violación,²⁸⁹ la responsabilidad del Estado por haber violado los derechos del señor Bayarri ya había sido actualizada. En consecuencia, declaró que Argentina violó, entre otros derecho, la libertad a no declarar del señor Bayarri.

k. Cabrera García y Montiel Flores vs. México

Resultan especialmente interesantes las consideraciones que realizó la Corte Interamericana en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (2010), ya

²⁸⁷ CIDH, *Caso Bayarri Vs. Argentina*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de octubre de 2008, Serie C, No. 187, § 87 y 108.

²⁸⁸ La Corte de Apelaciones Argentina dejó sin efectos la confesión en el proceso del señor Bayarri en aplicación de la teoría de la exclusión de la prueba ilícita, así como todos aquellos actos procesales derivados de ésta de acuerdo con la doctrina del fruto del árbol venenoso. *Ibidem*, §83 y ss.

²⁸⁹ *Ibidem*, §108.

que específicamente analizó y resolvió sobre las violaciones al derecho a guardar silencio por el Estado mexicano.

- Detención ilegal

La mañana del 2 de mayo de 1999, diversos miembros del ejército mexicano entraron en la comunidad de Pizotla, estado de Guerrero, en el marco de un operativo de lucha contra el narcotráfico. Durante la irrupción, las víctimas del caso -los señores Montiel Flores y Cabrera- lograron esconderse entre arbustos y rocas, hasta que varias horas después fueron hallados y detenidos. Los militares retuvieron a los señores Cabrera y Montiel a orillas del Río Pizotla hasta el mediodía del 4 de mayo. Ese mismo día, presentaron una primera declaración aceptando los hechos presentados por los militares en su informe y fueron trasladados a las instalaciones militares en Altamirano, Guerrero.²⁹⁰ A los cuatro días de detenidos, esto es el 6 de mayo, fueron transportados ante el Ministerio Público y presentaron una segunda declaración autoinculpatoria, donde de las víctimas fueron torturadas por los militares.

En el proceso penal seguido contra los señores Cabrera y Montiel se otorgó valor probatorio a declaraciones y confesiones autoinculpatorias obtenidas mediante coacción²⁹¹. En las primeras dos primeras declaraciones ante el Ministerio Público, las del 4 y 6 de mayo de 1999, las víctimas aceptaron los hechos,²⁹² y firmaron declaraciones autoinculpatorias con sus huellas dactilares (dado que no sabían leer ni escribir) por la portación de armas de fuego de uso privativo del Ejército y siembra de marihuana.²⁹³ Posteriormente, el 7 de mayo de 1999 las víctimas ante

²⁹⁰ CIDH, Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C, No. 216, §67-68.

²⁹¹ Específicamente denunciaron: i) jalones en los testículos; ii) toques eléctricos; iii) golpes en distintas partes del cuerpo, como los hombros, el abdomen y la cabeza; iv) que fueron vendados y amarrados; v) que fueron situados en forma de cruz según la ubicación del sol; vi) que fueron encandilados por una luz brillante; vii) que recibieron amenazas mediante armas, y viii) que se utilizó el “tehuacán” para introducirles agua gaseosa en las fosas nasales. *Ibidem*, §112.

²⁹² *Ibidem*, §111, n. 142 y 143.

²⁹³ *Ibidem*, §159, n. 249.

el Juez de Primera Instancia aceptaron la portación de armas de fuego de uso privativo del Ejército.²⁹⁴

- Investigación por actos de tortura y condena

Las víctimas, el 26 de agosto de 1999, solicitaron al Juez de Distrito investigar las denuncias de tortura, incomunicación y detención ilegal que habían sufrido en las instalaciones del Ejército. En respuesta, se abrió una investigación que tras declararse incompetente la Procuraduría General de la República, terminó radicada en la Procuraduría General de Justicia Militar. El 13 de junio de 2000 la Procuraduría Militar resolvió la indagación sobre tortura con un “auto de reserva de archivo”, bajo el criterio de que no existían elementos que acreditaran la tortura.²⁹⁵

Paralelo a lo anterior, las víctimas habían presentado el 14 de mayo de 1999 un escrito de queja sobre los hechos del presente caso ante la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. El 14 de julio de 2000, ésta recomendó iniciar una investigación administrativa en contra de los miembros del Ejército mexicano que ejecutaron el operativo de mayo de 1999.²⁹⁶ En virtud de la recomendación, el 29 de septiembre de 2000 la Procuraduría Militar inició una nueva Averiguación Previa por los presuntos delitos de tortura, detención prolongada y otros.

No obstante las fuertes sospechas sobre tortura, el 28 de agosto de 2000 el Juez de Primera Instancia dictó sentencia.²⁹⁷ Se condenó al señor Montiel Flores por los delitos de portación de armas de fuego y por siembra de marihuana. Por su parte, el señor Cabrera García fue condenado únicamente por porte de arma de fuego de uso exclusivo del Ejército. Posteriormente, en apelación la sentencia fue confirmada.²⁹⁸ El 9 de marzo de 2001 los señores Cabrera y Montiel presentaron una demanda de amparo en contra del recurso de apelación, argumentando que el tribunal de segunda instancia no tuvo en cuenta un dictamen médico que

²⁹⁴ *Ibidem*, §170.

²⁹⁵ *Ibidem*, §74.

²⁹⁶ *Ibidem*, §75.

²⁹⁷ *Ibidem*, §69.

²⁹⁸ *Ibidem*, §70.

demostró la tortura de las víctimas.²⁹⁹ El 16 de julio de 2001, el tribunal de segunda instancia luego de valorar dicha prueba, confirmó la sentencia condenatoria establecida en primera instancia. Contra esta sentencia, el 24 de octubre de 2001 se presentó una nueva demanda de amparo directo, sin éxito.³⁰⁰

El 3 de noviembre de 2001 el Ministerio Público Militar resolvió remitir la indagatoria al Procurador General de Justicia Militar “proponiendo el no ejercicio de la acción penal y el archivo de la indagatoria con las reservas de ley”, en atención a que en la investigación no se determinaron hechos de tortura infringidos en contra de los señores Cabrera y Montiel.³⁰¹

Días después, el 8 de noviembre de 2001 los señores Cabrera y Montiel fueron liberados para continuar cumpliendo la sanción que se les impuso en su domicilio, debido a que un examen médico demostró que “su estado de salud resultaba incompatible con el cumplimiento de sus respectivas sentencias.”³⁰²

- Resolución de la Corte Interamericana

En 2009, después de 10 años de la detención de los señores Teodoro Cabrera y Rodolfo Montiel, el caso fue llevado ante la Corte Interamericana. El 26 de noviembre de 2010, la Corte Interamericana resolvió la responsabilidad del estado mexicano por los derechos a la libertad personal, integridad personal, garantías judiciales, protección judicial en relación a la obligación de respetar los derechos y tomar medidas de derecho interno. En este apartado, se hará referencia únicamente a los razonamientos vertidos por la Corte en relación al derecho a no declarar.

Después de analizar el derecho a la libertad personal, la Corte entró al tema de la tortura sufrida por los señores Cabrera y Montiel. La Corte resolvió que el estado mexicano es responsable por la violación a la integridad personas de las víctimas

²⁹⁹ *Ibidem*, §71.

³⁰⁰ *Ibidem*, §72 y 73.

³⁰¹ *Ibidem*, § 76.

³⁰² *Ibidem*, § 117.

por diversos actos de tortura. En consecuencia, para determinar la posible violación al derecho a no declarar, la Corte analizó la relación entre las resoluciones de los tribunales mexicanos y la valoración de las pruebas obtenidas bajo tortura.

La Corte Interamericana identificó que los tribunales mexicanos dieron valor probatorio a las confesiones de los señores Cabrera y Montiel, argumentando que:

«i) no se comprobó la existencia de malos tratos o tortura con el fin de obtener la confesión de los señores Cabrera y Montiel; ii) si bien no se demostró que las declaraciones ante el Ministerio Público fueran inválidas por ser el resultado de un trato cruel, tortura o por la incomunicación, los señores Cabrera y Montiel aceptaron ante el juez competente el día 7 de mayo de 1999 varios de los delitos por los cuales fueron condenados, razón por la cual su confesión sería válida [...]»³⁰³

Sin embargo, dichos argumentos no pueden ser considerados como válidos. En relación con los supuestos actos de tortura, la Corte Interamericana analizó los peritajes médicos y las irregularidades en la investigación sobre la tortura sufrida por las víctimas. Asimismo, señaló que durante esa época en México había un contexto en el que las prácticas de obtención de confesiones mediante coacción en las zonas de presencia militar eran frecuentes. En consecuencia, consideró que el Estado mexicano violó el derecho a la integridad personal de los señores Cabrera y Montiel ya que:

«en el presente caso la investigación fue iniciada más de tres meses después de que se hiciera la primera mención sobre las alegadas torturas [...]. Además, la Corte observa que se dio inicio a dicha investigación por petición expresa de los denunciantes [...] los tribunales internos valoraron y estudiaron tanto los certificados médicos como los peritajes realizados con el fin de analizar las alegadas torturas, la Corte observa que dicho proceso poseía un objeto distinto al de investigar a los presuntos responsables de la denuncia, ya que paralelamente se estaba juzgando a los señores Cabrera y Montiel. Por tanto, el no haber llevado a cabo una investigación autónoma contra los presuntos responsables en la

³⁰³ *Ibidem*, §172.

jurisdicción ordinaria impidió disipar y aclarar los alegatos de tortura.»³⁰⁴

Respecto al segundo argumento de las cortes mexicanas para condenar a los señores Cabrero y Montiel, relativo a que ratificaron sus confesiones frente al juez en una tercera declaración del 7 de mayo de 1999, la Corte Interamericana -allegándose a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos-, consideró que:

«en caso de existir evidencia razonable de que una persona ha sido torturada o tratada de manera cruel e inhumana, el hecho de que ratifique la confesión ante una autoridad distinta a la que realizó la acción, no conlleva automáticamente que dicha confesión sea válida. Lo anterior, debido a que la confesión posterior puede ser la consecuencia del maltrato que padeció la persona y específicamente, del miedo que subsiste después de este tipo de hechos».³⁰⁵

En consecuencia, tal ratificación de la confesión no exime al Estado de su obligación de investigar, y más aún, el Estado es el que está obligado a demostrar que dicha confesión es verdadera:

«en los casos que la persona alegue dentro del proceso que su declaración o confesión ha sido obtenida mediante coacción, los Estados tienen la obligación de verificar, en primer lugar, la veracidad de dicha denuncia a través de una investigación llevada a cabo con la debida diligencia. Asimismo, la carga probatoria no puede recaer en el denunciante, sino que **el Estado debe demostrar que la confesión fue voluntaria.**»³⁰⁶.

Sin embargo, los tribunales mexicanos razonaron en sentido opuesto pues uno de los fundamentos que utilizaron los jueces para no excluir la confesión del proceso se basó en que:

³⁰⁴ *Ibidem*, §131.

³⁰⁵ *Ibidem*, §173.

³⁰⁶ *Ibidem*, §136, (énfasis propio). El Subcomité para la Prevención de la Tortura ha indicado que: "En lo que respecta a la valoración de la prueba, es la obligación del Estado parte demostrar que sus agentes y sus instituciones no comenten actos de tortura y no ha de ser la víctima la que tenga que demostrar que se han dado casos de tortura, aún más si ésta ha estado sometida a condiciones que le imposibilitan demostrarlo" Véase Naciones Unidas, Comité Contra la Tortura, Informe sobre México Preparado en el Marco del Artículo 20 de la Convención, párr 39. Véase también, Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, *Singarasa vs. Sri Lanka*, Informe de 21 de julio de 2004, párr. 7.4.

«no basta que alguien alegue que fue violentado física o moralmente, para que deba liberársele, puesto que, en principio debe probar que esa violencia existió y luego, demostrar que la misma sirvió de medio para arrancarle una confesión lo cual a lo mucho la invalidaría».³⁰⁷

En consecuencia, la Corte Interamericana señaló que no es válido que se argumente que el denunciante no probó plenamente su denuncia para descartarla. Por todo lo anterior, la Corte concluyó que los tribunales mexicanos que:

«conocieron la causa en todas las etapas del proceso debieron excluir totalmente las declaraciones ante el Ministerio Público y la confesión rendida el 7 de mayo de 1999, por cuanto la existencia de tratos crueles e inhumanos inhabilitaba el uso probatorio de dichas evidencias, de conformidad con los estándares internacionales anteriormente expuestos. Por tanto, la Corte declara la violación del artículo 8.3, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de los señores Cabrera y Montiel».³⁰⁸

3. Conclusiones: ¿Cuándo se viola el derecho a guardar silencio?

La tortura física o psicológica es el criterio más consolidado en la jurisprudencia de la Corte IDH para decretar la violación al derecho a no declarar. Este criterio fue establecido en el 2000 en *Caso Cantoral Benavidez vs Perú*, confirmado en *Caso Maritza Urrutia vs Guatemala*, *Caso Tibi vs. Ecuador*, *Caso López Álvarez vs Honduras*, *Caso Bayarri vs Argentina* y *Caso Cabrera García Montiel vs México*.

Sin embargo, la construcción jurisprudencial que ha hecho la Corte IDH de tal derecho lo ha dotado de nuevos alcances. Por tanto, más allá del reconocimiento *ipso facto* de la violación al derecho a la no autoincriminación como consecuencia del sometimiento a tortura, destacan los mecanismos dirigidos a hacer eficaz estos derechos. Específicamente la Corte IDH señala que:

³⁰⁷ *Ibidem*, §176. Igualmente el Juez Quinto de Distrito expresó que “si bien los acusados refieren que al ser detenidos se les infligieron torturas [...], no menos es verdadero que, con independencia de que según se ha indicado, esa violencia alegada no se demostró en este proceso penal [...] para corroborar las versiones aducidas en sus ampliaciones de declaración preparatoria, en defensa de los acusados, se ofrecieron [varias] pruebas que, sin embargo, [...] son insuficientes para variar el sentido del fallo”. Véase Sentencia emitida el 28 de agosto de 2000 por el Juzgado Quinto de Distrito, *supra* nota 75, folios 11220 a 11223.

³⁰⁸ *Ibidem*, §177.

- **No dar aviso** al detenido sobre su derecho a no declarar, viola este derecho.
- Aunque una confesión esté ratificada ante autoridad distinta a la que se emitió, **si existe duda razonable de tortura, tratos crueles o inhumanos, el Estado está obligado a investigar** si existió o no tortura con la debida diligencia.
- Si el inculpado alega haber declarado o confesado bajo coacción, **el Estado tiene la carga de la prueba** de su carácter voluntario, so pena de ser desechada como prueba en el proceso.

Consecuentemente, frente a los argumentos del inculpado de haber declarado bajo coacción, los jueces mexicanos están obligados a traspasar la carga de la prueba de la «voluntariedad» de la declaración al ministerio público. En caso contrario, la declaración no podrá ser usada como prueba en juicio, en un sentido similar a lo resuelto en Miranda por la Corte americana.

CONCLUSIONES

A través de la investigación y análisis realizados en relación al derecho a la no autoincriminación puede concluirse que:

1. La evolución de la máxima «*nemo tenetur*» dio nacimiento al derecho a la no autoincriminación.

Este derecho no es resultado de la simple confrontación entre dos sistemas penales rivales: el *common law* a favor de los derechos y las libertades del inculpado, por un lado; y la tradición del derecho romano codificado como amenaza de los derechos del inculpado, por el lado opuesto (WIGMORE y LEVY).

La no autoincriminación es producto de la evolución de la máxima «*nemo tenetur*», proveniente del derecho canónico, retomada por el *ius commune* y adoptada por la tradición del *common law* (HELMHOLZ y LANGBEIN), con diferentes significado y alcances en cada época. Por lo que la historia del derecho a la no autoincriminación trata de la evolución jurídica de dicha máxima en cada familia jurídica. Las cuales, si bien lo fueron configurando de forma distinta convergen en la finalidad del derecho: evitar que el acusado sea obligado a insertar pruebas en su contra.

El derecho a la no autoincriminación en su configuración actual nace en Inglaterra con el proceso adversarial a finales del siglo XVIII, a la luz de la presunción de inocencia y del derecho a la defensa. En los países de derecho codificado, este derecho fue efectivo hasta que cambiaron las reglas del interrogatorio penal como resultado de la adopción de la presunción de inocencia y del derecho de defensa.

Por todo lo anterior, la historia muestra que el derecho a la no autoincriminación no puede llevarse al plano de la realidad hasta que no se garanticen la presunción de inocencia y la defensa del inculpado en el proceso. De lo contrario, las reglas del mismo sistema de impartición de justicia dejarán si validez dicho derecho.

2. En el derecho a la no autoincriminación subyacen valores y principios relacionados con la libertad, la integridad física y la dignidad de las personas inculpadas, la presunción de inocencia, y la justicia misma del proceso.

El derecho a la no autoincriminación responde a una de las dos finalidades del proceso penal: la tutela de los inocentes. Por ello, este derecho busca disminuir el potencial abuso de autoridad asociado al contexto de la detención y al proceso penal. En este sentido, en el centro de la no autoincriminación se encuentran valores y principios inherentes a una democracia constitucional como son la libertad, la integridad física, la dignidad de las personas inculpadas, la presunción de inocencia y la justicia misma del proceso.

3. Actualmente la no autoincriminación es un derecho fundamental del acusado reconocido en gran cantidad de países y a nivel internacional, sin embargo sus límites y alcances son controvertidos.

Doctrinal y jurisprudencialmente existe controversia sobre los alcances del derecho a la no autoincriminación, sin embargo es posible señalar que en su núcleo se encuentra un derecho a la no autoincriminación en sentido estricto, por el cual el Estado debe garantizar al inculpado que no se le coaccionará para insertar pruebas en su contra. Más allá de este contenido, algunos especialistas consideran que la no autoincriminación es un derecho al silencio oponible a la facultad punitiva del Estado en todos los casos. Otros por el contrario, señalan que únicamente protege al inculpado de no ser sujeto de coacción y, una vez garantizado esto, no puede negarse a hablar.

En el núcleo del derecho constitucional mexicano a la no autoincriminación, está su derecho de no ser obligado a declarar. Este constituye la finalidad y el eje conductor de las prohibiciones que establece la fracción II, apartado A del artículo 20 constitucional. En este sentido, no se trata de prohibir las declaraciones o confesiones del inculpado por sí mismas, sino garantizar que éstas se realicen en un determinado contexto, donde sea su voluntad y no la intimidación y el miedo, el

que hablen por él. Es así, que una confesión sólo tendrá valor probatorio en el proceso si cumple con los requerimientos del citado precepto constitucional, siendo la tarea de velar por este derecho una de las principales obligaciones del juez en un Estado democrático y derecho.

4. La naturaleza pragmática del derecho a la no autoincriminación somete su eficacia a la existencia de un conjunto de condiciones en el sistema penal y de procuración de justicia.

El derecho a la no autoincriminación es un derecho pragmático que toma vida en dos momentos clave del proceso: en el interrogatorio y en la valoración de la confesión por el juez. De ahí que su eficacia esté limitada por una serie de principios y características del sistema penal y de procuración de justicia que fijan la dinámica del interrogatorio: 1) la existencia de la presunción de inocencia; 2) el derecho a la defensa; 3) la función del juez en el proceso; y 4) la concepción de la verdad en el proceso penal.

De la existencia de las anteriores características en el sistema penal y de procuración de justicia, dependerán los mínimos necesarios para que el derecho a la no autoincriminación no sea letra muerta. La presunción de inocencia sienta las bases para su eficacia a través de eliminar la carga del inculpado de probar su inocencia, pues serán las pruebas las que demuestren su culpabilidad y no su silencio. El derecho a la defensa se relaciona con la no autoincriminación en un doble sentido. Por un lado, al unirse con la presunción de inocencia la autoincriminación se convierte en una forma de defensa pasiva. Por el otro, busca garantizar que el inculpado no sea coaccionado al requerirse que sus declaraciones sean realizadas frente a su defensor.

Respecto al tercer y cuarto puntos, se requiere la existencia de un juez imparcial y separado de la acusación, al que se le presenten las pruebas necesarias y suficientes para demostrar la existencia de un delito y la responsabilidad del acusado. Sólo así la verdad surgirá de la batalla en los tribunales, es decir, de la

competencia entre las partes enfrentadas en igualdad de circunstancias en la arena judicial y no en el interrogatorio como en el proceso inquisitivo.

Es además, en función de la concepción adoptada sobre la verdad en el proceso penal que se legitiman los mecanismos utilizados para llegar a ella en el sistema de impartición de justicia y da nacimiento a la regla de exclusión de la prueba ilícita, por la cual deben ser anuladas todas aquellas pruebas obtenidas a través de la violación de los derechos humanos.

En este contexto, resulta insuficiente para la eficacia del derecho a la no autoincriminación del inculcado su simple reconocimiento constitucional. Al respecto, la historia americana resulta ejemplificativa. No basta estar formalmente reconocido un derecho para ser respetado sino que se requiere que los jueces en ejercicio de su función de protectores de derechos provean a su eficacia para cambiar las prácticas arbitrarias de los operadores del sistema.

5. El derecho a la no autoincriminación en México es ineficaz.

En México existe el marco normativo para la protección del derecho a la no autoincriminación, pero es ineficaz. Una primera explicación, es que los operadores del sistema de seguridad e impartición de justicia no han podido abandonar los patrones policiales y las inercias autoritarias germinadas durante el autoritarismo. Esto ha provocado que las policías y los ministerios públicos no desarrollen las capacidades necesarias para realizar sus funciones. En consecuencia, hasta hoy en día la arbitrariedad es la regla general de actuación.

Los datos empíricos muestran que, en 2009 el 46.5% del total de los encuestados respondió que había sido víctima de violencia física con la finalidad de hacerlo hablar o cambiar su declaración. Además durante la averiguación previa, 72% de los encuestados no fue informado de su derecho constitucional a no declarar y 50% declaró sin la presencia de su abogado o persona de confianza.

Asimismo, se encontró que el tiempo que pasan los inculcados a disposición de los policías es la etapa de mayor vulnerabilidad de los detenidos, por lo que entre

mayor sea el lapso de tiempo transcurrido en manos de los policías sin justificación suficiente, mayor es el riesgo de ser víctima de la arbitrariedad.

Por su parte, los jueces sentencian a través de la lectura de un expediente sin estar presentes en las audiencias, sin escuchar al inculpado y dejando de lado su labor de garantes de los derechos. En 2009, el 71% de los encuestados declaró durante el juicio sin la presencia del juez y el 65% lo hizo sin ser informado de su derecho a no declarar.

Estos datos son corroborados otros especialistas e instituciones. En 1990, Luis de la BARREDA hacia pública la vulnerabilidad de los detenidos. El estado mexicano ha sido declarado responsable por violaciones sistemáticas a los derechos de los detenidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Organizaciones internacionales dedicadas a la defensa de los derechos humanos como Amnistía Internacional ha mostrado su preocupación por la aceptación en juicio de las confesiones obtenidas bajo tortura.

En este sentido, tanto los datos como los estudios cualitativos muestran que en México los inculpados sufren violaciones sistemáticas de sus derechos durante la detención en manos de los policías y del ministerio público, con el objetivo de reunir los elementos necesarios para poder consignar al detenido ante el juez. En este contexto, el derecho a la no autoincriminación resulta ser uno más de los derechos violados de los inculpados.

6. En México interpretación judicial del derecho a la no autoincriminación ha sido formalista y deficiente para proveer a su eficacia.

El análisis de las tesis aisladas y jurisprudenciales sobre el derecho constitucional a la no autoincriminación evidenciaron:

- La ausencia de criterios de interpretación constitucional que se hagan cargo del contenido axiológico del derecho a la no autoincriminación.

El análisis histórico y teórico del derecho a la no autoincriminación mostraron que en el centro de este derecho subyacen los principios y valores relacionados con la libertad, la integridad física y dignidad del acusado, la presunción de inocencia y la justicia del proceso mismo.

Durante los primeros diez años de la Novena Época las interpretaciones judiciales fueron formalistas y deficientes. Los criterios -con la sola excepción de una tesis relacionada con la asistencia del defensor - no se hacen cargo de los valores y principios que subyacen en la no autoincriminación. La argumentación de los criterios deja ver la sumisión y la debilidad del poder judicial frente a las arbitrariedades de las policías y ministerios públicos.

Es hasta 2005, que los tribunales comenzaron a prestar un poco de atención. A partir de ese año, fue determinado algo tan esencial para la eficacia del derecho como que el silencio del inculpado no puede ser interpretado como un indicio de culpabilidad. Asimismo, se emitieron los tres criterios aislados que trasladan la carga de la prueba al ministerio público en los casos que el inculpado acepta la conducta delictiva pero no su responsabilidad (confesión calificada divisible). Pero es en 2008 cuando se emitieron los dos criterios sobre el valor de la confesiones en el juicio que se pueden considerar como más afortunadas.

La primera tesis señala que si previamente a la confesión, hubo incomunicación y sometimiento por la Policía Judicial, la confesión carecerá de valor probatorio. Mientras, el segundo criterio reconoce una presunción de intimidación y coacción cuando la detención en manos de los policías sea prolongada y sin justificación; momento en el cual, según los datos analizados en el capítulo tercero es el lapso de tiempo de mayor vulnerabilidad y violaciones a los derechos de los detenidos.

- La inexistencia de un razonamiento concatenado e integral entre las distintas tesis aisladas y jurisprudencias.

Una de las características de la jurisprudencia constitucional americana y europea es que toda decisión con valor jurisprudencial o de precedente no se encuentra aislada sino que forma parte de un cuerpo concatenado de resoluciones judiciales

que en su conjunto se hacen cargo de la dimensión axiológica de los derechos. Esta característica no es parte de la jurisprudencia mexicana. Las tesis aisladas y jurisprudenciales son extractos de las sentencias que no guardan relación entre sí, por lo que en la práctica judicial operan de forma independiente. En consecuencia, los pocos criterios constitucionales sustantivos terminan sin tener el impacto deseado.

- Los tribunales han aportado poco a la eficacia del derecho a la no autoincriminación.

Los criterios reconocen el significado constitucional del derecho entendido como la libertad del inculpado de confesar, negar los hechos o guardar silencio, sin embargo son pocas las tesis –menos del 1% de las tesis analizadas cualitativamente- que abandonan el carácter declarativo y se dirigen a señalar costos dentro del proceso penal como consecuencia de su violación. Esto es preocupante, pues como se ha mencionado es necesario establecer costos o consecuencias a la violación de los derechos que incentiven a las autoridades a respetar y a hacer cumplir los derechos constitucionales, pues los precedentes no sólo resolverán el caso del cual emanan sino que servirán para resolver casos análogos al resto de los tribunales.

Por todo lo anterior, el análisis cualitativo de las tesis relacionadas al derecho constitucional a la no autoincriminación correspondientes a la Novena Época confirman la hipótesis central de este trabajo: en México el derecho a la no autoincriminación se ha aplicado en sentido formalista dejando de lado la importancia de su eficacia. Los jueces han avalado y privilegiado la arbitrariedad de las policías y los ministerios públicos al otorgar valor probatorio y sustentar sus sentencias en declaraciones y confesiones coaccionadas, dejando en estado de indefensión al inculpado.

7. Existen una nueva ventana de oportunidad

En los últimos años, el tema de los derechos humanos se ha redireccionado en México. Importantes reformas constitucionales y sentencias internacionales sobre

derechos humanos, se han conjugado entre sí para crear nuevos paradigmas sobre la protección de los derechos humanos y la importancia de la labor judicial en su efectividad. Un primer avance en materia de los derechos humanos del inculcado y de las víctimas dentro del proceso penal se dio en junio de 2008 con las reformas constitucionales al sistema de procuración de justicia. Un segundo paso se dio en junio de 2011 cuando fueron publicadas la reforma al juicio de amparo y la reforma en materia de derechos humanos. La primera amplió y reforzó la protección a los derechos humanos a través de la modernización del juicio de amparo. La segunda, sentó las bases para una mayor protección de los derechos a través de la incorporación del principio pro persona y de la cláusula de interpretación conforme y, además abrió el camino para el surgimiento de dos nuevos mecanismos de control judicial: el control difuso constitucional y de la convencionalidad. Asimismo, el la resolución en relación al caso Radilla de la SCJN, así como el inicio de la décima época jurisprudencial, presagian un tiempo favorable para los derechos.

Finalmente como criterios orientadores a los jueces mexicanos provenientes de la jurisprudencia interamericana se tiene que: más allá del reconocimiento *ipso facto* de la violación al derecho a la no autoincriminación como consecuencia del sometimiento a tortura, destacan los mecanismos dirigidos a hacer eficaz estos derechos. Específicamente:

- **No dar aviso** al detenido sobre su derecho a no declarar, viola este derecho.
- Aunque una confesión esté ratificada ante autoridad distinta a la que se emitió, **si existe duda razonable de tortura, tratos crueles o inhumanos, el Estado está obligado a investigar** si existió o no tortura con la debida diligencia.
- Si el inculcado alega haber declarado o confesado bajo coacción, **el Estado tiene la carga de la prueba** de su carácter voluntario, so pena de ser desechada como prueba en el proceso.

Consecuentemente, frente a los argumentos del inculpado de haber declarado bajo coacción, los jueces mexicanos están obligados a traspasar la carga de la prueba de la «voluntariedad» de la declaración al ministerio público. En caso contrario, la declaración no podrá ser usada como prueba en juicio, en un sentido similar a lo resuelto en Miranda por la Corte americana.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

AHUMADA RUIZ, Marian, *La jurisdicción constitucional en Europa. Bases teóricas y políticas*, Madrid, Universidad de Navarra-Civitas, 2005.

BACIGALUPO, Enrique, *El debido proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005.

BARREDA SOLÓRZANO, Luis de la, *La lid contra la tortura*, México, Cal y Arena, 1995.

-----, "Una propuesta contra la tortura", en *Justicia Penal y Derechos Humanos*, México, Porrúa-CDHDF, 2da. Edición, 1998.

CÁRDENAS, Raúl F., *Sistema acusatorio y la prueba ilícita en la reforma constitucional de 2008*, México, Porrúa.

FERRAJOLI, Luigi; *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995.

FERRER, et al., *Estudios sobre la prueba*, México, Fontamara, 2008, Doctrina Jurídica Contemporánea.

FIX FIERRO, Héctor et al., *A la puerta de la ley*, México, Cal y Arena-CIDAC, 2000.

FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*, 2ª. ed. rev. y corr., México, Siglo XXI, 2009.

GONZÁLEZ COMPEÁN, Miguel y BAUER, Peter, *Jurisdicción y democracia. Los nuevos rumbos del Poder Judicial en México*, México, Cal y Arena, 2002, p. 274.

HALL, Kermit (ed.), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, Nueva York, Oxford University Press, 1992.

MAGALONI KERPEL, ANA LAURA, *El precedente constitucional*, Madrid, Mc Grow Hill, 2001.

RICHARD A., Leo y GEORGE C., Thomas III (eds.), *The Miranda Debate: Law, Justice and Policing*, Boston, Northeastern University Press, 1998.

RUBIO LLORENTE, Francisco, *La forma del poder (Escritos sobre la Constitución)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

STUART L. Gary, *Miranda: The Story of America's Right to Remain Silent*, The University of Arizona Press, 2008.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *Derecho Dúctil. Ley, derechos y justicia*, Madrid, Editorial Trotta, 10 ed., 2011.

Artículos

ALSCHULER W., Albert, "A Peculiar Privilege in Historical Perspective: The Right to Remain Silent", *Michigan Law Review*, vol. 94, n. 8, agosto, 1996.

AZAOLA, Elena, BERGMAN, Marcelo y MAGALONI, Ana Laura, *Delincuencia, Marginalidad y Desempeño Institucional. Resultados de la tercera encuesta a población en reclusión en el Distrito Federal y el Estado de México*, CIDE, DEJ, 2009.

-----, *Delincuencia, Marginalidad y Desempeño Institucional*, Resultados de la segunda encuesta a población en reclusión en el Distrito Federal y el Estado de México, CIDE, 2006.

-----, *Delincuencia, Marginalidad y Desempeño Institucional*, Resultados de la encuesta a población en reclusión tres entidades de la República Mexicana: Distrito Federal, Morelos y el Estado de México, CIDE, 2002.

BRAVO A., Nauhcatzin, "La protección del derecho en contra de la tortura y la autoincriminación en México y Estados Unidos", en *Perspectivas del Derecho en México: "Concurso Nacional de Ensayo Jurídico"*, IJ-UNAM, 2001.

CAFFERATA NORES, José, "Garantías y sistema constitucional", *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, Argentina, vol. I, n. 1, 2001.

CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, "La reforma y las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales", en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, IJ-UNAM, 2011.

CHIESA, Luis E., "Beyond Torture: The Nemo Tenetur Principle in Borderline Cases", *Pace Law Faculty Publications*, 2000, N° 642.

FARLAND GONZÁLEZ, Manuel Mac, "Las reformas constitucionales al amparo", *El mundo del Abogado*, México, junio de 2011.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, "El debido proceso. Concepto general y regulación en la convención americana sobre derechos humanos", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas- UNAM, México, núm. 117.

HELMHOLZ, Richard, "Origins of the Privilege Against Self-Incrimination: The Rule of the European *Ius commune*", *N.Y.U. Law Review*, vol. 65, 1990.

LANGBEIN, John H., *The Historical Origins of the Privilege Against Self-Incrimination at Common Law*, *Michigan Law Review*, vol. 92, 1994.

LEVY W., Leonard, *Origins of the Fifth Amendment: The Right Against Self-Incrimination*, 2da. ed., Nueva York, Macmillan, 1986.

LICONA Vázquez, Renee, "Evolution of the Right to Remain Silent in Mexico. Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare", PALAZZO Antonio (coord.), *Diritto e Processo*, Italia, Anuario giuridico dell'Università degli Studi di Perugia, n. 5/2006-2009.

MAC GREGOR FERRER, Eduardo, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad" en en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (coords.), *ibidem*, pp. 355 y 356.

MAGALONI KERPEL, Ana Laura, "¿Por qué la Suprema Corte no ha sido un instrumento para la defensa de derechos fundamentales?", México, *Documento de Trabajo 25*, DEJ, CIDE, 2007.

-----, *El Ministerio Público desde adentro*, México, Documento de Trabajo 42, DEJ, CIDE, 2009.

-----, *Arbitrariedad e ineficacia de la procuración de justicia: Dos caras de la misma moneda*, México, Documento de Trabajo 26, DEJ, CIDE, 2007.

MAGALONI, Ana Laura e IBARRA, Ana María, "La configuración jurisprudencial de los derechos fundamentales. El caso del derecho constitucional a una "defensa adecuada", *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 19, julio-diciembre, 2008.

MAGALONI KERPEL, Beatriz, "Enforcing the Autocratic Political Order and the Role of Courts: The Case of Mexico", en GINSBURG y MOUSTAFA, *Rule by Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*, 2008.

MOGLEN, Eben, *Taking the Fifth; Reconsidering the Origins of the Constitutional Privilege Against Self-Incrimination*, Michigan Law Review, vol. 92, 1992.

MUÑOZ CONDE, Francisco, "De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo", *Revista Penal*, España, n.23, enero, 2009.

PERÈZ CORREA, Catalina *et. al.*, Resultados de la Primera Encuesta realizada a Población Interna en Centros Federales de Readaptación Social, México, CIDE, 2012.

ROXIN, Claus, "Involuntary self-incrimination and the right to privacy in criminal proceedings", *Israel Law Review*, Jerusalem, Hebrew University Faculty of Law, vol. 31, n. 1-3, Winter-Summer, 1997.

SUÁREZ ÁVILA, Alberto Abad, "Is the Mexican Supreme Court Helping to Bring Toward about Democracy in México?: The Supreme Court's Attitude Toward Fundamental Rights (1995-2010)", *VIII Congress of the Internacional Association of Constitutional Law*, Workshop 16, "Constitutional principles and democratic transition", México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 9 de diciembre de 2010.

TEDESCO F., Ignacio, "La libertad de la declaración del imputado: un análisis histórico-comparativo", ponencia presentada en el seminario *Garantías penales y procesales penales. Una perspectiva histórico-comparada*, a cargo del Profesor Edmundo S. HENDLER, Departamento de Derecho Penal y Criminología, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, mayo, 2000.

WIGMORE, John, "Nemo Tenetur Seipsum Procere", *Harvard Law Review*, vol. 5, n. 2, mayo, 1891.

ZEPEDA LECUONA, Guillermo, *La policía mexicana dentro del proceso de reforma del sistema penal*, México, CIDAC, 2010.

Resoluciones judiciales

- *Corte interamericana de Derechos Humanos*

Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C, No. 216.

Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Serie C, No. 209.

Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C, No. 205.

Caso Bayarri vs. Argentina, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de octubre de 2008, Serie C, No. 187.

Caso López Álvarez vs. Honduras, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de febrero de 2006, Serie C, No. 141.

Caso Palamara Iribarne vs. Chile, Fondo Reparaciones y Costas, Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C, No. 135.

Caso Tibi vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 07 de septiembre de 2004, Serie C, No. 114.

Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de noviembre de 2003, Serie C, No. 103.

Caso Cantoral Benavides vs. Perú, Fondo, Sentencia de 18 de agosto de 2000, Serie C, No. 69.

Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C, No. 52.

- *España*

Sentencia 161/1997, de 2 de octubre de 1997. Cuestión de Inconstitucionalidad 4.198/1996, publicada en el Suplemento del Tribunal Constitucional del Boletín Oficial del Estado, núm. 260, 30 de octubre de 1997.

- *Argentina*

Sentencia a la causa N. 13.584 del Juzgado de Garantías N.1, Martín, Argentina, 23 de abril de 2008. Disponible en <http://new.pensamientopenal.com.ar/01052008/pereyra.pdf> (liga válida al 28 de noviembre de 2012)

- *Estados Unidos*

Griffin v. California, 380 U. S. 609 (1965).

Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966)

Jenkins v. Anderson, 447 U.S. 231 (1980).

Fletcher v. Weir, 455 U.S. 603 (1982).

- *México*

Ministro Arturo ZALDÍVAR en Amparo Directo 28/2010. Quejoso: DEMOS, Desarrollo de Medios, Sociedad Anónima de Capital Variable. Ministro ponente: Arturo ZALDÍVAR LELO DE LARREA. Proyecto de sentencia presentado en la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. VIII (mimeo).

Expediente Varios 489/2010 con motivo de la consulta a trámite formulada por el señor Ministro Guillermo I. ORTIZ MAYAGOITIA. Trámite y medidas que deben seguirse por el Poder Judicial de la Federación para atender una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Resolución del Pleno de la SCJN en el expediente varios 912/2010, relativo la instrucción ordenada por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la resolución de siete de septiembre de dos mil diez dictada en el expediente varios 489/2010, relacionado con la sentencia emitida el veintitrés de noviembre de dos mil nueve por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos, del 14 de julio de 2011, p. 34. Ponente: Margarita Beatriz LUNA RAMOS. Engrose: José Ramón COSSÍO DÍAZ. Secretarios: Raúl Manuel MEJÍA GARZA y Laura Patricia ROJAS ZAMUDIO.

Otros

Amnistía Internacional, “Autoridades judiciales deben tomar en cuenta pruebas de tortura”, *Declaración Pública AMR 41/083/2011*, Londres, 9 de diciembre de 2011, 1p.

Discurso de Venustiano CARRANZA frente al Congreso Constituyente de Querétaro al presentar su proyecto de Constitución Mexicana el 1ro. de diciembre de 1996.

Mensaje del señor ministro Juan N. SILVA MEZA ante el Tribunal Pleno de la Suprema Corte De Justicia de La Nación, con motivo de su primer informe de labores como Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal, México, el 15 de diciembre de 2011, pp. 7 y 26. El 4 de octubre de 2011, a través del Acuerdo General 9/2011 la Suprema Corte dio inicio a la Décima Época del Semanario Judicial de la Federación.

QUISPE FARFAN, Fany Soledad, *El derecho a la no autoincriminación y su aplicación en el Perú*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Escuela de Post-grado, Unidad de Post-grado en Derecho mención ciencias penales, tesis de post-grado, 2002.

ANEXO I

TABLA A. ABUSOS DE AUTORIDAD
(Gráficos 1, 2 y 3)

Tipo de autoridad	Lo amenazó o humilló			Lo golpeó o lastimó		
	2002	2005	2009	2002	2005	2009
Policía Preventiva	16%	17%	25%	24%	21%	27%
Policía Judicial	32%	29%	38%	41%	35%	38%
Ministerio Público	6%	9%	12%	3%	4%	5%
Juez	1%	2%	2.5%	1%	0%	0%
Total	55%	57%	77.5%	69%	60%	70%

Fuente: Encuestas a Población en Reclusión 2002, 2005 y 2009 del Centro de Investigación y Docencias Económicas, CIDE.

ANEXO II

Tesis aisladas y jurisprudencias que no tienen relación con el derecho a la no autoincriminación del inculcado con base al artículo 20, apartado A, fracción II. Se presentan por número de registro, ya que de esa manera es más fácil localizarlas en el sistema IUS de la Corte.

TABLA A. REGISTRO DE TESIS EXCLUIDAS EN EL PRIMER FILTRO.

Tema	Contenido	Tesis
Confesión	Criterios omitidos por pertenecer a materias diversas a la penal.	<p><i>Civiles y mercantiles:</i> 160334, 162018, 162186, 162409, 164423, 165304, 166202, 166714, 167289, 169919, 167029, 168872, 180380, 200893, 162626, 163034, 167955, 169920, 171092, 173354, 173355, 174121, 173074, 173865, 175999, 176354 178221, 179317, 181172, 181594, 182008, 185582, 185797, 185796, 187584, 193192, 194347, 194420, 195127, 196004, 196698, 199096, 203242, 203972, 163697, 173398, 178748, 191778, 196325, 201885, 162636, 166592, 167547, 167954, 171785, 173803, 174770, 176353, 177341, 179015, 179968, 181593, 183883, 185470, 186171, 187632, 195437, 195886, 196857, 201558, 202182, 180176, 181384, 183884, 184190, 184189, 184679, 184877, 184932, 185424, 186801, 187267, 187726, 188012, 188271, 188067, 190860, 191479, 191801, 193631, 197157, 198009, 199286, 199288, 199842, 200094, 201111, 203971, 204713, 204444, 204446, 205195, 204239.</p> <p><i>Laborales:</i>161891, 164125, 164452, 165851, 166715, 168705, 169460, 169742, 169719, 171684, 173188, 174769, 174754, 175141, 175076, 176543, 178504, 179359, 179222, 179637, 181364, 181765, 183847, 183977, 184191, 184931, 184933, 185221, 185103, 185102, 185220, 185910, 186626, 186800, 187585, 187748, 188520, 188658, 188863, 189157, 190376, 190533, 190402, 190442, 191633, 193362, 193639, 195081, 195222, 195542, 197529, 198234, 198528, 199606, 199872, 199923, 201364, 201365, 202031, 202624, 202625, 202939, 204878, 204947, 202907, 204447, 203149. <i>Contenciosas:</i> 169921, 172803.</p> <p><i>Fiscales:</i> 176000, 179077.</p> <p><i>Agrarias:</i> 191166, 195987.</p>
Intimidación	Intimidación como agravante del delito de robo.	199748.
Negativa a declarar	Negativa del MP a declarar el ejercicio de la acción penal.	168073.
	La negativa del ocupante en el cateo, no conlleva declarar la invalidez de éste.	168190.
Tortura	Relación excluyente	181639, 190051.

	entre el delito de tortura y los delitos de abuso de autoridad y ejercicio indebido de un derecho.	
--	--	--

TABLA B. TESIS EXCLUIDAS POR VOZ Y ÓRGANO EMISOR (PRIMER FILTRO)

Voz	Órgano emisor	Resultados totales	Excluidas	Restantes
Confesión	TCC	208	160	48
		100%	76.9%	23.1%
	Primera Sala	14	9	5
		100%	64.2%	35.7%
	Pleno	2	2	0
100%		100%	0%	
Total	224	171	53	
		100%	76.3%	23.7%
Intimidación	TCC	2	1	1
		100%	50%	50%
	Primera Sala	0	0	0
		0%	0%	0%
	Pleno	0	0	0
0%		0%	0%	
Total	2	1	1	
		100%	50%	50%
Incomunicación	TCC	1	0	1
		100%	0%	100%
	Primera Sala	0	0	0
		0%	0%	0%
	Pleno	0	0	0
0%		0%	0%	
Total	1	0	1	
		100%	0%	100%
Negativa a declarar	TCC	3	2	1
		100%	66.7%	100%
	Primera Sala	1	0	1
		0%	0%	100%
	Pleno	1	1	0
100%		100%	0%	
Total	5	3	2	
		100%	60%	40%
Tortura	TCC	2	2	0
		100%	100%	0%
	Primera Sala	2	0	2
100%		0%	100%	

	Pleno	0	0	0
		0%	0%	0%
	Total	4	2	2
		100%	50%	50%
Autoincriminación	TCC	3	0	3
		100%	0%	100%
	Primera Sala	3	0	3
		100%	0%	100%
	Pleno	1	0	1
		0%	0%	100%
Total	7	0	7	
	100%	0%	100%	
Total	TCC	220	165	55
		100%	75.1%	34.9%
	Primera Sala	20	9	11
		100%	45%	55%
	Pleno	4	3	1
		100%	75%	25%
	Total	244	177	67
		100%	72.8%	26.8%

TABLA C. TESIS CON LA VOZ CONFESIÓN POR TEMA.

Justificación	Tesis asiladas			Tesis jurisprudenciales			Total
	Pleno	Primera Sala	TCC	Pleno	Primera Sala	TCC	
Efectos de la confesión en la reducción de la pena	-	-	161777, 162001, 171510, 177602, 183429, 193553, 199042, 201210, 205042	-	188554, 198727	161122, 190586	
	0	0	9	0	2	2	13
Individualización de la pena	-	-	163378, 174448, 186500, 187371	-	-	166941	
	0	0	4	0	0	1	5
Valor probatorio	-	176335	167956, 168153, 170367, 176710, 183114, 183586, 189576, 193215, 199287, 201363, 201110, 200889, 176577	-	178503	169020, 201049, 193216, 204877,	
	-	1	13	-	1	4	19
Confesión divisible/calificada	-	-	169536, 173590, 173591, 181174, 183587*, 194417, 166008, 175123**, 175122**	-	164364	179638, 182699, 176001	

			6		1	3	10
Control judicial de la confesión	-	-	161393	-	-	-	1
Confesión tácita	-	-	198010	-	-	-	1
Confesión por sí sola no determina la competencia territorial	-	-	163206	-	-	-	1
Total	0	1	35	0	4	10	50

**Tesis eliminada en el análisis cuantitativo debido a que dicho criterio aislado actualmente constituye jurisprudencia, y es éste criterio el que se incluyó en el conteo. **Tesis omitidas en el análisis cuantitativo dado que han quedado sin efectos a través de la Contradicción de Tesis 379/2009.*

Tabla D. AUTOINCRIMINACIÓN

Justificación	Tesis asiladas			Tesis jurisprudenciales			Total
	Pleno	Primera Sala	TCC	Pleno	Primera Sala	TCC	
A no presentar pruebas en su contra	-	-	168440	-	-	-	1
El silencio no puede ser un indicio de culpabilidad	-	179607	169880	-	-	-	2
A no declarar o al silencio	186272	179608	174934	-	180845	-	4
Total	1	2	3	0	1	0	7

ANEXO III

TABLA A. CASOS DE LA CIDH EN RELACIÓN AL DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN.

Caso	Hechos	Resolución	Argumentos CIDH
Castillo Petruzzi y Otros vs. Perú (1999)	Intimidación (exhortación para decir la verdad en sus declaraciones)	No hubo violación del derecho 8.3.	<ul style="list-style-type: none"> • La exhortación no implicó la amenaza de alguna consecuencia jurídica por no decir la verdad • Tampoco se probó que se les hubiese requerido rendir juramento o formular promesa de decir la verdad
Cantoral Benavides vs. Perú (2000)	Incomunicación en un contexto de detención arbitraria	Violación a los art. 8.2 y 8.3	<ul style="list-style-type: none"> • Las agresiones y malos tratos con la finalidad de autoinculparlo fue tortura
Maritza Urrutia vs. Guatemala (2004)	Incomunicación en un contexto de detención arbitraria	Violación a los art. 8.2 y 8.3	<ul style="list-style-type: none"> • Las agresiones y malos tratos con la finalidad de autoinculparlo fue tortura • El DND protege a la persona en cualquier caso donde se pueda tener un efecto desfavorable en su situación jurídica.
Tibi vs. Ecuador (2004)	Tortura	Violación a los art. 8.2 y 8.3	La tortura lleva en sí misma la violación del DND
Palamara vs. Chile (2005)	Falta de aviso del DND	Violación al art. 8.2	No se informó el DND a la víctima
López Álvarez vs. Honduras (2006)	Tortura	Violación a los art. 8.2 y 8.3	La tortura lleva en sí misma la violación del DND
Bayari vs. Argentina (2008)	Tortura	Violación a los art. 8.2 y 8.3	La tortura lleva en sí misma la violación del DND
Cabrera García y Montiel Flores vs. México	Tortura	Violación a los art. 8.2 y 8.3	La tortura lleva en sí misma la violación del DND