**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO**

**PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO**

**FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ARAGÓN**

(ÁREA PENAL).

# ESTUDIO DEÓNTICO DE LA ACTIVIDAD INVESTIGADORA MINISTERIAL EN EL PROCEDIMIENTO PENAL ACUSATORIO.

**T E S I S**

QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE :

MAESTRO EN DERECHO

**P R E S E N T A:**

**LIC. FERNANDA MIRIAM LÓPEZ VIVAS.**

**ASESOR:**

DR. BERNABÉ LUNA RAMOS.

*ADSCRITO A LA FACULTAD DE ESTUDIO SUPERIORES ARAGÓN*

Cd. Nezahualcoyotl, Edo. de México ABRIL 2017

Universidad Nacional Autónoma de México
UNAM
Biblioteca Central
Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**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.

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO**

**FES ARAGÓN**

FES Aragón

**Este trabajo esta dedicado a todos esos seres que permitieron que mi sueño fuera posible:**

**JEHOVÁ:**

Mi fortaleza, es el ser que me ha regalado mi existencia, el que está ahí y me muestra que aunque existan circunstancias malas, tan bien hay buenas y por ello vale la pena vivir y luchar por mis sueños, que las caídas solo nos hacen más fuertes ante todo.

**A MIS PADRES: ANA Y FERNANDO.**

Mi segunda fortaleza, gracias por estar a mi lado, día a día, por ser mi apoyo principal, por impulsarme a ser mejor siempre, porque cada logro mío es también de ustedes, esperando estén orgullosos de mi como lo estoy de ustedes.

**MI FAMILIA: MIS HERMANAS, SOBRINOS Y CUÑADOS.**

Porque ustedes son una parte importante de mí, me han enseñado muchas cosas maravillosas, gracias a esas risas que son el aliento de cada día, y porque cada uno de ustedes es un ser especial para mí.

**A MI TUTOR: DR BERNABÉ LUNA RAMOS.**

Por regalarme su experiencia y sabiduría en este trabajo.

**A MI ESCUELA: FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ARAGÓN.**

Por acogerme como una madre, regalándome su sabiduría, por todos esos docentes que la conforman que nos regalan esas experiencias de conocimiento, ¡Gracias!.

**POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU, ¡GOYA!, ¡GOYA!, ¡CACHÚN, CACHÚN, RA, RA!, ¡CACHÚN, CACHÚN, RA, RA!, ¡GOYA!, ¡UNIVERSIDAD!**

# I N D I C E

**INTRODUCCIÓN**- - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - 5

**CAPITULO 1. EL MINISTERIO PÚBLICO EN EL ENTORNO SOCIAL**…….……7

1.1 PRINCIPIOS ÉTICOS Y JURÍDICOS DEL MINISTERIO PÚBLICO……9
1.2 RELACIÓN DE LA ÉTICA CON LA CONDUCTA HUMANA
EN SU ENTORNO JURÍDICO. ……..…..25
1.3 LA ÉTICA A MANERA DE CONDUCTA…….……...26
1.4 LA MORAL, A MANERA DE CONDUCTA……...36
1.5 LOS VALORES ÉTICOS Y LA DIGNIDAD HUMANA……44
1.6 LA JUSTICIA COMO VALOR……..47

**CAPITULO 2. VIOLACIONES A DERECHOS HUMANOS COMETIDAS POR EL MINISTERIO PÚBLICO**……54
2.1 LA ACTUACIÓN FÁCTICA DEL MINISTERIO PÚBLICO……..…….54
2.2 ENTRE EL DERECHO Y MORAL, PROTOCOLOS
DE ACTUACIÓN EN INVESTIGACIÓN…….……..….63
2.3 ACTUACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO AL CONOCER
LA NOTICIA CRIMINAL……..….66
2.4 ACTUACIÓN MINISTERIAL RESPECTO AL IMPUTADO
AL CONOCER LA NOTICIA CRIMINAL…….….…88
2.5 ACTUACIÓN MINISTERIAL RESPECTO A LOS TESTIGOS
AL CONOCER LA NOTICIA CRIMINAL…….…..92
2.6 ACTIVIDAD MINISTERIAL RESPECTO AL CONTEXTO
DE LA NOTICIA CRIMINAL……....98
2.7 ACTIVIDAD MINISTERIAL RESPECTO AL TIEMPO, MODO Y
LUGAR DE LOS HECHOS DENUNCIADOS……107
2.8 ACTIVIDAD MINISTERIAL RESPECTO A LA
DETENCIÓN DEL INVESTIGADO…….……...110

**CAPITULO 3. APLICACIÓN FÁCTICA DEL DERECHO PENAL POR EL MINISTERIO PÚBLICO**……..……125

3.1. LA NORMA JURÍDICA COMO PRESUPUESTO DE APLICACIÓN…...125
3.2 CLASIFICACIÓN JURÍDICA MINISTERIAL Y
PRISIÓN PREVENTIVA…….….132
3.3 PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA, EL PAPEL MINISTERIAL…….…..135
3.4 CLASIFICACIÓN MINISTERIAL DE LOS HECHOS
Y RIESGOS SOCIALES…….140
3.5 LA POLICÍA Y SU ACTUACIÓN EN LA INVESTIGACIÓN……..…..146

**CAPITULO 4. SOLUCIÓN A LAS PRÁCTICAS INADECUADAS DE LOS MINISTERIOS PÚBLICOS A TRAVÉS DE LA JUSTICIA ALTERNATIVA.**……. . . ……. 155
4.1 LA JUSTICIA ALTERNATIVA EN MÉXICO……... 156
4.2 FORMA ÉTICA DE LOGRAR LA JUSTICIA ALTERNATIVA…….167
4.3 LA MEDIACIÓN DENTRO DE LA JUSTICIA ALTERNATIVA……170
4.4 LA CONCILIACIÓN DENTRO DE LA JUSTICIA ALTERNATIVA……..…174
4.5 LA JUSTICIA ALTERNATIVA COMO SOLUCIÓN……179

**CONCLUSIONES**……..….. 187

**FUENTES CONSULTADAS**……..…….188

# I N T R O D U C C I Ó N.

Con esta investigación explicaré y analizaré desde la ética deóntica, los problemas que surgen de la aplicación del sistema penal por parte de los Agentes de Ministerio Publico y concluyo con una propuesta, pues es sabido que el derecho penal mexicano (tanto adjetivo como sustantivo) es un conjunto de normas jurídicas que regulan la conducta de los seres humanos en una determinada sociedad y que dependiendo a su forma de vida, moral y costumbre es diferente; pues bien, desde mi punto de vista, el derecho es cuasi-perfecto, porque se va adecuando a las necesidades de la sociedad, va cambiando y mutando dependiendo las nuevas necesidades.

Existe una diferencia muy grande en que el derecho penal se esté adecuando, a que en verdad sea eficiente, vivimos en un mundo que cambia de paradigmas constantemente, a través de los años, lo que en el pasado era irracional e irreverente con el paso de los años se convierten en algo verdaderamente extraordinario y así lo es en el derecho, también las leyes en nuestro país han sido modificadas constantemente, nuestra Carta Magna, y demás ordenamientos se han ido ajustando a nuestras nuevas vidas.

Así como la delincuencia se actualiza y se describen nuevos tipos penales, también se actualizan nuestras leyes e instituciones ¿Pero qué sucede? Si las leyes se actualizan día a día para ser más eficientes y se ajusten a las necesidades diarias, ¿Por qué aun no funcionan como deberían?, la respuesta la encontramos en la aplicación de las mismas. Lo pernicioso que causa la corrupción del sistema procedimental penal mexicano no está en su esencia como tal, sino en que los encargados de operar el derecho incurren en prácticas que hacen que la norma no se cumpla con su espíritu, sino se adapte a intereses particulares.

Las prácticas a las que me refiero parten desde un mal ejercicio de funciones por los agentes del Ministerio Público, pues éstos deben brindar un

excelente servicio a los ciudadanos, ya que representan los intereses de la sociedad, sin embargo, existe la corrupción, que se configura con el mal uso del derecho, la falta de capacitación, el desinterés de las autoridades, el tráfico de influencias y el cohecho, pues la aplicación de la norma, la mayor parte de las veces es bien intencionada, pero ineficaz por falta de conocimiento y pericia jurídica; sin descargar a la corrupción entendida como el ánimo doloso de dañar a alguien.

La actualidad nos ofrece el cambiar de paradigma y comenzar un nuevo capítulo con la entrada del sistema penal acusatorio que fija al Ministerio Público un deber de objetividad. El éxito de este sistema radica en la capacitación jurídica de los operarios y el abandono de los vicios del pasado, porque ante la corrupción, no puede existir ningún sistema jurídico que funcione, aunque en el texto sea perfecto.

Estudiare varias prácticas en la realidad social, en el ámbito procesal y desde la ética profesional, pues ambas ciencias normativas deben ser descritas para comprender los alcances de la ley y los principios que rigen la actividad ministerial en la etapa de investigación, la que consideramos el cimiento del procedimiento penal acusatorio, en virtud, de que la labor investigadora, y posteriormente, probatoria, recae esencialmente sobre la institución ministerial como sistema.

Concluyo estableciendo que los únicos caminos eficientes para adecuar la actividad fáctica ministerial con los objetivos y finalidades del sistema acusatorio se lograrán mediante la maximización de la justicia alternativa y la capacitación de los operadores que intervienen en el campo de la ética y lo moralmente aceptable.

## CAPITULO 1. EL MINISTERIO PÚBLICO EN EL ENTORNO SOCIAL.

Para iniciar a desarrollar la investigación es necesario señalar la definición de Ministerio Público, los estudios coinciden que el ministerio publico tuvo orígenes en la organización jurídica de Grecia y Roma ; pero otros le otorgan al derecho Francés la paternidad de la institución, el antecedente más remoto lo encontramos en Grecia en la figura de Arconte, magistrado que intervenía en los juicios en representación del ofendido y sus familiares; en Roma los funcionarios denominados “Judices questiones”, tenían la actividad semejante al Ministerio Publico por cuanto estaban facultados para comprobar los hechos delictivos, pero sus atribuciones características eran puramente jurisdiccionales .

En razón de que en la baja Edad Media la acusación por parte del ofendido o de sus familiares decayó en forma notable , surgió un procedimiento de oficio o por pesquisa que dio origen a lo que hoy llamamos Ministerio Publico, aunque con funciones limitadas, siendo la principales de ellas el perseguir los delitos y hacer efectivas las multas y las confiscaciones decretadas como consecuencia de una pena; más tarde a mediados del siglo XIV el ministerio publico interviene de forma abierta en los juicios del orden penal.

Ministerio publico.-: es un órgano público, el cual representa los intereses de la sociedad, mediante el ejercicio de las facultades de dirección de la investigación de los hechos que revisten los caracteres de delito, su función principal es la defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y de los intereses públicos; la representación de la sociedad en juicio, para los efectos de defender a la familia, a los menores e incapaces y el interés social para velar por la moral pública, la persecución del delito y la reparación civil.

Según el Artículo 127 del Código Nacional de Procedimientos Penales nos dice que le compete al Ministerio Publico conducir la investigación, coordinar a las policías y a los servicios periciales durante la investigación, resolver sobre el ejercicio de la acción penal en la forma establecida por la ley y, en su caso, ordenar las diligencias pertinentes y útiles para demostrar, o no, la existencia del delito y la responsabilidad de quien lo cometió o participo en su comisión.

Según el Artículo 131 del Código Nacional de Procedimientos Penales nos hace regencia de las obligaciones del Ministerio Publico, las cuales mencionaré algunas a manera de análisis:

I. Vigilar que toda investigación de los delitos se cumpla con forme a los derechos humanos reconocidos en la constitución y Tratados.
II. Recibir denuncias o querellas que se presenten en forma oral sobre hechos que pueden constituir delito.
III. Ejercer la conducción y el mando de la investigación de los delitos.
IV. Ordenar y supervisar la aplicación y ejecución de medidas necesarias para impedir se pierdan o destruyan los indicios una vez que se tenga la noticia del mismo.
V. Iniciar la investigación correspondiente cuando así proceda y, ordenar la recolección de medios de prueba.
VI. Ordenar a las policías y a sus auxiliares para la práctica de actos de investigación.
VII. Ejercer la acción penal cuando proceda.

Pues bien, la función del Ministerio Publico es vigilar el orden público a través de la investigación de delitos y el encargado de ejercer la acción penal, así como cuidar que no sean violentados los derechos fundamentales de los ciudadanos, de lo cual en la práctica no es así; ya que gracias a la corrupción que impera en la actualidad las víctimas son re victimizadas debido a que en la

practica el ministerio público es corrupto y muchas veces pide dinero a cambio de hacer su trabajo, siendo que ya tiene un sueldo decoroso para hacerlo, pero está claro que el hombre no tiene forma de saciarse entre más tiene más quiere, por ello sigo con la idea de que la ley no está mal si no la aplicación de la misma, en muy enriquecedor y alentador leer que es el ministerio Publico, sus funciones y demás, pues es una figura muy prometedora y alentadora para el combate a la delincuencia, pero cuando esta figura se convierte en parte de ello solo es un retroceso a la sociedad, porque así como los reclusorios son el espejo de la conducta de la sociedad todo parte desde este inicio de investigación pues es una cadena de corrupción, que va poco a poco deteriorando el bien común, así cambiemos de sistemas mientras no se aplique como debe nada cambiara.

## 1.1 PRINCIPIOS ÉTICOS Y JURÍDICOS DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El sistema acusatorio "Es considerado como la forma primitiva de los juicios criminales, debido a que, históricamente mientras prevaleció el interés privado, sólo se iniciaba el juicio previa acusación del ofendido o de sus familiares; después, tal atribución se delegó a la sociedad en general"[1], él surgió desde la más remota antigüedad, pues la discusión era sometida a un tercero imparcial, que por lo regular era el jefe tribal o el sacerdote, el procedimiento era ritualista por excelencia, idea que se conservó en el derecho romano antiguo, pues "las partes alegan los argumentos que a sus intereses convengan, y una vez que el magistrado concede y admite la acción, las partes realizan una serie de pantomimas –formalismos orales y solemnes invocando a los testigos que las han presenciado para que después puedan dar testimonio al juez […]"[2], además, el juicio ante el juzgador se tramitaba en forma totalmente oral, ello debido a que la mayoría de la población no sabía leer ni escribir, por lo que las

[1] COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, Derecho mexicano de procedimientos penales, 18ª ed., Editorial Porrúa, México, 2001, p. 88.

[2] BRAVO GONZÁLEZ, Agustín y Beatriz Bravo Valdéz, Derecho romano, 27ª ed., editorial Porrúa, México, 2010, p. 273.

actuaciones debían ser registradas en la memoria de los intervinientes, quienes además, controlaban en desenvolvimiento moral y ético del juzgador.

En nuestro moderno sistema acusatorio mexicano, aparecen varios de los principios de la antigüedad procesal romana, como lo es el principio de publicidad, que se encuentra contemplado en el artículo 20 constitucional primer párrafo, mientras que en ese mismo ordinal, pero en su apartado A, fracción X, se establece que esos principios serán aplicables en las audiencias preliminares del juicio. Ante ello cabe hacer una reflexión, el Ministerio Público comienza su actuación en el procedimiento, mientras que las audiencias serán desarrolladas, por regla general, durante el proceso, es decir, el principio de publicidad no rige la actuación investigadora del Ministerio Público.

Debemos describir lo que entendemos por Ministerio Público en el sistema procedimental acusatorio mexicano, pues él ha nacido esencialmente desde que el sistema inquisitivo desplazó a la víctima u ofendido, momento que comenzó desde la Roma Imperial cuyos procesos ya presentaban matices inquisitivos, pero que se perfeccionó en la Edad Media, en estos sistemas la acusación ya no recaía en la víctima, sino que caía en la Ciudad o el Estado, quien actuaba de forma secreta, en primer momento, la justicia se encomendó a un juez o magistrado, que ejercitaba las funciones de acusador, defensa y juzgador (juez y parte) al mismo tiempo; ante lo complejo de tal sistema, se separó la función acusadora que se encomendó a un fiscal, pero que formaba parte de los tribunales.

Los sistemas mixtos han vuelto a reconocer la intervención procesal a la víctima, sin embargo, la fiscalía y la acusación recae en el Ministerio Público, que presenta ya independencia del poder judicial y autonomía patrimonial y de gestión con respecto al poder ejecutivo. A ello se nos complementa que el Ministerio Público:

> “Es la institución unitaria y jerárquica dependiente del organismo ejecutivo, que pone como funciones esenciales las de persecución de los delitos y el ejercicio de la acción penal; intervención en otros procedimientos judiciales para la defensa de intereses sociales, de

ausentes, menores e incapacitados, finalmente, como consultor y asesor de jueces y tribunales.

En los aa. 21 y 102 de la C vigente, del 5 de febrero de 1917, se advierten varios cambios en la institución del M. P., en virtud de que se le desvinculó del juez de instrucción[3]."

Al respecto es de aclarar, que anteriormente a la Reforma Constitucional de 18 de junio de 2008 se le encomendaba al Ministerio Público la función de persecución de los delitos, lo que implicaba la necesidad de acusar indiscriminadamente y ejercitar acciones penales que eran notoriamente incoherentes[4]. Por lo que al reformarse la Constitución en el mismo precepto se establece:

"**Artículo 21.** La investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquél en el ejercicio de esta función.

El ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al Ministerio Público. La ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial."

Por lo que la misión ministerial no era ya propiamente la persecución de los delitos, sino, su investigación, el descubrimiento de la verdad sobre los hechos, lo que le ha dotado de un criterio de objetividad.

Sin embargo, la Reforma Constitucional publicada el 10 de febrero de 2014, retorna al antiguo criterio, al encomendar en el artículo 102

---

[3] FLORES ÁVALOS, Elvia Lucía coord., Diccionario jurídico mexicano, edición histórica, Editorial Porrúa- Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, tomo I-O, México, 2011, p. 2523.

[4] *Cfr*. HERNÁNDEZ, Roberto, Documental sobre las deficiencias del sistema penitenciario mexicano, 2012, México, División de Estudios Jurídicos del Centro de Investigación y Docencia Económicas, A. C. (CIDE), mm. 2-3.

constitucional, apartado A, la función ministerial de perseguir los delitos, la que expresa:

> "Corresponde al Ministerio Público de la Federación la persecución, ante los tribunales, de todos los delitos del orden federal; y, por lo mismo, solicitará las medidas cautelares contra los imputados; buscará y presentará las pruebas que acrediten la participación de éstos en hechos que las leyes señalen como delito; procurará que los juicios federales en materia penal se sigan con toda regularidad para que la impartición de justicia sea pronta y expedita; pedirá la aplicación de las penas, e intervendrá en todos los asuntos que la ley determine."

Lo que implica una puerta de entrada a todos los abusos del pasado cometidos por los agentes ministerial, por virtud de que tienen la misión específica de presentar pruebas que acrediten la participación de los acusados en el delito y pedirá la aplicación de penas correspondientes, por lo que se desnaturaliza su función objetiva de encontrar la verdad, ya sea aportando pruebas de cargo o de descargo.

En ese sentido de ideas, es dable señalar que el Ministerio Público es una función, una institución jurídica, que recae en manos del Fiscal, pero, la investigación y prosecución procedimental será efectuada por el agente del Ministerio Público, quien es una persona física a la que se le encomienda representar a la institución (y a la sociedad) en los actos del procedimiento. A sustento de lo dicho se apunta que es la:

> "Institución jurídica estatal, que tiene como función primordial, la investigación y persecución de los delitos desde el momento que tiene conocimiento del hecho ilícito punible. /Institución con facultad de promover la acción procesal penal, con la finalidad de proteger los

> derechos de los ciudadanos, lesionados en su esfera jurídica, además de satisfacer el interés público de la sociedad”[5].

Por tanto, concluimos que el Ministerio Público es una función, y en el campo jurídico, ella tiene los ideales más altos, como los de proteger a la sociedad y procurar justicia, pero, que los vicios de la aplicación del derecho no corresponden a la institución o a la función, sino, a sus operadores, a los agentes del Ministerio Público quienes la desarrollan de manera vituperable.

Entendiendo la concepción de lo que es el Ministerio Público y del agente ministerial quien es el operador fáctico de esa institución, señalamos que la mala aplicación de derecho es un problema importante, un mal mayor del que tenemos conocimiento.

El derecho se hace en base a las necesidades y para las mejoras de una sana convivencia, la aplicación sana y transparente quitaría muchos vicios de corrupción, un ejemplo muy frecuente es la mala aplicación del derecho por parte de los Ministerios Públicos, en donde en vez de ejercitar la acción penal y procurar la justicia, procuran lograr beneficios económicos, siendo ello un menudo problema entre el derecho, la moral y la ética. El derecho es:

> “(un sistema) normativo. Lo es en dos sentidos: a) se compone de normas o requerimientos de conducta formulables (lingüísticamente); b) prescribe (guía) y evalúa la conducta humana.
>
> Es importante subrayar que las normas jurídicas, además de guiar la conducta de los destinatarios, guía la acción de los órganos aplicadores del derecho, los cuales deciden (y justifican sus decisiones) haciendo uso del derecho aplicable a la controversia. Guiando normativamente el comportamiento del derecho busca realizar diversos propósitos sociales.

---

[5] POLANCO BRAGA, Elías, Nuevo diccionario del sistema procesal penal acusatorio, juicio oral, 2ª ed., Editorial Porrúa, México, 2015, pp. 205-206.

El derecho es un orden coactivo."[6]

En cuanto que la ética es también un orden normativo, pero, es diferenciado por el derecho en que no precisamente puede constar por escrito, además, de que carece de la coactividad, sin embargo, ambas coinciden en ser un fenómeno razonado de la conducta que busca el bien, es la:

> "Fundamentación teórica de uno u otro sistema moral, de tal o cual comprensión del bien y el mal, de la justificación del bien y el mal, de la justicia, del deber, la conciencia, la felicidad y el sentido de la vida. En cuanto teoría de la moral, la ética comienza a formarse en la más remota antigüedad. Desde sus inicios es una parte integrante de la filosofía, de la ciencia filosófica, dado que la solución de sus problemas fundamentales, por ejemplo, el de la determinación (condicionalidad) de los actos, el de la conducta del individuo, depende de una orientación ideológica general"[7].

Por lo que entendemos que la ética es el razonamiento propio derivado de la conciencia sobre lo que individualmente se considera como bueno o malo, la forma correcta de actuar, al respecto, aclaramos, la ética y el derecho son fenómenos sociales, porque su creación depende del momento y las necesidades sociales, sin embargo, el derecho es de observancia general y obligatoria, además de coactiva, mientras que la ética es propia de los seres racionales, ello no es obstáculo de que tanto la norma ética como la jurídica tengan el mismo contenido, la importancia de la ética como fenómeno radica en que el derecho es insuficiente para normar la totalidad de los actos humanos, es imposible codificar cada posible situación en una norma jurídica, por tanto, para la correcta aplicación del derecho, es necesario que sus operadores sean seres éticos, que reflexionen sobre la forma correcta de adecuarlo.

---

[6] FLORES ÁVALOS, *op. cit.*, tomo D-H, pp. 1097-1098.

[7] BLAUBERG, I., Diccionario de filosofía, traducción de Alejandro Méndez García, Ediciones Quinto Sol, México, 2014, p. 118.

La ética y el derecho son fenómenos sociales y su estudio es científico, por el contrario, la moral no es un estudio, es sólo el fenómeno de lo que se entiende por bueno o malo, justo o injusto de forma irreflexiva, la moral "A diferencia del derecho que tiene que ver también con la esfera de las interrelaciones humanas, aunque se apoya en la coerción por parte del Estado, la moral se finca en la fuerza de la opinión pública y habitualmente es observada a base del convencimiento"[8].

Ante todo ello, concluyo que el agente ministerial debe ser un ser reflexivo, ético, que entienda el espíritu de la ley, que la estudie de forma sistemática, o en el peor de los casos, por lo menos que sea un individuo moral, ya que de no ser ni moral ni ético, la aplicación de la norma jurídica siempre será imperfecta, e incluso, perversa. Pues el interés subjetivo del operador procedimental desplazará el interés superior colectivo. A ello se nos ilustra con que:

> "La subjetividad de este modo para sí infinita de la libertad constituye el principio del punto de vista moral.
>
> Si revisamos más cerca los momentos a través de los cuales el concepto de libertad se despliega, desde el momento primeramente abstracto hasta el de la determinidad de la voluntad que se refiere a sí misma, por lo tanto, hasta la autodeterminación de la subjetividad.
>
> La acción, además, en cuanto trasladada en una existencia concreta que según su contexto se desarrolla en la necesidad externa en todos los aspectos, tiene múltiples consecuencias. Las consecuencias como, la figura cuya alma es el fin de la acción, son lo suyo (lo perteneciente a la acción), pero a la vez, en tanto que fin puesto en la exterioridad, la acción está entregada a los poderes exteriores, que la vinculan a algo completamente diferente de lo que ella es para sí y la envuelven en

[8] *Ibidem*, p. 238.

consecuencias ajenas y lejanas. Es así mismo el derecho de la voluntad imputarse sólo lo primero, pues es lo único que está en su propósito”[9].

Trayendo como consecuencia del mal obrar, que el sistema procesal queda sujeto a poder externo de la mala aplicación y descontento social. Por ello es que se ha integrado en diversos cuerpos normativos los principios éticos mínimos para un correcto desarrollo de la actividad ministerial, sirva de ejemplo el artículo 1, segundo párrafo de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal que reza:

> “Para el despacho de los asuntos que competen al Ministerio Público, la actuación de la Procuraduría se regirá por los principios de legalidad, certeza, eficacia, eficiencia, honradez, imparcialidad, lealtad, legalidad, objetividad, profesionalismo y transparencia”.

Principios que analizamos y comentamos, en base a su significado lingüístico[10] de la siguiente forma:

- Certeza. “conocimiento claro y certero de algo, firme adhesión de la mente a algo conocible, sin temor de errar”: es decir, el agente ministerial debe actuar para buscar la certeza sobre un hecho delictivo que ha acontecido en el pasado, por lo que él no pudo observarlo, mucho menos la institución de procuración de justicia, por lo que debe obtener el máximo convencimiento posible que le permite formular el ejercicio de la acción penal, por lo tanto, su actuar será para conocer la verdad de un hecho pasado así como obtener convencimiento propio como institución de su ilicitud penal y la atribuibilidad a un sujeto o sujetos específicos; por otra parte, siempre su actuar debe ser apegado

[9] HEGEL, Georg Wilhem, Líneas fundamentales de la filosofía del derecho, Editorial Gredos, España, 2010, tomo II, Biblioteca de Grandes Pensadores, pp. 114 y 124.

[10] REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la lengua española, 22ª ed., Espasa, España, 2012, tomos a/g y h/z.

a la norma y a la certeza, de modo que no emita determinaciones a capricho, evitando dejar en indefensión tanto a la víctima u ofendido, como al mismo investigado.

- Eficacia. "capacidad de lograr el efecto que se desea o espera", por lo que a nuestro estudio, el efecto es que se cumplan con los objetivos del proceso penal acusatorio, los que se encuentran descritos en el artículo 20 constitucional, apartado A, los que podemos resumir en que la víctima sea restituida en el goce de su bien jurídico violado y se le repare el daño, así como que la sociedad se encuentre protegida contra el autoritarismo, a lo que se apunta que:

> "El sistema acusatorio, con base en la reforma constitucional, busca erradicar el autoritarismo con el que se quiere gobernar, teniendo como apoyo al código penal en la mano, aplicando la amenaza de la pena que en él se contiene, características del sistema inquisitivo; en contraste, el sistema acusatorio, con tinte democrático y de contenido garantista , al reconocer los derechos y garantías del inculpado y de la víctima, además exige pruebas pertinentes y convincentes desde que el Estado interviene en el procedimiento penal, porque se debe velar por las libertades de los individuos."[11]

A lo que concluimos que la eficacia en la actividad ministerial debe traducirse en un respeto y promoción de las libertades y derechos de los ciudadanos y la sociedad como ente difuso.

- Eficiencia. Es la "capacidad de disponer de algo o de alguien para conseguir el efecto deseado"; por lo que al caso es de señalar que el agente del Ministerio Público debe cumplir con la tarea de la función ministerial, representar a la sociedad e investigar los hechos ilícitos para

[11] POLANCO BRAGA, Elías, Procedimiento penal nacional acusatorio y oral, Editorial Porrúa, México, 2015, pp. 37-38.

seguir un procedimiento penal, convirtiéndose así en el instrumento de la sociedad para obtener justicia, puesto que el Ministerio Público es el titular de la acción penal (salvo en los casos de la acción penal por particulares).

- Honradez. Es la "la rectitud de ánimo, integridad en el obrar", por lo que deducimos que el agente del Ministerio Público debe tener una mentalidad recta, una actitud en la que sea imparcial y busque la verdad, además, que entienda los conceptos de la política criminal, en el sentido, de que el sistema acusatorio mexicano se le dota con la facultad de aplicar criterios de oportunidad, los que quedan sujetos a su criterio dependiendo del caso concreto, por lo que aclaramos, que cada investigación es diferente, por lo que debe utilizar un criterio honrado, asimismo, debe obrar de acuerdo a esa rectitud, su obrar debe ser reflejo de lo que la sociedad espera de la procuración de justicia.

- Imparcialidad.es la "falta de designio anticipado o prevención en favor o en contra de alguien o algo […]", si bien desde la creación del Ministerio Público en la Constitución de 1917 se señaló la función de perseguir los delitos, es decir, imputar y acusar a toda costa, como un órgano meramente inquisidor, la reforma constitucional de 2008 le da el carácter de imparcialidad, en el sentido de que debe buscar la verdad, por tanto, no puede inclinarse absolutamente por todo lo dicho por la víctima ni por lo señalado por el imputado, en tal sentido, debe observar un carácter científico que le evite prejuzgar los hechos; es de señalar que durante todo el siglo XX se le identificó casi como el abogado de la víctima, e incluso, la desplazaba del terreno procesal, teniendo mayor importancia lo aseverado por el representante social que por la víctima. Ello debe cambiar, pues su deber es con la sociedad en general.

- Lealtad. Es entendida como el "cumplimiento de lo que exigen las leyes de la fidelidad y las del honor […]" en el sentido, que debe obedecer los dictados del imperio de la ley, sin embargo, no puede proceder de manera inmoral, pues también es sujeto de lo que la sociedad entiende

por correcto, o en su caso, de lo que se considere más adecuado por la humanidad, por ejemplo, el deber de legalidad de obliga a investigar y llevar a la autoridad judicial a todos los imputados que posiblemente hayan cometido un ilícito penal, ahora, que atendiendo a la ética, la moral y la política criminal, en el supuesto de que el imputado sea un adulto mayor que sustrajo medicamentos de una farmacia para sus enfermedades, y sea detenido, si bien, el agente ministerial debe iniciar el procedimiento penal, puede aplicar un criterio de oportunidad por la mínima temibilidad del imputado y por ser un delito de bagatela, cuyo castigo será más gravoso a la sociedad e iría contra los sentimientos morales y éticos de la caridad y humanidad.

- Legalidad. Al respecto de los agentes ministeriales, "consagra que sólo están facultados a realizar lo ordenado por la ley, por consiguiente, serán válidos sus actos, cuando se apoyan en las normas jurídicas y se ejecutan de acuerdo a lo que disponen"[12]. Por lo tanto, el Ministerio Público sólo puede hacer lo que establece su Ley Orgánica, en concreto, lo normado en su artículo 2, que dispone:

> **"I.** Investigar los delitos del orden común cometidos en el Distrito Federal y perseguir a los imputados con la Policía de Investigación y el auxilio de servicios periciales;
>
> **II.** Promover la pronta, expedita y debida procuración de justicia, observando la legalidad y el respeto de los derechos humanos en el ejercicio de esa función;
>
> **III.** Investigar las conductas tipificadas como delitos por las leyes penales atribuidas a los adolescentes;
>
> **IV.** Proteger los derechos e intereses de las niñas, niños, adolescentes, incapaces, ausentes, personas adultas mayores y

[12] POLANCO BRAGA, *op. cit., Diccionario*, p. 192.

otros de carácter individual o social, que por sus características se encuentren en situación de riesgo o vulnerabilidad;

**V.** Aplicar en el ámbito de su competencia las disposiciones y principios contenidos en los instrumentos internacionales relativos a los Derechos Humanos en los que el Estado Mexicano sea parte, desde el inicio de la averiguación previa hasta que concluya el proceso penal;

**VI.** Proporcionar atención a los ofendidos y a las víctimas del delito, facilitar su coadyuvancia, tanto en la averiguación previa como en el proceso, protegiendo en todo momento sus derechos e intereses de acuerdo a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los Instrumentos Internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte y la demás normativa en la materia; teniendo como ejes rectores el respeto por los derechos humanos, la perspectiva de género y la protección integral a la infancia;

**VII.** Emitir o solicitar las órdenes o medidas para la protección de las personas víctimas de delito o de sus testigos;

**VIII.** Emitir o solicitar las órdenes o medidas para la protección de los sujetos que intervienen en el proceso penal;

**IX.** Auxiliar a otras autoridades en la investigación de los delitos de su competencia y en la persecución de los imputados, en los términos de los convenios, bases y demás instrumentos de colaboración celebrados;

**X.** Requerir informes, documentos y opiniones de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, del Distrito Federal y de los estados y municipios de la República, así como de los particulares, en los términos previstos por las

normas aplicables, para la debida integración de las averiguaciones previas.

**XI.** Realizar las actividades que, en materia de seguridad pública, le confiere la Ley de Seguridad Pública del Distrito Federal y la normativa en la materia;

**XII.** Participar en el Consejo Local o las Instancias Regionales, del Sistema Nacional de Seguridad Pública, en los términos de la normativa vigente en la materia;

**XIII.** Participar en el Sistema Nacional de Seguridad Pública, realizando las actividades, integrando los órganos e instancias de coordinación, así como todas las demás acciones que señale la normativa vigente en la materia;

**XIV.** Recibir y compartir la información sobre Seguridad Pública que obre en sus bases de datos con las del Centro Nacional de Información, en los términos de las disposiciones legales y normativas aplicables;

**XV.** Solicitar las medidas de protección a favor de las mujeres víctimas de violencia en términos de la normatividad correspondiente;

**XVI.** Preparar, ejercitar la acción y ser parte en el procedimiento de extinción de dominio, en términos de la ley de la materia;

**XVII.** Promover la participación de la ciudadanía en los programas de su competencia;

**XVIII.** Realizar estudios, formular lineamientos y ejecutar estrategias o acciones de política criminal,

> **XIX.** Promover la participación de los habitantes del Distrito Federal a través de las instancias de coordinación que prevé la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública,
>
> **XX.** Las demás que señale esta ley y otras disposiciones legales aplicables".

De ahí que, si la actividad ministerial rebasa esos límites taxativos, su actuar será ilegal, por lo que no tendrá validez.

- Objetividad. Es una cualidad, que consiste a que el Ministerio Público debe estar "desinteresado o desapasionado" en un ámbito subjetivo, es decir, no debe tomar como propio el asunto; pero, en el nuevo sistema de justicia penal se entiende como la posibilidad que tiene el imputado-acusado de beneficiarse de la actuación del Ministerio Público, por lo que él realizará diligencias para buscar la verdad de un hecho, y en consecuencia, aparecerán elementos probatorios de cargo descargo, estos últimos se harán del conocimiento del imputado para que puedan ser ofertados en el proceso, a ellos se nos refuerza con que:

> "No se trata que el Ministerio Público no pueda adoptar posiciones estratégicas, sino que en la ejecución de ellas se compromete de acuerdo con estándares mínimos que permitan que el imputado pueda utilizar la información que el propio Estado produce a su favor o evitar que en ese posicionamiento estratégico el Ministerio Público afecte las reglas básicas del juego justo en contra del imputado."[13]

- Profesionalismo. Este es "el cultivo o utilización de ciertas disciplinas, artes o deportes" en lo que respecta a la actividad del Ministerio Público, que deberá utilizar todos los conocimientos científicos a su alcance para

[13] POLANCO BRAGA, Elías, Procedimiento penal nacional acusatorio y oral, Editorial Porrúa, México, 2015, p. 216.

llegar a la verdad de un hecho que se considera delictivo, debiendo actuar con la mayor probidad, y en su caso, auxiliado con los especialistas peritos necesarios, pues:

> "Al trasladarse el Ministerio Público al lugar donde se suscitaron los hechos, debe hacerse acompañar de los peritos que se requieran que puedan ilustrarlo o que deban recoger todos los vestigios o indicios para asegurarlos como prueba en la investigación… al llegar donde sucedieron los hechos, deben seguir los siguientes pasos:
>
> a) La protección del lugar de los hechos,…
> b) La observación del lugar... para examinar todo el lugar y los objetos que se encuentren en él, así como manchas, huellas y en general todos los indicios que se localicen.
> c) La recolección de indicios, la que debe realizarse por el perito en criminalística…
> d) El envío de los indicios al laboratorio.
> e) Las tomas fotográficas,"[14].

Lo anterior, debido a que se trata de un investigador profesional, que se convertirá en parte procesal debiendo exponer sus hallazgos en la investigación.

- Transparencia. La consideramos como la cualidad que tienen las actuaciones del Ministerio Público de ser sometidas al escrutinio público, en un primer momento de los sujetos procedimentales, como de la sociedad en general, cuando se trate de asuntos de gran relevancia, lo que será sujeto de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aunque, la información propia de la investigación no podrá ser publicitada, salvo, cuando el Instituto Nacional de Acceso a la

[14] POLANCO BRAGA, Elías, La dinámica de las pruebas en el procedimiento penal, 2ª ed., Editorial Porrúa, México, 2012, pp. 77-78.

Información Pública haya elaborado una versión pública, como lo establecen los siguientes artículos:

> **"Artículo 5.** La presente Ley es de observancia obligatoria para los sujetos obligados y deberá aplicarse e interpretarse atendiendo a los principios, definiciones, objetivos, bases generales y procedimientos señalados en la Ley General.
>
> **Artículo 6.** En la aplicación e interpretación de la presente Ley deberá prevalecer el principio de máxima publicidad, conforme a lo dispuesto en la Constitución, la Ley General, los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como en las resoluciones y sentencias vinculantes que emitan los órganos nacionales e internacionales especializados, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.
>
> **Artículo 106.** Los lineamientos generales que emita el Sistema Nacional para la elaboración de versiones públicas en materia de clasificación de la información reservada y confidencial, serán de observancia obligatoria para los sujetos obligados.
>
> **Artículo 108.** Cuando un documento contenga partes o secciones reservadas o confidenciales, los sujetos obligados, para efectos de atender una solicitud de información, deberán elaborar una Versión Pública en la que se testen las partes o secciones clasificadas, indicando su contenido de manera genérica y fundando y motivando su clasificación.
>
> **Artículo 109.** La información contenida en las obligaciones de transparencia no podrá omitirse en las versiones públicas.

> **Artículo 110.** Conforme a lo dispuesto por el artículo 113 de la Ley General, como información reservada podrá clasificarse aquella cuya publicación:
>
> **XII.** Se encuentre contenida dentro de las investigaciones de hechos que la ley señale como delitos y se tramiten ante el Ministerio Público, y…"

## 1.2 RELACIÓN DE LA ÉTICA CON LA CONDUCTA HUMANA EN SU ENTORNO JURÍDICO.

En este apartado se estudiará a las conductas humanas fundamentando su acepción en su entorno social, tomando en cuenta la aplicación de la ética, los valores y la dignidad humana así como la moral y la relación que estos tiene con el derecho, llegando hasta desentrañar el deseo de poder y con esto el desencadenamiento de actos de corrupción e impunidad.

Los seres humanos necesitamos vivir en un entorno social lleno de conductas encaminadas y dirigidas hacia el bienestar común, para que la convivencia entre todos y cada uno sea cordialmente cotidiana, pero para ello cada uno necesita una forma de actuar adecuada y para con ello exista una convivencia social ideal.

Pero, este propósito se ve dañado con las conductas inadecuadas del mismo ser humano, ya que lo ideal para unos, no lo es para otros y esto se debe a que intervienen los intereses personales, volviéndose pensadores individualistas que pretenden conseguir su bienestar a costa de lo que sea, suceda lo que suceda y afectando a los demás; ese pensamiento torcido emana de factores conductuales del individuo, como lo son sus valores, su ética, su moral, desarrollándose éstos con su forma de vida y, por supuesto, con la educación adquirida, tanto en el entorno escolar , familiar y su vida cotidiana.

Ahora lo que en realidad interesa explicar es ¿qué tiene que ver lo anterior con el derecho?, considero que la ética es la base de los principios consagrados en la norma jurídica, la conducta del ser humano va encaminada hacia las leyes que cada entorno social tenga como en base a sus costumbre, pues cada sociedad determina las conductas apropiadas, por ejemplo, en sociedades de medio oriente es normal que los hombres puedan tener hasta siete matrimonios a la vez siempre y cuando las puedan mantener, ello debido a que su sociedad se basa en leyes y reglas religiosas de "El Corán", en cambio, comparando México no acepta esta práctica e inclusive es considerada un delito llamado o tipificado como "Bigamia", ya que para las leyes y costumbres de nuestro país es una práctica que la sociedad no acepta, esto no porque sea bueno o malo, si no es una manera diferente de pensar y de desarrollarse como sociedad, lo que para uno es considerado ofensivo, para otros es muy válido y normal.

## 1.3 LA ÉTICA A MANERA DE CONDUCTA.

Según Escobar, para Aristóteles, ética significa temperamento, carácter, hábito, modo de ser, de acuerdo con el significado etimológico, Ética sería una teoría o un tratado de los hábitos y las costumbres.[15] Sin embargo, es de apuntar que la ética se suele clasificar en dos categorías, la deontológica y la teleológica, ésta última es la encaminada a un fin concreto, siendo que para el estagirita la finalidad de la vida humana, de la ciudad y las relaciones sociales es la felicidad, pues consiste en el bien supremo, por ello se le denomina "eudemonía" (del griego *eudemon*, que significa felicidad), así nos apunta:

> "Puesto que todo conocimiento y toda elección apuntan a algún bien, declaremos ahora, reasumiendo nuestra investigación, cuál es el bien a que tiende la ciencia política, y que será, por tanto, el más excelso de todos los bienes en el orden de la acción humana.

[15] *Cfr*. ESCOBAR VALENZUELA ,Gustavo, Ética, introducción a su problemática y su historia, Mc GRAW HILL, México, 1992, p.41

> En cuanto al hombre por lo menos, reina acuerdo casi unánime, pues tanto la mayoría de los espíritus selectos llaman a ese bien la felicidad. Pero la esencia de ese bien es cuestión disputada, y no la explican del mismo modo…"[16]

El principal objeto de estudio de la ética es la reflexión sobre la bondad o la maldad de los actos humanos, interesándose en varios aspectos o enfoques. A diferencia de la moral, que es la conducta tenida por buena pero realizada de forma irracional, Por tanto, podemos determinar que su objeto material de estudio son los actos humanos y su objeto formal, la bondad o maldad de dichos actos. La ética se caracteriza por la individualidad, donde se decide qué es correcto por una norma generalizada que ha sido pensada atendiendo a la unidad de criterios de los seres humanos, así explican que la:

> "ÉTICA Y MORAL. A pesar de que estas dos palabras tienen el mismo significado "costumbre", la primera a partir de su raíz etimológica proveniente del griego y la segunda a partir del latín, y a pesar de que en general se consideran como dos términos sinónimos, vamos a plantear una diferencia entre ambas.
>
> Una es el conjunto de normas que recibimos a partir de la educación acerca de lo que debemos hacer u omitir, y muy diferente es la norma que una persona se otorga a sí misma en función de su reflexión y análisis de los valores y las opciones que se presentan a su consideración en un momento dado. Al primer hecho lo vamos a llamar moral, al segundo lo vamos a llamar ética. La moral nos viene del exterior, la ética tiene origen en el interior y la intimidad de la conciencia humana."[17]

---

[16] ARISTÓTELES, Ética Nicomaquea, traducción de Antonio Gómez Robledo, Editorial Porrúa, 20ª ed., México, 2004, "Sepan Cuantos…", núm., 70, p. 5.

[17] GUTIÉRREZ SÁENZ, Raúl, Introducción a la Ética, 4ª ed., Esfinge, México, 2002, p. 13.

Tomándose como ética un conjunto de hábitos y de maneras de ser del hombre, en un sentido natural proveniente de la reflexión, en efecto *ethos* significa la conducta que el ser humano a lo largo de su vida, en relación con esto, recuérdese cuáles distingue entre virtudes éticas, morales y virtudes dianoéticas las cuales se generan por la repetición de actos o costumbres.

Entonces, la ética es la ciencia filosófica encargada de estudiar o reflexionar sobre la moral en cuanto a que es la conducta comúnmente aceptada, es decir, tiene un carácter humano social, puede ampliarse esta definición diciendo: La Ética es la disciplina filosófica que estudia el comportamiento moral del hombre en la sociedad. A lo que agregamos, que el campo de la ética no es sólo la moral, sino toda reflexión humana sobre el bien en la conducta.

A fin de explicar un poco más nuestra definición, podemos señalar las siguientes características básicas contenidas en la misma.

1. "La ética es una rama o parte de la filosofía.
2. Su campo de investigación es la moral, y la conducta reflexiva.
3. El fenómeno moral es una creación exclusiva. Sólo actos humanos, pueden ser clasificados de buenos o malos desde el punto de vista de la moral, solamente el hombre tiene un sentido ético o una "conciencia moral".
4. Además, y relacionado con el punto anterior, la moral es un fenómeno eminentemente social, puesto que rige o regula a la vida del hombre en la sociedad, "ello significa que la moral no tendría sentido para el hombre si pudiera ser concebido así- que estuviera completamente aislado del medio social, como un "Robinson Crusoe."[18]

La ética es normativa, en un sentido indirecto, por naturaleza de su objeto, pero no en un sentido directo, ya que no se propone dar una lista de deberes y de no deberes; esto significa que no incurre en una perspectiva; la ética puede

[18]ESCOBAR VALENZUELA, Gustavo*, op. cit., p. 43.*

ser normativa en cuanto a que, al llevar a la conciencia del hombre las directrices que han de orientar su conducta, influye en las decisiones de su albedrio, convirtiéndose, de manera mediata, en factor determinante de la acción humana. Por ello escribe Hartmann, es "la mayéutica de la conciencia moral"[19]

Ahora bien también, tenemos a la ética humanista que acepta el desafío de la conducta humana y que está de acuerdo en que los juicios de valor carecen de validez objetiva a nivel general, y no son sino preferencias o averiguaciones razonadas de un individuo. El principio de la libertad es mayor que la esclavitud desde este punto de vista, por ejemplo, no expresa más que una diferencia de "gustos" sin validez social universal, por ello reflexionamos:

> "En las normas morales impera el aspecto prescriptivo, legal, obligatorio, impositivo, coercitivo y punitivo. "La ley sin coerción no es ley", reza un antiguo adagio latino. En las normas morales destaca esa presión externa, en cambio en las normas éticas destaca la presión del valor captado y apreciado internamente como tal"[20].

Es de hacer notar que el criterio antes citado menciona la diferencia entre la ética y el derecho, pues este último es coercitivo y punitivo, aunque choque con la concepción personal del bien, debe ser cumplido y obedecido, pues de lo contrario, el poder público puede obligar a que se cumpla, e incluso, establecer sanciones, a ello lo definimos como el *ius puniendi*. La similitud entre moral y derecho radica en que ambas son preceptos del exterior del individuo, pero sólo el derecho puede utilizar la coerción y la punibilidad.

Se define valor en este sentido, como "cualquier bien deseado" y el deseo es la medida del valor y no el valor más medida del deseo. Tal subjetivismo radical es por su misma naturaleza incompatible con la idea de que las normas éticas deben ser universales y aplicables a todos los hombres.

---

[19] *Cfr*. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, Ética, Porrúa, México,1960 pp 18-19.

[20] GUTIÉRREZ SAÉNZ, Raúl, *op. cit.*, p. 71.

Si este subjetivismo fuera la única clase de ética humanista, entonces ciertamente, no nos quedaría más remedio que elegir entre el autoritarismo ético y el abandono de todas las demandas por normas de validez general. Por lo que ello resulta inoperante y arbitrario, en ese sentido entendemos que los valores son los "Fenómenos tanto de carácter espiritual como material, que tienen un significado positivo, es decir, que son capaces de satisfacer cualquier necesidad de un hombre, de una clase o de la sociedad y servir a sus intereses y finalidades […]"[21]. Por tanto, la ética es única para el individuo, y el derecho utiliza la proyección de esos valores como si el ente colectivo "el Estado" fuera una persona individual (en este caso lo es moral en el sentido civil) y su ética fuera la norma jurídica, por lo que existirán más concordancias que diferencias, puesto que la norma jurídica siempre lo será en sentido abstracto, de allí se ha señalado:

> "Cuando digo que el objeto de las leyes es siempre general, entiendo que la ley considera a los súbditos en cuerpo y las acciones como abstractas, jamás a un hombre como individuo y una acción particular. Así, la ley puede bien estatuir privilegios, pero no puede dárselos concretamente a nadie.
>
> Se ve también que por reunir la ley la universalidad de la voluntad y la del objeto, lo que un hombre, quien quiera que pueda ser, ordena por su propio albedrío no es una ley: ni siquiera lo que ordena el soberano."[22]

Ciertamente nos encontramos en un dilema, pues el derecho por imperio de ley debe ser cumplido aún contra la voluntad del individuo, y, es generalmente aceptado por la ética el cumplimiento del derecho, sin embargo, el tema del valor puede contradecir los valores esgrimidos por la ley, así, hay escuelas éticas que ponderan en mayor nivel la libertad individual que la comunidad,

---

[21] BLAUBERG, I., *op. cit.,* p. 368.

[22] ROUSSEAU, Jean Jacques, El Contrato social, traducción de Consuelo Bergés, editorial Gredos, España, 2010, Biblioteca de Grandes Pensadores, p.287.

sirva de ejemplo el cinismo, o por el contrario, corrientes que dan preferencia al interés social, como el marxismo.

El hedonismo ético, es la primera concesión hecha al principio de la objetividad: al sostener que el placer es bueno para el hombre y el dolor es malo, prevé un principio de acuerdo con el cual se valúan los deseos: solamente aquellos deseos cuya realización causa placer son válidos; los demás carecen de valor. El placer, sin embargo, no puede ser criterio de valor a pesar de la tesis de Herbert Spencer de que el placer tiene una función objetiva en el proceso de la evolución biológica. Porque hay individuos que gozan con la sumisión y no con la libertad; que experimentan placer con el odio y no con el amor, con la explotación y no con el trabajo productivo. Este fenómeno del placer que se deriva de lo que es objetivamente pernicioso es típico del carácter neurótico y ha sido objeto de extenso estudio por el psicoanálisis.[23] En otro sentido se ha establecido que:

> "Aun cuando Epicuro nunca proclamó el libertinaje, de hecho el hedonismo, en la práctica, es el modo de vida más corriente entre el común de la gente, todo cuyo ideal consiste en gozar al máximo de placeres, apartándose del dolor. "Efectivamente, el placer es un valor, y, por tanto, hay que saberlo apreciar dentro del puesto que le corresponde."[24]

Así, el hedonismo ético es el que Epicuro enseñó y con el que vivió, pues si bien da lugar especial al valor del placer, resulta práctico al evitar el dolor por vía de la moderación, pues la consecución de placeres irracionales y los excesos traen aparejada consecuencia indeseable, por ello se señala:

> "Epicuro parece desear, si fuera posible, hallarse siempre en estado de haber comido moderadamente y nunca con el deseo voraz de comer.

---

[23] FROMM, Erich, Ética y psicoanálisis, Fondo de Cultura Económica, México, 1980, p. 29.

[24] GUTIÉRREZ SÁENZ, Raúl, *op. cit*., p. 241.

Se ve conducido así, en la práctica, a considerar la ausencia del dolor más bien que la presencia del placer, como meta del hombre juicioso. El estómago puede estar en la raíz de las cosas, pero es sufrimiento por los dolores del estómago sobrepuja a los placeres de la glotonería."[25]

Como lo habíamos mencionado antes Aristóteles, refiere que la ética esta edificada sobre la ciencia del hombre, la psicología estudia la naturaleza del hombre y la ética, por consiguiente es psicología aplicada, ahora bien quien se dedique a el estudio de la ética debe conocer de alguna manera los hechos del alma al igual que el hombre que se ocupa de sanar los ojos o el cuerpo sano, de la naturaleza del hombre, Aristóteles deduce la norma de que "virtud" es "actividad", con lo cual se refiere al ejercicio de las actividades peculiares del hombre. La felicidad, que es el fin del hombre, es el resultado de la "actividad" y del "uso"; no es un bien aceptable o un estado de la mente.

Un adjetivo para Aristóteles, perteneciente a los inicios de la política dedicada al estudio de la praxis; La ética no pone su objeto, como la matemática, ni describe un hecho, como la física, ni siquiera puede demostrar sus teoremas, en busca del perfeccionamiento, la ética va orientada al camino de la rectitud, ya que los seres humanos nos perfeccionamos cuando nuestras acciones son rectas y encontramos un equilibrio entre el bien la verdad.

La perfección no está centrada en un solo aspecto de nuestras personalidades ya que el hombre es un concepto amplio y complejo, la serie de elementos que nos conforman vendrían siendo: Espiritual que busca el enriquecimiento de nuestra alma, desarrollando valores y virtudes, se fomenta en la persecución de causas buenas y nobles. Ello se extrae de lo que se dijo:

"Debe concederse preliminarmente que todo discurso acerca de la conducta práctica que ha de expresarse sólo con generalidades y no con exactitud,

[25] RUSSELL, Bertrand, Historia de la filosofía, traducción de Julio Gómez de la Serna y Antonio Dorta, Editorial RBA, España, 2009, Grandes obras de la cultura, p. 287.

ya que, como dijimos en un principio, lo que debe exigirse de todo razonamiento es que sea adecuado a su materia, ahora bien, todo lo que concierne a las acciones y a su convivencia nada tiene de estable, como tampoco lo que atañe a la salud. Y si tal condición tiene la teoría ética en general, con mayor razón aún toda proposición sobre casos particulares carece de exactitud, como quiera que semejantes casos no caen bajo alguna norma técnica ni de alguna tradición profesional".[26]

La ética en un sentido analítico como lo manifiesta Freud, abriendo un nuevo método que permitió estudiar la personalidad del hombre y comprender aquello que hace el hombre en base a su actuar, este se interesó principalmente en el estudio de síntomas neurológicos el cual más que un síntoma llega a ser un objeto principal de la psicoanalítica pues esto determina por qué el actuar y la forma de ser de una persona, sus gustos, sus inclinaciones entre otros.[27]

Afirmamos que la ética busca es el desarrollo armónico, equilibrado y saludable de las esferas de nuestra humanidad, y que es necesario cultivarlos y practicarlos sin darle a uno solo un sentido absoluto. En la frase popular ¿De qué sirven las leyes, sin un cambio de costumbre?, extraemos el secreto que es el tema que nos interesa de verdad, en nuestra época, tal vez la mejor definición para ética la del actuar razonado, la ética se propone el estudio de un cierto tipo de acción humana normativa a la que llamamos acción moral y su objeto es de averiguar la validez de sus preceptos y principios en una perspectiva científica.

Fernando Savater, nos dice en base a la ética que cada uno tiene su propio enfoque de la vida y que cada uno de nosotros convierte su vida en lo que quiere; o sea, nadie nos da nada, nosotros lo conseguimos. Esto es debido a que en nuestra vida no existe un destino, nadie tiene su vida ya

[26] ARISTÓTELES, *op. cit.,* pp. 24-25.

predeterminada y también nadie actúa por instinto, sino que cada quien hace lo que quiere como queremos, es decir, ejercemos nuestra libertad, aunque también dice que esta libertad está condicionada y determinada por la cultura y nuestra educación. Pero también nosotros podemos hacer cosas en contra de esas barreras para nuestra libertad.[28]

Al igual se apunta que, la libertad de los seres humanos tiene límites, por ejemplo:

- No podemos elegir lo que nos pasa, pero sí somos libres para actuar de una forma u otra para hacerle frente a lo que nos acontece. Querer no implica poder, sino que cuanta más capacidad de actuación tengamos mejores resultados tendremos en el ejercicio de nuestra libertad.

- La última limitante es que hay muchas otras personas que viven tratando de saber cómo vivir y buscando lo que les conviene y no podemos interferir con ellas.

Savater nos explica cómo los hombres libres tenemos la necesidad de decidirnos por algo en un determinado momento. Nuestras acciones debemos decidirlas nosotros. Lo que hacemos cada día, en cambio, pueden llegar a ser costumbres que ya realizamos sin pensarlas, por ejemplo, él lavarnos o él peinarnos. Podemos elegir, pero hay veces en las que nos vemos obligados a tener que decidir sobre algo que nos ha sido impuesto, tal caso de si hay un terremoto, podemos decidir si nos quedamos en casa o nos vamos al campo, pero no si queremos el terremoto o no.[29]

A la hora de hacer las cosas, las hacemos por varios motivos:

- Por obligación: esperando o un castigo o una recompensa.

[28] *Cfr*. SAVATER Fernando, Ética para Amador, Editorial Ariel, España 2004, p. 45

[29] *Cfr. Ibidem*, 71.

- Por costumbre: porque es algo que estas habituado a hacer y ya haces sin pensarlo.
- Por capricho: porque es algo que nos apetece hacer.

Está claro que la mayoría de las cosas que hacemos las hacemos por capricho, pero, es menester tener claro que, no todo se guía por lo que nosotros queremos o no queremos hacer, también, hay otras personas que quieren hacer cosas tan diferentes a las nuestras, que hasta las pueden ver mal, y por ello existen las órdenes, para que nos marque la libertad y haga la vida más feliz a todos.

Kant, dice la ética de la felicidad no es aceptable, porque la felicidad le es al hombre natural y por lo tanto no es un deber, en el mismo sentido que el dolor y la infelicidad, sino lo contrario. Rechaza la idea de la felicidad y en general la idea del bien, reemplaza la ética del bien por la ética del deber. Puesto que las proporciones de bien y mal permaneces constantes en todo momento. La ética kantiana extrae de la moral solo la cara buena, la cara presentable al igual que la de Dios. Debido a que:

> "Siempre cabe admitir que la proporción entre el bien y el mal inherente a nuestra naturaleza permanece siempre idéntica, así como que no pueden aumentar o disminuir/en un mismo individuo; pues ¿cómo cabría incrementar esa porción de bien en la disposición, siendo así que ello habría de verificarse gracias a la libertad del sujeto y para ello éste precisaría una cuantía de bien mayor de la que dispone? Los efectos no pueden superar la potencia de la causa eficiente, de suerte que la porción de bien entremezclado con el mal dentro del hombre no puede rebasar cierta medida, por encima de la cual, éste pueda encumbrarse y progresar continuamente hacia lo mejor. El eudemonismo con sus vivas esperanzas parece ser insostenible y prometer muy poco en favor de

una historia profética de la humanidad con respecto al progreso permanente por la senda del bien."[30]

A hora bien, la ética se trata del desarrollo de la mente, inteligencia o pensamiento, a través del razonamiento sobre la cultura. Volitivo: es la apetencia o el deseo del hombre, dirigido por los instintos racionales, pone en práctica las decisiones de la razón. Afectivo: teniendo en cuenta las necesidades de los demás, el ser humano va puliendo sus emociones. Estético: El ser humano también se perfecciona cuando busca relacionarse con lo bello y lo sublime y por ultimo está el aspecto Social: esta tendencia es por naturaleza ya que su perfeccionamiento puede ser completo como ser social que necesita del otro para realizarse.

## 1.4 LA MORAL, A MANERA DE CONDUCTA.

La palabra Moral tiene un significado el cual es "costumbre". *Moralis*. Entonces, moral no tiene tanto un concepto claro en torno a bueno o malo. Son las costumbres tenidas por la sociedad o comunidad como o perniciosas, criterio que cambia según la ubicación geográfica y temporal. Se denomina Moral al conjunto de creencias, normas y circunstancias a través de las cuales se puede determinar si una persona a lo largo de toda su vida logró ser bueno, además, su contribución en su grupo social que determinará el comportamiento a obrar característico (es decir, que orienta acerca del bien o el mal-correcto o incorrecto-de una acción o acciones).

En cuanto a la definición moral, muchos son los conceptos que se han formulado respecto a ella entre los cuales están los siguientes:

1. "La moral es un conjunto de normas aceptadas libre y conscientemente, que regulan a la conducta individual y social de los hombres.

[30] KANT, Immanuel, El conflicto de las facultades en tres partes, traducción de Antonio Lastra y Javier Alcoriza, Editorial Gredos, España, 2010, Biblioteca de Grandes Pensadores, pp. 453-454.

2. La moral es un sistema de normas, reglas o deberes que regulan las acciones de los hombres entre sí.

3. La moral es el conjunto de reglas que la sociedad exige que un hombre observe dentro de ella. Un hombre moral es aquel que vive en concordancia con las costumbres de su sociedad y cuyo castigo es la separación de ella.

4. En fin, la moral es el conjunto de normas y formas de vida a través de las cuales el hombre aspira a realizar el valor de lo bueno."[31]

La moral son las reglas o normas por las que se rige la conducta de un ser humano con concordancia con la sociedad y consigo mismo. Este término tiene un sentido contrario frente al de inmoral (contra la moral) y amoral (sin moral) La existencia de acciones y actividades susceptibles de valoración moral se fundamentan en el ser humano como sujeto de actos voluntarios. Por tanto, la moral se relaciona con el estudio de la libertad y abarca la acción del hombre en todas sus manifestaciones, constituyéndose así la moralidad. Pese a lo dicho no estamos frente a un criterio unánime, a ello:

> "Cabe aclarar que muchos filósofos –de hecho la mayoría- usan de maneras diferentes estos mismos términos. Para dar un par de ejemplos, en algunos momentos Nietzsche llega a hablar de moral cuando realmente se refiere a la ética, y para hablar de moral usa expresiones despectivas, como moralina o moral de las costumbres. Kant, por su parte, habla de moral autónoma o moral heterónoma para designar algo muy similar a lo que nosotros entendemos por ética y moral. Y así a esta múltiple terminología agregamos el hecho de que conocemos a estos pensadores por traducciones hechas del griego,

[31] ESCOBAR VALENZUELA, Gustavo, *Ética*, Editorial Mc Graw Hill, 3ª ed., México, 1992, p. 61.

latín, francés, alemán o cualquier otro idioma, pues las cosas se complican".[32]

La conducta moral es una conducta obligatoria conforme al deber social, es decir, el individuo se haya obligado a comportarse de acuerdo a una regla o norma de acción y a evitar los actos prohibidos por ella.

La obligatoriedad moral impone deberes al sujeto. La conciencia de estas consecuencias es la base del aspecto interno de la moralidad, en ella está el origen de la valoración de nuestros actos, nuestros hábitos o nuestro modo de vida. Pero la moral es también la falta de la conciencia de la libertad, conciencia de que no todas las posibilidades de elección son igualmente valiosas, pues dicha conciencia nos coloca frente a la ética, puesto que:

> "La moral no se ve cumplida en los individuos libres, ya que sólo requiere de simples partidarios. La ética no puede realizarse sólo con fieles incondicionales: precisa de seres libres. La moral entrega "a las puertas de su casa" un lindo paquete con diez mandamientos y una nota que dice "La cosa es sencilla, sígalos y nunca los cuestione". La ética, en cambio, resulta más complicada; no entrega nada, nos deja inmersos en un mar de dudas que demandan cuestionamientos y honestidad; además requiere de mucho valor para enfrentarse a lo establecido."[33]

La moral es pues un concepto arbitrario, a merced de las necesidades de quien o quienes lo necesitan. A lo largo de la historia se ha dado lugar a muchos tipos de morales, en la actualidad siguen conviviendo distintos tipos de morales, muchas de ellas con diferencias prácticamente inapreciables. Como lo analizamos en el tema anterior, en el cual, Designamos con la palabra "ética" el comportamiento, la conducta y el actuar racional del hombre. Así que definimos en éste a la moral como el aspecto práctico e irreflexivo, las normas

---

[32] RIVERO WEBER, Paulina, Ética, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2015, p. 43.

[33] *Ibidem*, p. 50.

establecidas o propuestas por los hombres, o por una sociedad y época histórica determinadas.[34]

Hay un punto importante que debemos considerar y esta es la moral exterior, que no es otra cosa que la moral de maquillaje, de lo que algunos vecinos norteños designarían como el "cultural *make up*", que cada uno aporta desde su respectivo ámbito social, a la transformación del bagaje ético colectivo de la humanidad. Es la manera como cada uno de nosotros, desde nuestra perspectiva sociocultural ve e interpreta la realidad espiritual, refiriéndose esta también a la realidad moral porque estos ocurre en todos los aspectos de la ideología. Con claridad es el hablar de lo "políticamente correcto", cambiar aquello que resulta incómodo por los eufemismos, dando imagen de equidad y valor, por ejemplo, el considerar que se puede eliminar la discriminación a los indígenas cuando les llamamos "pueblos originarios", o a los ancianos como "adultos en plenitud", dando la impresión de que son protegidos por las instituciones de gobierno.

Nos apropiamos de la moral a través de nuestro ser social, aunque con reservas y agregados acordes con nuestra cultura personal y condición de clase. La historia de vida del individuo lo va orientando en la búsqueda de nuevos tintes morales y son esos tintes morales los que a la larga nos permiten ver la moral ambiente con nuevos tonos y contenidos de ahí que surge una pregunta ¿Qué prototipo de sujeto humano es el que anhelamos para nuestra convivencia? El individuo tiene la posibilidad de elaborar su propia concepción moral, ya sea el escoger lo que le resulte práctico, o lo que en reflexión le resulte correcto (es decir, adoptar o crear una ética), ya que vivimos en un mundo plagado de limitaciones, contradicciones y desigualdades, que entorpecen todo proyecto más o menos completo de hombre y de organización social.[35]

---

[34] *Cfr.* RIBEIRO RIANI, Lidio Nestro*,* Moral personal y compromiso colectivo*,* Plaza y Valdéz Editores, México, 2006, pp 18.

[35] *Cfr. Ibidem*, p. 21.

También está la moral pública y la ley, el derecho y el gobierno desempeñan una función secundaria en las defensas de la promoción de la moral pública, el papel principal de las familias, las iglesias, las organizaciones sociales como los grupos reales de poder a los que se refería Lasalle, que conforman la constitución real y jurídica[36], y otras instituciones que al trabajar estrechamente con los individuos inculcan un entendimiento de la moral y promueven la virtud. A pesar de que la moral pública es un bien público, su mantenimiento depende mucho más de las aportaciones de instituciones privadas que de las instituciones públicas y gubernamentales, se refuerza lo dicho con lo siguiente:

> "Muchas cosas gobiernan a los hombres: el clima, la religión, las leyes, las costumbres, las máximas aprendidas, los ejemplos del pasado; con todo ello se forma un espíritu general (moral pública), que es su resultado cierto.
>
> El legislador debe ajustarse al espíritu de la nación, cuando no es contrario a los principios del régimen, porque nada se hace mejor que lo que hacemos libremente siguiendo nuestro genio natural.
>
> Nada ganará el Estado, ni en lo interior ni en lo exterior, si se le imprime un espíritu de pedantería a un pueblo naturalmente alegre. Dejadle hacer con formalidad las cosas frívolas y festivamente las más serias.
>
> Los príncipes que, en vez de gobernar con los ritos, gobernaron con la fuerza, pretendieron que el rigor de los suplicios hiciera lo que no puede, sin duda los suplicios eliminarán al ciudadano que, por haber perdido sus costumbres, haya infringido las leyes; pero no las restablecerán si todo el mundo ha perdido sus costumbres."[37]

---

[36] *Cfr*. LASALLE, Ferdinand, ¿Qué es una Constitución?, traducción de W. Roces, Cenit-Panorama, España, 1931, p. 81.

[37] MONTESQUIEU, Charles de Secondant varón de, El espíritu de las Leyes, traducción de Nicolás Estévanez, 19ª ed., Editorial Porrúa, México, 2013, "Sepan Cuantos…", número 191, pp. 280-288.

La moral pública al igual que la normativa de seguridad y salud, rigen la conducta privada en la medida en que esta daña el interés público o amenaza con dañarlo; tal es el caso de la prostitución, clásico en el debate sobre la legislación de moral pública, la cuestión es ¿Qué bien público se daña? Pues bien, si ponemos regulación jurídica a las prostitutas, esto, digamos, que facilitará que los individuos, las prostitutas y los clientes cometan actos inmorales, pero jurídica, y tal vez, éticamente válidos, ello sólo por ejemplificar diversos actos que la sociedad viene consintiendo a través del tiempo, sabe que son conductas inadecuadas pero, aun así las sigue haciendo por propio placer o beneficio.[38] Por tanto, si las leyes sancionarán y criminalizaran la prostitución, no se estaría conforme a la moralidad pública, aunque sí a lo políticamente correcto, lo que implicaría que esa norma fracase en su intento de erradicarla.

La moralidad es la consciencia que tiene una persona del bien y del mal, sin que haya decidido si ello es realmente bueno o malo, por la cual se siente responsable de sus actos. La moralidad pertenece a nuestro mundo interior, mientras que la ética tiene que ver con la relación reflexiva que los individuos deben observar con sus semejantes y con su conciencia, la moralidad está marcada por las costumbres y los usos sociales. No se puede, bajo ningún pretexto, confundir la axiología, que es fuente y estudio de toda virtud, con la ética. La ética reúne dentro de sí a la axiología y al comportamiento reflexivo del individuo, por lo que el estudio y análisis de la costumbre o moralidad pública es dentro del campo de la ética, por lo que la norma jurídica, en todo caso, debe ser éticamente válida, es decir, ajustarse a la realidad social.

Se puede observar que existen sociedades más conscientes que otras y que, por lo tanto, existen diferentes tipos de moral pública. Unas nos parecen que son más perfectas y superiores, mientras otras muchas resultan brutales y bárbaras. Por ello es necesario que comprendamos que, en realidad, existen

[38] ROBERT P. George, Entre el derecho y la moral, Editorial Maiestas Fundación, Colombia, 2009, pp 177.

tantas morales como sociedades humanas existan, y que los deberes de unas personas no son los mismos que los deberes de otras así como sus privilegios.

No hay maldad en los hechos, sino en la bajeza con la que estos se realizan. Si los hechos son realizados con bondad y son limpios no seremos juzgados por ellos, o lo seremos ligeramente y sólo por nuestra ignorancia. Pero esos mismos hechos, realizados por otra persona y con otras intenciones, serán totalmente reprobables y sancionables. Por lo tanto, no se juzgan tanto los hechos en sí sino la intencionalidad, la bondad o la maldad con la que se realizan. Salvo en la norma jurídica, que se juzga el daño producido o la puesta en peligro a un bien jurídico tutelado, por tanto, el pensar dañosamente es sancionado por la ética y la moral, pero no por el derecho, pues éste requiere de la exteriorización de la conducta y la obtención de un resultado, ya sea formal o material, particularmente en los delitos penales:

> "Son formales aquellos que no requieren de ningún resultado o secuela de facto, es decir, para su configuración no se precisa ningún resultado material, por ejemplo el ilícito de simulación de secuestro (art. 167 CPDF) o de pruebas (art. 318 CPDF), el delito de violación de correspondencia (art. 333 CPDF) que se puede realizar al interceptar "una comunicación escrita que no esté dirigida a él", o el ilícito de abandono de personas.
> En los delitos materiales se requiere un resultado de hecho, sensorial, perceptible en el mundo real, verbigracia, el homicidio, robo, daño a la propiedad, etcétera."[39]

Existen unas leyes en este Universo que están más allá de las leyes humanas y que rigen el funcionamiento de la vida. Se pueden comprobar viendo como al abuso de las facultades físicas sucede el dolor, y a los extravíos del espíritu siguen el pesar y el arrepentimiento. El conocimiento de estas leyes y su respeto genera en las personas la ética, la virtud y el bien. De

[39] UROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando, Teoría de la ley penal y del delito, 2ª ed., Editorial Porrúa, México, 2006, p. 115.

esta forma, una persona puede acceder a una ética elevada cuanto mayor sea su conocimiento sobre las leyes que gobiernan la vida, cuanto mayor sea su conocimiento racional. Esta es la fuente del naturalismo como doctrina jurídica, pues el orden de las cosas y las sociedades provienen de la razón. No así la moralidad:

> "Puesto que la moral tiene una influencia sobre las acciones y afecciones, se sigue que no puede derivarse de la razón, y esto porque la razón por sí sola, como ya hemos probado, no puede tener esta influencia. La moral excita las pasiones y produce o evita acciones. La razón por sí misma es completamente importante en este caso particular. Las reglas de la moralidad, por consiguiente no son conclusiones de nuestra razón."[40]

No es fácil el oficio de vivir dignamente. Para ello debemos ser conscientes y obrar adecuadamente, lo que significa estar enraizados en la virtud. Esto implica renunciar constantemente a la ventaja y al interés propio en favor de la moral y del sacrificio, lo que es algo así como un saber hacer del espíritu. Desde luego, resulta mucho más tentador revestirse de una moral aparente y jugar sucio tras el parapeto de la imagen. Pero la moral es autenticidad, transparencia del espíritu y verdad. Tenemos que ser los mismos en el pensamiento, la palabra y la obra.

No podemos vivir pensando de una manera y hablando y actuando de otra. La moral ha perdido toda precisión en su significado para el pensamiento de este siglo, y ahora las leyes operantes son aquellas cuya actuación es automática como la de la ley de la gravedad ya que la caída será la misma.[41]

---

[40] HUME, David, tratado de la naturaleza humana, traducción de Vicente Viqueira, Editorial Gredos, España, 2010, Biblioteca de grandes pensadores, p. 431.

[41] *Cfr.* SAXE EBY, Louise, Ética en busca de la ley moral, Editorial Jose M. Cajica Jr., México, 1953, p. 286.

A simple vista parece que la persona moral y virtuosa se halla muchas veces en desventaja para competir con un adversario inmoral. En una circunstancia concreta tiene más probabilidad de alcanzar un fin quien puede emplear cualquier medio, porque no tiene consciencia, que la persona virtuosa, pues ésta tiene que valerse con unos medios muy limitados. Pero si bien esto es verdad cuando consideramos un asunto aislado no es menos verdad que, con el tiempo, los inconvenientes de la virtud se compensan con las ventajas, así como las ventajas del vicio se compensan con los inconvenientes. En último término una persona espiritual y virtuosa llegará a conseguir el fin que prudentemente se proponga, y el inmoral expiará tarde o temprano sus iniquidades, encontrando la perdición en sus malos y tortuosos caminos. Lo recto y lo útil a veces parecen andar separados, pero no suelen estarlo sino por un corto recorrido. En apariencia llevan caminos opuestos y, sin embargo, el punto al que se dirigen es el mismo.

## 1.5 LOS VALORES ÉTICOS Y LA DIGNIDAD HUMANA

Los valores éticos son estructuras de nuestro pensamiento que mantenemos preconfiguradas en nuestra mente como especie humana de cara a nuestra supervivencia. Los valores éticos son medios adecuados para conseguir nuestras finalidad. Al hablar de valores es importante diferenciar entre los valores que podemos llamar finales y los valores de tipo instrumental. Los valores instrumentales son modos de conductas adecuados o necesarios para llegar a conseguir nuestras finalidades o valores existenciales. [42]

Estudios realizados por Rockeach[43] demuestran, que mientras el número de valores finales que las personas dicen usualmente poseer no son mucho más de una decena, el número de valores instrumentales es más elevado, aunque no llega al centenar. No necesariamente debe existir una correspondencia

[42] *Cfr.* MARTÍNEZ PINEDA, Ángel, El derecho, los valores éticos y la dignidad humana, Editorial Porrúa, México, 2000, p. 99

[43] *Cfr. Idem.*

puntual entre los valores finales e instrumentales. Además, para la obtención de un determinado valor final, puede ser necesario un determinado conjunto de varios valores instrumentales. Debemos tener en cuenta que cuando un valor meramente instrumental se le atribuye un valor extraordinario, pasa a ser percibido como final por su poseedor.

Lo que tienen más propio los valores éticos es el imperativo de acción que comportan, es decir, son unos valores que se nos imponen como pautas de nuestra acción. Los valores éticos, pueden no coincidir con nuestros deseos, pero sentimos que debemos intentar realizarlos si no queremos perder categoría como personas que somos.

No debemos confundir el valor ético con la virtud o el valor moral, puesto que el valor ético es originado en la razón humana y es una verdad absoluta, mientras que el valor moral cambia de acuerdo a la sociedad, dependiendo de su localización y del período histórico.

La ética del derecho y la ética de los valores, constituyen el fundamento inmediato delos principios morales que sustancialmente se contemplan en la norma jurídica , pero se necesita el soporte esencial de la naturaleza del hombre, cuya conducta queda estrechamente vinculada a distintas esferas: la personal, la social, la política, la económica, la cultural, la jurídica y la internacional, razón por la cual el hombre es exponente de relación con todo el mundo y es necesaria la inoperatividad de la misma, por exigencias que la razón postula.[44]

Nadie está obligado a ser una persona bella, ágil o simpática, pero toda persona está moralmente obligada a ser justa.

Los valores éticos, a diferencia de los que no lo son, dependen de la libertad humana: una persona puede no ser justa, negando la exigencia universal de justicia. Y porque dependen de la libertad, los valores éticos sólo

[44] *Cfr.Ibidem*, p. 138.

pueden atribuirse a las personas, no a las cosas: un paisaje puede ser bello pero no justo, por lo que podemos entenderlo como amoral, pues en ese sentido, no es virtuoso o vicioso, sólo es. Valores éticos: implican un deber hacer. Todos los valores comportan un deber ser: es deseable ser alegre, ser enérgico, ser útil, Pero los valores éticos, además de éste deber ser implican uno deber hacer, son una prescripción o norma que tenemos que cumplir al ser conocidos por la conciencia humana, así que se ha establecido que pueden ser objetivos o subjetivos:

> "Decir que los valores son objetivos equivale a sostener que éstos existen en la realidad independientemente de que sean conocidos o no. Afirmar la subjetividad del valor, quiere decir que los valores son creados por el sujeto. Nótese que las dos posturas son compatibles entre sí, no se excluyen, pues al mismo tiempo que existe una relación de adecuación entre dos cosas (en lo cual consiste la objetividad del valor) es también posible que una persona añada un elemento de preferibilidad al mismo objeto."[45]

A manera de conclusión decimos que existen a la par valores o virtudes objetivas y subjetivas, en ese sentido, existen valores que lo son en la naturaleza misma, con independencia de la conciencia, o del ser humano, como ejemplo la vida o la salud, que es apreciada incluso por los animales, al respecto se ha establecido la siguiente clasificación[46]:

1. Valores infrahumanos: son los que se tienen en común con otros seres diferentes a los humanos, aquí se encuadran la fuerza, la salud, la vida, la agilidad, etc.

2. Valores humanos inframorales: estos resultan ser exclusivos del ser humano, entre los que se encuentran:

---

[45] GUTIÉRREZ SÁENZ, Raúl, *op. cit*., pp. 114-158.

[46] *Cfr. Ibidem,* pp. 136-139.

a. Valores económicos, como la riqueza, el éxito y aquello que apasione.
b. Valores noéticos, referentes al conocimiento, la verdad, la ciencia, etc.
c. Valores estéticos, como la belleza, el arte, etc.
d. Valores sociales, como la cooperación y la cohesión social.

3. Valores morales, sean estas las virtudes, la prudencia, justicia, fortaleza y templanza. Ellos dependen exclusivamente de la libertad de albedrio.

4. Valores religiosos, ellas son las virtudes teologales, que se atribuyen a un origen divino o sobrenatural, tales son la fe, esperanza, caridad, gracia de Dios, etc.

Los valores en sentido práctico son creados por la especie humana, verbigracia, el bien y, sobre todo, la justicia, es decir, los valores humanos inframorales y morales son creación humana, al igual que los religiosos, pero estos últimos son extraídos de la espiritualidad.

En nuestra investigación resulta imperioso analizar a la justicia como valor, y sobre todo, como valor práctico, por lo que es el eje que guiará la actividad ministerial, e incluso, de toda autoridad.

## 1.6 LA JUSTICIA COMO VALOR.

Históricamente ha recibido muchas formulaciones, siendo la más clásica la de Ulpiano, al decir en el Digesto 1.1.10, que la justicia es "*constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*" consiste en "tener la voluntad firme y continuada de dar a cada uno lo suyo de acuerdo al derecho". Al respecto desde la Antigua Grecia se consideraba que la justicia era el dar a cada quien lo que le corresponde, sin embargo, ya se presentaban duras críticas contra dicha idea, así Sócrates a través de Platón señaló:

- "Polemarco: Que es justo devolver a cada uno lo que se le debe…

Hay que perjudicar a los malos y enemigos nuestros.

- Sócrates: Ahora bien, al perjudicar a los caballos, ¿se vuelven éstos mejores o peores?
- Polemarco: Peores.
- Sócrates: En cuanto a los hombres, amigo mío, ¿no diremos análogamente, que, si los perjudicamos, se volverán peores respecto a la excelencia de los hombres?"[47]

La crítica anterior nos señala que resulta equivocado el señalar como justo el dar a cada quien lo que le corresponde, pues en ese sentido, a quien ha hecho mal, se le debe hacer el mal, idea de donde se desprende la teoría conmutativa de la pena, la idea del castigo es el causar un mal al delincuente como consecuencia del mal que causo, sin embargo, el resultado será que se el individuo se corrompe y se vuelve peor de lo que era.

Al respecto Santo Tomas evade la cuestión y aborda críticas formales con respecto a lo dicho por Ulpiano, aunque, finalmente pretende apoyar su definición, sin embargo, distingue entre justicia y derecho. Pues reza:

> "Pues según el Filósofo (Aristóteles) en la Ética, libro 5, cap. I, la justicia es un "hábito por el cual obran los justos y realizan y quieren las obras justas". Pero la voluntad se refiere tanto a potencia como al acto. Luego no es correcto el reducir la justicia a la voluntad.
> 2. Además, la rectitud de la voluntad no es la voluntad misma, de otra manera si la voluntad consistiera en su rectitud, se seguiría que no existen voluntades perversas.
> 3. En tercer lugar, sólo la voluntad de Dios es perpetua.
>
> La definición propuesta de justicia es correcta si se le entiende bien. Pues siendo la virtud un hábito que actúa como principio de los actos

[47] PLATÓN, Diálogos, 1er Libro de la República, traducción de Conrado Eggers Lan, Editorial Gredos, España, 2011, Biblioteca de Grandes Pensadores, pp.16 y 21.

buenos, es preciso que la virtud se defina por el acto bueno acerca de la materia de tal virtud. Y la justicia se refiere a todas aquellas cosas que pertenecen al otro. Porque dice Isidoro en las Etimologías, libro 10, que "justo es aquel que observa el derecho".[48]

Sin olvidar, que el mismo autor señala que puede existir ley injusta, ello será conocido toda vez que la ley natural permanece inmutable, mientras que el hombre es mutable, por lo que la injusticia radica en el mal obrar del hombre.

Las escuelas de corte liberal y social que son unidas y se plasman en la Declaración Universal de los Derechos Humanos han de reconocer que la justicia consiste en proporcionar las condiciones para vivir en libertad y en igualdad. En ese sentido la justicia es un valor y presupuesto de los demás valores: el respeto a la libertad y su ejercicio, el fomento de la igualdad en la equidad, la búsqueda de la solidaridad, el respeto a las diversas maneras de vida, la toma de decisiones comunes a través del diálogo de manera responsable. Cuando emergen esos supuestos, podríamos encontrar indicios de justicia en una sociedad.

Aseveramos que la justicia es el conjunto de reglas y normas aplicadas materialmente que establecen un marco adecuado para las relaciones entre personas e instituciones, autorizando, prohibiendo y permitiendo acciones específicas en la interacción de individuos e instituciones. Este conjunto de reglas tiene un fundamento cultural y en la mayoría de sociedades modernas un fundamento formal:

- El Fundamento Cultural se basa en un consenso amplio en los individuos de una sociedad sobre lo bueno y lo malo, y otros aspectos prácticos de cómo deben organizarse las relaciones entre personas. Se supone que en toda sociedad humana, la mayoría de sus miembros

[48]AQUINO, Tomás de, Tratado de la justicia, traducción de Carlos Ignacio González, 9ª ed., Editorial Porrúa, México, 2008, "Sepan Cuantos…", número 301, pp. 156-157.

tienen una concepción de lo justo, y se considera una virtud social el actuar de acuerdo con esa concepción.

- El Fundamento Formal es el codificado formalmente en varias disposiciones escritas, que son aplicadas por jueces y personas especialmente designadas, que tratan de ser imparciales con respecto a los miembros e instituciones de la sociedad y los conflictos que aparezcan en sus relaciones.

La Justicia no es el dar o repartir cosas a la humanidad, sino el saber decidir a quién le pertenece esa cosa por derecho. La Justicia es un concepto puente entre la justicia, la ética, equidad y honradez. Es la voluntad constante de dar a cada uno lo que es suyo según el derecho. Es aquel sentimiento de rectitud que gobierna la conducta y hace acatar debidamente todo los derechos de los demás.

Hans Kelsen la define así: "La Justicia es para mí aquello cuya protección puede florecer la ciencia, y junto con la ciencia, la verdad y la sinceridad. Es la Justicia de la libertad, la justicia de la paz, la justicia de la democracia, la justicia de la tolerancia."[49]

El ideal de justicia o sea, ese conjunto de condiciones protegidas por el derecho se puede considerar desde una perspectiva absoluta iusnaturalista dentro de lo cual todo derecho es justo y si no es justo es derecho. Pero desde una perspectiva iuspositivista el derecho es condición de la justicia y a la vez esta es una medida de valoración del derecho, por lo que podemos decir que un derecho positivo determinado es justo o es injusto de acuerdo a un ideal de justicia subjetivo.

La verdadera justicia es el arte de dar lo justo o hacer dar lo justo a un individuo, basándose en los principios del arte del derecho, sin tener ningún tipo de discriminación o preferencia hacia ninguna persona. Ya que todas las

[49] HANS Kelsen, ¿Qué es la justicia?,13ª ed., Editorial Distribuciones Fontamara, México, 2001.P 23.

personas deben ser tratadas sin ninguna discriminación o preferencia ya que así se estaría dando una justicia falsa, y no sería “dar a cada uno lo suyo”, sino “dar a él lo que le toque”, dependiendo de su clase social o raza.

En principio, en la mayoría de sociedades se han manejado dos conceptos parcialmente incompatibles sobre qué es una distribución justa de los bienes y la riqueza:

* La justicia según la necesidad, sostiene aquellos que tienen mayores necesidades de un bien deben poseer asignaciones mayores. En general este criterio es preponderante al considerar la situación de personas enfermas o con discapacidades y también a segmentos de las sociedades con menos capacidad de procurarse bienes como los niños, los ancianos y los marginados.

* La justicia según el mérito, sostiene que aquellos que más contribuyen a la producción de bienes y riqueza deben tener también una mayor proporción de los mismos. Algunos partidarios del liberalismo sostienen que poner en riesgo el criterio anterior eliminaría un importante incentivo a la generación de riqueza y el trabajo contributivo.

Entre otras muchas teorías sobre la justicia, destacamos la de los filósofos:

* Platón: La Justicia Aristocrática como armonía social. Propone que los puestos de mando lo lleven los mejores de la sociedad, es decir, los más sabios.

* Aristóteles: La Justicia como igualdad proporcional: Dar a cada uno lo que es suyo, o lo que le corresponde. Dice que lo que le corresponde a cada ciudadano tiene que estar en proporción con su rango social y sus méritos personales.

* Santo Tomás de Aquino: La Ley Natural. Dice que los ciudadanos han de

tener los derechos naturales, que son los que Dios les da. Estos derechos son más tarde llamados Los Derechos Humanos.

* Para los utilitaristas las instituciones públicas se componen de una forma justa cuando consiguen maximizar la utilidad (en el sentido de felicidad) agregada. Según esta teoría, lo justo es lo que beneficia al mayor número de personas a la vez.

> "Jesús de Nazaret, al ser interrogado por el gobernador romano, admitió ser un rey, mas agregó: 'Yo para esto he nacido y para esto he venido al mundo, para dar testimonio de la verdad'. Pilatos preguntó entonces: '¿Qué es la verdad?' Es evidente que el incrédulo ro- mano no esperaba respuesta al interrogante: el justo, de todos modos, tampoco la dio. Lo fundamental de su misión como rey mesiánico no era dar testimonio de la verdad. Jesús había nacido para dar testimonio de la Justicia, de esa Justicia que deseaba se realizara en el reino de Dios. Y por esa Justicia fue muerto en la cruz."[50]

La Justicia carece de realidad material, no puede ser pesada, palpable ni medida y, además, se muestra constantemente huidiza ante los esfuerzos de asirla palpablemente. Porque ¿quién puede negar que cambia constantemente?

Tampoco podemos negar a la Justicia como una parte de la moral y al igual que ella, cambia según el lugar, según la época y según el tiempo, sin embargo la Justicia podrá cambiar pero siempre será el valor supremo de toda moral y sobre todo del propio Derecho.

El concepto de justicia no se detiene en los actos eternos del hombre, sino que regula lo interior del mismo, no permitiendo que ninguna parte de su alma haga otra cosa que aquello que le es propio. Consiste entonces en poseer y hacer lo que es de cada cual. Socialmente, es semejante a la armonía de los

[50] *Ibidem*, p. 9.

planetas que mantiene un coordinado movimiento, y individualmente es un orden y una belleza en las partes del alma. Lo malo surge cuando existe una desarmonía entre el hombre y la naturaleza, entre los hombres y los hombres y entre el hombre y él mismo.

La justicia debe permear en el espíritu humano, en el sentido que la autoridad necesite pocos ordenamientos jurídicos que le indiquen su conducta adecuada en la función pública, pues al respecto, contaría con una clara distinción entre lo que es justo o injusto, debiéndose apartar del proceder injusto.

El caso mexicano es un paradigma de corrupción e injusticia, pues si bien se han hecho serios esfuerzos por tratar de reformar el sistema de justicia, la normatividad jurídica siempre se ha visto rebasada, puesto que sus operadores siempre encuentran las maneras para obtener provecho personal, sin que les importe el valor de la justicia, podemos observar que la actuación del Ministerio Público adolece de la aplicación ética de la justicia, sobre todo, porque sus investigaciones son sesgadas, valiéndose de métodos que atentan contra los derechos humanos, en la mayoría de los casos, incluyen la tortura.

Por ello, se ha señalado por organismos internacionales de derechos humanos que la tortura es un estado generalizado en México, lo que permite que los gobernados que están siendo investigados por el Ministerio Público y se les atribuya responsabilidades sobre conductas ilícitas con material probatorio endeble, lo que permite que sean procesados por el órgano jurisdiccional enfrentándose a juicios largos privados de su libertad y sean expuestos a malos tratos y hacinamiento, así, Amnistía Internacional señala:

> “Además de la preocupación en torno a la capacidad, resulta inquietante observar diversos sesgos que parecen existir entre las autoridades respecto a las denuncias de tortura. En numerosas ocasiones, las autoridades han dicho a Amnistía Internacional que creen que los abogados defensores utilizan las denuncias de tortura como herramienta en su estrategia legal para exculpar a sus clientes. Estas afirmaciones

contrastan con las entrevistas que Amnistía Internacional ha mantenido con víctimas de tortura que han declarado que, en su celda o centro de reclusión, la mayoría de los reclusos tienen testimonios de tortura o malos tratos ocurridos durante su arresto. Sin embargo, eran muy pocos los que habían presentado denuncias formales sobre estos sucesos, por temor a que pusieran en peligro sus procedimientos judiciales o dieran lugar a represalias contra ellos o sus familias. Aunque Amnistía Internacional no puede verificar todas estas alegaciones, resulta preocupante que, en diversos centros penitenciarios de México, se escuchen una y otra vez los mismos relatos. Y aún resulta más preocupante que las autoridades se basen a menudo en anécdotas vagas, como las opiniones descritas anteriormente, para poner en duda la veracidad de las denuncias, en lugar de garantizar una investigación adecuada e información empírica"[51].

Por lo que la única forma de garantizar la aplicación de los valores y la correcta operación de la norma jurídica por parte de las autoridades es por medio de una formación adecuada que cumpla con programas de formación, capacitación y supervisión poliédrica.

## CAPITULO 2: VIOLACIONES A DERECHOS HUMANOS COMETIDAS POR EL MINISTERIO PÚBLICO.

Estando en el entendido que las violaciones que los Agentes de Ministerio Publico realizan día a día tiene que ver mucho con el desarrollo de las practicas ministeriales, del sistema que nutre la corrupción volviéndose con ello una parte más del proceso penal en la actualidad.

### 2.1 LA ACTUACIÓN FÁCTICA DEL MINISTERIO PÚBLICO.

Si no es a partir de los valores no hay posibilidad alguna de llevar a cabo un proceso formativo del hombre, en la República Mexicana es un fenómeno

[51] AMNISTÍA INTERNACIONAL, La epidemia de la tortura en México, Amnesty International, Reino Unido, 2015, Campaña *stop* tortura, p. 7.

tradicional el que el Ministerio Público sea asociado con el fenómeno de la corrupción, el tráfico de influencias y el soborno, por decir lo menos; los códigos de ética y las reglamentaciones jurídicas tratan de regular la actuación del Ministerio Público como institución, y de sus agentes como operadores, sin embargo, sus resultados son muy pocos satisfactorios. De ello debemos entender que el Ministerio Público es una función de Estado, por lo cual, es perfectamente compatible con los derechos humanos, sus actividades están delimitadas con claridad y sus protocolos de actuación pueden ser envidiados por cualquier fiscalía en el mundo, el problema es el identificar al agente del Ministerio Público, como el eslabón más frágil de la cadena, el más fácil de corromper, el que comete los atropellos a la dignidad de las personas y de la sociedad.

Para poder precisar el concepto de dignidad, tenemos que partir del hecho de que debe puntualizarse como un Principio que deriva consecuentemente en un valor, que será verdadero en función de su capacidad para hacer humano al hombre y a la mujer, debiendo señalarse que el valor básico de toda vida humana y de todo ser humano es su dignidad, por lo cual debe considerarse que de la dignidad de la persona como valor central, se desprenden los demás principios como la justicia, la vida, la libertad, la igualdad, la seguridad y la solidaridad, siendo estos valores los que determinan la existencia y la legitimidad de todos los derechos humanos reconocidos, específicamente como lo marca en artículo primero constitucional, que reza:

> “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.
>
> 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.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas".

Por tanto, la dignidad es la excelencia que toda persona tiene por su modo de ser superior entre el reino animal y por sus características únicas e irrepetibles, pero en este aspecto y a fin de profundizar el significado de este vocablo y lograr una mayor comprensión del origen e importancia del concepto de dignidad humana, deberé remitirme a un autor clave, fundamental, del que arranca directamente la concepción actual del concepto de dignidad humana, este es Kant; quien utiliza, como soporte de la dignidad de la persona humana el argumento según el cual

"Los seres cuya existencia no descansa en nuestra voluntad, sino en la naturaleza tienen, cuando se trata de seres irracionales, un valor puramente relativo, como medios, y por eso se llaman cosas; en cambio, los seres racionales se llaman personas porque su naturaleza los distingue ya como fines en sí mismos, esto es, como algo que no puede ser usado como medio y, por tanto, limita, en este sentido, todo capricho (y es objeto de respeto).

Estos no son pues, meros fines subjetivos, cuya existencia, como efectos de nuestra acción, tiene un valor para nosotros, sino que son fines objetivos, esto es, realidades cuya existencia es en sí misma, un fin."[52]

[52] MARTÍNEZ PINEDA, p. 55.

La dignidad significa para Kant tal y como expresa en la Metafísica de las costumbres que la persona humana no tiene precio, sino dignidad, "Aquello que constituye la condición para que algo sea un fin en sí mismo, eso no tiene meramente valor relativo o precio, sino un valor intrínseco, esto es, dignidad"[53]

Ahora bien, la idea que más nos interesa jurídicamente, y que considero la correcta, es que la dignidad del hombre no tiene valor de uso ni valor de cambio tal como lo advertía Séneca: “el hombre no tiene precio, como los bienes materiales, sino dignidad”[54], por tal motivo la dignidad humana se fundamenta en el ser, lo cual viene a ser el fundamento de los derechos humanos, pues enseñan los filósofos que el hombre, en cuanto persona, se caracteriza por la subsistencia, la racionalidad, la unidad, la trascendencia y la capacidad relacional( Derechos que se le reconoce a la persona en nuestra Constitución, en todas las cartas magnas nacionales y en los tratados internacionales, precisamente porque sobre su carácter de justificación última existe una suerte de consenso universal, que se traduce en los textos legales del tenor de los mencionados.

A través de los siglos se ha pisoteado, devastado y agredido a los integrantes de la familia humana, el genocidio, la esclavitud y la tortura, para no mencionar sino tres de esos azotes, tienen su raíz más profunda en el desdén por la dignidad eminente de la persona, donde se priva al hombre de la vida, cosa que ninguna persona desea perder. Aunque formalmente se han erradicado los campos de concentración, la esclavitud y la tortura, aparecen variantes modernas de esos fenómenos, que desafortunadamente, son cometidos por los agentes del Ministerio Público, a lo que es necesario señalar el siguiente ejemplo:

---

[53] KANT, IMMANUEL, Metafísica de las costumbres, Grandes obras del pensamiento, ALTAYA, España, 1993, pp 208.

[54] SENECA, Tratados filosóficos, Cartas a Lucio, Editorial Porrúa, México, 2006, pp 246.

> "El viernes 17 de mayo de 2013, por la noche, Enrique Guerrero Aviña, estudiante universitario y activista, conducía por Ciudad de México cuando unos agentes de la Policía Federal vestidos de civil empezaron a disparar contra él y perseguir su automóvil. Obligaron a Enrique a detener su auto y, sin orden de aprehensión, lo subieron a una camioneta y lo llevaron a un galpón donde permaneció retenido toda la noche. Según el relato de Enrique, los policías le vendaron los ojos, lo desnudaron de cintura para abajo y lo amenazaron con violarlo. Luego lo golpearon durante horas, lo asfixiaron con una bolsa de plástico y abusaron sexual y psicológicamente de él: le tocaron los genitales, le escupieron y le insultaron. Lo interrogaron reiteradamente para que incriminara a miembros de movimientos sociales de todo el país, entre ellos organizaciones ecologistas, sindicatos y movimientos políticos. Luego lo llevaron a la Subprocuraduría Especializada en Investigación de la Delincuencia Organizada (SEIDO), donde un agente del ministerio público lo amenazó para que confesara haber estado implicado en un secuestro ocurrido en el estado de Oaxaca, al sur de México, tres meses antes. Enrique afirma que, cuando se negó a confesar, el agente lo presionó para que incluyera en su declaración al menos algo que sugiriera actividades delictivas ["me tienes que dar algo ilegal"] y que sirviera de ayuda para acusarlo. Posteriormente fue acusado de delincuencia organizada y secuestro y trasladado a una prisión de máxima seguridad, donde permanece recluido a la espera del resultado de su juicio"[55].

A lo que se pidió el apoyo de la ONU a efecto de que emitiera una opinión al respecto, señalando:

> "10. El Sr. Guerrero fue mantenido en confinamiento solitario y no se le permitió la comunicación con un abogado de su confianza. El abogado defensor que le habría sido designado sólo se presentó al final de su declaración, el día 19 de mayo de 2013. La fuente añade que los

[55] AMNISTÍA INTERNACIONAL, *op. cit.*, p 8.

familiares del Sr. Guerrero no lograron ver al detenido hasta cuatro días más tarde de su desaparición, el 21 de mayo de 2013. Además las autoridades negaron en un principio que el Sr. Guerrero estuviera en sus instalaciones. Cuando sus familiares pudieron tener acceso al detenido, éstos hicieron constar que el Sr. Guerrero se encontraba muy golpeado…

28. En vista de lo anterior, el Grupo de Trabajo emite la siguiente opinión:
El arresto y posterior privación de libertad del Señor Guerrero Aviña corresponde a la Categoría I, II y III de las categorías aplicables para el estudio de los casos presentados a el Grupo de Trabajo.

29. En consecuencia, con base en la opinión emitida, el Grupo de Trabajo solicita al Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos tomar las medidas necesarias para remediar la situación a través de la liberación del Señor Guerrero Aviña y se le proporcione una debida compensación.

30. Así mismo, el Grupo de Trabajo referirá la situación al Relator Especial sobre la situación de los Defensores de los Derechos Humanos y al Relator Especial contra la Tortura”[56].

De lo anterior, calificamos que con lo narrado se puede establecer razonablemente que la actividad ministerial trajo aparejada la utilización de la tortura en el caso concreto, puesto que la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura establece que:

[56] Consejo de Derechos Humanos, Opiniones aprobadas por el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria en su 74° período de sesiones (30 Noviembre – 4 Diciembre 2015),Opinión núm. 55/2015 relativa a el Señor Enrique Guerrero Aviña (México), Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria- ONU, Estados Unidos de América, 2015, pp. 3-6.

> **"ARTICULO 3o.-** 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."

Es decir, el tipo penal de la tortura en la ley establece como bien jurídico tutelado la dignidad humana, misma que en el caso concreto fue y es sistemáticamente violada; incumpliendo así con la finalidad de la institución ministerial que es:

> "La protección y convivencia armónica de la sociedad. Al respecto, el Ministerio Público realiza un papel fundamental al ser guardián de la libertad y exacto cumplimiento de las normas constitucionales, pernales e incluso de otras instituciones que repercuten en el ámbito social.
>
> Es por ello que las personas que integran la institución del Ministerio Público que incurran en violaciones a derechos humanos sean efectivamente castigadas, para luchar por perfeccionar las funciones que el Ministerio Público realiza […]"[57]

Ante la generalización de la tortura y otros modelos de corrupción relativa a la actividad ministerial se hace necesario un modelo de educación en valores éticos, basados en la ética cívica propone los valores mediante dos principios esenciales: autonomía y razón dialógica. A través de la autonomía se apuesta por los procesos de autoconocimiento, de análisis crítico y de toma de conciencia, que faciliten la construcción de la personalidad moral del individuo, debido a que:

---

[57] ALCARÁZ MONDRAGÓN, Eduardo, Derechos humanos y la función constitucional del Ministerio Público, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, s/a, p. 9.

> "En las procuradurías, no la nuestra, sino todas las procuradurías estatales, los agentes de la Policía Judicial (hoy ministerial o de investigación) los propios agentes del Ministerio Público en ocasiones, los peritos y todo el personal, se ven expuestos constantemente a cometer alguna violaciones a derechos humanos de manera involuntaria en la mayor parte de las veces"[58].

Un intento claro de contrarrestar esas violaciones lo encontramos en la Ley contra la tortura que marca un programa integral de capacitación, al disponer que:

> **"ARTICULO 2o.-** Los órganos dependientes del Ejecutivo Federal relacionados con la procuración de justicia llevarán a cabo programas permanentes y establecerán procedimientos para:
>
> > **I.-** La orientación y asistencia de la población con la finalidad de vigilar la exacta observancia de las garantías individuales de aquellas personas involucradas, en la comisión de algún ilícito penal.
> >
> > **II.-** La organización de cursos de capacitación de su personal para fomentar el respeto de los derechos humanos.
> >
> > **III.** La profesionalización de sus cuerpos policiales.
> >
> > **IV.-** La profesionalización de los servidores públicos que participan en la custodia y tratamiento de toda persona sometida a arresto, detención o prisión."

La razón dialógica incide en la esfera pública y supone que la persona trata con esas cuestiones a través del diálogo basado en argumentación, que

---

[58] GARCÍA VILLALOBOS, Ricardo, El Ministerio Público en el Distrito Federal, PGJDF-IIJ-UNAM, 1997, México, p. 149.

reconoce los diferentes puntos de vista sobre una misma realidad e intenta acercarse a ellos mediante el entendimiento y la comprensión ,la formación de los valores significa encontrar espacios de reflexión tanto individual como colectiva, para que el hombre sea capaz de elaborar de forma racional y autónoma los principios de valor, principios que le van a permitir enfrentarse críticamente a la realidad. [59]

La justificación de una metodología de enseñanza-formación, que tenga en cuenta los valores morales se sustenta en varios argumentos:

• No existen modelos morales absolutos, por lo que se hace necesaria unos criterios morales propios y razonados. Unos criterios elaborados reflexivos y dialógicamente que nos permitan llegar a acuerdos sobre los valores básicos y centrales que permitan una convivencia pacífica y el progreso de la sociedad.

• La vivencia permanente del conflicto de valores. Todas las personas han tenido la experiencia de que nuestros valores se vean cuestionados y criticados en otros contextos a la vez que hemos sido críticos con otras escalas axiológicas. Esa experiencia nos ha hecho ser conscientes de que debemos cuestionar, fundamentar y defender con argumentos nuestros propios valores si queremos vivir en una sociedad en paz.

Consideramos posible el acercamiento al tema a través de la ética de las virtudes, proponiendo reformular la moral no como conjunto de reglas de comportamiento, sino en concordancia con la experiencia del hombre como sujeto moral. Se debe tener en cuenta el efecto de la acción moral sobre el individuo y jerarquizar la necesidad de adquirir buenos hábitos (virtudes) para formar sujetos capaces de tomar decisiones correctas. Así la ética de las virtudes, desde un punto de vista individual, puede ayudarnos a enfrentar las desviaciones conductuales.

---

[59] LATAPI, Pablo, Política Educativa y Valores Nacionales, Editorial Nueva Imagen, México, 1982, p. 81.

## 2.2 ENTRE EL DERECHO Y LA MORAL, PROTOCOLOS DE ACTUACIÓN EN INVESTIGACIÓN.

Es de advertir que pese a los intentos retóricos de mejorar la actuación de los agentes del Ministerio Público y ante las sendas reformas Constitucionales de 2008 y 2011 sobre el sistema de justicia penal y derechos humanos, aun no forma parte importante de los objetivos gubernamentales, por lo que abuna la regulación respectiva, pero no se han materializado resultados sobre el respeto a derechos humanos o mejoras en la investigación de los delitos, pues:

> "La tortura y los malos tratos abundan. La mayoría de las medidas preventivas parecen estar más bien diseñadas para sub-registrar los niveles de tortura y malos tratos y para asegurar que los perpetradores evadan la justicia. En consecuencia, el sistema de justicia penal sigue recurriendo a la tortura como medio principal de investigación.
>
> Garantizar mecanismos federales y estatales rápidos y efectivos para la búsqueda de desaparecidos, tomando medidas para promover la coordinación entre autoridades estatales y federales y entre las autoridades de diferentes estados;
>
> Resguardar y analizar rápidamente toda evidencia relevante, incluyendo evidencia física y registros de teléfonos celulares, e identificar y entrevistar posibles testigos oculares;
>
> Tomar medidas para asegurarse que las familias de los desaparecidos no pierdan acceso a los servicios sociales y considerar el establecimiento de nuevas iniciativas para proteger el acceso de las familias a vivienda, salud y educación mientras el paradero de sus familiares permanecen desconocidos;

 La base de datos de personas desaparecidas debe incluir información genética de los familiares de las víctimas y toda información relevante de evidencia física, testimonio de testigos oculares y otras evidencias. La recolección y el registro de datos deben seguir un protocolo estandarizado.

 De acuerdo con las mejores prácticas internacionales, asegurar que los procesos de exhumación e identificación de cuerpos no identificados sean confiables y oportunos;

 Establecer una base de datos nacional de restos humanos sin identificar que incluya información genética y toda característica que contribuya a su identificación."[60]

Resulta imperioso, que se hayan positivado esas líneas de acción señaladas por Amnistía Internacional en protocolos de actuación, además, que ellos mismos contemplen el control ético y moral de los agentes ministeriales.

El problema de la distinción entre moral y derecho es una de las más delicadas cuestiones que se presentan a la filosofía del derecho y ha dado lugar a una de las grandes controversias del pensamiento contemporáneo, sobre la que hemos de volver más adelante, al hablar del derecho natural, pues es fuente de los derechos humanos reconocidos en el texto constitucional. La dificultad consiste en que no se trata de conceptos perfectamente independientes, separados entre sí por una línea definida. por nuestra parte, pensamos que el derecho integra el orden moral, lo que no significa, sin embargo, que se pueda establecer una distinción ente la norma jurídica y la puramente moral, pues el contenido de la norma jurídica es moralmente deseable por la sociedad, ese mismo deseo se enmarca en las actuaciones ministeriales consagradas en diversos protocolos; *verbi gracia*, el Protocolo

[60] AMNISTÍA INTERNACIONAL, Memorándum de Amnistía Internacional para el Presidente Enrique Peña Nieto, Amnesty International Publication, Reino Unido, 2014, p. 6.

Homologado para la Investigación del Delito de Tortura, que "busca establecer políticas de actuación y procedimientos apegados a los estándares internacionales de derechos humanos para la investigación de la tortura, sin reproducir lo establecido en los Códigos de Procedimientos Penales; el objetivo es que sirva como guía en las distintas etapas del procedimiento"[61] para evitar el fenómeno de la revictimización y la fabricación artificiosa de material de prueba, por lo que debe establecerse con claridad el rol o papel que cada operador desarrollará.

> "La diferencia de roles respecto de los agentes investigadores, los peritos y los agentes del Ministerio Público entre el Sistema Inquisitorio y el Acusatorio consiste que en el primero de los sistemas, su actuación se introduce a la averiguación previa de manera escrita y esta formalidad sustituye la confrontación y la discusión de ideas respecto de las líneas de investigación, el alcance explicativo de la pericia y su correspondiente argumentación en la etapa en la cual el procedimiento acusatorio motiva la configuración de un caso (teoría del caso) de la acusación"[62].

Tanto la Moral como el Derecho son normas de conducta humana; pero la moral valora la conducta en sí misma, plenariamente, en la significación integral y última que tiene para la vida del sujeto; en cambio, el Derecho valora la conducta desde un punto de vista relativo, en cuanto al alcance que tenga para los demás. El campo de imperio de la moral es la sociedad, mismo campo en el que se desarrolla el derecho, por lo que la actuación del agente ministerial de acuerdo al nuevo sistema acusatorio procesal debe ser de contenido jurídico y moral.

---

[61] PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Protocolo Homologado para la Investigación del Delito de Tortura, PGR, México, 2015, p. 8.

[62] *Ibidem*, p. 31.

## 2.3 ACTUACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO AL CONOCER LA NOTICIA CRIMINAL.

Los protocolos de actuación deben estar orientados con normas jurídicas de contenido ético, por ello la actuación ministerial debe cumplir con un sistema estricto de pasos a desarrollar, el primero de ellos es la calificación de los hechos que le fueron puestos a su conocimiento en la respectiva denuncia o querella, así:

> "1.4.1 Cuando llega la noticia criminal, el Ministerio Público calificará preliminarmente los actos […] para efectos de investigación, y los demás delitos que se hubieren cometido, en caso de concurso ideal o real (violación sexual, abuso sexual, abuso de autoridad, homicidio, etc.)."[63]

Por lo que de manera previa, deberá calificar si los hechos se ajustan a la descripción típica del delito, para que en su caso proceda a la elaboración de los siguientes pasos, debiéndose registrar los datos de la investigación en el registro de información respectivo de manera electrónica, con los siguientes datos[64]:

> "— Número de Averiguación Previa o Carpeta de Investigación[65]
> — Fecha de radicación
> — Nombre de la víctima
> — Nombre del denunciante
> — Probable responsable[66]
> — Lugar de reclusión (si está privada de libertad) o domicilio de la víctima

[63] *Ibidem*, p. 38.

[64] *Ibidem*, pp. 38-39.

[65] Nota: sólo 'podrá iniciarse averiguación previa en hechos que hayan ocurrido con anterioridad al 18 de junio de 2016.

[66] Para efectos del sistema acusatorio, y no es dable el señalar al "probable responsable" sino al investigado o imputado.

— Delito(s)
— Lugar de los hechos
— Síntesis de los hechos
— Estado procesal
— Aplicación o no del Dictamen Médico Psicológico Especializado para Casos de Posible Tortura
— Institución y personas que realizaron el Dictamen
— Resultado del Dictamen
— Medidas de atención a la víctima
— Resolución y
— Fecha de resolución”

Así mismo, los datos resguardados en el sistema informático respectivo deberán actualizarse de forma permanente según cambien en el transcurso de la investigación, hasta en tanto ella no concluya, por otra parte, la protección de víctimas debe ser tomada en cuanta y garantizárseles su integridad y dignidad humana, por lo que cada agente ministerial deberá tener acceso solamente a la investigación que le fue asignada, pero, en todo caso, el personal designado a la protección de derechos humanos podrá verificar en todo tiempo cualquier información que considere de utilidad.

El segundo momento del actuar ministerial deberá ser dedicado a la formulación de una estrategia de investigación, período que no deberá superar de dos horas de planeación, con la finalidad de obtener un análisis de la información con la que se cuente y elaborar una guía de los pasos concretos a seguir en el asunto en particular, siempre procurando la mayor efectividad de las diligencias seleccionadas, además, debe estudiarse la información deseada, como aquella que deberá ser obtenida con apoyo de las diligencias de investigación y que servirán para formular una teoría del caso, así mismo, existen preguntas torales que deberá formularse cada agente al momento de planear su estrategia de investigación, las cuales son, mismas que comentamos y estudiamos[67]:

[67] *Cfr. Ibidem*, pp. 39-40

En cuanto a la víctima, es necesario realizar la siguiente pregunta ¿Es menor de edad? Ello para estar en posibilidad de darle la atención inmediata según sus necesidades y hacer cumplir la Ley de General de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, que en su artículo 13 establece de forma enunciativa los siguientes:

**"I.** Derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo;

**II.** Derecho de prioridad;

**III.** Derecho a la identidad;

**IV.** Derecho a vivir en familia;

**V.** Derecho a la igualdad sustantiva;

**VI.** Derecho a no ser discriminado;

**VII.** Derecho a vivir en condiciones de bienestar y a un sano desarrollo integral;

**VIII.** Derecho a una vida libre de violencia y a la integridad personal;

**IX.** Derecho a la protección de la salud y a la seguridad social;

**X.** Derecho a la inclusión de niñas, niños y adolescentes con discapacidad;"

Caso en el cual, el Ministerio Público deberá hacer cesar los efectos del acto delictivo que hayan vulnerado alguno de esos derechos, además de que en la secuela procedimental, la víctima menor de edad se encuentre en el goce de los mismos.

Además de lo anterior, el protocolo en cita establece la necesidad de cuestionarse si ¿Tiene alguna discapacidad? Ello se vuelve fundamental, pues las personas con discapacidad son "Toda persona que por razón congénita o adquirida presenta una o más deficiencias de carácter físico, mental, intelectual o sensorial, ya sea permanente o temporal y que al interactuar con las barreras que le impone el entorno social, pueda impedir su inclusión plena y efectiva, en igualdad de condiciones con los demás;" cualquiera que ésta sea, se

encuentran en desventaja social, no sólo por la marginación que sufren, sino porque se encuentran imposibilitados por sí mismos a acudir a las agencias investigadoras del Ministerio Público, y en su caso, poder mantener una comunicación efectiva cuando los agentes no conocen los sistemas de comunicación específicos, o tal vez, porque las instalaciones no están adecuadas para facilitar la movilidad en ellas, al respecto se deben tomar en consideración los principios contenidos en la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad, cuyo artículo 5 contempla de manera enunciativa los siguientes:

"I. La equidad;

II. La justicia social;

III. La igualdad de oportunidades;

IV. El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad;

V. El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas;

VI. La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad;

VII. El respeto por la diferencia y la aceptación de la discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas;

VIII. La accesibilidad;

IX. La no discriminación;

X. La igualdad entre mujeres y hombres con discapacidad;"

Éstos deberán ser conocidos por el Ministerio Público y servirán de guía jurídica y moral para el trato con las personas con discapacidad.

Por otro lado, es necesario responder respecto a sí ¿Es persona migrante? Según la Ley de Migración, artículo 3, fracción XVII es todo "individuo que sale, transita o llega al territorio de un Estado distinto al de su residencia por cualquier tipo de motivación." De acuerdo a los fenómenos sociales observados, los migrantes son uno de los grupos sociales más

vulnerables, pues al efecto, la mayoría de ellos utilizan el territorio mexicano como puente a los Estados Unidos de América, lo que los deja a merced de traficantes de personas, además de ser víctimas de delitos, que van desde el robo, el fraude hasta el homicidio, trata de personas o delincuencia organizada, por lo que se les han reconocidos sus derechos humanos desde la misma Constitución que les otorga las mismas garantías que a los mexicanos, además de que la Ley de Migración les reconoce los siguientes:

> **"Artículo 7.** La libertad de toda persona para ingresar, permanecer, transitar y salir del territorio nacional tendrá las limitaciones establecidas en la Constitución, los tratados y convenios internacionales de los cuales sea parte el Estado mexicano, esta Ley y demás disposiciones jurídicas aplicables.
>
> El libre tránsito es un derecho de toda persona y es deber de cualquier autoridad promoverlo y respetarlo. Ninguna persona será requerida de comprobar su nacionalidad y situación migratoria en el territorio nacional, más que por la autoridad competente en los casos y bajo las circunstancias establecidos en la presente Ley.
>
> **Artículo 8.** Los migrantes podrán acceder a los servicios educativos provistos por los sectores público y privado, independientemente de su situación migratoria y conforme a las disposiciones legales y reglamentarias aplicables.
>
> Los migrantes tendrán derecho a recibir cualquier tipo de atención médica, provista por los sectores público y privado, independientemente de su situación migratoria, conforme a las disposiciones legales y reglamentarias aplicables.
>
> Los migrantes independientemente de su situación migratoria, tendrán derecho a recibir de manera gratuita y sin restricción alguna, cualquier

tipo de atención médica urgente que resulte necesaria para preservar su vida.

En la prestación de servicios educativos y médicos, ningún acto administrativo establecerá restricciones al extranjero, mayores a las establecidas de manera general para los mexicanos.

**Artículo 9.** Los jueces u oficiales del Registro Civil no podrán negar a los migrantes, independientemente de su situación migratoria, la autorización de los actos del estado civil ni la expedición de las actas relativas a nacimiento, reconocimiento de hijos, matrimonio, divorcio y muerte.

**Artículo 10.** El Estado mexicano garantizará a los migrantes que pretendan ingresar de forma regular al país o que residan en territorio nacional con situación migratoria regular, así como a aquéllos que pretendan regularizar su situación migratoria en el país, el derecho a la preservación de la unidad familiar.

**Artículo 11.** En cualquier caso, independientemente de su situación migratoria, los migrantes tendrán derecho a la procuración e impartición de justicia, respetando en todo momento el derecho al debido proceso, así como a presentar quejas en materia de derechos humanos, de conformidad con las disposiciones contenidas en la Constitución y demás leyes aplicables.”

El Ministerio Público debe estar preparado y conocer los derechos de los migrantes, ya sea que ellos participen como víctimas o como imputados, pues en todo caso, debe ser respetado el derecho internacional y consular, además, de que existen determinados hechos delictivos a los que son más vulnerables, por lo que se les debe brindar la atención requerida e inmediata para reestablecerlos en el bien jurídico que les fue dañado.

En cuanto hace a su origen étnico, el Ministerio Público debe formularse sí ¿Pertenece a alguna comunidad indígena? México al ser un país mega diverso y pluricultural, cuenta con la presencia de grupos indígenas con características propias, que los hace vulnerables a la exclusión social, así como la violación de sus derechos por parte de las autoridades, para contrarrestar ello, el artículo 2 de la Constitución Federal les reconoce personalidad y autonomía, siempre y cuando respeten la misma Constitución, en virtud de ello, cada entidad de la república ha emitido sendas leyes de protección a los derechos de los pueblos y comunidades indígenas, aunque todas con contestes, daremos como ejemplo el caso de Oaxaca, cuya ley enuncia el reconocimiento de las autoridades jurisdiccionales indígenas y la coordinación con la autoridad estatal:

> **"Artículo 35.-** La convalidación de la imposición de sanciones con base en los sistemas normativos internos se hará sin menoscabo de los derechos humanos y tomando en consideración la normatividad vigente para el Estado.
>
> **Artículo 36.-** El Estado mantendrá comunicación constante con las autoridades de los pueblos y comunidades indígenas para asegurar que sus sistemas normativos internos sean adecuadamente reconocidos y respetados por personas e instituciones ajenas a ellos.
>
> **Artículo 37.-** Para la aplicación de los beneficios preliberatorios a que tengan derecho los hombres y las mujeres indígenas, las autoridades deberán considerar la condición socio-cultural y económica de aquellos.
>
> **Artículo 38.-** Las autoridades comunitarias de los pueblos y comunidades indígenas, procurarán y administrarán justicia aplicando sus sistemas normativos internos, en los casos y de acuerdo con las formalidades que se prescriben a continuación.

I.- Las autoridades comunitarias de los pueblos y comunidades indígenas ejercerán jurisdicción en los casos siguientes.

a) Tratándose de controversias en las cuales ambas partes sean indígenas, ya sea que pertenezcan a un mismo pueblo o a pueblos diferentes.

Cuando el conflicto de que se trate involucre como partes a indígenas y no indígenas, el infractor, tratándose de asunto penal, o el demandante si el asunto es de materia diversa a la penal, podrá elegir a la autoridad a la que someterá la controversia.

b) Que la materia de las controversias verse sobre: delitos que estén sancionados en el Código Penal del Estado de Oaxaca, con pena económica o corporal que no exceda de dos años de prisión, en éstos casos las autoridades comunitarias actuarán, a través de sus órganos competentes, como auxiliares del Ministerio Público o del Poder Judicial; tenencia individual de la tierra en la comunidad de referencia, faltas administrativas y de policía; atentados contra de las formas de organización, cultura, servicios comunitarios, trabajos y obras públicas; cuestiones del trato civil y familiar; incumplimiento del deber de las madres y padres de familia consistente en enviar a sus hijos e hijas a la escuela; y en general, todos aquellos casos en los que los ascendientes o los esposos y esposas no se conduzcan como buenos padres y madres de familia.

II.- Las autoridades comunitarias de los pueblos y comunidades indígenas ejercerán jurisdicción con base en las formalidades siguientes:

a) Las audiencias serán públicas;

b) El infractor y en su caso el demandado serán oídos en justicia;

c) La detención no podrá exceder de 36 horas si el asunto es administrativo. Si se trata de probable delito, la detención no excederá de 48 horas;

d) Todas las formas de incomunicación y de tortura del presunto infractor quedan prohibidas;

e) La resolución principal se asentará por escrito, y contendrá las razones motivo de la misma; y

f) Las sanciones que se impongan en ningún caso atentarán contra los derechos humanos ni contra las garantías individuales y sociales establecidas en la Constitución General de la República.

Las resoluciones de las autoridades comunitarias de los pueblos y comunidades indígenas deberán ser consideradas como elementos necesarios para formar y fundar la convicción de jueces y magistrados."

El conocimiento de dichas leyes en particular determina el actuar del Ministerio Público, pues si bien en toda la república se les reconoce la autonomía a los pueblos y comunidades indígenas, lo cierto es que cada estado deberá emitir sus propios principios, de modo que en el estado de Oaxaca se reconoce la jurisdicción de los jueces indígenas pero sus determinaciones deberán ser confirmadas por la autoridad jurisdiccional estatal, mientras que en otros estados, como el de Puebla, los juzgados indígenas son incorporados como parte del poder judicial estatal.

En todo caso, el agente ministerial deberá determinar si la víctima es indígena, para efecto de darle la asesoría adecuada, pues se contempla que, si es un delito de competencia de las autoridades indígenas, debe ser remitido a ellas, además de prestarle la asistencia de un perito y traductor que conozca de su entorno social y cultural, para estar en posibilidad de comprender los hechos que le son narrado, puesto que el intérprete es el:

"Perito que describe la expresión mímica de una persona incapacitada para expresarse por medio de la palabra./ se diferencia de él, el perito traductor en idiomas que traduce documentos y declaraciones, expresados en lengua diferente a la oficial de la reglamentada para el proceso./ persona que traduce de viva voz de una lengua a otra./

intervención que se genera en una actuación procesal, cuando el declarante ignora la lengua empleada, por disposición legal, el juzgador, le nombrará un traductor."[68]

Esto encuentra reflejo en el artículo 45 del Código Nacional de Procedimientos Penales que establece:

"Los actos procesales deberán realizarse en idioma español.

Cuando las personas no hablen o no entiendan el idioma español, deberá proveerse traductor o intérprete, y se les permitirá hacer uso de su propia lengua o idioma, al igual que las personas que tengan algún impedimento para darse a entender. En el caso de que el imputado no hable o entienda el idioma español deberá ser asistido por traductor o intérprete para comunicarse con su Defensor en las entrevistas que con él mantenga. El imputado podrá nombrar traductor o intérprete de su confianza, por su cuenta.

Si se trata de una persona con algún tipo de discapacidad, tiene derecho a que se le facilite un intérprete o aquellos medios tecnológicos que le permitan obtener de forma comprensible la información solicitada o, a falta de éstos, a alguien que sepa comunicarse con ella. En los actos de comunicación, los Órganos jurisdiccionales deberán tener certeza de que la persona con discapacidad ha sido informada de las decisiones judiciales que deba conocer y de que comprende su alcance. Para ello deberá utilizarse el medio que, según el caso, garantice que tal comprensión exista."

Por ello concluimos que el agente ministerial deberá conocer si la persona víctima del delito es indígena, para estar en posibilidad de prestarle la atención

[68] POLANCO BRAGA, Elías, *op. cit., Diccionario*, p. 174.

médica, psicológica y el auxilio de peritos traductores e intérpretes, así como el remitirlo a las autoridades indígenas cuando el asunto lo amerite.

Tomando en consideración la necesidad de establecer si la víctima pertenece a un grupo desprotegido, se debe resolver sí ¿Es persona adulta mayor? Según la Ley de los Derechos de los Adultos Mayores, en su artículo 3, fracción I, son "Aquellas que cuenten con sesenta años o más de edad y que se encuentren domiciliadas o en tránsito en el territorio nacional;" por lo que se toman en cuenta determinados valores y principios éticos plasmados en la ley "positivados", entre los que destaca el de autonomía, en el sentido de que se debe valorar y tomar en cuenta las determinaciones de la víctima aunque sea adulto mayor, al igual se les debe consultar sobre el transcurso de la investigación, máxime que se considera como parte procesal, de entre ellos y otros, surgen determinados derechos, de los que se pueden establecer:

> **"Artículo 5o.** De manera enunciativa y no limitativa, esta Ley tiene por objeto garantizar a las personas adultas mayores los siguientes derechos:
>
> **I.** De la integridad, dignidad y preferencia:
>
> […]
>
> **c.** A una vida libre sin violencia.
>
> **d.** Al respeto a su integridad física, psicoemocional y sexual."

Por lo que el Ministerio Público deberá valorar si se encuentra en riesgo el adulto mayor como víctima y hará cesar de inmediato los efectos del delito que sigan lesionando estos derechos, además, como representante social, se encuentra facultado para asegurar el respeto y calidad de vida de los adultos mayores. Además, deberá cumplir con los siguientes derechos de:

> **"II.** De la certeza jurídica:

**a.** A recibir un trato digno y apropiado en cualquier procedimiento judicial que los involucre, ya sea en calidad de agraviados, indiciados o sentenciados."

Con respecto al trato digno, él es la fuente de los derechos humanos, es su esencia ontológica, por lo que el agente ministerial deberá tratar al adulto mayor tal como quisiera él mismo se tratado de encontrarse en las mismas circunstancias, al respecto el concepto ético lo encontramos en los imperativos categóricos, que establecen:

*"Obra como si la máxima de tu acción debiera tornarse, por tu voluntad, ley universal de la naturaleza […]*

Si ahora atendemos nosotros, en los casos en que contravenimos un deber, hallaremos que realmente no queremos que nuestra máxima sea ley universal pues ello es imposible, más bien lo contrario es lo que debe mantenerse como ley universal."[69]

Concluimos que el Ministerio Público debe tratar a todas las personas por igual, sin embargo, debe hacer uso de la equidad, por las limitaciones y dificultades especiales que tienen los adultos mayores, por lo que al estar frente a una víctima que lo es, debe darle la atención que considere correcta, obteniéndola del trato digno a un ser humano y de la forma en como el mismo agente ministerial debería ser tratado cuando se trate de un adulto mayor.

**b.** "A recibir el apoyo de las instituciones federales, estatales y municipales en el ejercicio y respeto de sus derechos."

[69] KANT, Emmanuel, Fundamentación Metafísica de las Costumbres, 8ª ed., Editorial Porrúa, México, 1995, "Sepan Cuantos…", número 212, pp. 40-41.

Al mismo tiempo en que la víctima del delito (en este caso, adulto mayor) le sea brindada la atención en las agencias ministeriales, debe existir una cooperación entre los diversos órganos de gobierno y sus instituciones para auxiliarle integralmente, por ejemplo, en el caso de que sufra de lesiones graves por un delito violento, debe ser trasladado a la institución médica especializada que le asegure su supervivencia y recuperación pronta, independientemente si es una institución federal o local.

**c.** "A recibir asesoría jurídica en forma gratuita en los procedimientos administrativos o judiciales en que sea parte y contar con un representante legal cuando lo considere necesario."

El contenido de este inciso es el reflejo de lo contenido en el artículo 20, apartado C, fracción I, de la Constitución Federal que reglamenta que tiene derecho "Recibir asesoría jurídica; ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y, cuando lo solicite, ser informado del desarrollo del procedimiento penal;" el cambio paradigmático es la imposición al Ministerio Público de asesorar al adulto mayor, además de que se le debe permitir el nombramiento de un asesor jurídico, en cuyo caso puede nombrar uno particular, y de lo contrario, el Estado debe auxiliarlo con un asesor jurídico gratuito que lo represente en el procedimiento, tal como lo precisa el penúltimo párrafo del artículo 17 del Código Nacional de Procedimientos Penales al señalar: "La víctima u ofendido tendrá derecho a contar con un Asesor jurídico gratuito en cualquier etapa del procedimiento, en los términos de la legislación aplicable."

**d.** "En los procedimientos que señala el párrafo anterior, se deberá tener atención preferente en la protección de su patrimonio personal y familiar y cuando sea el caso, testar sin presiones ni violencia."

El Ministerio Público debe resguardar los intereses sociales de manera genérica, así mismo, consideramos que el interés de los adultos mayores debe ser tutelado como interés de toda la sociedad, pues por regla general, todos los

gobernados deben llegar a la adultez mayor, en ese sentido, se debe aplicar la ley del más débil, colocar al grupo socialmente desaventajado en condiciones que lo hagan igual a los demás, ese es el principio de la equidad, en tal caso, se debe resguardar su patrimonio material y moral, puesto que esa protección es factor para poder colocarlos en situación equitativa con los demás, máxime si se trata de una víctima del delito.

No debemos olvidar que es necesario determinar si la víctima ¿Está privada de libertad? ¿En dónde?

La libertad puede convertirse en un concepto cuya definición se torna anárquica, pues al respecto existen variadas definiciones o tipos de ella, al respecto podemos hablar de la expresión, manifestación, trabajo, etc., sin embargo, en este cuestionamiento se refiere a la libertad de locomoción, si bien esa privación puede ser impuesta con motivo de una sanción pública, por ejemplo, la víctima se encuentra interna en un centro de reinserción social y fue sujeto pasivo de algún delito cometido por el personal de custodios o por otro interno, el Ministerio Público debe brindar la protección necesaria a efecto de que se resguarde su integridad física y psíquica, generalmente, el agente ministerial librará oficios a la autoridad penitenciaria a efecto de que se asignen las medidas necesarias, que pueden consistir en su reubicación dentro del centro penitenciario, o en su caso, que se le asigne personal de custodia que lo proteja.

En otro supuesto, la víctima puede estar privada de la libertad por causa de algún delito, ya sea cometido por alguna autoridad o por particulares; en el primer caso hablamos de la desaparición forzada, en que literalmente los miembros de algún cuerpo estatal “secuestran” a un gobernado, utilizando indebidamente su fuerza de autoridad. El otro supuesto es en el caso de los delitos de secuestro y trata de personas.

Con respecto a la trata de personas, se ha emitido la Ley General Para Prevenir, Sancionar y Erradicar Los Delitos En Materia de Trata de Personas y

para a Protección y Asistencia a Las Víctimas de estos Delitos, en su artículo 3, obliga a la autoridad ministerial y a cualquier otra a hacer cumplir lo siguiente:

> "La interpretación, aplicación y definición de las acciones para el cumplimiento de la presente Ley; el diseño e implementación de acciones de prevención, investigación, persecución y sanción de los delitos objeto del presente ordenamiento legal, así como para la protección y asistencia a las víctimas, ofendidos y testigos, se orientarán, además de lo previsto en el orden jurídico nacional, por los siguientes principios:
>
> > **I.** Máxima protección: Obligación de cualquier autoridad, de velar por la aplicación más amplia de medidas de protección a la dignidad, libertad, seguridad y demás derechos humanos de las víctimas y los ofendidos de los delitos previstos por esta ley. Las autoridades adoptarán, en todo momento, medidas para garantizar su seguridad, protección, bienestar físico y psicológico, su intimidad y el resguardo de su identidad y datos personales.
> >
> > **II.** Perspectiva de género: Entendida como una visión científica, analítica y política sobre las mujeres y los hombres y las relaciones entre ellos en la sociedad, que permite enfocar y comprender las desigualdades socialmente construidas a fin de establecer políticas y acciones de Estado transversales para disminuir hasta abatir las brechas de desigualdad entre los sexos y garantizar el acceso a la justicia y el ejercicio pleno de sus derechos.
> >
> > **III.** Prohibición de la esclavitud y de la discriminación, en los términos del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

**IV.** Interés superior de la infancia: Entendido como la obligación del Estado de proteger los derechos de la niñez y la adolescencia, y de velar por las víctimas, ofendidos y testigos menores de 18 años de edad, atendiendo a su protección integral y su desarrollo armónico.

**V.** Debida diligencia: Obligación de los servidores públicos de dar respuesta inmediata, oportuna, eficiente, eficaz y responsable en la prevención, investigación, persecución y sanción."

Si consideramos que la libertad es el fruto de todas las revoluciones sociales que han existido en la humanidad, desde el Renacimiento hasta la Época Contemporánea, es necesario que el Estado la proteja a toda costa, además, de que existan los mecanismos necesarios para que la dignidad y la persona sea protegida en todo supuesto, y en caso de que sea vulnerada, la víctima sea puesta en libertad inmediata.

En el supuesto de que si no está privada de libertad ¿se le puede localizar? En el caso de que la víctima no pueda ser localizada, se deben tomar todas las medidas necesarias para su ubicación, generalmente se solicita el apoyo de la policía investigadora que procederá a realizar un trabajo de campo, por otro lado, existe coordinación entre diversos organismos de gobierno para que intercambien información, en tal sentido nos encontramos con Plataforma México, que puede arrojar información sobre el paradero de la víctima.

En el caso de que se trate del delito de desaparición forzada, la misma autoridad ministerial podrá poner la investigación a disposición de la autoridad investigadora federal, en otro supuesto, pese a la naturaleza ilícita de la desaparición forzada, es posible que el Poder Judicial de la Federación intervenga como órgano de amparo, así se menciona en su artículo 15 de la Ley de Amparo, que entre otras cosas, señala:

> "En estos casos, el órgano jurisdiccional de amparo decretará la suspensión de los actos reclamados, y dictará todas las medidas necesarias para lograr la comparecencia del agraviado.
>
> Una vez lograda la comparecencia, se requerirá al agraviado para que dentro del término de tres días ratifique la demanda de amparo. Si éste la ratifica por sí o por medio de su representante se tramitará el juicio; de lo contrario se tendrá por no presentada la demanda y quedarán sin efecto las providencias dictadas.
>
> Si a pesar de las medidas tomadas por el órgano jurisdiccional de amparo no se logra la comparecencia del agraviado, resolverá la suspensión definitiva, ordenará suspender el procedimiento en lo principal y se harán los hechos del conocimiento del Ministerio Público de la Federación. En caso de que éste sea autoridad responsable, se hará del conocimiento al Procurador General de la República. Cuando haya solicitud expresa de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, se remitirá copia certificada de lo actuado en estos casos."

Por lo que se le debe dar intervención de oficio a la Fiscalía General de la República, concretamente al Fiscal General, y en su caso, a la Comisión nacional de Derechos Humanos, pero, el juez de distrito quedará facultado para dictar las medidas necesarias para la localización de la víctima quejosa, a lo que consideramos, que tiene la facultad oficiosa de investigar en coordinación y cooperación con la respectiva fiscalía.

La necesidad de que sea localizada la víctima radica principalmente en lograr su protección y evitar su revictimización, además de encontrar elementos suficientes que ayuden a aclarar la existencia de un hecho ilícito, sin embargo, sólo será necesaria para proceder jurisdiccionalmente cuando se trate de un delito de querella, en caso contrario, el Ministerio Público deberá proceder de oficio, e incluso, dará intervención a los ofendidos del delito.

El objeto de localizar a la víctima es procurarle asistencia, pero el Ministerio Público se cuestionará ¿Se encuentra con vida? Si bien el sistema procesal penal es acusatorio, ello no implica que sea la víctima quien tenga la obligación de acusar, pues en todo caso, es un derecho facultativo, mientras que la obligación de acusar es del Ministerio Público, por lo que la presencia de la víctima directa no es indispensable para la continuación del procedimiento penal, pero, en caso de que la víctima directa haya muerto, se le debe dar intervención a la víctima indirecta, es decir, a los ofendidos. Así se pronuncia el artículo 4 de la Ley General de Víctimas, al decir:

> "Se denominarán víctimas directas aquellas personas físicas que hayan sufrido algún daño o menoscabo económico, físico, mental, emocional, o en general cualquiera puesta en peligro o lesión a sus bienes jurídicos o derechos como consecuencia de la comisión de un delito o violaciones a sus derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea Parte.
> Son víctimas indirectas los familiares o aquellas personas físicas a cargo de la víctima directa que tengan una relación inmediata con ella."

En consecuencia, se establece en el Código Penal Federal el derecho al resarcimiento del daño en el artículo 3 bis, que plantea:

> "Tienen derecho a la reparación del daño en el siguiente orden: 1o. El ofendido; 2o. En caso de fallecimiento del ofendido, el cónyuge supérstite o el concubinario o concubina, y los hijos menores de edad; a falta de éstos los demás descendientes, y ascendientes que dependieran económicamente de él al momento del fallecimiento."

Por lo que podemos señalar, que, aun cuando la persona víctima del delito haya fallecido, se deberá continuar la prosecución de la investigación y del procedimiento, siempre que el delito sea de persecución oficiosa, además, de que la reparación del daño se le deberá entregar al ofendido.

La mayoría de los grupos desprotegidos se engloban en la adultez mayor, en la niñez, o en grupos indígenas, sin embargo, puede que la víctima pertenezca a algún otro, por ello el Ministerio Público deberá cuestionarse si ¿Pertenece a algún grupo en situación de vulnerabilidad?

Ello para otorgarle protección integral, no solo en cuanto se trata a hacer cesar los efectos del hecho ilícito, además, de asegurar su integridad física, por ello, si se encuentra en algún grupo de vulnerabilidad, se le debe apoyar lo suficiente para que supere ese estado y pueda comparecer al procedimiento cuando sea necesario, los grupos vulnerables pueden ser de diversos tipos, por ejemplo los vagabundos, ancianos, personas en situación de calle, discapacitados, indígenas, obreros, interdictos, etc. por lo que el Ministerio Público debe efectuar su tutela social.

Si consideramos que la víctima ha sufrido la comisión de un hecho ilícito, se deberá cuestionar por la representación social ¿Qué dolores o sufrimientos físicos y psicológicos se reportan en la denuncia?

Es importante la actuación ministerial en este sentido, pues debe proceder de la siguiente manera:

"…

a. *Respuesta inmediata.* Es la que se proporciona desde el primer contacto con la VD. Tiene como objetivo primordial salvaguardar la integridad física y emocional de la VD, y contener el estado de crisis en que pudiera encontrase como resultado de la victimización.

b. *Acompañamiento efectivo.* Es el que se brinda una vez estabilizado el estado de crisis de la víctima. Tiene por objetivo atender las necesidades que ésta requiera a partir de la denuncia del delito.

c. *Trabajo institucional*. Es el que se realiza de manera coordinada con diversas instituciones públicas y privadas, a fin de proporcionar de manera óptima y eficiente la atención victimológica”[70].

Esa atención victimológica consiste en conocer el tipo de daño y sufrimiento psicológico y físico de la víctima para proceder correctamente, en este caso se observará:

> “Que se les proporcione gratuitamente atención médica y psicológica de urgencia en cualquiera de los hospitales o centros de salud públicos, cuando presenten lesiones y enfermedades o traumas emocionales provenientes del delito.
>
> No ser exploradas físicamente, ni someterse a ningún estudio, examen, análisis o peritaje, si no lo desean, quedando estrictamente prohibido cualquier acto de intimidación o fuerza física para este efecto.
>
> Que la exploración y atención médica, psiquiátrica, o de cualquier tipo, esté a cargo de personal de su mismo sexo, cuando lo solicite, y que un familiar o persona de confianza esté presente.
>
> Recibir gratuitamente tratamiento postraumático para la recuperación de su salud mental”[71].

Así, los métodos y técnicas de investigación utilizados por el agente ministerial deben respetar la integridad de la persona para que no se acrecienten o prolonguen sus sufrimientos físicos y emocionales.

---

[70] COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, Lineamientos para la Atención Integral a Víctimas del Delito, CNDH, México, 2010, p. 16.

[71] *Ibidem,* p. 17.

Deberá determinarse también si ¿Hubo agresión sexual? Ello para darle la orientación adecuada, además de evitarle mayores sufrimientos, en ese caso, deberá ser atendido por personal de su mismo sexo, para evitar la posibilidad que sienta una nueva agresión; la violencia sexual puede generar alguno de los siguientes síntomas externos:

> "Presenta un incremento de la adrenalina y del ritmo cardíaco, e hiperventilación.
>
> Tiene estremecimientos, llanto, aturdimiento y sensación de estar paralizada.
>
> Experimenta los acontecimientos en cámara lenta, presenta resequedad en la boca, potencializa los sentidos particulares, y puede manifestar respuestas de enfrentamiento o huida.
>
> Pierde el control ocasionalmente sobre sus funciones intestinales, reacciones que pueden repetirse en un momento posterior.
> Puede presentar lesiones, como daños faciales, que van desde abrasiones y moretones hasta rupturas de nariz, mandíbula y pómulo o daño o pérdida de dientes.
>
> Ha sido atacada sexualmente o presenta mutilaciones corporales.
> Los daños físicos le pueden dejar secuelas permanentes, mismas que tienen un efecto negativo en su recuperación emocional a largo plazo, ya que las cicatrices, discapacidades y mutilaciones se convierten en un permanente recordatorio del delito del que fue víctima"[72].

En tal caso, la exploración sobre la víctima debe ser lo menos invasiva posible, y siempre actuando bajo su consentimiento, en presencia de especialistas que le auxilien.

---

[72] *Ibidem*, p. 15.

Respecto a los siguientes cuestionamientos ¿En qué condiciones físicas y psicológicas se encuentra? ¿Requiere atención inmediata? ¿Cuenta ya con algún examen médico? ¿Qué registros existen de la salud de la víctima? Consideramos que pueden ser resueltos en un mismo punto, por lo que deben ser valoradas las posibles respuestas en el mismo instante.

En ese sentido se pronuncia el Modelo para Atención de Víctimas del Delito elaborado por la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 4 de junio de 2016, establece en su justificación, la necesidad de identificar las siguientes necesidades de la víctima y satisfacerlas de acuerdo al cuadro siguiente:

**Necesidades fundamentales para las víctimas del delito, posibles soluciones y derechos**

| **Necesidades fundamentales de las víctimas** | **Derechos de las víctimas** | **Vinculación con la Ley General de Víctimas y su Reglamento** | |
|---|---|---|---|
| | | **Ley General de Víctimas** | **Reglamento de la LGV** |
| **Apoyo** | | | |
| Reconocimiento y apoyo emocional. | Derecho al reconocimiento de víctimas. | Arts. 1, 4 y 6. | |
| Información sobre justicia penal, el caso, los servicios y los progresos personales. | Derecho a la información. | Arts. 7, fracciones III, VII, IX, X y XII; 12, fracción I y 18 al 25. | Arts. 51 y 56. |
| Asistencia para obtener acceso a servicios prácticos, médicos y sociales. | Derecho a la asistencia: remisión por la policía, a corto y mediano plazo, y asistencia especial debido a la edad, género, discapacidad, etnia. | Arts. 7, fracción VI; 9, 44 y 54. | Arts. 6, 9, 10 y 11. |
| **Justicia** | | | |
| Ayuda para pagar las cuentas generadas por la victimización. | Derecho a la reparación: indemnización por parte del delincuente, justicia restaurativa respecto a los derechos de las víctimas y compensación por parte del Estado. | Arts. 7, fracción II; 12, fracción II; 26 y 27. | Arts. 72, 76, 78, 82 y 88. |
| Seguridad personal y protección de los acusados. | Derecho a estar protegida del acusado (víctimas, testigos y peritos). | Arts. 7, fracciones IV y VIII; 12, fracción X. | |

| | | | |
|---|---|---|---|
| Opción de tener voz en el ámbito de la justicia. | Derecho a la participación y representación (acceso a la justicia y trato justo). | Arts. 7, fracción XXV, XXII y XXVIII; 11 y 12. | Arts. 51, 56 y 60. |
| **Buen gobierno** | | | |
| Mejor seguridad pública. | Derecho a medidas efectivas para reducir la victimización. | Arts. 7, fracción XIX; 74 a 78. | |
| Instrumentación. | Derecho a la aplicación (cumplimiento). | Art. 73. | |

Consideramos que las necesidades de la víctima no pueden ser satisfechas en su totalidad por el Ministerio Pública, así mismo concluimos que la función del agente ministerial es la de dar intervención a las instituciones propicias que si puedan solventar las necesidades de la víctima en relación a la comisión del hecho ilícito.

No debe obviar el agente ministerial si ¿Existen víctimas indirectas y potenciales? En sentido jurídico, la víctima indirecta del delito es sin duda el ofendido, quien estará en presencia de las actuaciones ministeriales cuando la víctima directa no pueda comparecer por sí misma. Por otro lado, las víctimas potenciales resultan ser aquellas que por la especial situación que guardan con los hechos ilícitos pueden con mucha probabilidad, ser víctimas directas de nuevos hechos delictivos, así ejemplificamos con un testigo que declarará en contra de un gran capo del narcotráfico, si bien sus datos deben estar resguardados, lo cierto es que el capo puede intentar algún delito contra los familiares o seres queridos del testigo, por lo que se le debe brindar la protección necesaria por el ministerio Público, la cual puede consistir en asignar escolta armada o vigilancia por efectivos policiacos, debiendo ordenar a los cuerpos de policía que resguarden a dichas personas.

## 2.4 ACTUACIÓN MINISTERIAL RESPECTO AL IMPUTADO AL CONOCER LA NOTICIA CRIMINAL.

Uno de los fines del procedimiento penal acusatorio es el de proteger al inocente, por ello, la carga de la prueba sobre los hechos ilícitos, por regla general, corresponde al Ministerio Público, por lo cual, ante la presencia de hechos posiblemente constitutivos de delito, el agente ministerial debe, con

base en los protocolos[73] formularse las siguientes preguntas, que comentamos y aclaramos:

Respecto al imputado si ¿Es un servidor público o un particular? Es importante resolver esa interrogante, porque la clasificación jurídica hecha por el Ministerio Público puede ser modificada cuando se trata de un servidor público, al respecto se nos ilustra que:

> "Esta organización (estatal) administrativa requiere de personas físicas que asuman la calidad de funcionarios o empleados públicos que aportan su actividad intelectual o física para atender los propósitos estatales mediante determinadas prestaciones.
>
> Se considera funcionario a todo el que por disposición inmediata de la ley o por elección popular o nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de las funciones públicas."[74]

Tal situación, de que el sujeto activo de un delito sea ejecutor de funciones públicas, agravaría la sanción que posiblemente se le imponga, debido a la confianza depositada en él por la sociedad; sirva de ejemplo el artículo 164, segundo párrafo del Código Penal Federal que establece:

> "Cuando el miembro de la asociación sea o haya sido servidor público de alguna corporación policial, la pena a que se refiere el párrafo anterior se aumentará en una mitad y se impondrá, además, la destitución del empleo, cargo o comisión públicos e inhabilitación de uno a cinco años para desempeñar otro. Si el miembro de la asociación pertenece a las Fuerzas Armadas Mexicanas en situación de retiro, de reserva o en activo, de igual forma la pena se aumentará en una mitad y se le impondrá, además la baja definitiva de la Fuerza Armada a que

[73] *Cfr.* PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA*, op. cit*., p. 40.

[74] SERRA ROJAS, Andrés, Derecho Administrativo, 29ª ed., Editorial Porrúa, México, 2013, pp.385-392.

pertenezca y se le inhabilitará de uno a cinco años para desempeñar cargo o comisión públicos."

Si es autoridad, ¿a qué dependencia pertenece? En ese sentido señalamos que el funcionario público es un género, mientras que la especie es la autoridad, pues en este sentido la autoridad es un funcionario público que ejerce funciones de fuerza con respecto a los gobernados por mandado de ley, en ese sentido nos señalan que es: "el funcionario público que en representación de un órgano público ejerce dicho poder o fuerza, y c) el órgano estatal a quien la ley le atribuye tal poder o fuerza. Autoridad, para el derecho administrativo, es la persona física, trabajador del Estado dotada de poder público por la ley"[75].

Deberá ser evaluada la peligrosidad del autor o partícipe del delito, deberá analizarse si ¿Se encuentra en posición de poder infligir daños a la víctima? Como tal, el sólo poder público puede otorgar la posibilidad al delincuente de dañar a la víctima, sumado a la capacidad potencial de cualquier persona de utilizar sus propios medios para cometer un hecho ilícito, por tanto, el agente ministerial debe de inmediato valorar si la víctima está en riesgo para evitar que sea víctima de un delito nuevo, o en su caso, detener en flagrancia al sujeto activo del delito.

Sobre la integración de la investigación, deberá determinarse si ¿Puede conocer la información de la investigación por tortura? Si bien en el sistema acusatorio se establece la plena igualdad entre las partes procesales, lo que incluye el acceso completo a los registros de investigación, el Ministerio Público debe valorar si el conocimiento de ello permitiría al imputado dañar a la víctima, el material probatorio o entorpecer la investigación, por lo que en determinados casos, la Constitución establece como una excepción al derecho de información del imputado el que se mantengan en reserva determinados elementos de la investigación, así lo establece su artículo 20, apartado B, fracción III, que señala que tendrá derecho el imputado:

[75] INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, *op. cit.,* p. 341.

> "A que se le informe, tanto en el momento de su detención como en su comparecencia ante el Ministerio Público o el juez, los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten. Tratándose de delincuencia organizada, la autoridad judicial podrá autorizar que se mantenga en reserva el nombre y datos del acusador".

Dicha reserva sólo puede mantenerse hasta la comparecencia del imputado. Además, el artículo 220 del Código Nacional de Procedimientos Penales señala:

> "El Ministerio Público podrá solicitar excepcionalmente al Juez de control que determinada información se mantenga bajo reserva aún después de la vinculación a proceso, cuando sea necesario para evitar la destrucción, alteración u ocultamiento de pruebas, la intimidación, amenaza o influencia a los testigos del hecho, para asegurar el éxito de la investigación, o para garantizar la protección de personas o bienes jurídicos."

Por lo que dichas reservas solo deben ser mantenidas hasta la etapa intermedia, en que existe el descubrimiento probatorio y el juzgador debe garantizar que las partes muestren sus armas, pues "El Ministerio Público, en su escrito de formulación de acusación descubrió todos los medios probatorios, evidencia física e informaciones con los que cuenta o tenga noticia y que pretende desahogar en el juicio oral. Con la finalidad de justificar sus pretensiones en él, los deberá invocar en la audiencia intermedia"[76].

La pregunta sobre si ¿Se le puede ubicar? Ello debido a que es necesario verificar si es posible la posible evasión del autor del delito, es decir, si es localizable, en todo caso, cuando se corra el riesgo de que su ubicación

[76] POLANCO BRAGA, Elías, Procedimiento Penal Nacional Acusatorio y Oral, Editorial Porrúa, México, 2015, p. 438.

cambie y se vuelva ilocalizable, el Ministerio Público estará en posibilidad de ordenar la detención al configurarse la hipótesis del caso urgente contenida en el artículo 16, sexto párrafo de la Constitución Nacional, que dice:

> "Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder."

De no ser ese el caso, se debe lograr la ubicación del imputado, a efecto de poder realizarle técnicas de investigación, como entrevistas, exámenes físicos, de ADN, o cualquier fluido corporal. Invariablemente, deberá comparecer en su defensa durante el proceso, por lo que el ministerio Público puede investigar su paradero a fin de solicitarle al juez de control le emita una orden de aprehensión o comparecencia.

## 2.5 ACTUACIÓN MINISTERIAL RESPECTO A LOS TESTIGOS AL CONOCER LA NOTICIA CRIMINAL.

El testigo es el núcleo de la prueba testimonial, es su órgano de prueba, y este medio de prueba es el principal en el procedimiento penal, sin menoscabar los demás, el testigo es "Toda persona física quien por medio de los sentidos percibe el hecho que se investiga o parte de él, lo cual manifiesta a la autoridad investigadora o judicial./ Persona física que hace el relato de un hecho percibido ante la autoridad de conocimiento"[77]. Y la forma de extraer ese conocimiento adquirido por el testigo es por vía de la entrevista que "En un sentido técnico, la entrevista es el procedimiento utilizado por el Ministerio Público y la policía aplicado a la víctima o testigo presencial de un hecho […] en la que se le solicita la aporte voluntariamente, misma que debe registrarse y

[77] POLANCO BRAGA, Elías, *op. cit., Diccionario*, p. 312.

asegurarse por el medio idóneo”[78]. Por tanto, el Ministerio Público, en base a los protocolos en cita, debe formular las siguientes cuestiones:

¿Alguien presenció los hechos? Puesto que simple hecho de haberlos percibido por los sentidos, se tiene el deber de comparecer ante la autoridad correspondiente y aportar dicha información, él se encuentra contenido en el artículo 360 del Código Nacional de Procedimientos Penales, que manda:

> “Toda persona tendrá la obligación de concurrir al proceso cuando sea citado y de declarar la verdad de cuanto conozca y le sea preguntado; asimismo, no deberá ocultar hechos, circunstancias o cualquier otra información que sea relevante para la solución de la controversia, salvo disposición en contrario.
>
> El testigo no estará en la obligación de declarar sobre hechos por los que se le pueda fincar responsabilidad penal.”

Por lo que el Ministerio Público ordenará a las policías que se entrevisten con las personas que se encuentren cercanas a la escena del crimen, para el fin de ubicar y presentar testigos que resulten valiosos para la investigación. ¿Qué relación tienen con la víctima? El testigo de forma general, debe ser imparcial, por lo que no debe encontrarse en una relación afectiva o de parentesco con la víctima, y en su caso, con el imputado, pues tales circunstancias podrían afectar su credibilidad, salvo el caso de delitos cometidos contra la familia, pues por su naturaleza, se cometen en el núcleo familiar, alejados de la percepción del público, lo que solamente puede constar a familiares.

Por otro lado, consideramos que no puede obligarse a declarar en entrevista a los testigos que sean familiares del imputado o que tengan alguna relación con él, debido a ese vínculo. Ello se establece en el artículo 361 del

[78] POLANCO BRAGA, Elías, *op. cit., Procedimiento*, p. 344.

Código Nacional de Procedimientos Penales, al establecer la facultad de abstención del testigo:

> "Podrán abstenerse de declarar el tutor, curador, pupilo, cónyuge, concubina o concubinario, conviviente del imputado, la persona que hubiere vivido de forma permanente con el imputado durante por lo menos dos años anteriores al hecho, sus parientes por consanguinidad en la línea recta ascendente o descendente hasta el cuarto grado y en la colateral por consanguinidad hasta el segundo grado inclusive, salvo que fueran denunciantes.
>
> Deberá informarse a las personas mencionadas de la facultad de abstención antes de declarar, pero si aceptan rendir testimonio no podrán negarse a contestar las preguntas formuladas."

¿Se les puede ubicar? El tener a disposición de la autoridad ministerial la dirección para localizar al testigo es fundamental, pues en este sistema acusatorio, el Ministerio Público sólo puede formular entrevistas que quedarán asentadas en las actas de investigación, pero esas actas, carecerán de valor probatorio para efectos de la sentencia definitiva, pues su función es la establecer una causa probable, no la veracidad del hecho ilícito, por ello, los testigos deben ser localizados para:

1. Aportar y clarificar la dinámica del hecho ilícito; y
2. Ser presentados en la audiencia de juicio.

La presentación del testigo en la audiencia de juicio, y el testimonio que él rinda en ese momento, es el medio de prueba desahogado, y el que únicamente debe ser valorado, dejándose las actas de investigación sin ningún valor, si acaso, sólo para señalar contradicciones.

¿Qué medidas se deben adoptar para evitar ponerlos en situación de riesgo? Esas medidas deben ser tomadas de forma inmediata por el Ministerio

Público, y en cumplimiento a la Ley Federal de Protección a Personas que Intervienen en el Procedimiento Penal, será turnado al Centro Federal de Protección de personas, que aplicará alguna medida de seguridad contenida en los artículos 17 y 18 de su ley respectiva, los que ordenan:

> **"ARTÍCULO 17.** Las medidas de asistencia podrán ser:
> **I.** La asistencia y/o el tratamiento psicológico, médico y/o sanitario en forma regular y necesaria a personas, a través de los servicios de asistencia y salud pública, velando en todo momento por el resguardo y protección de las mismas.
>
> **II.** La asistencia y el asesoramiento jurídico gratuito a la persona, a fin de asegurar el debido conocimiento de las medidas de protección y demás derechos previstos por esta Ley.
>
> **III.** Asistir a la persona para la gestión de trámites.
>
> **IV.** Apoyo económico, para el alojamiento, transporte, alimentos, comunicación, atención sanitaria, mudanza, reinserción laboral, trámites, sistemas de seguridad, acondicionamiento de vivienda y demás gastos indispensables, dentro o fuera del país, mientras la persona se halle imposibilitada de obtenerlos por sus propios medios. La asistencia económica subsistirá por el tiempo exclusivamente necesario que determine el Director, conforme al Estudio Técnico que se realice, así como a la evaluación de la subsistencia de las circunstancias que motivaron su apoyo.
>
> **V.** Implementar cualquier otra medida de asistencia que, de conformidad con la valoración de las circunstancias, se estime necesario adoptar con la finalidad de garantizar la asistencia física y psicológica de la persona incorporada al Programa.
>
> **ARTÍCULO 18.** Las medidas de seguridad, además de las previstas en otros ordenamientos, podrán consistir en alguna de las siguientes:

**I.** La salvaguarda de la integridad personal en los siguientes aspectos:

**a)** Físico.

**b)** Psicológico.

**c)** Patrimonial.

**d)** Familiar.

**II.** Vigilancia.

**III.** Modo y mecanismos para el traslado de las personas protegidas a distintos lugares, asegurando en todo momento el resguardo de las mismas.

**IV.** Custodia policial, personal móvil y/o domiciliaria a las personas protegidas, que estará a cargo de los elementos de la Unidad; salvo en los supuestos de urgencia establecidos en el artículo 21 de la presente Ley, en los cuales el Ministerio Público podrá solicitar el apoyo de sus auxiliares en términos del artículo 22 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

**V.** Suministrar a la persona alojamiento temporal o los medios económicos para transporte, alimentos, comunicación, atención sanitaria, mudanza, reinserción laboral, trámites personales y aquellos que requiera para cumplir con sus obligaciones, sistemas de seguridad, acondicionamiento de vivienda y demás gastos indispensables, dentro o fuera del país, mientras la Persona Protegida se halle imposibilitada de obtenerlos por sus propios medios.

**VI.** Facilitar la reubicación, entendida como el cambio de domicilio y/o residencia, lugar de trabajo y centro de estudios de la persona.

**VII.** Previa determinación del Procurador se podrá otorgar y ordenar, con base en las circunstancias del caso, la autorización para que ante las autoridades competentes se gestione una nueva identidad de la Persona Protegida, dotándolo de la documentación soporte.

**VIII.** Durante el procedimiento el Ministerio Público, podrá solicitar las siguientes medidas:

**a)** La reserva de la identidad en las actuaciones en que intervenga la Persona Protegida, imposibilitando que en los registros se haga mención expresa a sus nombres, apellidos, domicilio, lugar de trabajo, profesión o cualquier otro dato que lo ponga en evidencia en términos de lo dispuesto en la legislación aplicable.

**b)** El uso de métodos que imposibiliten la identificación visual o auditiva de la persona, en las diligencias en que intervenga. La aplicación de esta medida, no deberá coartar la defensa adecuada del imputado.

**c)** La utilización de procedimientos mecánicos o tecnológicos que permitan la participación de la persona a distancia y en forma remota.

**d)** Se fije como domicilio de la persona el del Centro.

**e)** Otras que a juicio del Centro sean procedentes para garantizar la seguridad de la persona.

**IX.** Tratándose de personas que se encuentren recluidas en prisión preventiva o en ejecución de sentencia, se tomarán las siguientes medidas:

**a)** Separarlos de la población general de la prisión, tratándose de Testigos Colaboradores, se asignarán a áreas especiales dentro del Sistema Penitenciario Federal.

**b)** Trasladarlo a otro centro penitenciario con las mismas o superiores medidas de seguridad, cuando exista un riesgo fundado que se encuentra en peligro su integridad física.

**c)** Otras que considere el Centro para garantizar la protección de las personas incorporadas al Programa.

Las autoridades penitenciarias federales deberán otorgar todas las facilidades al Centro para garantizar las medidas de seguridad de los internos que se encuentran incorporados al Programa.

Cuando la persona o Testigo Colaborador se encuentre internado en alguna prisión administrada por una entidad federativa, el Centro con apoyo de la Secretaría de Gobernación, podrá suscribir los convenios necesarios para garantizar la protección de las personas o Testigos Colaboradores incorporados al Programa.

**X.** Implementar cualquier otra medida de seguridad que de conformidad con la valoración de las circunstancias, se estime necesario adoptar con la finalidad de proteger la vida y/o la integridad física de la persona.

Con el objeto de garantizar la seguridad de la persona protegida, todos los requerimientos para la práctica de una diligencia ministerial y/o judicial en los que esta intervenga, se solicitarán directamente al Director del Centro, quien adoptará las medidas necesarias para presentarlo ante la autoridad correspondiente. En caso de existir algún impedimento o que no existan las condiciones de seguridad adecuadas para cumplimentar la diligencia, lo hará del conocimiento de la autoridad y, en su caso, solicitará una prórroga para su cumplimiento, que le deberá ser otorgada.

Tratándose de diligencias ministeriales, las solicitudes deberán ser presentadas por el Titular de la Subprocuraduría o de la unidad administrativa equivalente a la que se encuentre asignado el Ministerio Público responsable de la investigación."

## 2.6 ACTIVIDAD MINISTERIAL RESPECTO AL CONTEXTO DE LA NOTICIA CRIMINAL.

Una vez que se ha estudiado lo relativo a la víctima del delito, a la persona que lo cometió o participó en él, así como la posibilidad de la existencia de testigos, el Ministerio Público deberá fijar en su estrategia lo relativo a todas las

circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los posibles hechos ilícitos, además del material de prueba que pueda sugerir una hipótesis plausible; por tal motivo, es necesario que el agente ministerial se plantee las siguientes cuestiones de acuerdo a los protocolos de acción.

Respecto al Contexto ¿Cuál es el contexto de la entidad federativa en la que se denuncian los hechos? Es importante conocer la actividad ministerial bajo la óptica del territorio, pues ello en primer término, sirve para fijar su ámbito de competencia, pues en términos generales, el Ministerio Público es un todo orgánico, un solo cuerpo, pero en materia federal bien puede actuar en toda la república por delitos federales o cuando actúe bajo su facultad de atracción; pero en el caso de las entidades federativas, los supuestos de la competencia territorial son regulados por el código penal respectivo, a lo que podemos ejemplificar con el del Distrito Federal, cuyos artículos 7 y 8, señalan:

> **"ARTÍCULO 7** *(Principio de territorialidad)*. Este Código se aplicará en el Distrito Federal por los delitos del fuero común que se cometan en su territorio.
>
> **ARTÍCULO 8** *(Principio de aplicación extraterritorial de la ley penal)*. Este Código se aplicará, asimismo, por los delitos cometidos en alguna entidad federativa, cuando:
>
> I. Produzcan efectos dentro del territorio del Distrito Federal; o
>
> II. Sean permanentes o continuados y se sigan cometiendo en el territorio del Distrito Federal."

Por tanto, la regla general consiste en que el Ministerio Público puede conocer de todo los hechos posiblemente constitutivos de delitos que se hayan presentado dentro de la jurisdicción de la entidad federativa a la que pertenece, salvo el supuesto de que el delito se haya cometido en otro estado, o termine en la Ciudad de México, o produzca efectos dentro de esta ciudad. Situación en la cual podrá iniciar y continuar la investigación, en cuyo caso, el Ministerio

Público que continuará la investigación será quien la haya prevenido, o en su caso, consideramos que en caso de ejercerse la acción penal, será el que haya ejercitado ante el juez de control que previno.

Por otro lado, es necesario el estudio de la situación delictiva del lugar para tomar las medidas adecuadas, ya sean estas de protección a víctimas o testigos, sin dejar de lado las mismas de investigación; en este último supuesto, consideramos que el Ministerio Público debe dar instrucciones a la policía ministerial o de investigación a efecto de que, de ser posible, realice un operativo, a fin de capturar en flagrancia a los posibles autores o partícipes del delito, sirva de ejemplo el caso, de que se hayan presentado denuncias por extorsiones o por privación ilegal de la libertad en su modalidad de secuestro, en tal caso, la policía ministerial puede tender el operativo para que, cuando se entregue el rescate, pueda ser detenido en flagrancia el secuestrador, o puedan ser seguidos hasta el lugar donde esté secuestrada la víctima y sea liberada. Estas operaciones las podemos encontrar reguladas en el artículo 251 del Código Nacional de Procedimientos Penales, que establece en su fracción IX:

> "No requieren autorización del Juez de control los siguientes actos de investigación:
>
> **IX.** La entrega vigilada y las operaciones encubiertas, en el marco de una investigación y en los términos que establezcan los protocolos emitidos para tal efecto por el Procurador;"

Al respecto de las operaciones encubiertas se nos puede ilustrar con lo siguiente:

> "Durante la investigación de hechos ilícitos, el Ministerio Público podrá ordenar la infiltración de agentes de la policía o a particulares para realización de operaciones encubiertas, facultados a ingtervenir en las actividades de los delincuentes, asumir obligaciones, participar en reuniones en el lugar de la preparación de las actividades ilícitas, o el domicilio del sospechoso o indiciado, con la finalidad de obtener

elementos materiales probatorios, evidencia física o información recabada, las cuales hará saber al Ministerio Público para que éste ordene una operación especial denominada programa metodológico de investigación"[79].

Consideramos que las operaciones encubiertas sólo pueden ser utilizadas para desenmascarar delitos de alto impacto o relativos a la delincuencia organizada, no para los delitos de bagatela, por tanto, es necesario conocer los índices criminales de las entidades federativas para estar en posibilidad de saber en cuáles es más conveniente realizar dichas operaciones. Al respecto se nos brinda el siguiente gráfico[80]:

| **Entidad** | **Casos por cada 100 mil habitantes** | | | | |
|---|---|---|---|---|---|
| | **2010** | **2011** | **2012** | **2013** | **2014** |
| Nacional | 23,993 | 24,317 | 27,337 | 28,224 | 28,200 |
| Aguascalientes | 36,285 | 25,668 | 27,225 | 26,784 | 33,376 |
| Baja California | 30,943 | 30,549 | 36,579 | 39,507 | 37,583 |
| Baja California Sur | 23,280 | 26,939 | 27,043 | 24,746 | 30,310 |
| Campeche | 17,260 | 17,191 | 21,991 | 23,710 | 22,639 |
| Coahuila de Zaragoza | 25,203 | 22,944 | 19,540 | 24,040 | 17,080 |
| Colima | 17,224 | 21,069 | 24,908 | 22,059 | 21,562 |
| Chiapas | 12,814 | 12,526 | 12,620 | 16,445 | 15,352 |
| Chihuahua | 35,828 | 30,417 | 32,567 | 27,344 | 22,395 |
| Distrito Federal | 32,340 | 33,256 | 31,675 | 33,068 | 36,019 |
| Durango | 20,418 | 19,839 | 24,232 | 22,157 | 22,949 |
| Guanajuato | 21,100 | 24,488 | 28,861 | 27,293 | 31,659 |
| Guerrero | 20,216 | 20,249 | 26,789 | 26,002 | 27,721 |

[79] POLANCO BRAGA, Elías, *op. cit., Procedimiento*, p. 374.

[80] INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, GEOGRAFÍA E INFORMÁTICA, Tasa de prevalencia delictiva por cada cien mil habitantes, INEGI, Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública 2015, México, 2015.

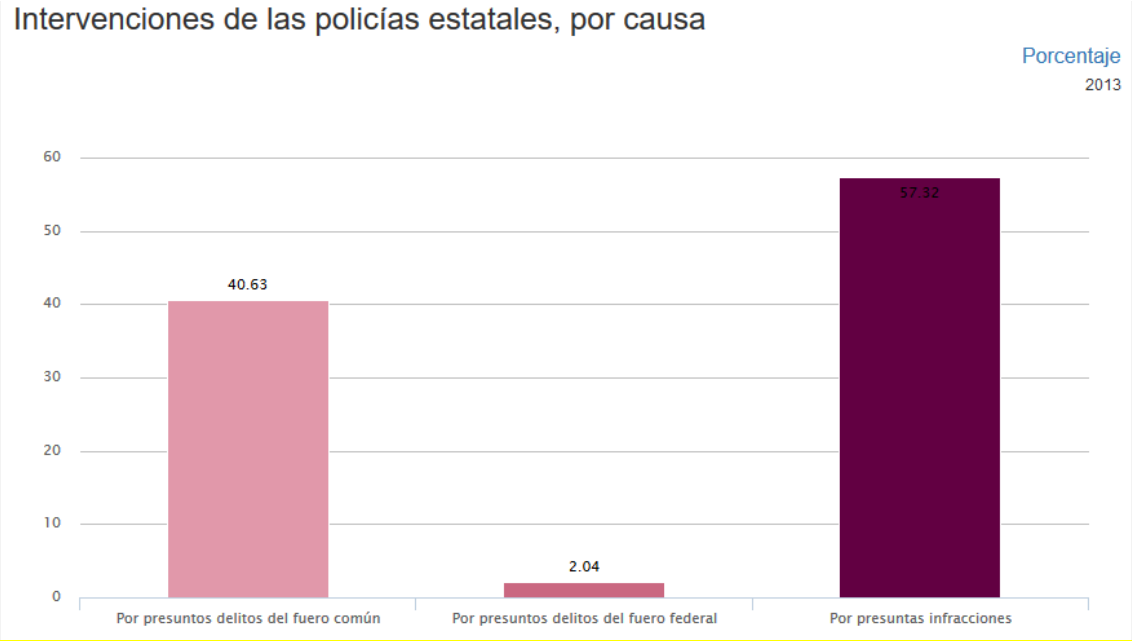
| | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|
| Hidalgo | 20,225 | 21,787 | 19,451 | 19,890 | 18,420 |
| Jalisco | 24,454 | 25,505 | 31,861 | 33,029 | 31,375 |
| México | 27,957 | 30,920 | 41,048 | 47,778 | 45,139 |
| Michoacán de Ocampo | 15,106 | 20,805 | 20,354 | 20,002 | 21,311 |
| Morelos | 21,898 | 22,956 | 29,310 | 26,146 | 29,647 |
| Nayarit | 23,106 | 20,804 | 19,169 | 18,535 | 22,052 |
| Nuevo León | 27,962 | 25,063 | 31,316 | 26,516 | 24,250 |
| Oaxaca | 16,189 | 17,524 | 14,335 | 16,291 | 20,061 |
| Puebla | 21,441 | 22,591 | 22,733 | 23,585 | 23,741 |
| Querétaro | 19,062 | 21,022 | 24,002 | 23,554 | 25,660 |
| Quintana Roo | 28,419 | 26,603 | 29,703 | 26,519 | 28,638 |
| San Luis Potosí | 22,503 | 24,662 | 26,810 | 25,710 | 25,873 |
| Sinaloa | 26,056 | 23,836 | 26,141 | 23,588 | 22,063 |
| Sonora | 29,008 | 29,980 | 29,131 | 27,395 | 24,246 |
| Tabasco | 24,480 | 19,217 | 20,837 | 22,725 | 24,759 |
| Tamaulipas | 22,661 | 18,067 | 21,407 | 17,570 | 23,339 |
| Tlaxcala | 20,874 | 18,135 | 18,150 | 21,924 | 26,012 |
| Veracruz de Ignacio de la Llave | 16,900 | 17,708 | 18,733 | 20,246 | 17,208 |
| Yucatán | 17,715 | 14,816 | 19,548 | 18,438 | 22,860 |
| Zacatecas | 22,247 | 20,137 | 20,337 | 20,863 | 22,924 |

Por tanto concluimos al respecto, es necesario conocer los índices delictivos del lugar, a efecto de que el Ministerio Público, atendiendo al tipo delictivo, determine la posibilidad de realizar técnicas de investigación especiales.

Continuando con lo señalado, es necesario que se realicen las siguientes evaluaciones.

¿Existen en las calles efectivos de corporaciones policiacas o militares? Ello puede ser relevante por dos circunstancias:

Para conocer el grado de participación de las fuerzas del orden en el combate a los hechos delictivo, lo cual se demuestra con gráficos elabora el INEGI[81] respecto al grado de respuesta de las fuerzas de seguridad pública:




El otro supuesto, es el caso en que los posibles responsables de cometer o participar en un hecho ilícito sean elementos de las mismas fuerzas del orden, sirva de ejemplo lo narrado en la siguiente recomendación de la CNDH[82]:

> "…
>
> **113.** Las cinco modalidades de ejecuciones extrajudiciales o arbitrarias según el *Protocolo modelo para la investigación legal de ejecuciones extralegales, arbitrarias y sumarias* (Protocolo de Minnesota), son a) *"Muerte como consecuencia del uso de la fuerza por funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, cuando ese uso no obedece a los*

[81] INSTITUTO NACIONAL, *op. cit.*

[82] COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, Recomendación No. 11 /2016

Sobre el caso de la detención arbitraria, desaparición forzada y ejecución arbitraria en agravio de V1, en Anáhuac, Nuevo León, CNDH, México, 2016, pp. 41-42.

*criterios de necesidad, racionalidad y proporcionalidad";* b) *"Muerte como consecuencia de un ataque por agentes del Estado en operaciones militares o policiales sin que medie ninguna justificación legal amparada por el derecho internacional"*; c) *"Muerte de una persona detenida como resultado de condiciones inadecuadas de su privación de la libertad o en circunstancias poco claras que pongan en entredicho el deber de garantía del Estado…*"d*) "**Muerte como resultado de una desaparición forzada cometida por agentes del Estado, así no aparezca el cuerpo de la víctima o sólo si aparecen algunos de sus restos** …;"* y e) *"Muerte como resultado de torturas y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes perpetrada por agentes del Estado."* En el caso de los incisos d) y e) se estaría ante el concurso de delitos entre la desaparición forzada y la tortura, y el homicidio".

En la narración que antecede, elementos de la Marina posiblemente cometieron los delitos de homicidio y desaparición forzada de personas, es decir, el agente ministerial debe tener en cuenta elementos de realismo jurídico, pues debe conocer la situación criminal de la zona, en tal caso, y ante la evidencia aportada, puede, incluso, enfrentarse a delitos graves que vulneren derechos humanos, como el caso de la desaparición forzada u homicidio.

¿Con qué frecuencia se denuncian abusos de autoridad de estas corporaciones en el lugar de los hechos? Si a lo anterior sumamos que ya se han presentado denuncias por otros gobernados en contra de las fuerzas del orden por tortura, desapariciones forzadas o incuso, homicidios, es evidente que el agente ministerial puede tener indicios para emprender una investigación relativa a encontrar participación o autoría delictiva por parte de los agentes del órden, situación generalizada en el país y que ya es señalad por Amnistía Internacional[83]:

[83] AMNISTÍA INTERNACIONAL, México: Nuevos informes de violaciones de derechos humanos a manos del Ejército, Amnesty International Publications, Reino Unido, 2009, p. 9.

> "A pesar de las limitaciones y deficiencias de la información oficial, los pocos datos de los que se dispone indican un marcado aumento de los abusos a manos del ejército en los dos últimos años. La Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) afirma que en 2006 recibió 182 quejas contra la Secretaria de Defensa Nacional (SEDENA); en 2007, 367 quejas; en 2008, 1.230, y durante los seis primeros meses de 2009 la cifra ya ascendía a 559. En 2006, la Comisión no formuló ni una sola recomendación contra la SEDENA respecto a violaciones de derechos humanos. En 2007, formuló 6 (tres casos relacionados con tortura y malos tratos y uno con una ejecución ilegal o extrajudicial), en 2008, 14 (6 relativas a tortura y malos tratos y 4 a ejecuciones ilegales o extrajudiciales) y al acabar octubre de 2009, otras 25 (15 relacionadas con tortura y otros malos tratos y una con desaparición forzada)".

Lo narrado, nos lleva ineludiblemente a la siguiente fórmula. ¿Cuántas recomendaciones de la CNDH o de organismos internacionales existen en relación con el territorio en donde se denunciaron los hechos?

Si bien no hay información plenamente confiable, los organismos de derechos humanos nos pueden dejar ver un panorama de cuántas violaciones pueden ser cometidas por fuerzas del orden, a continuación se nos explica:

> "Muchas de las quejas se presentaron durante las actividades policiales llevadas a cabo por el ejército en el estado de Chihuahua, en particular en Ciudad Juárez. Entre marzo de 2008 y septiembre de 2009, la Comisión Estatal de Derechos Humanos de Chihuahua (CEDH) y una oficina municipal de presentación de quejas en Ciudad Juárez recibió más de 1.300 quejas de abusos del ejército, que incluían al menos 14 denuncias de desaparición forzada y 8 de ejecución extrajudicial"[84].

[84] *Idem.*

Respecto al material de prueba, se deben elaborar los siguientes cuestionamientos: concretamente en torno a la documentación ¿Con qué documentación se cuenta: fotografías, declaración, videos, periciales, queja de un Organismo Público de Derechos Humanos?

Debemos señalar que documento lo es todo, o casi todo, del material de prueba, es el soporte material producido o modificado por el ser humano en el que consta un hecho o parte de él, en esa línea se encuentra el artículo 380 del Código Nacional de Procedimientos Penales, que nos manifiesta:

> "Artículo 380. Concepto de documento
>
> Se considerará documento a todo soporte material que contenga información sobre algún hecho. Quien cuestione la autenticidad del documento tendrá la carga de demostrar sus afirmaciones. El Órgano jurisdiccional, a solicitud de los interesados, podrá prescindir de la lectura íntegra de documentos o informes escritos, o de la reproducción total de una videograbación o grabación, para leer o reproducir parcialmente el documento o la grabación en la parte conducente."

Existen posturas que nos hacen referencia a que hay una distinción entre documento e instrumento, pues si bien todo documento es la representación de alguna idea en cualquier soporte material, el instrumento es aquello que consta por escrito, así se nos ilustra que "La doctrina suele diferenciar, a veces, el documento del instrumento. Por documento entiende toda representación objetiva de un pensamiento y por instrumento la escritura destinada a constatar una relación jurídica. Las leyes, sin embargo, suelen considerar ambos como equivalentes."[85]

Podemos señalar que en el sistema acusatorio el documento mantiene su relevancia, pero, con algunas variantes respecto al sistema mixto, primero en lo que toca a las actas ministerial, pues al efecto también son documentos, solamente que a ellas se les considera dato de pureba, pues no son pruebas

[85] ARILLA BAS, Fernándo, El procedimiento penal en México, 24ª ed., Editorial Porrúa, México, 2007, p. 179.

como tales, sino que es el registro que hace referencia al medio de prueba que habrá de existir, tal como lo establece el numeral 261 del Código Nacional de Procedimientos Penales que decreta "El dato de prueba es la referencia al contenido de un determinado medio de convicción aún no desahogado ante el Órgano jurisdiccional, que se advierta idóneo y pertinente para establecer razonablemente la existencia de un hecho delictivo y la probable participación del imputado." Por lo que el Ministerio Público deberá valorar si con esas documentales podrá establecer una causa probable.

No olvidemos que los dictámenes de los peritos constan también en actas, sin embargo, como tal, no tendrán eficacia procesal, pues en todo caso, el perito que lo elaboró deberá comparecer a juicio y señalar la metodología y resultados de su pericia.

Es costumbre de los sistemas mixtos establecer la naturaleza del documento, es decir, si éste es público o privado, la razón era porque existía un sistema tasado de valoración de prueba, en que el documento público siempre haría prueba plena, es decir, el juzgador no podía otorgarle otro valor. Sin embargo tal diferencia carece de sentido en el sistema acusatorio, pues existe el sistema libre de valoración de prueba, en que el juzgador, incluso frente a un documento público, puede considerar como más eficiente uno privado, atendiendo la naturaleza del asunto.

## 2.7 ACTIVIDAD MINISTERIAL RESPECTO AL TIEMPO, MODO Y LUGAR DE LOS HECHOS DENUNCIADOS.

Si bien se está en estudio de la actividad Ministerial, es de recordar que nos hemos basado en el protocolo de investigación para casos de tortura, pero, al ser el que cumple con la mayoría de los requisitos éticos y lógicos para plantear una investigación, es de importancia, pues señala que debe preguntarse el agente ministerial por las circunstancia de tiempo, modo y lugar, al efecto deberá cuestionarse:

¿Cuál es el lugar en que se cometió la tortura? Esa pregunta no sólo es aplicable para el caso de tortura, sino para cualquier hecho ilícito, pues fijará una circunstancia espacial, que servirá primero para determinar la dinámica del hecho ilícito, para ordenar técnicas de investigación y, en su caso, determinar la competencia del Ministerio Público por territorialidad, circunstancia que ya se ha analizado previamente.

Es importante el conocimiento del lugar de los hechos o de la escena del crimen para efecto de que se pueda obtener material de prueba, principalmente vestigios y prueba material; es sabido que existen muchos mecanismos de tortura, a lo que debemos recordar que existe la tortura física y la mental, la mayoría de las veces suelen ir combinadas.

Si bien existe un control respecto de la autoridad para evitar que se cometan actos de tortura, lo cierto es que no siempre resultan eficaces, ello porque se limitan a indagar sobre aspectos físicos en el cuerpo de la víctima, por ejemplo, existen métodos que no necesariamente presentarán lesiones visibles en el cuerpo, pueden existir varios, como la electrocución, que no necesariamente deja quemaduras, o los métodos que han utilizado algunos agentes policiacos como el “tehuacanazo” que consiste en agitar y dejar que escape el líquido gaseoso de una soda en la nariz del detenido, ello produce una sensación de ahogamiento, la “pozoleada” que consiste en introducir la cabeza del detenido en el retrete con coliformes fecales. Todas ellas representan un gran sufrimiento, sin que se presente evidencia física en el cuerpo de la víctima.

Sin embargo, cuando el Ministerio público conozca que la víctima ha sido torturada, puede ordenar se realicen inspecciones en el lugar, a efecto de encontrar evidencia de que se cometió, por ejemplo, encontrar manchas de sangre u otro fluido corporal vertido por la tortura, o, quizás, los instrumentos que fueron utilizados, y, en el mejor de los casos, encontrar testigos de los hechos para que sean entrevistados.

El problema parece mayor cuando la víctima lo fue de torturas sistemáticas a lo que el agente ministerial deberá preguntarse: ¿Fueron varios lugares?

Debido a que en su caso, puede ordenarse las diligencias de investigación necesarias para identificar los lugares, a las personas que participaron y recabar material de prueba.

Por lo que hace a los instrumentos del delito, la pregunta obligada es si ¿se encontraron armas u otros objetos utilizados para la tortura? Una vez estudiado el lugar, es necesario que se analice si se han encontrado indicios que puedan ser relacionados fehacientemente con el hecho que se investiga y con la víctima, por ejemplo, si se encontraron navajas, cierras, pinzas, trapos, o cualquier instrumento que haya podido servir para cometer el delito.

Por lo que hace a ¿Fechas y horas de la tortura? La mayoría de las veces, las víctimas se encuentran privadas sensorialmente, es decir, no tiene elementos de referencia que les permita saber cuánto tiempo han estado privadas de su libertad, y mucho menos, las horas o momentos en que fueron victimadas, pero, ante la posibilidad de que la víctima se encuentre confundida, el Ministerio Público si tiene la obligación de desvelar esa información, por lo cual, se auxiliará de la entrevista tomada a la víctima, que en medida de lo posible, le señalará posibles momentos, a partir de ahí, el Ministerio Público puede ordenar a la policía y al cuerpo de peritos que inspeccione la escena del crimen, para estar en posibilidad, de acuerdo a la mecánica de hechos, establecer una hora probable de los sucesos. Con esos elementos, estará en posibilidad de preparar el ejercicio de la acción penal, pues al momento de la imputación, informará al imputado precisamente la circunstancia de tiempo que se le atribuye.

## 2.8 ACTIVIDAD MINISTERIAL RESPECTO A LA DETENCIÓN DEL INVESTIGADO.

En el caso de que el imputado se encuentre presente durante la investigación, el Ministerio Público, además, deberá asegurarse que se respeten sus derechos humanos y las garantías constitucionales, así que de primer momento, deberá verificar la integridad física del detenido, para determinar si requiere atención médica o psicológica, además de hacerle saber sus derechos.

Posteriormente a ello deberá elaborar un análisis sobre la presencia del sujeto ante la autoridad ministerial, es decir, esclarecer las circunstancias en las que fue detenido, a lo que procederá a efectuar un acuerdo de detención; éste acuerdo de detención es una diligencia que consta en un acta dentro de la carpeta de investigación en que el Ministerio Público deja constancia escrita de que está en conocimiento que se le pone a su disposición a uno o varios sujetos, mismo que describirá, así como la identificación de las personas o agentes que lo ponen a su disposición, la fecha, la hora, las circunstancias en que fue detenido, una narración breve de los hechos, así como el estado físico del individuo detenido.

Una vez elaborado lo anterior, deberá proceder a emitir el acuerdo de retención, es decir, determinar la presencia del imputado en la investigación ministerial, a lo que deberá realizar una calificación de la detención, es decir, establecer si el imputado fue detenido con la observancia de ley. Respecto a ello podemos establecer varias hipótesis, como son:

a) Orden de aprehensión;
b) Flagrancia;
c) Caso urgente.

El caso de la orden de aprehensión es especial, pues sólo puede ser emitida por la autoridad jurisdiccional, en decir, por un juez de control, que será dirigida al Ministerio Público para que la policía de investigación proceda a

detener al sujeto, al respecto han existido multitud de vicios, ya que el detenido lo era con uso excesivo de violencia, además, era presentado ante el Ministerio Público, quien podía retenerlo por hasta 48 horas y después trasladarlo ante la presencia del juzgador. Ello se purga en el sistema acusatorio, pues a raíz de la miscelánea penal, un paquete de reformas que busca perfeccionar el sistema de justicia penal nacional, se establece que una vez efectuada la detención por la policía, deberá ser puesto inmediatamente a disposición del juez de control, y no del Ministerio Público, por lo que la presencia del imputado será en la fase de investigación judicializada y complementaria, mas no en la ministerial.

El caso de la flagrancia obedece a un mandato constitucional del artículo 16, quinto párrafo, en que se faculta a cualquier persona, incluida la autoridad, para detener al sujeto en el acto mismo de cometer el hecho ilícito, a ello se nos establece:

> "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."

Sin embargo, el término flagrancia, ha sido sujeto de muchos debates, pues dentro de ella se agrupan dos conceptos, la flagrancia en sentido estricto y la cuasi flagrancia; la primera se refiere al momento mismo en que se consuma el delito, *in fraganti* como establecía el artículo 16 de la Constitución de 1857, con las manos en la masa; mientras que la cuasiflagrancia se presenta cuando el hecho ya se ha consumado, pero se persigue materialmente al imputado, sin perderlo de vista, inmediatamente después de ser cometido el ilícito.

Consideramos que existen varios supuestos al respecto, pues el imputado puede ser perseguido por una persona, la que pide auxilio de otra, y ésta continúa la persecución, si bien el segundo perseguidor no comenzó su

labor desde que se consumó el hecho ilícito, se considera que la flagrancia continúa, caso similar ocurre con los sistemas de videograbación, el sistema C4 de la Secretaría de Seguridad Pública, en el que es perseguido digitalmente el imputado al ser rastreado por las cámaras de la policía.

En el sistema mixto existía la figura de la hipótesis equiparable a la flagrancia, en supuestos de delitos considerados graves, el imputado podía ser detenido hasta 72 horas después de consumado el hecho ilícito, lo que daba lugar a demasiadas violaciones a derechos humanos, por ello se desterró del sistema jurídico mexicano con el sistema acusatorio, al respecto, en los asuntos que sigan tramitándose con los lineamientos del sistema anterior, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha declarado la inconstitucionalidad de tal hipótesis:

> "Época: Décima Época, Registro: 2010499, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 24, Noviembre de 2015, Tomo I, Materia(s): Constitucional, Penal, Tesis: 1a. CCCLXXIV/2015 (10a.), Página: 979.
>
> FLAGRANCIA EQUIPARADA. EFECTOS JURÍDICOS DERIVADOS DE LA DECLARATORIA DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 267, PÁRRAFO SEGUNDO, DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL, QUE LA PREVÉ.
>
> La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que la invalidez de medios probatorios no sólo afecta a aquellas pruebas obtenidas directamente con motivo del acto que provocó la violación a los derechos humanos, sino también a todas aquellas que tengan un vínculo directo con dicha violación. Asimismo, que las pruebas obtenidas como resultado de una prueba ilícita son igualmente inválidas, aunque para su consecución se hayan cumplido todos los requisitos legales y constitucionales, al derivar de la violación de algún derecho humano, ya sea directa o indirectamente, por lo que, de conformidad con la regla de exclusión probatoria, no deben ser empleadas en un procedimiento jurisdiccional. De ahí que el alcance de

dicha interpretación, en relación con el artículo 16 de la Constitución Política de lo Estados Unidos Mexicanos, respecto de las condiciones excepcionales que justifican válidamente la afectación a la libertad personal de los individuos, con base en la cual declaró inconstitucional el artículo 267, párrafo segundo, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que prevé el supuesto de detención por flagrancia equiparada, tiene como efecto jurídico la exclusión de las pruebas que tienen un impacto real en el proceso, lo que constituye una vía de reparación del derecho humano vulnerado.

Amparo directo en revisión 6024/2014. 2 de septiembre de 2015. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto concurrente en el que se aparta de las consideraciones contenidas en la presente tesis, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Julio Veredín Sena Velázquez."

Ante tal panorama, se ha puesto de manifiesto la inmoralidad de los legisladores locales, pues la reforma de 18 de junio de 2008 a la Constitución excluía la figura de la detención por hipótesis equiparada a la flagrancia, e incluso, el constituyente pensó en eliminar la palabra flagrancia de la Constitución (situación que no consiguió del todo) y establecer las bases para que todos los estados de la república formularán sus propios códigos procedimentales en materia penal, el problema surgió cuando, los legisladores locales, sin ética ni moral, comenzaron a adaptar la hipótesis equiparada a la flagrancia dentro de la flagrancia, lo que extendía la flagrancia por hasta 72 horas, ante tales abusos, la Suprema Corte de la Nación se Pronunció, estableciendo que:

"Época: Décima Época, Registro: 2010937, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 26, Enero de 2016, Tomo IV, Materia(s): Constitucional, Tesis: IV.1o.P. J/7 (10a.), Página: 3012.

FLAGRANCIA. EL ARTÍCULO 134, PRIMERA PARTE, DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN, AL PREVER LOS SUPUESTOS EN QUE EL INDICIADO PUEDE SER DETENIDO DENTRO DE LAS 72 HORAS POSTERIORES A LA COMISIÓN DEL HECHO DELICTIVO, ES INCONVENCIONAL Y DEBE INAPLICARSE POR CONTRAVENIR LOS DERECHOS DE LIBERTAD Y DEBIDO PROCESO.

El artículo 16, párrafo quinto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que 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, y que existirá un registro inmediato de la detención. Luego, para determinar los alcances de la expresión "inmediatamente después de la comisión del delito", contenida en ese precepto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el 19 de septiembre de 2012, por mayoría de cuatro votos, el amparo directo en revisión 991/2012, estableció que aquélla se refiere a lo que doctrinariamente se identificó como cuasiflagrancia, que abarca la persecución durante la huida física u ocultamiento del sujeto, los cuales se generan justo después de la realización del ilícito penal, por lo que el concepto de flagrancia está limitado constitucionalmente al instante de la comisión del delito -flagrancia stricto sensu- y al de la huida u ocultamiento del sujeto que se genera inmediatamente después de la realización de los hechos delictivos -cuasiflagrancia-, excluyendo la flagrancia equiparada. Ahora bien, el artículo 134, primera parte, del Código de Procedimientos Penales del Estado de Nuevo León prevé que el indiciado puede ser detenido dentro de las 72 horas posteriores a la comisión del hecho delictivo, siempre que sea perseguido materialmente, alguien lo señale como responsable, se encuentre en su poder el objeto del delito o el instrumento con el que se hubiera cometido, o existan huellas o indicios que hagan presumir fundadamente

su intervención en la comisión de aquél. Así, dicho precepto, al ampliar a 72 horas -bajo determinados supuestos-, el periodo en que puede considerarse que se está en presencia de flagrancia, para detener -sin orden judicial o de autoridad competente- al sujeto que se considere como responsable de un ilícito, contraviene los derechos humanos de libertad y debido proceso, reconocidos en los artículos 9 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 9, numerales 1 y 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; I y XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y 7, numerales 2, 3 y 6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues la porción normativa en estudio contempla diversos supuestos en los que puede estimarse -de manera similar o análoga- a la flagrancia en el delito, siempre que se presenten dentro del término de 72 horas posteriores a la comisión de los hechos delictivos, es decir, una flagrancia equiparada, institución prohibida por los instrumentos internacionales invocados y por la Constitución, lo que no permite armonizar ese acto legislativo con los artículos convencionales en comento; por tanto, en aplicación del principio pro persona establecido en el artículo 1o. constitucional, dicho precepto es inconvencional y debe inaplicarse.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL CUARTO CIRCUITO.

Amparo directo 365/2014. 15 de enero de 2015. Unanimidad de votos. Ponente: José Heriberto Pérez García. Secretaria: María Mercedes Ávila Arias.

Amparo directo 179/2014. 22 de enero de 2015. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Manuel Rodríguez Gámez. Secretario: Francisco Ángel Rangel Mendoza.

Amparo directo 437/2014. 12 de marzo de 2015. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Manuel Rodríguez Gámez. Secretario: Jorge Xavier Zamora Barrón.

Amparo directo 287/2014. 20 de marzo de 2015. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Manuel Rodríguez Gámez. Secretaria: María Guadalupe Briones Rodríguez.

Amparo directo 363/2014. 9 de abril de 2015. Unanimidad de votos. Ponente: Ramón Ojeda Haro. Secretario: David Acosta Huerta."

En la práctica, la ausencia de legalidad y ética por parte del agente del Ministerio Público es evidente, pues en todos los casos, aunque se trate de averiguaciones previas o carpetas de investigación, el Ministerio Público deberá verificar si se cumple con los requisitos que señala la Constitución y el Código Nacional de Procedimientos Penales que señalan la existencia de la flagrancia, de lo contrario, deberá emitir el acuerdo de detención y emitir después, el auto de libertad, por virtud de que la misma detención fue ilegal, así mismo, consideramos que no puede ser detenido de nuevo el indiciado, salvo que el Ministerio Público solicite la orden de aprehensión.

Lo dicho, ante la falta de valores y la corrupción imperante en las agencias del Ministerio Público, no es cumplido; un tanto porque los agentes ministeriales carecen de autonomía en sus determinaciones, otras porque actúan por consigna de su superior jerárquico y las más de las veces, para aparentar públicamente mano dura contra los delincuentes, por lo que se llegan a ratificar detenciones totalmente absurdas e ilógicas, para que sean turnadas a la autoridad judicial, y entonces, en la audiencia de calificación de detención, el juez de control decrete la libertad del imputado por la detención ilegal.

Aun y cuando existe evidencia contundente de que el imputado está detenido arbitrariamente ante el Ministerio Público, no existe mecanismo jurídico eficiente que permita que sea puesto en libertad y frenar los abusos de los agentes ministeriales, pues el Ministerio Público puede mantenerlo retenido

hasta por 48 horas, sin que sea posible que alguna otra autoridad ordene lo contrario. Ante esos supuestos, incuso, el amparo indirecto resulta inútil, pues sólo tendrá por efecto señalarle al Ministerio Público que tiene 48 horas para determinar la investigación o poner en libertad al sujeto, así la Ley de Amparo nos establece:

> **"Artículo 165.** Cuando el acto reclamado afecte la libertad personal del quejoso y se encuentre a disposición del Ministerio Público por cumplimiento de orden de detención del mismo, salvo el caso de la detención por caso urgente, la suspensión se concederá para el efecto de que dentro del término de cuarenta y ocho horas o en un plazo de noventa y seis, tratándose de delincuencia organizada, contadas a partir del momento de la detención, sea puesto en libertad o a disposición ante el órgano jurisdiccional correspondiente.
>
> Cuando el quejoso se encuentre a disposición del Ministerio Público por haber sido detenido en flagrancia o caso urgente, el plazo contará a partir de que sea puesto a disposición.
>
> En cualquier caso distinto de los anteriores y en la detención por caso urgente, en los que el Ministerio Público restrinja la libertad del quejoso, la suspensión se concederá para el efecto de que sea puesto en inmediata libertad o a disposición ante el órgano jurisdiccional correspondiente."

El caso del caso urgente, desde nuestra perspectiva carece de toda lógica o sentido, pues su figura da pauta a que se cometan diversos atropellos por la autoridad ministerial. Su origen se encuentra en el artículo 16 constitucional que nos señala:

> "Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio

Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder."

Es decir para que exista el caso urgente, y el Ministerio Público pueda ordenar la detención de un sujeto, se deben cumplir las siguientes hipótesis, las que comentamos y criticamos:

a) Se trate de delito grave así calificado por la ley: la problemática radica en que la denominación de delito grave carece de sentido, pues la gravedad era calificada por los códigos procesales de cada entidad federativa, incluso, existían varios métodos, por ejemplo, elaborar un catálogo de delitos graves como lo había en el Estado de México, o la utilización del término medio aritmético, como se elaboraba en el Distrito Federal (ahora Ciudad de México); pero, con la entrada en vigor del Código Nacional de Procedimientos Penales, dicho catálogo se extingue, y no hay referencia alguna a lo que se puede considerar como delito grave, así el artículo 167 de la Ley Procesal Penal Nacional establece:

> "El Juez de control en el ámbito de su competencia, ordenará la prisión preventiva oficiosamente en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley contra la seguridad de la Nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.
>
> Las leyes generales de salud, secuestro y trata de personas establecerán los supuestos que ameriten prisión preventiva oficiosa.
>
> La ley en materia de delincuencia organizada establecerá los supuestos que ameriten prisión preventiva oficiosa.

Se consideran delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa, los previstos en el Código Penal Federal de la manera siguiente:

**I.** Homicidio doloso previsto en los artículos 302 en relación al 307, 313, 315, 315 Bis, 320 y 323;

**II.** Genocidio, previsto en el artículo 149 Bis;

**III.** Violación prevista en los artículos 265, 266 y 266 Bis;

**IV.** Traición a la patria, previsto en los artículos 123, 124, 125 y 126;

**V.** Espionaje, previsto en los artículos 127 y 128;

**VI.** Terrorismo, previsto en los artículos 139 al 139 Ter y terrorismo internacional previsto en los artículos 148 Bis al 148 Quáter;

**VII.** Sabotaje, previsto en el artículo 140, párrafo primero;

**VIII.** Los previstos en los artículos 142, párrafo segundo y 145;

**IX.** Corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 201; Pornografía de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 202; Turismo sexual en contra de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en los artículos 203 y 203 Bis; Lenocinio de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 204 y Pederastia, previsto en el artículo 209 Bis;

> **X.** Tráfico de menores, previsto en el artículo 366 Ter;
>
> **XI.** Contra la salud, previsto en los artículos 194, 195, 196 Bis, 196 Ter, 197, párrafo primero y 198, parte primera del párrafo tercero."

El artículo señalado nos deja inferir que los delitos enlistados son los graves, aunque no habla expresamente de ello y su objeto es establecer la procedencia de la prisión preventiva, en el caso de la Ciudad de México ocurre algo similar, pues su Código Penal establece la posibilidad de la reducción de la pena impuesta en la comisión de delitos graves, por lo que indirectamente se nos ofrece una lista de ellos, así se nos marca:

> **"ARTÍCULO 71** Ter *(De la disminución de la pena en delitos graves)* Cuando el sujeto activo confiese su participación en la comisión de delito grave ante el Ministerio Público y la ratifique ante el Juez en la declaración preparatoria se disminuirá la pena una tercera parte, según el delito que se trate, excepto cuando estén relacionados con delincuencia organizada, en cuyo caso se aplicará la Ley de la materia. Este beneficio no es aplicable para los delitos de Homicidio, previsto en el artículo 123 en relación al 18, párrafo segundo; Secuestro, contenido en los artículos 163, 163 Bis, 164, 165, 166 y 166 Bis, con excepción de lo previsto en el último párrafo del artículo 164; Desaparición Forzada de Personas, previsto en el artículo 168; Violación, previsto en los artículos 174 y 175; Corrupción de personas menores de edad o personas que no tengan capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tengan capacidad de resistir la conducta, previsto en los artículos 183, 184 y 185; Turismo Sexual, previsto en el artículo 186; Pornografía, previsto en los artículos 187 y 188; Trata de Personas, previsto en el artículo 188 Bis; Lenocinio, previstos en los artículos 189 y 189 bis ; Robo, previsto en el artículo 220, en relación al artículo 225;

> Tortura, previsto en los artículos 294 y 295; todos de este Código."

Consideramos que para evitar arbitrariedades, se ha señalado en el numeral 150, fracción I, del Código Nacional de Procedimientos Penales, expresamente cuáles son los delitos considerados graves, al establecer que son delitos graves los que ameritan prisión preventiva oficiosa (institución que desde nuestra perspectiva deóntica, debería ser abolida) y los que superan el término medio aritmético de cinco años en su punibilidad, diciendo que "[…] Se califican como graves, para los efectos de la detención por caso urgente, los delitos señalados como de prisión preventiva oficiosa en este Código o en la legislación aplicable así como aquellos cuyo término medio aritmético sea mayor de cinco años de prisión;". Cabe aclarar, que se consideran graves, aunque no lo sean, lo que parece entrar en contradicción con la Constitución Federal.

b) Riesgo de sustracción de la acción de la justicia: ella resulta subjetiva, pues el riesgo consiste en la posibilidad de que algo suceda, aunque no se haya cometido, es, según el Diccionario de la Real Academia "la contingencia o proximidad de un daño"; es decir, se presuma que el imputado puede evadirse, ello será porque suele viajar frecuentemente, tiene familia en otro lugar lejano, porque se sabe que tiene a su disposición vehículos que le permitan trasladarse, se le ha visto cerca de estaciones de camiones o aeropuertos, etc., dicha situación deberá ser acreditada por el Ministerio Público, tal como lo ha señalado el Poder Judicial de la Federación:

> "Época: Décima Época, Registro: 2009821, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 21, Agosto de 2015, Tomo I, Materia(s): Constitucional, Penal, Tesis: 1a. CCLII/2015 (10a.), Página: 466.

DETENCIÓN POR CASO URGENTE. REQUISITOS PARA SU VALIDEZ.

El artículo 16, párrafo sexto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, prevé que sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre que no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder. Ahora bien, de las características ontológicas de la detención por caso urgente, destaca que: a) es una restricción al derecho a la libertad personal; b) es extraordinaria, pues deriva de condiciones no ordinarias, como el riesgo fundado de que la persona acusada de cometer un delito grave se sustraiga a la acción de la justicia y que por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público no pueda ocurrir ante la autoridad judicial a solicitar una orden de aprehensión; y, c) es excepcional, pues se aparta de la regla general sobre el control judicial previo dentro del régimen de detenciones. En ese sentido, para que sea válida o legal la detención por caso urgente debe estar precedida de una orden del Ministerio Público, una vez que se han acreditado los tres requisitos que la autorizan: i) que se trate de un delito grave; ii) que exista riesgo fundado de que el inculpado se fugue; y, iii) que por razones extraordinarias no sea posible el control judicial previo. Así, estos requisitos constitucionales a los que está sujeta la detención por caso urgente configuran un control normativo intenso dispuesto por el legislador, que eleva el estándar justificativo para que el Ministerio Público decida ordenar la detención de una persona sin control previo por parte de un juez. Por ello, esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación considera razonable que el Constituyente determinara que el Ministerio Público deba demostrar que los tres requisitos

establecidos en el artículo 16 constitucional se actualizan concurrentemente. Además, deben existir motivos objetivos y razonables que el Ministerio Público tiene la carga de aportar para que la existencia de dichos elementos pueda corroborarse posteriormente por un juez, cuando éste realice el control posterior de la detención, como lo dispone el artículo constitucional referido.

Amparo directo en revisión 3506/2014. 3 de junio de 2015. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Los Ministros Zaldívar, Pardo, Sánchez Cordero y Gutiérrez, reservaron su derecho para formular voto concurrente. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Rosalba Rodríguez Mireles."

c) Que exista imposibilidad de recurrir a la autoridad judicial a solicitar orden de aprehensión: consideramos que esta es la piedra de toque a efecto de señalar la inmoralidad de esta institución, ello porque el Ministerio Público debe estar imposibilitado de solicitar la orden de aprehensión a un juez de control, ya sea por la hora, distancia o alguna otra circunstancia; la mayoría de las veces, se efectúa la orden de detención por caso urgente en las madrugadas, lo que implica que el horario de labores de los juzgados ha terminado; sin embargo, en el sistema acusatorio los juzgados de control funcionarán las 24 horas del día, todos los del año, por otra parte, la orden de aprehensión puede ser solicitada al juez por medios electrónicos, quien la deberá resolver de inmediato, así lo estatuye el Código Procedimental Nacional en materia Penal, cuyo artículo 143 señala:

**"Artículo 143. Resolución sobre solicitud de orden de aprehensión o comparecencia**

> El Juez de control, dentro de un plazo máximo de veinticuatro horas siguientes a que se haya recibido la solicitud de orden de aprehensión o de comparecencia, resolverá en audiencia exclusivamente con la presencia del Ministerio Público, o a través del sistema informático con la debida secrecía y se pronunciará sobre cada uno de los elementos planteados en la solicitud.
>
> En caso de que la solicitud de orden de aprehensión o comparecencia no reúna alguno de los requisitos exigibles, el Juez de control prevendrá en la misma audiencia o por el sistema informático al Ministerio Público para que haga las precisiones o aclaraciones correspondientes, ante lo cual el Juez de control podrá dar una clasificación jurídica distinta a los hechos que se planteen o a la participación que tuvo el imputado en los mismos.
>
> No se concederá la orden de aprehensión cuando el Juez de control considere que los hechos que señale el Ministerio Público en su solicitud resulten no constitutivos de delito.
>
> Si la resolución se registra por medios diversos al escrito, los puntos resolutivos de la orden de aprehensión deberán transcribirse y entregarse al Ministerio Público.”

Por lo dicho, el Ministerio Público, en cualquier momento o día, cuenta con los medios para recurrir al juzgador a solicitar una orden de aprehensión, lo que vuelve al caso urgente como la puerta de entrada a las arbitrariedades del Ministerio Público.

# CAPITULO 3: APLICACIÓN FÁCTICA DEL DERECHO PENAL POR EL MINISTERIO PÚBLICO.

Antes de la solución mi intención en este capítulo es desentrañar más a fondo la real actuación ministerial, y la real aplicación del derecho penal en nuestro país. Atendiendo a diversas necesidades, la aplicación fáctica del derecho no tiene nada que ver con el que ha sido plasmado en leyes, los ordenamientos jurídicos de nuestra sociedad además de ser extensos, son complejos y su aplicación tiene deficiencias que van más allá de los alcances humanos; por ejemplo en un procedimiento penal, pueden encuadrarse perfectamente muchas anomalías, tanto de la parte defensora, como también de la parte acusadora, así mismo los servidores públicos aplican de manera deficiente el sistema procedimental, ya sea por falta de capacitación, o por ideas arraigadas del sistema anterior; por ello, se nos dice que el ideal del derecho es realizar los objetivos de justicia social, y en el caso concreto, alcanzar las finalidades que enmarca el artículo 20 constitucional en su apartado A, cuya fracción I señala “El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen;”.

## 3.1 LA NORMA JURÍDICA COMO PRESUPUESTO DE APLICACIÓN.

El derecho tiene su razón de ser en la aplicación, existe para ello. Este proceso de substanciación al transmitirnos la idea acerca de que es por vía de esta operación que el derecho entra en contacto con los hechos; ya que son los hechos de la vida social los que constituyen el objeto de aplicación de la norma jurídica penal.

Esa conexión entre las normas y los hechos es a lo que refiere el concepto de aplicación fáctica del derecho. En este concepto, los juristas no se han puesto de acuerdo, encontrándonos con dos teorías: la teoría de la subsunción y la teoría de la individualización.

La teoría de la subsunción comprende que el nexo entre hechos sociales y norma jurídica consiste en una subsunción, es decir, inclusión de los hechos

en las normas del Estado. Por lo cual, aplicar el derecho es incluir los hechos de la vida real dentro del derecho. Esta labor de encuadra a los hechos fácticos dentro de las normas, lo que le corresponde operar a los aplicadores del derecho. De esta manera el derecho es visto como un conjunto de fórmulas que se aplican a los hechos de la vida real.

Las normas jurídicas en materia penal y procesal penal en México, siempre tendrán como contenido preceptos dotas de abstracción y generalidad, en el que las conductas de los seres humanos se presentan en casos particulares y concretos, en cuyo caso, la labor del juzgador, y en algunos caso, del Ministerio Público, es la de llegar a la solución del conflicto, a ello lo llamaremos justicia restaurativa, como un camino distinto a agotar el procedimiento penal en sentencia definitiva.

La manera en cómo la autoridad ministerial o judicial realiza la aplicación de la norma jurídica se basa en los elementos que le aportan la normas abstracta y por el otro, los hechos concretos y materiales de una situación real, debiéndose vincular mediante ecuaciones lógicas. Por lo que se ha llegado a afirmar que la norma no sólo es creada por el legislador, sino por la autoridad que la aplica al caso concreto, al tener sus resoluciones fuerza para las partes que participaron en ella, así se nos apunta:

> “Es más, para buena parte de los juristas, incluso, la interpretación jurídica es una etapa más del proceso de elaboración de la norma, y no una mera determinación a posteriori de su contenido previamente dado y establecido por el legislador. De esta manera, legislador y juez colaboran estrechamente en la creación de la norma jurídica, el juez puede limitarse a descubrir la intención del legislador, o bien cooperar a la construcción del significado de la norma”[86].

[86] LORCA MARTÍN DE VILLODRES, María Isabel, Interpretación jurídica e interpretación constitucional: la interpretación evolutiva o progresiva de norma jurídica (el derecho como instrumento de cambio social), Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, p. 243.

La teoría de la subsunción ha permeado en México, y en particular, en la materia procedimental penal, desde principios del siglo XX, en que a raíz de la Constitución de 1917, se abandonó la corriente del derecho natural a un sistema positivista, en el que la fuerza de la ley es independiente a la de su cumplimiento, por lo que sólo le corresponde a la autoridad hacer cumplir los mandatos de la ley, pues ello es la única justicia posible, sin tomar en cuenta ningún otro factor. El papel del juzgador se nos presenta solamente como el aplicador de un silogismo lógico, así se nos explica:

> "La aplicación judicial del derecho siguiendo la estructura propia de un silogismo, fue una consecuencia del principio de separación de poderes, así como de la desconfianza hacia la discrecionalidad de los jueces y tribunales. Se trataba de evitar que el Poder Judicial pudiera inmiscuirse en el ámbito del Poder Legislativo. La premisa mayor está constituida, por la norma jurídica abstracta y general aplicable al caso concreto sometido a juicio, la premisa menor, por los hechos sociales del caso planteado, y la conclusión se obtiene subsumiendo ese hecho concreto en la norma general de la premisa mayor"[87].

Por lo tanto, la teoría de la subsunción explica que, por ejemplo, el robo se encuentra sancionado en los códigos Penales, por lo tanto, si un anciano de 80 años intenta asaltar una farmacia (para obtener sus medicamentos necesarios para el dolor) después de haber robado algo de comer en una tienda, debe ser investigado por el agente ministerial, y en su caso, sentenciado como culpable en juicio por cometer el hecho ilícito, no pudiéndose configurar el robo de famélico, porque se juzga sobre un segundo robo. Pues pese a lo gravoso e irracional de la condena, la autoridad sólo debe aplicar la norma jurídica.

[87] *Ibidem*, p. 259.

Esta postura ha sido puesta en práctica por largo tiempo en México, pues pretende explicar la aplicación del derecho como un mecanismo que opera al resolver silogismos concretos por parte, en primer momento por el Ministerio Público encargado de la investigación, y en último lugar, por el juez de conocimiento.

Los vicios conseguidos a partir la postura de la subsunción, nos llevó al extremo de la legalidad, donde la función del sistema procedimental se cumplía al obtener sanciones, una total despersonalización de los asunto, en ese sentido, se dejaban de lado valores como la justicia, y sobre todo, la equidad.

Posteriormente, pero, derivado del mismo positivismo, surge la visión normativista, la que pugnaba a favor de la teoría de la individualización, en la cual se destaca las consecuencias de la voluntad al momento de la aplicación de la norma jurídica; enseña que existe la aplicación cuando esta se individualiza de norma general emitida por el legislador a un caso concreto, que será plasmada como norma nueva en una sentencia o resolución.

Por ello, para el austriaco Kelsen la aplicación se apoya en una vinculación normativa, de forma que la norma inferior aplica la norma superior. Aunque a pesar de observar en esta operación el mecanicismo de la teoría de la subsunción, lo sustancial es el acto de la voluntad de que aplicará el derecho porque deberá realizar una elección de una norma entre las distintas que forman parte del marco jurídico. Esto implica un procedimiento investigativo y concatenación entre los hechos y las normas que constituyen una actividad muy compleja.[88] A mayor abundamiento, se nos señala:

> "Interpretar una norma jurídica es, en esencia, una atribución de sentido o significado, que convierte la regla general en una norma individualizada y transforma los términos abstractos en preceptos concretos. Cada vez es más aceptado que, en realidad, detrás de la

[88] *Cfr*. Joseph Raz, La teoría de Kelsen del sistema jurídico, Editorial Porrúa, México, 2010, p. 122 .

norma que se pretende interpretar no hay sentido alguno, sino que el sentido se lo da el propio intérprete2[89].

Si bien, dentro de la individualización se da preponderancia a la aplicación jurisdiccional de la norma jurídica, no podemos pasar por alto la función aplicadora del Ministerio Público, pues él, en primer momento, es la autoridad que conoce de los hechos que le son puestos a su conocimiento por los gobernados, por lo que deberá realizar las diligencias pertinentes, primero, para determinar si lo narrado se ajusta a una posible hipótesis legal contenida en el código penal respectivo, para en, segundo término, considerar los datos de prueba que sean necesarios para establecer una causa probable de que el sujeto imputado cometió el delito o participó en el, sobre todo, la determinación previa de si los hechos son delictivos y, qué clasificación jurídica, con sus modalidades y modificantes, se le atribuirán.

Los abusos cometidos por los agentes ministeriales que utilizaban las visiones de la subsunción y de la individualización, más la corrupción imperante en el país, llevó a que se plantearán reformas a la institución, primero, desde el siglo XIX en México, se le separó del poder judicial, y en el siglo XXI, se le ha separado del poder ejecutivo, dándole el carácter de organismo autónomo; además, el poder que ejercía el Ministerio Público como autoridad, podía competir incluso, con el del juzgador, por ello, se decidió atenuar su fe pública.

Con respecto a esa idea, debemos hacer la respectiva aclaración, en el sistema acusatorio carece de sentido la distinción de los documentos públicos y privados, por virtud de que ambos tipos deben ser valorados libremente por el juzgador, así mismo, en otras áreas del derecho o instituciones, distintas a la penal, los documentos públicos son tenidos como la verdad jurídica, en los más de los casos, indubitables.

Ahora, el Ministerio Público sigue siendo la autoridad investigadora que desarrolla una función de Estado, la de perseguir los delitos, y por más

[89] LORCA MARTÍN DE VILLODRES, María Isabel, *op. cit*., p. 311.

autonomía que se le otorgue, siempre será parte del Estado, por tanto, sus actas y documentos son públicos, por lo que hacer prueba plena, es decir, conservan su fe ministerial, no así para efectos de juicio penal, porque para efectos de la sentencia, solamente tendrán valor de prueba lo desahogado en la audiencia de juicio. Esto nos ha llevado a la ilusión de que el Ministerio Público carece de fe pública, lo cual es falso, en razón de que sólo se le limita para efectos de la valoración probatoria por el juez de conocimiento, no así para las demás autoridades.

Ello trae aparejado a que el Ministerio Público únicamente puede realizar una calificación previa de los hechos considerados delictivos, es decir, se le ha quitado la facultad de “tener por demostrado un hecho ilícito”, esa facultad se le ha entregado al juzgador. La razón de lo dicho es que el juzgador al ser un sujeto procesal imparcial, sólo conoce los hechos que le son presentados por las partes, es decir, no los puede presenciar directamente, por tanto, considerar como auténtico e indubitable lo actuado por el Ministerio Público, quedando a cargo de la defensa demostrar esa falsedad, implicaba un desequilibrio procesal, lo que daba lugar a múltiples sentencias condenatorias que no señalaban con certeza si existió en realidad el delito y mucho menos, si es atribuible a la persona procesada.

Por tanto, la facultad del Ministerio Público ahora consiste en investigar con un criterio de objetividad e imparcialidad, debiendo, en primer término, depurar la historia que llegara a conocimiento del juzgador y reconstruir lo ocurrido a la luz de lo que prescriben las normas de derecho y lo narrado por las partes, más lo que se haya investigado.

Ante el nuevo paradigma procedimental penal nacional, es necesario que surja una óptica renovada que utilice el Ministerio Público para investigar los hechos delictivos y la interpretación a la norma, por ello, se sugiere un modelo evolutivo, que permita aplicar las facultades ministeriales a un caso concreto para conseguir justicia y equidad, con independencia a que, por el tipo delictivo, se deba recurrir a la presencia jurisdiccional. Esta técnica evolutiva:

> "Es aquella en virtud de la cual la interpretación de la ley debe cambiar cuando cambien las circunstancias en las que la ley debe ser aplicada. Es preciso en estos casos atender no a la voluntad del legislador que dictó la norma, sino a la "naturaleza de las cosas". Es decir, al cambiar las circunstancias históricas (sociales, culturales, etcétera) en las que la ley debe ser aplicada, debe cambiar, evolucionar, igualmente el modo de interpretarla. Se atribuye así a un texto normativo un significado nuevo, distinto, del que históricamente había tenido"[90].

Lo anterior se recomienda, principalmente por los fenómenos sociales que atraviesa el país, una delincuencia generalizada, tanto común como organizada, los agentes ministeriales y policiales están rebasados y no cuentan con los recursos adecuados para desempeñar correctamente su función, además de que aún no han adoptado una óptica evolutiva sobre la aplicación del derecho.

Consideramos que la facultad del Ministerio Público de aplicar una visión evolutiva que asegure el cumplimiento ético de su función, así como su actuar apegado a derecho, se encuentra en los conceptos de la justicia restaurativa o alternativa y de los criterios de oportunidad, insertados en la Constitución Federal a partir de la reforma de junio de 2008, ello porque:

> "Se abre la posibilidad de aplicar la persecución de oficio en función del daño que la conducta delictiva cause al interés público. Siempre que la víctima esté de acuerdo. Así, el Ministerio Público podrá administrar mejor los escasos recursos de que normalmente dispone, para perseguir las conductas que más lastiman a la sociedad. Esto desahogará en cierta medida la sobrecarga actual del sistema de justicia. Decenas de miles de acusador esperan sentencia en prisión preventiva en todo el

[90] *Ibidem*, p. 265.

país por delitos patrimoniales menores de 5 mil pesos. En muchos casos se penaliza su condición social más que la gravedad de sus actos."[91]

Si bien, el texto constitucional en la actualidad permite al Ministerio Público aplicar sus facultades de acuerdo a la realidad social y particular del hecho que se investiga, ello nos lleva a otro problema, el que sigue actuando tal y como lo hacía en el sistema de justicia mixto, sin que hasta el momento se haya despresurizado la carga de trabajo de las instituciones de fiscalía y judicial; la explicación radica en que se ha hecho una mala clasificación de los delitos que son graves a los considerados graves para efectos de ley, por tanto, será nugatoria la reforma mientras exista la institución de la prisión preventiva oficiosa.

El criterio para aplicar la prisión preventiva oficiosa radica en la clasificación previa que hace el Ministerio Público sobre los hechos que son considerados ilícitos, por tanto, se nos lleva forzadamente al estudio de la prisión preventiva solicitada por el Ministerio Público y concedida por el juez de control.

## 3.2 CLASIFICACIÓN JURÍDICA MINISTERIAL Y PRISIÓN PREVENTIVA.

El derecho, como lo mencionamos con anterioridad, es un sistema adecuado para cada sociedad, la falla radica en la aplicación que está a cargo de los operadores, en particular tratamos sobre el Ministerio público, el problema no resulta de la norma jurídica, sino de la falta de ética e indolencia de esa autoridad, máxime si las sociedades se modifican con el tiempo y los agentes de la representación social no evolucionan en el mismo sentido para dar las respuestas inmediatas a las necesidades sociales, no podemos mantener el espejismo de que la perfección de la norma se mantiene solamente en su aspecto formal, si su aplicación es deficiente.

[91] GOBIERNO FEDERAL, Reforma Constitucional de Seguridad y Justicia, Guía de consulta ¿en qué consiste la reforma? Texto constitucional comparado antes y después de la reforma, México, 2008, p. 24.

Llegamos entonces al punto en que es necesario hablar de la consecuencia de la investigación jurídica realizada por el agente ministerial, en el cual pueden ocurrir muchos supuestos, los que dependerán en realidad de la clasificación jurídica que efectué sobre los hechos que le fueron puestos a su consideración, pues ello implica que el imputado pueda enfrentar el resto del procedimiento en libertad o privado de ella.

Estamos hablado de la prisión preventiva, de la cual podemos señalar que existen dos grupos:

1. A petición de parte, cuando otras de las medidas cautelares contenidas en el Código Nacional de Procedimientos Penales en su artículo 137, sean insuficientes para asegurar la presencia del imputado en el proceso, además por el riesgo contra los intervinientes en el proceso o contra el material de prueba.

2. De oficio, cuando el Ministerio Público haya realizado la clasificación de los hechos posiblemente constitutivos de delito como de aquellos que merecen prisión preventiva oficiosa, por considerárseles de gravedad especial.

Respecto a la prisión preventiva podemos señalar que es una medida cautelar personal, pues recae directamente sobre el imputado, debiéndose cumplir los siguientes supuestos[92]:

- La acreditación probable de la existencia de un hecho posiblemente delictivo y justificar adecuadamente con datos de prueba objetivos que lo señalen, al igual que la intervención del imputado.

- La necesidad de cautela o de prevención, la que se determina bajo el supuesto de que existe el riesgo de fuga del imputado, o de que cause

[92] *Cfr*. POLANCO BRAGA, Elías, *op. cit., Procedimiento,* p. 249.

daño a los intervinientes en el procedimiento penal, y la destrucción posible y futura del material de prueba o su desaparición.

Podemos señalar algunas críticas relativas a la prisión preventiva, pues ella es "la detención de las personas imputadas o acusadas por la comisión de un delito, por el tiempo indispensable en lo que se dicta sentencia definitiva o por el tiempo fijado por la ley que se decreta durante el desarrollo del proceso, y perdura hasta que la sentencia cause ejecutoria"[93]; por tanto, la prisión es la más gravosa de las medidas cautelares, pues consideramos que podría llamársele como una sanción anticipada del delito. Criticamos que el espíritu del sistema acusatorio es que las personas que se sometan al procedimiento lo puedan enfrentar en libertad, o por lo menos eso señala el Código Nacional de Procedimientos Penales, pues sólo en casos en que otra medida cautelar no funcione, se aplicará la prisión preventiva, así nos dice en su artículo 157 y 167:

> "Las solicitudes de medidas cautelares serán resueltas por el Juez de control, en audiencia y con presencia de las partes.
>
> El Juez de control podrá imponer una de las medidas cautelares previstas en este Código, o combinar varias de ellas según resulte adecuado al caso, o imponer una diversa a la solicitada siempre que no sea más grave. Sólo el Ministerio Público podrá solicitar la prisión preventiva, la cual no podrá combinarse con otras medidas cautelares previstas en este Código, salvo el embargo precautorio o la inmovilización de cuentas y demás valores que se encuentren en el sistema financiero.
>
> En ningún caso el Juez de control está autorizado a aplicar medidas cautelares sin tomar en cuenta el objeto o la finalidad de las mismas ni a aplicar medidas más graves que las previstas en el presente Código.

[93] *Ibidem,* p. 251.

**Artículo 167. Causas de procedencia**

El Ministerio Público sólo podrá solicitar al Juez de control la prisión preventiva o el resguardo domiciliario cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso, siempre y cuando la causa diversa no sea acumulable o conexa en los términos del presente Código."

Sin embargo, lo irónico de la situación, se ha visto que al imponerse una garantía económica como medida cautelar, el imputado carece de los recursos económicos para poder entregarla, por lo que se mantendrá privado de su libertad en tanto no la satisfaga, lo que consideramos que rompe con el espíritu del constituyente, pues se estaría adelantando una sanción a un delito posible para las personas pobres y marginadas. La situación se agrava al tocar el punto de la prisión preventiva oficiosa.

## 3.3 PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA, EL PAPEL MINISTERIAL.

Las medidas cautelares, máxime, la prisión preventiva, deben ser solicitadas por el Ministerio Público, a lo que por principio dispositivo, consideramos que el juzgador no puede emitir esa determinación de oficio, a menos que sea instado por el agente ministerial, la problemática radica en que, aunque se trate de un sistema procesal donde el impulso de las actuaciones corresponde a las partes, se impone la figura de la oficiosidad en la prisión preventiva, pues dependiendo de la clasificación legal que haga el Ministerio Público sobre los hechos delictivos, nos dejará en incertidumbre si el juzgador deberá imponerla aún sin solicitud, o deberá estar a lo que se le solicite.

Si bien, el juzgador de control es el único que puede ordenar la prisión preventiva oficiosa, desde un aspecto práctico consideramos, que quien en

realidad toma esa determinación es el Ministerio Público, pues él es quien realiza la clasificación delictiva, de modo que el juzgador únicamente judicializa lo ya determinado por la representación social.

Aparentemente, la prisión preventiva oficiosa se limita al *numerus clausus*, es decir, debe ser aplicada en los supuestos específicos que marca la ley, pero de su interpretación sistemática, observamos que el grueso de los delitos son señalados para que se imponga esta medida cautelar, baste señalar el artículo 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales:

> "El Juez de control en el ámbito de su competencia, ordenará la prisión preventiva oficiosamente en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley contra la seguridad de la Nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.
>
> Las leyes generales de salud, secuestro y trata de personas establecerán los supuestos que ameriten prisión preventiva oficiosa.
>
> La ley en materia de delincuencia organizada establecerá los supuestos que ameriten prisión preventiva oficiosa.
>
> Se consideran delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa, los previstos en el Código Penal Federal de la manera siguiente:
>
> **I.** Homicidio doloso previsto en los artículos 302 en relación al 307, 313, 315, 315 Bis, 320 y 323;
>
> **II.** Genocidio, previsto en el artículo 149 Bis;
>
> **III.** Violación prevista en los artículos 265, 266 y 266 Bis;
>
> **IV.** Traición a la patria, previsto en los artículos 123, 124, 125 y 126;

**V.** Espionaje, previsto en los artículos 127 y 128;

**VI.** Terrorismo, previsto en los artículos 139 al 139 Ter y terrorismo internacional previsto en los artículos 148 Bis al 148 Quáter;

**VII.** Sabotaje, previsto en el artículo 140, párrafo primero;

**VIII.** Los previstos en los artículos 142, párrafo segundo y 145;

**IX.** Corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 201; Pornografía de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 202; Turismo sexual en contra de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en los artículos 203 y 203 Bis; Lenocinio de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 204 y Pederastia, previsto en el artículo 209 Bis;

**X.** Tráfico de menores, previsto en el artículo 366 Ter;

**XI.** Contra la salud, previsto en los artículos 194, 195, 196 Bis, 196 Ter, 197, párrafo primero y 198, parte primera del párrafo tercero."

Al parecer, el código en cita nos establece que por ser puestos a consideración del juzgador los hechos considerados en el artículo anterior, debe, oficiosamente, decretar la prisión preventiva, aun cuando no haya

solicitud previa de la fiscalía, lo que supone que se le quita la facultad de decisión al juzgador y se deja al arbitrio del Ministerio Público, además, el último párrafo concede a la fiscalía la facultad de solicitar el que no se imponga:

> "El juez no impondrá la prisión preventiva oficiosa y la sustituirá por otra medida cautelar, únicamente cuando lo solicite el Ministerio Público por no resultar proporcional para garantizar la comparecencia del imputado en el proceso, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima y de los testigos o de la comunidad. Dicha solicitud deberá contar con la autorización del titular de la Procuraduría o el funcionario que en él delegue esa facultad."

Consideramos que lo dicho es una puerta a la arbitrariedad, pues en todo caso, esas circunstancias deberían ser estudiadas por el juzgador dentro de la audiencia pública y con intervención de las partes. Aseveramos que se ha violado por el Estado Mexicano los compromisos internacionales en derechos humanos al mantenerse de esa manera la prisión preventiva oficiosa, así:

> "Otro aspecto a considerar es que dicha situación, por demás discutible, se evidenció, más aún, a partir de los compromisos adquiridos por México con su adhesión a tratados internacionales en materia de procuración e impartición de justicia, pues en ellos se contempla que dicha medida cautelar sólo debe aplicarse de forma excepcional en los casos de peligro de fuga, peligro de alteración de pruebas y para garantizar una debida protección de la víctima.
>
> Sin embargo, tales supuestos no fueron atendidos y se optó por otros criterios; primero, se continuó con el de penalidad y, segundo, se contempló el de gravedad del delito, ambos con resultados similares: exceso de la aplicación de la prisión preventiva."[94]

---

[94] GUILLÉN LÓPEZ, Raúl, La prisión preventiva oficiosa, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2010, p. 321.

Las consecuencias de ese abuso, no resultan cuestiones ajenas, ni mucho menos, de importancia mínima, pues independientemente de lo narrado por el imputado, se toma en cuenta lo clasificado por el Ministerio Público, lo que rompe con el ideal de evitar el hacinamiento en las prisiones e ignorando los criterios vigentes de la política criminal, y con el principio constitucional de contradicción, a ello se nos complementa con que:

> "Las consecuencias de dicha situación no son irrelevantes, que a cualquier persona procesada por algún delito calificado como grave debe aplicársele automáticamente la prisión preventiva, sin que haya oportunidad de impugnar o discutir, atendiendo a criterios de política criminal o necesidad cautelar, la conveniencia o no de dicha medida. Para aquellos delitos no considerados como graves también debe aplicarse prisión preventiva, pero se deja abierta la posibilidad de obtener la libertad mediante caución. Aun en este último supuesto, si el Ministerio público se opone y fundamenta su postura, el juez puede negar la libertad provisional, y en consecuencia el procesado quedar privado de su libertad durante el desarrollo del proceso"[95].

Por lo que respecta a los niveles de hacinamiento, los reclusorios preventivos no tienen capacidad real para más de cinco mil personas cada uno, sin embargo, estudios señalan que cerca del 42% de las personas que se encuentran recluidos no han recibido condena por el delito que se les juzga, en consecuencia, cerca de cien mil personas procesadas, con presunción de inocencia, se encuentran privadas de la libertad[96]. Es decir, la cuarta parte de los procesados son los que gozan de su libertad, ello nos conduce a señalar que se ha maximizado y normalizado el uso de esta medida cautelar en detrimento de la seguridad jurídica de los gobernados.

---

[95] *Ibidem*, p. 322.

[96] *Cfr. Idem*.

Concluimos que el uso indebido del derecho es un factor de lo ya mencionado, la corrupción y demás, y este abuso es cometido por el mismo sistema que sólo usa al derecho para el beneficio de pocos y la apariencia del respeto a l estado de derecho, es un hecho que las mismas autoridades en diversos casos no cumplen con lo establecido en los órganos jurídicos, en vez de ello utilizar el criterio propio que deben desarrollar, lleno de vicios y corruptela, pues señalamos, que no entender el espíritu ético de la Constitución vigente es corrupción.

La consecuencia del obrar indebido del Ministerio Público en sentido estricto lo podemos determinar en la actualidad como un medio de control aplicado del más fuerte al más débil, a veces, las víctimas no son resarcidas por este medio ya que la ambición de los aplicadores del derecho nunca es basta, solo falta ver el ofrecimiento de dinero en todas las agencias del Ministerio Público, el tráfico de influencias y los delitos de consigna[97] para que ajuste una clasificación grave e indebida a los hechos que asegurarán al imputado la prisión preventiva en el trámite procesal.

## 3.4 CLASIFICACIÓN MINISTERIAL DE LOS HECHOS Y RIESGOS SOCIALES.

Como lo hemos señalado, el papel del Ministerio Público es la esclarecer la verdad de los hechos, y como lo enmarca el artículo 102 constitucional, el de perseguir los delitos, persecución entendida desde un ámbito procedimental, es decir, sobre esta institución recae la iniciativa, la prosecución procedimental hasta que sean cumplidos los fines del procedimiento, es decir, proteger al inocente, que el culpable no quede impune y proteger a la víctima; por ello decimos, que en su momento, la actividad procesal versará en base a lo clasificado por la representación social, pues las diligencias que efectúe:

[97] Nota: hay ocasiones en que para aparentar mano dura, los Fiscales Generales ordenan a sus subalternos que todos los delitos violentos o sexuales sean llevados a juez de control, con independencia de que sean inverosímiles e improbables.

> "Deben enderezarse, en primer término, a comprobar la existencia de los elementos exigidos por el artículo 16 de la Constitución para el ejercicio de la acción penal, y, en segundo lugar, a comprobar el tipo penal tal como lo exige el artículo 19 de la propia Ley fundamental, los elementos para comprobarlo deben ser aportados por el Ministerio Público que es a quien corresponde la iniciativa procesal"[98].

Inferimos que la actividad principal del Ministerio Público es la de clasificar lo hechos que le son hechos de su conocimiento, por tanto, deberá realizar la ecuación mental y lógica encaminada a determinar si ellos se ajustan a lo descrito por el tipo penal, es decir, hacemos referencia de que, independientemente de la teoría estructuralista del que se maneje, el agente ministerial en concreto deberá hacer el estudio sobre la conducta y la tipicidad del hecho. Así que la creación del tipo penal realizado por el legislador debe obedecer siempre al principio general de "no hay pena sin delito" y de "no hay delito sin ley", carácter que puede resumir el contenido de la tipicidad, a ello se nos ilustra "Las figuras típicas geometrizan lo antijurídico, corrigen la intuición, frenan la emoción y dotan al Derecho penal de una mística noble y de una reciedumbre segura y grandiosa que cercenan lo arrebatos de la ira, los despotismos, las arbitrariedades y demás excesos emotivos"[99].

Si bien la tipicidad sirve como freno a los arrebatos vengativos de la autoridad y de la víctima, lo cierto es que en la realidad pocas veces el Minsiterio Público hace adecuar el tipo a la conducta, y más parece que realiza el ejercicio contrario, el de ajustar la conducta al tipo, valiéndose de manipular las entrevistas o interpretar inmoralmente lo narrado a fin de que pueda clasificarse el hecho como un delito específico.

---

[98] ARILLA BAS, Fernando, *op. cit.,* p. 74.

[99] JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, Derecho Penal Mexicano, t. I., 8ª ed., Editorial Porrúa, México, 2010, pp. 17-18.

Por otro lado, ha prevalecido la idea de que la norma jurídico-penal tiene implícita la presunción de *iure et de iure* de que entraña un obrar antijurídico, lo que evita al Ministerio Público a investigar las causas o motivos que llevaron al imputado cometer la conducta que se le atribuye, limitando su deber a un estudio meramente típico, pues ello supondría la existencia de lo antijurídico y lo culpable. Llegando al extremo de introducir clasificaciones típicas de ilícitos que suponen un peligro abstracto de la conducta, es decir, aún no existe una violación antijurídica, de ahí surge el concepto de peligro para el objeto material antes que el ataque sea materializado[100].

El daño procesal que causa una clasificación por delitos de peligro abstracto a la conducta del imputado, es que invierte la carga de la prueba que originariamente corresponde al Ministerio Público, pues al efecto, el imputado deberá demostrar que los hechos tal y como se narran son falsos, o que no existía el elemento subjetivo de dañar un bien jurídico tutelado, desafortunadamente, los delitos de peligro abstracto, en su mayoría, son considerados de prisión preventiva oficiosa, pues pueden ser ligados fácilmente a la delincuencia organizada, así nos apuntan:

> "Este delito, afirman, es un tipo autónomo, no subordinado a otro delito que podamos considerar como requisito para su integración. Algunos jueces aseveran que, dados esos indicios fundados, el acusado tiene la carga de la prueba de la legítima procedencia. Este razonamiento, dicen, no viola la presunción de inocencia que favorece al acusado; lejos de ello, señalan, respeta su garantía de defensa y da al acusado la oportunidad de probar su inocencia"[101].

Por tanto, la facultad de comprobar del Ministerio Público respecto a una causa probable, es meramente indiciaria, lo que, consideramos, en los delitos

[100] *Cfr. Ibidem*, p.255.

[101] ROMO L., Jorge, Prevención de lavado de dinero y delincuencia organizada, 2ª ed. UBIJUS, México, 2013, p. 111.

de prisión preventiva oficiosa, vulnera el principio de presunción de inocencia y de contradicción.

Si bien, con el sistema acusatorio se pretende desterrar las arbitrariedades por parte de jueces y Ministerio Público, ello se frustra por las siguientes razones. En el sistema mixto, para que el ministerio Público sólo podía ejercer acción penal cuando el cuerpo del delito haya sido comprobado, es decir, se le imponía la carga a esa institución de acreditar los elementos objetivos, subjetivos y normativos del delito de manera fehaciente. En el sistema acusatorio, el Ministerio Público debe de reunir una causa probable, es decir, reunir indicios, mientras que en el sistema mixto se le exigía reunir pruebas, la intención de ello es que el juzgador en sentencia definitiva sea libre de valorar y apreciar el hecho como le fue probado, y determinar si él es delictivo.

Aparentemente, en el sistema acusatorio, al dejarle plena facultad de valoración al juzgador, se acaba con las arbitrariedades ministeriales, máxime si la regla general es que los imputados enfrenten el proceso en libertad, desafortunadamente, las consecuencias a esa clasificación ministerial son como resultado, de acuerdo a los artículos 16 y 21 constitucional, que se emita orden de aprehensión o auto de vinculación a proceso, según el momento procesal, por tanto, en el sistema actual, es más sencillo que un gobernado se vea como acreedor de una orden de aprehensión o de una vinculación a proceso, por tanto, hay grandes posibilidades de que sea sometido a la prisión preventiva. Se nos explica que:

- “Para librar una orden de aprehensión bastará con que el Ministerio Público establezca que se ha cometido un hecho y que existe la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

- Para librar un auto de vinculación a proceso, bastará con que el Minsiterio Público establezca: el nombre del delito que se le atribuye al acusado, el lugar, tiempo y las demás circunstancias de ejecución, así

> como el hecho y la probabilidad de que el indiciado lo cometió o que participó en su comisión,
>
> Hace falta ser verdaderamente ciego para no darse cuenta que el sólo (sic) resultado causado, no fundamenta ni puede fundamentar la responsabilidad jurídico penal de una persona. En cambio, en el sentido de la reforma, la expresión "hecho" está reducida al resultado típico de que se trate. Con lo cual se infringe el principio de culpabilidad y, en particular, el principio de prohibición de responsabilidad objetiva. El primero de tales principios establece que una conducta es penalmente relevante si la misma ha sido cometida dolosa o culposamente, mientras que el segundo principio indica que nadie responde penalmente por el sólo (sic) resultado causado"[102].

En tanto que la función jurisdiccional se limita a establecer si la formulación hecho por el Ministerio Público cumple con los requisitos de ley, ese criterio se sostiene en la siguiente tesis:

> "Época: Décima Época, Registro: 2011026, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 27, Febrero de 2016, Tomo III, Materia(s): Penal, Tesis: XXVII.3o.20 P (10a.), Página: 2025,
>
> AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. PARA QUE EL JUEZ DE CONTROL PUEDA DETERMINAR SI EL HECHO IMPUTADO POR EL MINISTERIO PÚBLICO AL ACUSADO ES O NO CONSTITUTIVO DE DELITO, DEBE ANALIZAR LOS ELEMENTOS DE LA DESCRIPCIÓN TÍPICA DEL ILÍCITO CORRESPONDIENTE, ESTO ES, SUS ELEMENTOS OBJETIVOS, NORMATIVOS Y SUBJETIVOS.

---

[102] QUINTINO ZEPEDA, Rubén, Dogmática penal aplicada al Sistema Acusatorio y Oral, Flores Editor y Distribuidor, México, 2015, pp.153-154.

De la interpretación armónica de los artículos 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 316, fracción III, del Código Nacional de Procedimientos Penales, se colige que para el dictado de un auto de vinculación a proceso, es necesario que de los antecedentes de investigación expuestos por el Ministerio Público se adviertan datos de prueba (indicios razonables) que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión. Ahora bien, lo anterior no puede lograrse sin antes determinar el delito, es decir, la conducta típica, antijurídica y culpable prevista por el legislador como merecedora de una sanción penal. Esto es así, porque si no se establece con precisión el ilícito con todos los elementos normativos y subjetivos específicos que lo integran, esa circunstancia provoca que no se esté en aptitud de determinar si el hecho extraído de los datos de prueba encuadra como delito, pues es necesario que el Juez de control conozca cuál es el ilícito materia de la imputación, lo que implica -inmediata o intrínsecamente- que éste efectúe un análisis de los elementos de la descripción típica del delito correspondiente, esto es, sus elementos objetivos, normativos y subjetivos específicos previstos en la ley, que le permitan calificar si los hechos que el Ministerio Público imputa al acusado son o no constitutivos de delito y, posteriormente, determinar con base en aquéllos si se desprenden indicios razonables que permitan suponer que efectivamente se cometió, lo que no se logra, sin antes analizar los elementos mencionados; máxime que este estudio contribuye al respeto del derecho de defensa del inculpado y crea seguridad jurídica, incluso, conlleva que se prepare adecuadamente la defensa para desvanecer la imputación o la pena que pretenda imponerse en la etapa del juicio correspondiente.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO SÉPTIMO CIRCUITO.

Amparo en revisión 175/2015. 7 de septiembre de 2015. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Ramón Rodríguez Minaya. Secretario: José Luis Orduña Aguilera."

En tal sentido, esa facultad discrecional de clasificar el hecho posiblemente ilícito abre las puertas a la arbitrariedad, pues se viola es espíritu del sistema acusatorio y su consecuencia directa es que el imputado se enfrente al proceso privado de su libertad, sin que el juzgador tenga facultades directas para reclasificar o de la defensa para poner en tela de juicio dicha actividad.

## 3.5 LA POLICÍA Y SU ACTUACIÓN EN LA INVESTIGACIÓN.

La autoridad, el Estado y las instituciones públicas, doctrinariamente han tenido el monopolio de la fuerza pública, el de la violencia y el de la preservación de las normas jurídicas así como su cumplimiento, por tanto, desde la antigüedad las ciudades han mantenido fuerzas militares para su defensa en casos de invasión, y por qué no, de conquista, sin embargo, resultaba demasiado severa esa fuerza para mantener el orden en el interior, por lo que se hizo necesaria una fuerza dotada de instrucción militar, pero al mismo tiempo civil, que se encargara de cumplir las órdenes de la autoridad y la preservación del orden público interior, a ese cuerpo, se le denominó como policía; la que podemos definir como el:

"Órgano administrativo que tiene la función de mantener el orden en la sociedad, el auxilio a la procuración y administración de justicia penal, en cuanto al descubrimiento del delito y determinar al delincuente./ Conjunto de elementos capacitados para mantener el orden público y la seguridad de los ciudadanos, la cual se encuentra sometida a las órdenes de las autoridades encargadas de la Seguridad Pública, sin embargo, tiene una función más amplia, cuando fungen como auxiliares de la investigación de los delitos"[103].

[103] POLANCO BRAGA, Elías, *op. cit., Diccionario*, p. 237.

Es necesario obviar pasajes históricos innecesarios, evitaremos plasmar lo referente a la historia de las policías, baste señalar que se le ha otorgado el carácter de ser la columna vertebral de la investigación de los delitos, los operadores materiales de las investigaciones; es por ello que cobra importancia grande el papel de la policía en el sistema acusatorio, pues él descansa en que el Ministerio Público dirigirá una investigación eficaz y eficiente, por lo que debe apoyarse ineludiblemente en el cuerpo de peritos y policías, así se nos señala que:

> "Es muy importante señalar a que pese a que su sistema data de varios siglos de antigüedad, de algún modo ha ido sufriendo algunos cambios; por ejemplo derivado de la Ley de Procedimientos de Delitos de 1985, dio origen a la creación de la Fiscalía de la Corona. La Ley de la Policía, y la Evidencia Penal de 1986, establecieron fuertes controles a la actuación de la policía, el proceso de arresto, el interrogatorio y la detención de los presuntos delincuentes. La Ley de Justicia Penal del 2003, permite que la Fiscalía de la Corona tome todas las decisiones respecto a la presentación de cargos en los casos que no sean menores.
>
> Asimismo, los servicios periciales juegan un papel importante para determinar si "se tiene o no un caso", desde un inicio se tiene que establecer si el caso es relevante para ser investigado o no, y si se cuenta con suficiente evidencia para ser llevado ante un tribunal o un jurado.
>
> Uno de los pilares del sistema inglés es la presunción de inocencia, que permea en todo el sistema de justicia penal, es una garantía contar con una defensa adecuada"[104]

Podemos establecer como idea toral, que el sistema acusatorio descansa sobre la actuación que realiza el Ministerio Público, pero, contrario a la tradición jurídica nacional que le ha considerado "investigador", su papel comienza a

[104] FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Vicente, Coordinador, Impartición de Justicia en México en el siglo XXI, Porrúa, México, 2011, pp. 16-17.

tener mayor preponderancia desde el escritorio, pues se ha interpretado que las actuaciones deben ser ordenadas por la representación social y ejecutadas por la policía que actúa bajo mando y conducción de ésta, por tanto, las funciones de la policía no pueden ser oficiosas, salvo el caso de los delitos en flagrancia, pues siempre deberán ser instados por el Ministerio Público, por tanto, las relaciones del Ministerio Público como investigador y la policía se pueden señalar de la siguiente forma:

> "por disposición constitucional, tiene a su cargo la investigación de los delitos, el ejercicio de la acción penal, la aplicación de criterios de oportunidad, dirigir y coordinar las participaciones de las policías; también se le faculta por la Constitución y las leyes secundarias a practicar cateos, interceptar comunicaciones, además, asegurar y custodiar elementos probatorios, defender los intereses sociales en los tribunales, velar por la protección de las víctimas, testigos y peritos, así mismo que se respeten los derechos fundamentales de los intervinientes en el procedimiento penal y otras que se contienen en las leyes complementarias"[105]

De entre los cuerpos policiacos, uno cobra la mayor importancia, la denominada "policía judicial", ahora renombrada como ministerial o de investigación, sus orígenes en el derecho mexicano se remontan a la Constitución Federal de 1917, en cuyo artículo 21 establece, en su forma original, "La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la policía judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquel", para que haya sido reformado a principios de la década de los 90 del siglo XX, en el que se dijo "La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliara con una policía que estará bajo su autoridad y mando". Obedeciendo a una realidad social, pues el término judicial se mantenía por motivos históricos, cuando la fiscalía era ejercida por el mismo órgano

[105] POLANCO BRAGA, Elías, *op. cit., Procedimiento*, p.174.

jurisdiccional en el siglo XIX, la cual se auxiliaba de la policía judicial que formaba parte del mismo poder. La Constitución de 1917 al crear la institución del Ministerio Público le transfirió el mando de la policía judicial, pero conservando el nombre decimonónico.

De la Reforma Constitucional de 2008, se desprendió que no solamente la obligación de auxiliar al Ministerio Público era privativo de la policía ministerial, sino de todos los cuerpos policiacos, además, la renombrada policía de investigación sería dotada de un carácter científico y metodológico, por ello se considera que:

> "serán auxiliares en la investigación de los delitos las policías, lo cual nos lleva a concluir que toda la gama de policías que existen en el país deberán auxiliar al Ministerio Público, sobre esto, requiere que en las leyes secundarias se especifique cuáles serán las policías que tendrán esa facultad, además, determinar cuáles deben estar adscritas al órgano investigador, para los efectos del mando que se deba ejercer sobre ellas durante las investigaciones, lo anterior en razón que no es posible que el Ministerio Público tenga como auxiliares grupos policiacos que tenga que controlar si no están delimitadas sus funciones legalmente en la fase de investigación ministerial"[106].

En ese sentido, el artículo 2 de la Ley de la Policía Federal recoge los objetivos de la policía federal al señalar:

> "La Policía Federal es un órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Seguridad Pública, y sus objetivos serán los siguientes:
>
> **I.** Salvaguardar la vida, la integridad, la seguridad y los derechos de las personas, así como preservar las libertades, el orden y la paz públicos;
>
> **II.** Aplicar y operar la política de seguridad pública en materia de prevención y combate de delitos;
>
> **III.** Prevenir la comisión de los delitos, y

[106] POLANCO BRAGA, Elías, *op. cit., Procedimiento*, p. 178.

**IV.** Investigar la comisión de delitos bajo la conducción y mando del Ministerio Público de la Federación, en términos de las disposiciones aplicables."

Además de que el espíritu deseado en el desarrollo de las funciones investigadoras de persecución de los delitos se debe seguir por los principios éticos de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y de respeto a las garantías constitucionales y los derechos humanos, por ello, queda facultada para realizar labores de inspección y prevención de los hechos delictivos, por lo que en sus funciones puede realizar lo siguiente:

"Época: Décima Época, Registro: 2010961, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 27, Febrero de 2016, Tomo I, Materia(s): Constitucional, Tesis: 1a. XXVI/2016 (10a.), Página: 669.

CONTROL PROVISIONAL PREVENTIVO. PARÁMETROS A SEGUIR POR LOS ELEMENTOS DE LA POLICÍA PARA QUE AQUÉL TENGA VALIDEZ CON POSTERIORIDAD A LA DETENCIÓN EN FLAGRANCIA.

La finalidad de los controles preventivos provisionales es evitar la comisión de algún delito, salvaguardar la integridad y la vida de los agentes policiacos, o corroborar la identidad de alguna persona, con base en información de delitos previamente denunciados ante la policía o alguna autoridad. En este sentido, la realización de esos controles excluye la posibilidad de que la autoridad pueda detener a una persona sin causa mínima que lo justifique, de lo contrario, bajo una circunstancia abstracta -como la apariencia física de las personas, su forma de vestir, hablar o comportarse-, podrían justificar su detención y revisión física cuando es evidente que no existen circunstancias que permitan explicar la sospecha de que se está cometiendo un delito. Por tanto, para que se justifique la constitucionalidad de un control preventivo provisional es necesario que se actualice la sospecha

razonada objetiva de que se está cometiendo un delito y no sólo una sospecha simple que derive de un criterio subjetivo del agente de la autoridad. Así, las circunstancias para acreditar empíricamente la sospecha razonable objetiva son relativas a los objetos materiales del ilícito, los sujetos, lugares y horarios descritos por las víctimas y los testigos de algún delito con las denuncias que haya recibido la policía. En este contexto, las condiciones en las cuales la policía estará en posibilidad de llevar a cabo un control de detención, se actualizan cuando la persona tenga un comportamiento inusual, así como conductas evasivas y/o desafiantes frente a los agentes de la policía. Sin embargo, en la actualización del supuesto de sospecha razonada, no existe la condición fáctica descrita, la comisión del delito evidente y apreciable de forma directa, pero sí las condiciones circunstanciales que justifican la realización de un control preventivo provisional por parte de los agentes de la autoridad, ya sea porque haya una denuncia informal o anónima, o porque el sujeto exteriorice acciones que objetivamente den lugar a considerar que se pretende ocultar la realización de un delito. Aunado a lo anterior, las condiciones fácticas son las que van a determinar el grado de intensidad del control preventivo por parte de la autoridad. En este sentido, existen dos tipos de controles que pueden realizarse: 1. Preventivo en grado menor, en el cual, los agentes de la policía pueden limitar provisionalmente el tránsito de personas y/o vehículos con la finalidad de solicitar información a la persona controlada, por ejemplo, su identidad, ruta, motivos de su presencia, etcétera. En este control preventivo de grado menor, también los agentes de la policía pueden efectuar una revisión ocular superficial exterior de la persona o del interior de algún vehículo. 2. Preventivo en grado superior, el cual está motivado objetivamente por conductas proporcionales y razonablemente sospechosas, lo que implica que los agentes policiales estén en posibilidad de realizar sobre la persona y/o vehículos un registro más profundo, con la finalidad de prevenir algún delito, así como para salvaguardar la integridad y la vida de los propios agentes. En este supuesto, éstos podrían, además, registrar las ropas de las personas, sus pertenencias así como el interior de los vehículos.

Este supuesto se actualiza si las circunstancias objetivas y particulares del delito y el sujeto corresponden ampliamente con las descritas en una denuncia previa, o bien si los sujetos controlados muestran un alto nivel de desafío o de evasión frente a los agentes de la autoridad. En consecuencia, si después de realizar el control provisional legítimo los agentes de la policía advierten la comisión flagrante de algún delito, la detención del sujeto controlado será lícita, y también lo serán las pruebas descubiertas en la revisión que, a su vez, tendrán pleno valor jurídico para ser ofrecidas en juicio."

Pese a ello, sus facultades no resultan oficiosas, pues por sí mismos, no pueden proceder a la investigación del delito, en el caso de haber descubierto uno, deberán comunicárselo al Ministerio Público para que proceda conforme a derecho; así mismo, sus actuaciones tendrán el carácter de testimonios, tal como se expresa:

"Época: Décima Época, Registro: 2010504, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 24, Noviembre de 2015, Tomo I, Materia(s): Penal, Tesis: 1a. CCCLXI/2015 (10a.), Página: 987,

PARTE INFORMATIVO DE LA POLICÍA EN EL SUPUESTO DE DETENCIÓN POR FLAGRANCIA. PARÁMETROS QUE DETERMINAN SU NATURALEZA JURÍDICA COMO PRUEBA.

En el supuesto de detención por flagrancia, la licitud del parte informativo de la policía, como medio de prueba, no está supeditada a su ratificación por parte de sus signatarios en la averiguación previa o en el proceso penal, toda vez que el reconocimiento del informe de la policía y la reiteración de los hechos que en él se describen, constituyen una circunstancia formal en la configuración de la prueba; de ahí que si no se realiza la diligencia en la que se ratifique el informe por los policías que lo suscriben, éste mantendrá el carácter de prueba documental; sin embargo, cuando se ratifica, debe valorarse en

> términos de una prueba testimonial. Así, el informe del agente de la policía que realizó la detención de una persona en el supuesto de flagrancia tiene validez jurídica como dato indiciario, ya que la configuración de la prueba es una circunstancia independiente y no tiene relación con la determinación de validez lícita de la prueba.
>
> Amparo directo en revisión 2190/2014. 26 de noviembre de 2014. Mayoría de tres votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, quien reservó su derecho para formular voto concurrente, José Ramón Cossío Díaz y Olga Sánchez Cordero de García Villegas, quien reservó su derecho para formular voto concurrente. Disidentes: Jorge Mario Pardo Rebolledo y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Julio Veredín Sena Velázquez."

Entonces la policía como auxiliar de las funciones del ministerio Público, son autoridades administrativas, pero, para efectos de juicio, sus actuaciones pueden ser sujetas de estudio y carecen de fuerza vinculante para el juzgador, que tiene la facultad de apreciarlas y asignarles valor probatorio, además, el parte que rindan y que conste en la carpeta de investigación, debe ser reproducido oralmente en el juicio por esos elementos que intervinieron.

Ello por la mala conducción de los cuerpos policíacos, debido al conjunto de prácticas atroces que fueron desarrollando a lo largo de los años, porque el principal riesgo de alterar el material de prueba no era por parte de los imputados, sino de los agentes policíacos, llegan al extremo de obtener confesiones, por lo tanto, se les quitó la facultad de obtenerlas, siendo el Ministerio Público el único que puede obtenerlas por vía legal. En otros supuestos, se encuentran los "paseos"; que son traslados de los detenidos en las unidades de la policía sin rumbo definido con el fin de coaccionarlos ilegalmente a declarar o de obtener dinero a cambio de "ayudas" supuestas. En tal caso, el derecho como reactivo de la sociedad ha establecido por vía jurisdiccional que cuando exista una dilación entre la detención y la puesta a disposición del detenido ante el Ministerio Público, se presumirá que éste ha sido coaccionado, estableciéndose:

“Época: Décima Época, Registro: 2008468, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 15, Febrero de 2015, Tomo III, Materia(s): Penal, Tesis: V.2o.P.A.6 P (10a.), Página: 2811.

ORDEN DE BÚSQUEDA, LOCALIZACIÓN Y PRESENTACIÓN DEL INDICIADO PARA DECLARAR DENTRO DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA. SI DE ÉSTA SE ADVIERTE QUE ENTRE EL MOMENTO EN QUE LA POLICÍA LO LOCALIZÓ Y AQUEL EN QUE LO PUSO A DISPOSICIÓN DEL AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO, TRANSCURRIÓ UN TIEMPO MAYOR AL RAZONABLEMENTE NECESARIO, ESA RETENCIÓN PROLONGADA HACE PRESUMIR QUE FUE COACCIONADO PARA CONFESAR LOS HECHOS IMPUTADOS, POR TANTO, A LA DECLARACIÓN RENDIDA BAJO ESE ESTADO DE PRESIÓN, DEBE RESTÁRSELE VALOR PROBATORIO.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia 1a./J. 109/2011 (9a.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro I, Tomo 2, octubre de 2011, página 1059, de rubro: "ORDEN DE BÚSQUEDA, LOCALIZACIÓN Y PRESENTACIÓN DEL INDICIADO PARA DECLARAR DENTRO DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA. SI BIEN NO TIENE LOS ALCANCES DE UNA ORDEN DE DETENCIÓN, AFECTA TEMPORALMENTE LA LIBERTAD DEAMBULATORIA DE LA PERSONA.", sostuvo, esencialmente, que si bien dicha orden no tiene como propósito lograr la detención del indiciado, dados sus efectos restrictivos del espacio al cual habrá de sujetársele, con ello se afecta su libertad deambulatoria y, por tanto, limita temporalmente su derecho a la libertad. En ese sentido, si de dicha orden se advierte que entre el momento en que la policía localizó al indiciado y aquel en el que lo puso a disposición del agente del Ministerio Público, transcurrió un tiempo mayor al razonablemente necesario, esa retención prolongada hace

presumir que fue coaccionado para confesar los hechos imputados. Es así, porque como sucede con la detención prolongada, dicha demora prueba la presión psicológica de la que es presa una persona detenida por un largo tiempo, pues de esa manera es quebrantada la expresión espontánea de su voluntad y tiende a declarar a capricho de la autoridad que la tiene a su merced; por tanto, a la declaración rendida bajo ese estado de presión, debe restársele valor probatorio.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS PENAL Y ADMINISTRATIVA DEL QUINTO CIRCUITO.

Amparo directo 194/2014. 6 de octubre de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Evaristo Coria Martínez. Secretario: Rolando Fimbres Molina."

Ante lo aseverado, consideramos que los vicios cometidos por años y generalizados en el Ministerio Público son por falta de ética, lo que permea en la actuación de la policía, por tanto, es necesario que se les capacite no sólo en el ámbito jurídico sino ético, además, de que su actuar debe ser moralmente aceptable.

## CAPITULO 4. SOLUCIÓN A LAS PRÁCTICAS INADECUADAS DE LOS MINISTERIOS PÚBLICOS A TRAVÉS DE LA JUSTICIA ALTERNATIVA.

A lo largo de esta investigación se ha estudiado un largo catálogo de cómo actúa el agente ministerial y como debería actuar apegado a los principios y normas jurídicas, sin embargo, es imposible establecer la totalidad de esas conductas Inadecuadas, que van, desde la aplicación dolosamente dañina de la norma jurídica hasta el desconocimiento de los nuevos principios y valores del sistema acusatorio. Por ello considero que, independientemente de lo relativo del significado de justicia, no podrá existir mejor aplicación de ella que la que se otorguen las partes por sí mismas.

Es decir, encontramos que la solución a la actividad corrupta del Ministerio Público se puede solucionar por dos vías necesarias, una es la capacitación y sensibilización de los agentes ministeriales y policiacos, y la otra, es la utilización de la justicia alternativa como forma de solucionar los

conflictos, y no la de obtener un castigo, ello limitaría los atropellos en las determinaciones ministeriales.

La solución precisa seria que los delitos no graves sean atendidos en primera instancia en las llamadas unidades de mediación, las cuales son encargadas de la aplicación de los Mecanismos Alternativos de solución de conflictos, debido a que en la práctica los agentes ministeriales abusan de las partes poniendo el asunto para ellos con una gravidez excesiva y con ello poder sacar un dinero extra de sus salarios, lastimando los derechos de las personas y violentando sus garantías abusando del desconocimiento muchas veces de las partes.

## 4.1 LA JUSTICIA ALTERNATIVA EN MÉXICO.

En México, la justicia adversarial monopolizó, hasta el siglo XX, la solución de los conflictos por constituir la única vía de acceso para dirimir los conflictos en los términos contemplados en la parte dogmática del ordenamiento constitucional, lo que necesariamente obligaba a quienes buscaban dirimir una disputa, a usar esta vía para que terceros decidieran sobre sus conflictos.

> "Dos corrientes abrieron espacio a los métodos colaborativos de solución de conflictos:

La primera se remonta a fines de los años 80 del siglo pasado, y tuvo como antecedente un movimiento internacional, particularmente de naciones desarrolladas y de organismos internacionales que observaron que la impartición de justicia en América Latina no era confiable y adolecía de tantos males que, independientemente de las recomendaciones para su depuración, era necesario facilitar a extranjeros con actividades en el subcontinente, la solución de los conflictos que derivaran de sus actividades, por lo que una excelente alternativa, consistía en la regulación de procedimientos, donde ellos mismos fueran los protagonistas de su solución.

La otra nace en México, durante el último lustro del siglo pasado, y emerge con un movimiento nacionalista y genuino de democratización de la

Justicia, orientado a proveer a este sistema un rol protagónico en el tránsito dentro de nuestro país, de una cultura de la violencia a una cultura de la paz. Lo antes señalado, no significa el reconocimiento de un eficaz funcionamiento del sistema de justicia, pero tampoco significa que el movimiento haya sido consecuencia de la desconfianza sobre la impartición de justicia en nuestro país."[107]

El liderazgo en México para que los mecanismos alternativos de solución de Controversias se conocieran y regularan, lo tomaron a partir de 1998 los Poderes Judiciales de las entidades de la República y el Distrito Federal, así como la Universidad de Sonora y el Instituto de Mediación de México, S.C. que, en una primera fase, bajo los auspicios de la Dirección de la Academia Nacional de Seguridad Pública, en aquel entonces al mando de uno de los autores de esta obra, se abrió espacio en todo el país, a programas de sensibilización a jueces y magistrados.

Desde los orígenes de los métodos colaborativos de solución de controversias en México, se produjo el consenso de la aplicación de éstos como estrategia de pacificación social y, en particular, de Presidentes de Tribunales Superiores de Justicia que consensaron sus ventajas en la solución de los conflictos pero, además, éstas fueron ponderadas como sustento del valor justicia, por lo que resultaba pertinente su visualización como una experiencia de aprendizaje para que los propios protagonistas del conflicto estuvieran capacitados para desactivar aquellos que surgieran en el futuro a través de la negociación; esto, con independencia de la importancia de lograr que fraguara en las partes una actitud apreciativa y asociativa de la solución de sus disputas.

En este contexto, cuando aparecieron en México organismos internacionales para impulsar los mecanismos alternativos de solución de controversias, instituciones de educación superior, la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia, el Sistema Nacional de Seguridad Pública y, en particular, el Instituto de Mediación de México, S.C., ya habían avanzado en

[107] Ortiz Aub, Amalia y Pesqueira Leal, Jorge, *mediación asociativa y cambio social: El arte de lo posible,* México, Universidad de Sonora e Instituto de Mediación de México, 2010, p. 226.

la puesta en marcha de programas de capacitación y de operación de centros; tal es el caso, por ejemplo, del Estado de Querétaro, que convocó en 1999 al Primer Diplomado Nacional de Formación de Mediadores, en el cual participaron operadores del Tribunales Superiores de Justicia de todo el país, así como el Acuerdo del Pleno del Tribunal de dicha entidad, en el que se justificó la operación de éstos y se crearon las bases para que iniciaran operaciones en beneficio de los justiciables.

De singular importancia es la evolución de los mecanismos alternativos de solución de controversias en México, particularmente de la mediación, resultan los once Congresos Nacionales, hasta ahora convocados por la Universidad de Sonora y el Instituto de Mediación de México, S.C., en calidad de instituciones matrices convocantes, así como de los Poderes Judiciales y diversas instituciones como Instituciones anfitrionas llevados a cabo en: Sonora, Distrito Federal, Nuevo León, Estado de México, Tamaulipas, Coahuila, Yucatán, Jalisco y Chiapas, así como los Coloquios Nacionales de Mediación y Conciliación organizados por la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de la República Mexicana y los siete Congresos Mundiales de Mediación convocados por las mismas instituciones matrices ya señaladas llevados a cabo en: México, Chile, Bolivia, Paraguay y Argentina, cuya influencia ha permitido que en la actualidad la mayoría de las entidades del país y el Distrito Federal cuenten con leyes específicas y distintas denominaciones sobre los mecanismos ya señalados, así como dos reformas constitucionales relacionadas con la materia; la primera del 12 de diciembre del año 2005 al artículo 18 en materia de justicia integral para adolescentes en conflicto con la ley penal, y la segunda, del 18 de junio de 2008, al artículo 17, donde se establece la obligación de todas las legislaciones en México de regular los mecanismos alternativos de solución de controversias.[108]

Ahora bien, la justicia alternativa es definida como todo procedimiento no jurisdiccional, para la solución de un conflicto en el área de la competencia, donde acuden voluntariamente las partes involucradas, para una solución acordada que ponga fin a la controversia.

[108] Ortiz Aub, Amalia y Pesqueira Leal, Jorge, *Op. Cit.,* pp. 291-294.

Las resoluciones que se obtengan al término de la justicia alternativa serán irrecurribles y adquirirán la categoría de cosa juzgada, con ello se adquieren obligaciones para las partes que hayan acudido a estos medios. Los instrumentos celebrados tienen 2 nombres, uno es llamado Acuerdo Reparatorio, si es que son derivados de una carpeta de investigación y en los cuales se busca la reparación del daño y el otorgamiento del perdón para la terminación de una carpeta de investigación, y el otro es llamado Convenio, que es cuando las partes acuden de manera personal a solicitar el mecanismo sin que exista una denuncia o querella anterior a la controversia, buscando de igual manera la reparación del daño.

Si bien es cierto la descomposición del tejido social en México es evidente, y resulta casi imposible adoptar la justicia alternativa cuando las autoridades en la impartición y procuración de justicia continúan con una mentalidad inquisitiva, no es obstáculo para tener normas jurídicas de primer orden que den resultado en el campo teórico.

Con la reforma constitucional de junio de 2008, se pretende abandonar el sistema penal mixto (entre inquisitivo y acusatorio) para inclinarlo más en un sistema penal oral y acusatorio, en el que la víctima cobre un mayor papel procesal y pueda adquirir casi la categoría de parte en el proceso, para efecto de enfrentar una disputa en igualdad de circunstancias (teóricamente) con el procesado.

Por coherencia a lo anterior se asumió la postura de que el Ministerio Público había fallado a la sociedad y se le impuso las obligaciones de demostrar la culpabilidad del imputado y de permitir la participación coadyuvante de la víctima, de modo que, se dotó al procesado de la presunción de inocencia y a la víctima de amplias facultades procesales.

Como consecuencia de esta teórica igualdad procesal, se da también la posibilidad de que en la misma igualdad de circunstancias puedan resolver sus

conflictos sin necesidad de agotar todo el procedimiento penal ni de recurrir a la pena, que en la absoluta mayoría de los casos se trata de privación de la libertad.

Bajo ésta óptica, se adicionó el párrafo cuarto artículo 17 de la Constitución Federal en los siguientes términos:

> "Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial".

De lo cual en su momento se explicó que las medidas alternativas, también llamadas restaurativas, recomponen el orden social quebrantado por medio de la restitución y no de la pena de cárcel. De hecho podrán aplicarse siempre que se garantice la reparación del daño. Con la terminación anticipada de ´procesos penales, se solucionaran más rápido las demandas de justicia de las víctimas, se reducirá la carga del sistema judicial, posibilitando los juicios orales, y disminuirá la población de las cárceles.[109]

Es decir, nos presentaron la restauración como una auténtica panacea, sin embargo, casi seis años después, no ha dado resultado, pues siguen existiendo los mismos problemas añejos de saturación carcelaria y del sistema de enjuiciamiento.

Además, resulta importante señalar que no se hace incompatibilidad entre la presunción de inocencia y la aplicación de la restauración, pues para poderse aplicar se debió reconocer previamente la culpabilidad por parte del imputado , así mismo, jamás se vislumbra el planteamiento axiológico de la

[109] *Cfr.* Gobierno Federal, *op. cit., pp.* 13-14.

Justicia Restaurativa ni se entiende su naturaleza, pues se confunde con la mediación.[110]

Como lo mencione anteriormente los acuerdos y convenios logrados en medios alternativos tienen la fuerza de cosa juzgada y son igualmente ejecutables, tal como lo señala la siguiente tesis del Poder Judicial Federal.

> "Tesis: XVI.2o.C.T.49 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXVII, Abril de 2008, p. 2330.
>
> COSA JUZGADA. TIENEN ESA CATEGORÍA PARA EFECTOS DE EJECUCIÓN LOS CONVENIOS CELEBRADOS Y RATIFICADOS ANTE EL DIRECTOR DEL CENTRO ESTATAL DE JUSTICIA ALTERNATIVA DEL ESTADO DE GUANAJUATO O EL SUBDIRECTOR DE LA SEDE REGIONAL CORRESPONDIENTE AL HOMOLOGARSE A UNA SENTENCIA EJECUTORIA.
>
> Conforme a los artículos 4o., 15 y 16 de la Ley de Justicia Alternativa del Estado de Guanajuato, los convenios que las partes celebren ante el Centro Estatal de Justicia Alternativa de la entidad y que sean ratificados ante el director o, en su caso, el subdirector de la sede regional, podrán ser elevados a la categoría de cosa juzgada, por ende, se homologan a una sentencia ejecutoria, conforme a la última parte del artículo 446 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado, donde la única actuación del juzgador se limita a despachar la ejecución que solicite el interesado, quien denuncia el incumplimiento del acuerdo de voluntades. La naturaleza ejecutiva de este tipo de convenios se justifica en la medida en que las instituciones de justicia alternativa pretenden resolver

[110] Ojeda Bohórquez, Ricardo, *et. al.,* Artículo 17 constitucional, 08 de abril de 2008. en Dirección general de la coordinación de compilación y sistematización de tesis, *Comentarios a la reforma constitucional en materia penal,* México, Suprema Corte de Justicia de la Nació, 2008, p.18.

conflictos sin necesidad de acudir a las vías contenciosas, en aquellos casos en que las partes involucren un derecho del cual puedan disponer, no así cuando ataña al orden público o se afecten intereses de los que aquéllas no estén en posibilidad legal de disponer libremente, en cuyo caso debe acudirse ante la autoridad judicial competente para resolver el conflicto, conforme al artículo 1o. de la ley en consulta, por lo cual no se requiere que previo a la ejecución solicitada de ese acuerdo de voluntades, se dé vista a la parte ejecutada con dicho trámite, sin que ello signifique que se le deje en estado de indefensión, porque el artículo 445 del citado código adjetivo civil local le otorga la posibilidad de acudir a la vía incidental cuando tenga excepciones que hacer valer, con la condición de que éstas sean posteriores a la audiencia final del juicio, en el entendido de que no todos los convenios son ejecutables, sino exclusivamente los ratificados ante los funcionarios aludidos".

Las legislaturas de los estados que hasta el momento se han ocupado de la creación de sistemas de justicia restaurativa son conformes al señalar la creación de centros especiales dependientes del Poder Judicial cuyas determinaciones son coercibles y se equiparan a la cosa juzgada, con independencia, de que ante la autoridad ministerial o judicial las partes puedan solicitar la conciliación y la mediación, ya que en la Constitución Federal se equiparan a la restauración. Caso similar ocurre en las fiscalías estatales y la federal, que también cuentan con organismos especializados y al respecto se les dota a los agentes ministeriales de la facultad de conseguir justicia restaurativa:

La Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal omite la posibilidad de que los particulares puedan establecer organizaciones especializadas en la resolución de conflictos, de manera muy similar al arbitraje, aunque en la exposición de motivos de la Reforma Constitucional de 18 de junio de 2008 se planteara tal posibilidad.

Los artículos 9 y 10 de la Ley Nacional de Mecanismos señala el procedimiento que comienza generalmente con la solicitud de cualquiera de las partes, ya ante el Centro de Justicia Alternativa Unidad de Mediación o ante la autoridad judicial o ministerial, en la que de inmediato se convocara a una audiencia en la que intervendrán las partes, abrirá la exposición el que haya solicitado primero, para posteriormente cederla a la contraparte, de modo que, si con las razones expuestas no se ha logrado obtener un acuerdo, intervendrá el conciliador que emitirá sendas propuestas que beneficien a los intervinientes, de aun no llegar a un acuerdo, se suspenderá la audiencia a una fecha próxima con la intención de que las partes mediten las propuestas, en caso de existir acuerdo, se elaborara de inmediato el convenio por escrito que será firmado y ratificado ante la autoridad que conozca del asunto, de lo contrario, si no se logra acuerdo ni en la audiencia subsecuente, se dará por terminado el procedimiento sin llegar a un acuerdo, continuándose el curso normal del Procedimiento Penal.

En materia penal, la mediación y la conciliación se realizarán en los siguientes momentos:

I. Antes de la presentación de la denuncia o querella podrán ser realizadas ante un agente del Ministerio Público o por un mediador y conciliador oficial adscrito al centro, quienes en lo conducente ajustarán su actuación al procedimiento regulado en esta Ley. En el primer caso, el convenio deberá ser ratificado ante un agente del Ministerio Público, quien lo calificará y aprobará; en el segundo supuesto, ante el Subdirector de la sede correspondiente;

II. Durante el periodo comprendido entre la presentación de la denuncia o la querella y el ejercicio de la acción penal, la mediación y la conciliación se realizará ante un agente del Ministerio Público mediador y conciliador. El convenio deberá ratificarse ante un agente del Ministerio Público a fin de que éste lo califique y, en su caso, lo apruebe;

III. Durante la etapa procesal comprendida entre el auto de vinculación a proceso y el auto de apertura de juicio oral, la mediación y la conciliación serán practicadas por un mediador y conciliador del Centro o por un mediador y conciliador privado certificado por el mismo. Cuando los interesados celebren un acuerdo restaurativo, éste será ratificado ante el Subdirector de la sede correspondiente del Centro quien remitirá un ejemplar al juzgado correspondiente para que, en su caso, sea calificado y aprobado.

En la actualidad existen módulos encargados de dar una orientación a las personas cuando acuden a las agencias del ministerio público llamadas "MAO", que son los Módulos de Atención Oportuna, las personas que están a cargo de orientar a los usuarios que quieren iniciar un procedimiento penal por un delito y que desconocen el procedimiento son guiadas por estos, los cuales analizan la gravidez del asunto y los canalizan, ya sea a juez cívico, unidades de Mediación , Ministerio Publico o en todo caso les explican si la vía legal no es la adecuada.

Es de mencionar, la ley relativa derogada del Estado de México, pues fue pionera en esta materia y a la vez fue sumamente limitativa en la justicia restaurativa, pues señalaba:

"Artículo 22.- En materia penal podrá hacerse uso de la justicia restaurativa en delitos culposos, en los que proceda el perdón del ofendido, en los de contenido patrimonial sin violencia sobre las personas y en aquellos que tengan señalada pena cuyo término medio aritmético no exceda de cinco años de prisión, así como al aplicarse criterios de oportunidad o suspensión del procedimiento a prueba.

Artículo 23.- En los delitos en los que no procede el perdón, será admisible la justicia restaurativa exclusivamente para la reparación del

> daño y la restauración de las relaciones humanas y sociales afectadas por el delito."

En sentido similar se pronuncia el Código Nacional de Procedimientos Penales en su artículo 183 que reza:

> "En los asuntos sujetos a procedimiento abreviado se aplicarán las disposiciones establecidas en este Título.
>
> En todo lo no previsto en este Título, y siempre que no se opongan al mismo, se aplicarán las reglas del proceso ordinario.
> Para las salidas alternas y formas de terminación anticipada, la autoridad competente contará con un registro para dar seguimiento al cumplimiento de los acuerdos reparatorios, los procesos de suspensión condicional del proceso, y el procedimiento abreviado, dicho registro deberá ser consultado por el Ministerio Público y la autoridad judicial antes de solicitar y conceder, respectivamente, alguna forma de solución alterna del procedimiento o de terminación anticipada del proceso.
>
> En lo relativo a la conciliación y la mediación, se estará a lo dispuesto en la ley en la materia."

Lo dicho nos lleva a la necesidad de realizar un estudio sobre la mediación y la conciliación, pero se puede interpretar que aún hay cierto temor por parte de los legisladores de aplicar ampliamente la justicia restaurativa, pues se aplica solo para delitos no graves, sin poder explotar todo el potencial de dicha figura, máxime si consideramos que la mayoría de las figuras típicas contienen abundantes hipótesis agravantes que aumentan la punibilidad, además de que la mayoría de los tipos simples son graves o rebasan el término medio aritmético de 5 años, lo que vuelve la reforma constitucional de 2008 en solo buenos deseos, pues la promesa de no saturar el sistema penal y la pronta reparación del daño a la víctima quedan incumplidas al contar la minoría de los procesados con la facultad de solicitar un medio alternativo de justicia.

En LA GACETA OFICIAL DEL DISTRITO FEDERAL de fecha 6 de octubre de 2015, como órgano de difusión del gobierno se decreta un catálogo de delitos no graves que son previstos para los mecanismos alternativos de solución a las controversias:

| | |
|---|---|
| lesiones | Disparo de arma de fuego |
| Ayuda al suicidio | Revelación de secretos |
| Aborto | Abuso de confianza |
| Omisión de auxilio o de cuidado | Fraude |
| Tráfico de menores | Administración fraudulenta |
| Corrupción de menores de edad o personas que no tenga la capacidad para comprender el significado de hecho o personas que no tengan la capacidad de resistir la conducta. | Insolvencia fraudulenta en perjuicio de acreedores( cometidos en contra de 2 o mas victimas) |
| Delito de cobranza ilegitima | Cohecho |
| Usurpación de identidad | Peculado |
| Enriquecimiento ilícito | Variación del nombre o domicilio |
| Denegación o retardo de justicia y prevaricación | Simulación de pruebas |
| Omisión de informes medico forences. | Delitos de abogados patronos y litigantes |
| Encubrimiento por favorecimiento | Abandono, negación o practica indebida del servicio médico. |
| Responsabilidad de directores encargados, administradores o empleados de centros de salud o agencias funerarias por requerimiento arbitrario de la contraprestación. | Suministro de medicinas nocivas o inapropiadas. |
| Ataques a las vías de comunicación y a los medios de transporte. | Delitos contra la seguridad de tránsito de vehículos. |
| Falsificación de sellos y uso indebido de documentos. | Delitos contra el ambiente. |
| Delitos cometidos por actos de | Acoso y/o abuso sexual. |

| | |
|---|---|
| maltrato o crueldad en contra de animales no humanos. ( por causa de la muerte). | |

## 4.2 FORMA ÉTICA DE LOGRAR UNA JUSTICIA ALTERNATIVA.

Necesitamos como colectividad de fuertes sistemas éticos y de civilidad, al efecto Rosemberg nos habla de una comunicación sin violencia basada en la empatía y la compasión, es decir, necesitamos que en la justicia alternativa el imputado logre entender el mal que ha causado y la lesión a los bienes jurídicos en detrimento de la víctima, para ello se utiliza la empatía, pues el delito surge debido a que el delincuente no ha logrado entender el daño que causa por falta de empatía, si se logra, entonces se eliminará la posibilidad de que delinca de nuevo como un resultado indirecto: se señala que:

> "Esta calidad de presencia es la que distingue la empatía de una comprensión intelectual o de compadecerse ante lo que le ocurre a otra persona. Aun cuando en algunas ocasiones podamos optar por compartir los sentimientos que se despiertan en nosotros al escuchar a otras personas, conviene que tengamos muy presente que compartir cómo nos conmueve lo que oímos del otro no es lo mismo que ofrecer empatía".[111]

A la vez, la víctima debe tener compasión, entender que ella necesita la reparación de los daños sufridos, y no que el imputado pase gran parte de su vida privado de la libertad, es decir, debe olvidar la venganza, "es fundamental saber evaluar los hechos y las condiciones con las que nos encontramos de manera que nos ayuden a aprender y a elegir sobre la marcha opciones que nos sean útiles."[112]

[111] Rosemberg, Marshal B., Comunicación sin violencia, un lenguaje de vida, España, Gran aldea editores, 2000, P. 28.

[112] Ibidem, p.37.

Entendiendo pues los pilares en los que se basa la Justicia Restaurativa, señalemos la imposibilidad de una correcta aplicación en el Sistema de Justicia Penal Mexicano, en virtud de la descomposición del tejido social y la ausencia empática de los delincuentes y de la ausencia de compasión de las víctimas, que invariablemente preferirán la aplicación de las penas privativas de libertad.

Al respecto, la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal de la Organización de las Naciones Unidas, acorde a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y previa participación de expertos en Justicia Penal, llegó en abril de 2002 a la determinación E/2002/30 en la cual se exhortaba a sus miembros a adoptar principios específicos de justicia restaurativa en sus respectivas legislaciones, mismos que se detallan a continuación y de los cuales se hará un breve comentario al respecto:

1. "Por programa de justicia restaurativa se entiende todo programa que utilice procesos restaurativos e intente lograr resultados restaurativos"[113]: lo cual exhorta a los diversos Estados a adoptar los mecanismos idóneos para efecto de implementarlo en sus respectivas legislaciones.

2. "Por proceso restaurativo se entiende todo proceso en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador. Entre los procesos restaurativos se puede incluir la mediación, la conciliación, la celebración de conversaciones y las reuniones para decidir sentencias"[114]: es dado señalar, que la ONU comete el error de conjuntar o confundir figuras de diversas naturalezas bajo la idea de Justicia Restaurativa, pues la

[113] Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal de la O.N.U*., Informe sobre el undécimo periodo de sesiones*, Estados Unidos de América, Organización de las Naciones Unidas, 2002, p.37.

[114] *Idem.*

mediación y la conciliación buscan finalidades diversas, mientras que la esencia de la restauración es la de reparar a la víctima el daño causado por el delito, entendiendo que no se encuentra víctima y delincuente en un plano de coordinación moral, pero, bajo esta nueva acepción, se convierte la restauración en un género con diversas especies cuya finalidad común es la participación de la víctima.

3. "Por resultado restaurativo se entiende un acuerdo logrado como consecuencia de un proceso restaurativo. Entre los resultados restaurativos se pueden incluir respuestas y programas como la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad, encaminados a atender a las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del delincuente"[115]: es decir, la pena no es el único medio para lograr los objetivos de la reinserción social y la reparación del daño, por lo que implícitamente se está dando primacía al principio de la restauración sobre el de retributividad.

4. "Por partes se entiende la víctima, el delincuente y cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito que participen en un proceso restaurativo"[116]: el gran avance se muestra en reconocer que toda la sociedad está involucrada en la prevención del delito, por lo cual si se suscita un hecho punible que afecte a la colectividad, la misma colectividad puede participar en su conjunto para efecto de que le sea restituido el bien jurídico dañado.

5. "Por facilitador se entiende una persona cuya función es facilitar, de manera justa e imparcial, la participación de las partes en un proceso restaurativo"[117]: si bien los pilares de la restauración consisten en la empatía y la compasión, también es evidente que son valores muy difíciles de encontrar en la población, por lo cual, se requiere un guía o

[115] *Idem.*

[116] *Idem*.

[117] *Idem*.

mediador para efecto de que haga llegar a los participantes a la obtención de dichos valores.

## 4.3 LA MEDIACIÓN DENTRO DE LA JUSTICIA ALTERNATIVA.

La mediación es uno de los mecanismos de la justicia alternativa, pero su naturaleza no es meramente procesal, pues si bien se trata de la solución de un conflicto, él es resuelto directamente por las partes interesadas, la víctima u ofendido del delito, de modo que, para no agotar el sistema procesal se decidió incluirla como una forma de autocomposición bilateral, pues ambas partes, teóricamente intervienen con igualdad de posibilidades, a ello se nos proporciona la siguiente opinión:

> "Aquel acto autocompositivo mediante el cual dos personas en pugna designan a un tercero quien por medio del manejo de técnicas, habilidades y destrezas específicas, les propone alternativas de solución al conflicto existente entre las partes y así mismo les muestra sin coacción alguna las ventajas para ambas respecto de tal propuesta"[118].

En un sentido muy similar, se establece que es un mecanismo de contenido volitivo, pues ambas partes deben estar de acuerdo en intervenir en él y en el que se muestren en disposición de emitir posibles soluciones al conflicto, sin que sean coaccionadas y de manera autónoma, la presencia del facilitador es solamente de la permitir el ambiente adecuado y la comunicación propicia para la solución del conflicto, consideramos que debe evitar que las partes utilicen palabras agresivas o tonos de voz no adecuados, pues de presentarse, debe orientarlos a guardar la calma, en ese sentido se manifiesta el artículo 21 de la Ley Nacional de Mecanismos, el que instruye que la mediación:

---

[118] VALADÉZ DÍAS, Manuel *et. al.,* Diccionario Práctico del Juicio Oral, UBIJUS, México, 2011, p. 181.

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

Ese entendimiento entre las partes que permita la autocomposición se desarrolla en una sesión especial dentro del centro de mediación, en un ambiente adecuado y con la capacitación propia de las partes que hayan acordado previamente el vincularse a esa mediación, en este momento, la primera labor del mediador será la de realizar una presentación de las partes y de los hechos, así como la necesidad de solución, explicando con claridad la finalidad de la sesión, si bien el mediador debe ser una persona capacitada para serlo, tiene la función de capacitar a las partes para que puedan efectuarla.

Por virtud de ello, se les deberá explicar a las partes los principios éticos de la justicia alternativa, los que se contienen en el artículo 4 de la Ley Relativa, siendo ellos:

> **"I.** Voluntariedad: La participación de los Intervinientes deberá ser por propia decisión, libre de toda coacción y no por obligación;
>
> **II.** Información: Deberá informarse a los Intervinientes, de manera clara y completa, sobre los Mecanismos Alternativos, sus consecuencias y alcances;
>
> **III.** Confidencialidad: La información tratada no deberá ser divulgada y no podrá ser utilizada en perjuicio de los Intervinientes dentro del proceso penal, salvo que se trate de un delito que se esté cometiendo o sea inminente su consumación y por el cual peligre la integridad física o la vida de una persona, en cuyo caso, el Facilitador lo comunicará al Ministerio Público para los efectos conducentes;

**IV.** Flexibilidad y simplicidad: Los mecanismos alternativos carecerán de toda forma estricta, propiciarán un entorno que sea idóneo para la manifestación de las propuestas de los Intervinientes para resolver por consenso la controversia; para tal efecto, se evitará establecer formalismos innecesarios y se usará un lenguaje sencillo;

**V.** Imparcialidad: Los Mecanismos Alternativos deberán ser conducidos con objetividad, evitando la emisión de juicios, opiniones, prejuicios, favoritismos, inclinaciones o preferencias que concedan u otorguen ventajas a alguno de los Intervinientes;

**VI.** Equidad: Los Mecanismos Alternativos propiciarán condiciones de equilibrio entre los Intervinientes;

**VII.** Honestidad: Los Intervinientes y el Facilitador deberán conducir su participación durante el mecanismo alternativo con apego a la verdad."

Hecho lo anterior, el facilitador formulará preguntas a las partes, a fin de que puedan expresar los hechos y los daños causados con facilidad, a fin, de que por lo señalado por las partes, el facilitador apunte y resalte las soluciones posibles de ellas, en ese tenor se manifiestan el artículo 22 de la ley de la materia:

"Una vez que los Intervinientes acuerden sujetarse a la mediación, el Facilitador hará una presentación general y explicará brevemente el propósito de la sesión, el papel que él desempeñará, las reglas y principios que rigen la sesión así como sus distintas fases; acto seguido, formulará las preguntas pertinentes a fin de que los Intervinientes puedan exponer el conflicto, plantear sus preocupaciones y pretensiones, así como identificar las posibles soluciones a la controversia existente."

El facilitador deberá esclarecer los términos de la controversia, es decir, identificar la parte fundamental del conflicto de las partes, los hechos de forma

objetiva, eliminando las descalificaciones que impidan el ponerse de acuerdo o la vulneración del ánimo de alguno de los intervinientes, así el artículo en comento, en su segundo párrafo establece:

> "El Facilitador deberá clarificar los términos de la controversia de modo que se eliminen todos los aspectos negativos y las descalificaciones entre los Intervinientes, para resaltar las áreas en las que se puede propiciar el consenso."

En el supuesto de que esta forma de autocomposición no resulte adecuada, el facilitador e lo hará saber a los intervinientes y propondrá que se cambie de mecanismo, sí lo manda el párrafo tercero del artículo en cita:

> "El Facilitador podrá sustituir el Mecanismo Alternativo, con la anuencia de los interesados, cuando considere que es idóneo, dadas las características del caso concreto y la posición que tienen los Intervinientes en el conflicto."

En su caso, cuando resulto idónea la mediación, habrá lugar a la celebración de un convenio, sin embargo, para su validez deberá ser firmado por las partes y estudiado por el mediador, para posteriormente ser ratificado por el Ministerio Público, a efecto de que no contenga cláusulas nulas o leoninas. En ese sentido se pronuncia el último párrafo del artículo de estudio:

> "En el caso de que los Intervinientes logren alcanzar un Acuerdo que consideren idóneo para resolver la controversia, el Facilitador lo registrará y lo preparará para la firma de los Intervinientes de conformidad con las disposiciones aplicables previstas en esta Ley."

Si la esencia del sistema de justicia acusatorio es que los actos procesales se realicen de manera oral, es lógico suponer que serán orales las sesiones de la justicia alternativa, en virtud de que las partes pueden exponer libre y espontáneamente sus opiniones y demás manifestaciones que consideren oportunas, sólo habrá lugar a registro cuando se haya alcanzado un

convenio, de ninguna otra actuación se podrá guardar testimonio o constancia, e incluso, se garantiza que lo vertido por las partes en la mediación, no podrá ser usado o alegado en el procedimiento penal; por otra parte, al ser libre, se pueden celebrar tantas sesiones como sea necesario para solucionar el conflicto, ello se entiende de los artículos 23 y 24 de la ley de la materia, al establecer:

> "Artículo 23. Oralidad de la sesiones
> Todas las sesiones de mediación serán orales y sólo se registrará el Acuerdo alcanzado, en su caso.
>
> Artículo 24. Pluralidad de sesiones
> Cuando una sesión no sea suficiente para que los Intervinientes se avengan, se procurará conservar su voluntad para participar y se les citará, de común acuerdo, a la brevedad posible para asistir a sesiones subsecuentes para continuar con la mediación, siempre dentro del marco de lo que resulte razonable y sin que ello pueda propiciar el agravamiento de la controversia."

Concluimos que la mediación es la más pura forma de autocomposición regulada en la ley de la materia, porque permite a las partes plena libertad de exposición y de propuestas de solución, limitando el papel, ya sea del agente ministerial o del facilitador a esclarecer los puntos de la controversia y generar el ambiente adecuado para solucionar el conflicto.

## 4.4 LA CONCILIACIÓN DENTRO DE LA JUSTICIA ALTERNATIVA.

Estudiada la mediación, es conveniente realizar un breve estudio de la conciliación, puesto que se les puede considerar como iguales; si bien ambas formas de justicia alternativa son maneras de la autocomposición bilateral, consideramos que la diferencia fundamental radica en que la conciliación permite que el facilitador formule propuestas de solución, por tanto, en la mediación el facilitador sólo crea el ambiente necesario para resolver el

conflicto, mientras que en la conciliación su papel es activo al proponer soluciones, así nos ilustra:

> "Con frecuencia se confunde a la conciliación con la mediación, al grado que se consideran sinónimos, cuando que el contenido y la finalidad de ellas son distintos, en la primera se aspira a una composición equitativa; en la segunda se busca una composición convenida, inclusive admite la transacción (en virtud que ambas pueden sacrificar parte de sus intereses); atendiendo al artículo 25 de la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos, en el que se faculta al facilitador a proponer opciones de solución a los intervinientes en la conciliación para resolver satisfactoriamente la controversia; en la mediación, son los intervinientes quienes voluntariamente celebran el convenio de acuerdo para satisfacer sus intereses con la orientación del mediador-facilitador."[119]

Además de lo anterior, Oscar Peña nos señala las siguientes diferencias:

- "La diferencia principal entre la mediación y conciliación es que el mediador no sugiere, no opina, el conciliador si lo hace, reduciendo en cierta medida la participación activa de las partes en la búsqueda de soluciones.

- En la mediación, el mediador ayuda a las partes a generar sus propias soluciones. El mediador dirige el proceso pero no sugiere fórmulas de solución. Las partes deciden completamente el contenido del acuerdo. De esta forma se optimiza la "propiedad" del mismo, asegurando un alto grado de ejecución y cumplimiento.

- En la conciliación, el conciliador propone soluciones, que las partes pueden aceptar o rechazar. Y debido a que las partes no generan por sí

[119] POLANCO BRAGA, Elías, Lecciones de mecanismos alternativos de resolución de conflictos en materia penal, Facultad de Estudios Superiores Aragón-UNAM, México, 2015, p. 111.

mismas las soluciones, “la propiedad” y cumplimiento de las mismas puede ser menor.

- Se diferencia la mediación de la conciliación en que, en esta, el conciliador formula una propuesta formal, que puede ser aceptada o rechazada por las partes. El mediador, en cambio, no plantea ninguna fórmula oficial.

- En la conciliación, las partes intentan llegar a un acuerdo, pero si esto no fuera posible, el conciliador propone fórmulas conciliatorias que las partes pueden aceptar o rechazar.

- La diferencia más señalada entre la mediación y la conciliación no consiste en la mayor o menor pasividad del tercero, y sí en la directriz de las respectivas actividades; la del conciliador está orientada para la composición equitativa del conflicto, en conformidad con las pretensiones de las partes; la del mediador está volcada para la realización del acuerdo, más en conformidad con directrices propias”[120].

Ello es retomado por el artículo 25 de la ley de la materia que resume:

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

El artículo 26 de la ley de la materia señala que el desarrollo de las sesiones deberá efectuarse bajo las mismas reglas y términos que las sesiones

[120] *Ibidem*, pp. 112-113.

de mediación, con la diferencia, que el facilitador desempeñará un papel activo proponiendo soluciones a los intervinientes, por ello declara:

> "Se desarrollará en los mismos términos previstos para la mediación; sin embargo, a diferencia de ésta, el Facilitador estará autorizado para proponer soluciones basadas en escenarios posibles y discernir los más idóneos para los Intervinientes, con respeto a los principios de esta Ley."

Por lo que no resulta redundante rememorar las siguientes reglas de acuerdo a lo ya establecido; el facilitador formulará preguntas a las partes, a fin de que puedan expresar los hechos y los daños causados con facilidad, a fin, de que por lo señalado por las partes, el facilitador apunte y resalte las soluciones posibles de ellas, en ese tenor se manifiestan el artículo 22 de la ley de la materia:

> "el Facilitador hará una presentación general y explicará brevemente el propósito de la sesión, el papel que él desempeñará, las reglas y principios que rigen la sesión así como sus distintas fases; acto seguido, formulará las preguntas pertinentes a fin de que los Intervinientes puedan exponer el conflicto, plantear sus preocupaciones y pretensiones, así como identificar las posibles soluciones a la controversia existente."

El facilitador deberá esclarecer los términos de la controversia, es decir, identificar la parte fundamental del conflicto de las partes, los hechos de forma objetiva, eliminando las descalificaciones que impidan el ponerse de acuerdo o la vulneración del ánimo de alguno de los intervinientes, así el artículo en comento, en su segundo párrafo establece:

> "El Facilitador deberá clarificar los términos de la controversia de modo que se eliminen todos los aspectos negativos y las descalificaciones entre los Intervinientes, para resaltar las áreas en las que se puede propiciar el consenso."

En el supuesto de que esta forma de autocomposición no resulte adecuada, el facilitador e lo hará saber a los intervinientes y propondrá que se cambie de mecanismo, sí lo manda el párrafo tercero del artículo en cita:

> "El Facilitador podrá sustituir el Mecanismo Alternativo, con la anuencia de los interesados, cuando considere que es idóneo, dadas las características del caso concreto y la posición que tienen los Intervinientes en el conflicto."

Lo que al caso concreto manifestamos que resultaría sumamente difícil el cambiar de conciliación a mediación, por virtud de que cuentan en ambos casos con la orientación del facilitador, pero en éste se les propone posibles soluciones, cosa que no ocurre en la mediación.

En su caso, cuando resulto idónea la mediación, habrá lugar a la celebración de un convenio, sin embargo, para su validez deberá ser firmado por las partes y estudiado por el mediador, para posteriormente ser ratificado por el Ministerio Público, a efecto de que no contenga cláusulas nulas o leoninas. En ese sentido se pronuncia el último párrafo del artículo de estudio:

> "En el caso de que los Intervinientes logren alcanzar un Acuerdo que consideren idóneo para resolver la controversia, el Facilitador lo registrará y lo preparará para la firma de los Intervinientes de conformidad con las disposiciones aplicables previstas en esta Ley."

Las sesiones serán orales en virtud de que las partes pueden exponer libre y espontáneamente sus opiniones y demás manifestaciones que consideren oportunas, sólo habrá lugar a registro cuando se haya alcanzado un convenio, de ninguna otra actuación se podrá guardar testimonio o constancia, e incluso, se garantiza que lo vertido por las partes en la mediación, no podrá ser usado o alegado en el procedimiento penal; por otra parte, al ser libre, se pueden celebrar tantas sesiones como sea necesario para solucionar el conflicto, ello se entiende de los artículos 23 y 24 de la ley de la materia, al establecer en los artículos:

**"Artículo 23. Oralidad de la sesiones**

Todas las sesiones de mediación serán orales y sólo se registrará el Acuerdo alcanzado, en su caso.

**Artículo 24. Pluralidad de sesiones**

Cuando una sesión no sea suficiente para que los Intervinientes se avengan, se procurará conservar su voluntad para participar y se les citará, de común acuerdo, a la brevedad posible para asistir a sesiones subsecuentes para continuar con la mediación, siempre dentro del marco de lo que resulte razonable y sin que ello pueda propiciar el agravamiento de la controversia."

De lo dicho, concluimos que la conciliación podría aparentar una forma de heterocomposición, por virtud de la intervención activa de un tercero imparcial, que es el facilitador, sin embargo, si bien el conciliador puede proponer soluciones, ellas no son vinculantes, por lo que las partes siguen teniendo la facultad de decidir, conservando así la esencia de la autocomposición bilateral.

## 4.5 LA JUSTICIA ALTERNATIVA COMO SOLUCIÓN.

Para finalizar con mi estudio me guio con el concepto de Justicia Alternativa:

"Es todo procedimiento voluntario por medio de la conciliación o mediación, en el que la víctima y el justiciable (imputado, acusado o sentenciado) participan de acuerdo en la resolución de cuestiones derivadas del delito, en busca de una solución restaurativa que atienda las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes para lograr para lograr la satisfacción de la víctima y del infractor; en el que se observaran las siguientes reglas: consentimiento libre y voluntario de las partes; lograr acuerdos con obligaciones razonables; las participaciones del justiciable no tendrán valor en el juicio como

prueba; el incumplimiento del convenio no es fundamento para condenar; se permite la asesoría del abogado a las partes."[121]

Por su parte Zher quien es considerado el pionero y fundador de la teoría respectiva define que "La justicia restaurativa es un proceso dirigido a involucrar, dentro de lo posible, a todos los que tengan un interés en una ofensa particular, e identificar y atender colectivamente los daños, necesidades y obligaciones derivados de dicha ofensa, con el propósito de sanar y enmendar los daños de la mejor manera posible."[122]

A su vez es necesario señalar el significado de "restaurativo" que nace como un adjetivo derivado de "restaurar" el cual según la Real Academia Española es "2. tr. Reparar, renovar o volver a poner algo en el estado o estimación que antes tenía."

Es decir, a manera de resumen hago una breve síntesis que justicia restaurativa en Derecho Penal nace como un medio alternativo de solución de conflictos derivados de la comisión de un hecho típico en el que se pretende el acuerdo de voluntades de la víctima u ofendido y el procesado con la finalidad de poner la situación jurídica de los intervinientes en un estadio previo a la lesión del bien jurídico, reparando el daño causado a la víctima y extinguiendo la pretensión punitiva sostenida por el Ministerio Público.

El objeto de cimentar una teoría que fundamente un fenómeno como la Justicia restaurativa, obedece a tratar de responder la clásica pregunta sobre ¿Cómo responder ante el fenómeno delincuencial?

---

[121] Polanco Braga, Elías, *Lecciones del Nuevo Procedimiento Penal Mexicano: Oral, acusatorio y Adversarial*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Facultad de Estudios Superiores "Aragón", 2013, p. 138.

[122] Zher, Howard, Pequeño libro de la Justicia Restaurativa, trad. Vernon E. Jantzi, España, Good Books, 2007, p. 45.

Si bien es cierto que los sistemas jurídicos han logrado un gran desarrollo alrededor del mundo, también lo es que en países considerados de primer mundo como Estados Unidos y los de Europa occidental se sigue asociando la justicia penal con la idea de la venganza privada, en la que el Estado excede de su facultad de castigar olvidando a la víctima a la que no se le repara el daño causado por el delito de una manera adecuada.

Ante estas circunstancias y ya desde principios del siglo XX se comienza a abandonar la idea de la justicia retributiva (que implica compensar el mal del delito con el mal de la pena, castigar por castigar), "todas las doctrinas retribucionistas, que conciben la pena como fin en sí mismo, es decir como "castigo", "compensación", "reacción" del delito (Lo consideran) un deber ser metajurídico que tiene en sí mismo sus fundamentos"[123] respondiendo ante estas posturas con lo opuesto, negando toda facultad y legitimación del Estado por castigar, una postura media pugna por la utilidad de la pena y la necesidad de evitarla cuando sea posible.

Con este panorama surge la idea de la justicia restaurativa, en la que se sustituye la pena por la posibilidad de obtener una mayor utilidad por medio del acuerdo de voluntades entre la víctima y el responsable de un delito, que pueda responder a las necesidades de ambos. Así se ha establecido en Nueva Zelanda donde se ha establecido este principio como eje rector de su sistema jurídico.

Su naturaleza resulta un tanto confusa, por lo que se ha tratado de explicar con lo que no es y que a continuación queda detallado:

1) No es un programa orientado al perdón o reconciliación: se enfoca más bien a la restitución de las cosas en un estadio previo a la lesión

[123] FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal, et. al.,* 6ª ed., trad. Perfecto Andrés Ibáñez, España, Trotta, 2004, p. 253.

por el delito, en efecto, no se debe realizar ningún tipo de presión[124] orientada a obtener perdón ni a reconciliar.

2) No es una mediación: en virtud de que la mediación exige que las partes que intervienen estén moralmente iguales y compartan responsabilidades, cosa que no pasa en materia penal, además de que el espíritu de la justicia restaurativa no se limita a solo encuentros donde se intente llegar a un arreglo.[125]

3) No es un programa que pretenda bajar el índice delictivo: si bien es cierto que existe determinada asociación entre la aplicación de este principio con la baja del fenómeno criminal, su intención principal es la de atender a la víctima y resarcirle el daño que sufrió.[126]

4) No consta de un programa específico: "Todos los modelos restauradores están confinados en alguna medida a la cultura en que surgen"[127] es decir, se basa en un sistema de valores y principios éticos, por lo cual y haciendo una sana crítica, su implementación en el sistema mexicano resulta nugatoria, pues, se requiere determinado grado ético y de principios que deben quedar claros en el colectivo, cosa que no sucede, pues los bajos niveles y la idea de justicia como venganza siguen imperando en el grueso de la población y en especial de los funcionarios públicos encargados de la procuración y administración de justicia, en otras palabras, de existir una codificación de principios, estos serían interpretados en un sentido restringido y limitativo.

5) No está dirigida a delitos menores o no graves: "Si se toman en serio los principios de la justicia restaurativa, entonces la necesidad de

[124] *Cfr.* Zher, *op. cit*., nota 2, p. 12.

[125] *Cfr. Idem*.

[126] *Cfr. Idem*.

[127] *Ibidem*, p. 14.

adoptar medidas restaurativas se torna particularmente evidente en los casos graves."[128] Por lo tanto, la idea de mantenerlo limitado a delitos no graves como acontece en la legislación mexicana vuelve nugatoria la Justicia Restaurativa al no permitir una reparación directa a las victimas u ofendidos (solo en algunos casos) hasta la finalización de un procedimiento penal agotador.

6) No es necesariamente un sustituto de las penas de prisión: ambas figuras pueden coexistir.[129]

Por tanto, podemos extraer que la naturaleza de la justicia restaurativa consiste en una serie de principios éticos adoptados en la legislación con el efecto de obtener una rápida reparación a la víctima de un delito sin una imperiosa necesidad de agotar el procedimiento penal en su totalidad, y en la cual se cumple con la finalidad de la pena sin recurrir necesariamente a ella, aplicándose por medio de un procedimiento alternativo rápido y expedito.

Ante esto, debe quedar claro la necesidad de abandonar la idea de identificar la justicia restaurativa con la mediación, en virtud de que las partes que en ella participan carecen de un equilibro moral y ético, por lo que no podría negociar, pues la víctima querrá venganza por medio de la pena, y el imputado deseara evitar a toda costa la pretensión punitiva. Al efecto, la mediación implica que el imputado repare rápida e inmediatamente a la víctima la lesión sufrida. Aunque, en nuestra legislación y doctrina, la mediación es un instrumento de ella.

En esta circunstancia, debemos dejar en claro el cambio paradigmático que representa esta idea de "restauración", pues el papel principal lo adquiere la víctima, dejando de lado la concepción de que el delito era un ataque al Estado y este sustituía a la víctima y a la vez era el encargado de juzgar y castigar, olvidando a la víctima la cual era a menudo re-victimizada a lo largo del procedimiento penal en el que era cuestionada su moralidad como causa

[128] *Ibidem*, p. 15.

[129] *Ibidem*, p. 17.

indirecta del delito o su resistencia al mismo; es decir, la pena de prisión en nada beneficia a la víctima, al contrario la justicia restaurativa garantiza una rápida reparación del daño, que antiguamente era apenas un accesorio de la pena privativa de libertad que en nada influía a la estadía en prisión y que podía dejar de ser cumplida.

El problema de la aplicación de este sistema restaurador, depende de la idiosincrasia del grupo social al cual se aplique, es decir, en México impera el principio de la retributividad. No necesariamente debe ser abandonado, sin embargo, se debe jerarquizar, pues no puede coexistir la retributividad en un marco superior de aplicación y por debajo de ella la restauración, en virtud de que lo importante seguirá siendo el castigar y no la reparación del daño, mientras que, el mantener la restauración en primacía implica la prioridad de resarcir el daño a la víctima, y la retributividad queda como confirmación de *extrema* y *ultima ratio*, que sólo aplicará en razón de la imposibilidad de lograr la restauración.

Es imperioso la utilización de los siguientes fundamentos axiológicos:

1) La justicia restaurativa se centra en el daño: El sistema Penal hasta el momento se preocupa principalmente que los ofensores reciban su justo merecido y otorga a las víctimas un interés secundario. La justicia restaurativa concibe el crimen antes que nada, como un daño ocasionado a las personas y a las comunidades y al centrarse en el daño ocasionado implica una preocupación inherente por las necesidades y roles de las víctimas. Aunque nuestra principal preocupación debe ser el daño sufrido por las víctimas, al centrarse en el daño implica que también tenemos que preocuparnos por el daño sufrido por los ofensores y las comunidades. Para ello, puede ser necesario abordar las causas que dieron origen al crimen. El objetivo de la justicia restaurativa es generar una experiencia que sea sanadora para todos los involucrados.

2) Las ofensas conllevan obligaciones: La justicia restaurativa resalta la importancia de la responsabilidad activa del ofensor y de las obligaciones que ésta conlleva. Si el crimen tiene ver esencialmente con el daño, entonces la responsabilidad activa requiere que ayudemos a los ofensores a comprender ese daño, a darse cuenta de las consecuencias de sus acciones y enmendar el daño en la medida de lo posible. "La justicia restaurativa nos ha sensibilizado acerca de las limitaciones y las consecuencias negativas del castigo. Aún más, ha sostenido que el hecho de sufrir un castigo no implica una responsabilidad activa real".[130] Como veremos la responsabilidad le corresponde en primer lugar al ofensor, pero la comunidad y la sociedad tienen obligaciones también. De esta manera, podemos ver que se plantea el terreno idóneo para la reinserción social, pues la finalidad de la pena es ésta y la reparación del daño, así, podemos conseguir esos objetivos sin la necesidad de privar a una persona de la libertad ni de agotar la totalidad del Procedimiento Penal.

3) La justicia restaurativa promueve el compromiso o la participación: El principio de la participación implica que las partes que se han visto afectadas por el crimen (víctimas, ofensores, miembros de la comunidad) puedan ejercer roles importantes en el proceso judicial. Cada una de las partes afectadas debe tener acceso a información acerca de las otras y debe tener participación en el proceso de decidir qué se necesita para hacer justicia en este caso. Las partes comparten sus respectivas experiencias para luego llegar a un consenso acerca de las acciones que deberán adoptarse. La comunicación entre las partes puede incluir contactos indirectos, el uso de representantes u otras formas de participación.[131]

Es por lo anterior que urge una conciencia mutua en donde exista la confianza ciudadana en los responsables que aplican las leyes a manera de

[130] *Ibidem*, p. 22.

[131] *Cfr. Ibidem*, p. 24.

salvaguardar sus derechos, debe existir una responsabilidad de los servidores públicos en torno a la aplicación de la ley concientizándose de su actuar, porque por mas cursos que tomen de ética, de moral y demás la solución está en el actuar cotidiano; por ello mi solución es que se los delitos no graves previstos en el catalogo anterior sean atendidos en primer instancia por las Unidades de mediación, para ahora si despresurizar el trabajo de la agencias de ministerio público, no sin olvidar formar a los ministerios públicos en un rango parecido a los facilitadores donde tengan herramientas en todos los sentidos, es obligación del gobierno capacitar a sus servidores públicos, pero debe hacerlo en un sentido amplio ya que es importante lo académico, asimismo debe capacitarlo en un sentido psicológico, no olvidemos que un conflicto deriva muchas veces de un sentido emocional y se debe de tener el tacto adecuado para atender a las personas.

Si bien es cierto que una de las características y principios de los mecanismos es la voluntariedad se pensaría que al hacerlo en primer instancia se violaría la voluntariedad; considero que la forma práctica no sería así, debido que la voluntariedad estaría a cargo de la persona requerida que es la que decidiría si acude o no a la sesión correspondiente como lo es en la actualidad, debido a que la persona solicitante del mecanismo ya desea una solución a su controversia desde ese momento, así como también una reparación de su daño, se estaría recabando la voluntariedad por la parte que inicia el procedimiento, claro brindándole toda la información necesaria, de los mecanismos de solución de controversias en materia penal en nuestra ciudad, de igual manera recibir asistencia psicológica si en el caso la solicite, o se considere necesaria, esto que se oye tan mínimo podría tener un cambio tan grande si se logra materializar. DEMOS OPORTINIDAD ALAS PARTES A SOLUCIONAR SUS CONFLICTOS , ESTO YA ESTA EN MARCHA PERO LE FALTA DIFUSION.

## CONCLUSIONES.

**PRIMERA:** El contenido de la norma jurídica es la positivización de una norma ética, cuyo objeto deseable es que sea aceptada moralmente y estudiada deontológicamente.

**SEGUNDA:** La corrupción surge de la falta de ética de los operadores del derecho procesal penal, particularmente, del Ministerio Público, ya que en las Unidades de Mediación implementadas en la ciudad de México no permiten una contaminación basada en la corrupción ya que el mismo proceso no lo permite.

**TERCERA:** El Ministerio Público adolece de la capacitación requerida en el sistema acusatorio, además, de un cambio de mentalidad y sensibilidad a la realidad fáctica de la sociedad.

**CUARTA:** Lo inadecuado de la actividad ministerial corresponde a su actuar corrupto y con la aplicación inmoral y sesgada de la norma jurídica como reflejo de los vicios tradicionales que ocurrían en el sistema procesal penal mixto.

**QUINTA:** Existen dos soluciones para disminuir la actividad corrupta del Ministerio Público: una es su capacitación y adecuación; la otra es la maximización de la justicia alternativa como primera instancia obligatoria para la solución de controversias por delitos no graves.

**SEXTA:** La justicia alternativa o restaurativa es la mejor manera de que las partes obtengan justicia, pues no habrá mejor que la que ellos mismos se proporciones, además, la actividad se ve limitada a la actividad de los intervinientes y su papel se limita a orientar y proponer alternativas de solución.

## FUENTES CONSULTADAS.

ALCARÁZ MONDRAGÓN, Eduardo, Derechos humanos y la función constitucional del Ministerio Público, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, s/a.

AMNISTÍA INTERNACIONAL, La epidemia de la tortura en México, Amnesty International, Reino Unido, 2015, Campaña *stop* tortura.

AMNISTÍA INTERNACIONAL, Memorándum de Amnistía Internacional para el Presidente Enrique Peña Nieto, Amnesty International Publications, Reino Unido, 2014.

AMNISTÍA INTERNACIONAL, México: Nuevos informes de violaciones de derechos humanos a manos del Ejército, Amnesty International Publications, Reino Unido, 2009.

AQUINO, Tomás de, Tratado de la justicia, traducción de Carlos Ignacio González, 9ª ed., Editorial Porrúa, México, 2008, “Sepan Cuantos…”, número 301.

ARILLA BAS, Fernando, El procedimiento penal en México, 24ª ed., Editorial Porrúa, México, 2007.

ARISTÓTELES, Ética Nicomaquea, traducción de Antonio Gómez Robledo, Editorial Porrúa, 20ª ed., México, 2004, “Sepan Cuantos…”, núm., 70.

BLAUBERG, I., Diccionario de filosofía, traducción de Alejandro Méndez García, Ediciones Quinto Sol, México, 2014.

BRAVO GONZÁLEZ, Agustín y Beatriz Bravo Valdéz, Derecho romano, 27ª ed., editorial Porrúa, México, 2010.

COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, Derecho mexicano de procedimientos penales, 18ª ed., Editorial Porrúa, México, 2001.

COMISIÓN DE PREVENCIÓN DEL DELITO Y JUSTICIA PENAL DE LA O.N.U*., Informe sobre el undécimo periodo de sesiones*, Estados Unidos de América, Organización de las Naciones Unidas, 2002.

COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, Lineamientos para la Atención Integral a Víctimas del Delito, CNDH, México, 2010.
COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, Recomendación No. 11 /2016.

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, Opiniones aprobadas por el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria en su 74° período de sesiones (30 Noviembre – 4 Diciembre 2015),Opinión núm. 55/2015 relativa a el Señor Enrique Guerrero Aviña (México), Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria- ONU, Estados Unidos de América, 2015.

ESCOBAR VALENZUELA, Gustavo*, Ética*, Editorial Mc Graw Hill, 3ª ed., México, 1992.

ESCOBAR VALENZUELA, Gustavo, Ética, introducción a su problemática y su historia, Mc GRAW HILL, México, 1992.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Vicente, Coordinador, Impartición de Justicia en México en el siglo XXI, Porrúa, México, 2011.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal, et. al.,* 6ª ed., trad. Perfecto Andrés Ibáñez, España, Trotta, 2004.
FLORES ÁVALOS, Elvia Lucía coord., Diccionario jurídico mexicano, edición histórica, Editorial Porrúa- Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, tomo I-O, México, 2011.

FROMM, Erich, Ética y psicoanálisis, Fondo de Cultura Económica, México, 1980.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, Ética, Porrúa, México, 1960.

GARCÍA VILLALOBOS, Ricardo, El Ministerio Público en el Distrito Federal, PGJDF-IIJ-UNAM, 1997, México.

GOBIERNO FEDERAL, Reforma Constitucional de Seguridad y Justicia, Guía de consulta ¿en qué consiste la reforma? Texto constitucional comparado antes y después de la reforma, México, 2008.

GUILLÉN LÓPEZ, Raúl, La prisión preventiva oficiosa, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2010.

GUTIÉRREZ SÁENZ, Raúl, Introducción a la Ética, 4ª ed., Esfinge, México, 2002.

HANS Kelsen, ¿Qué es la justicia?,13ª ed., Editorial Distribuciones Fontamara, México, 2001.

HEGEL, Georg Wilhem, Líneas fundamentales de la filosofía del derecho, Editorial Gredos, España, 2010, tomo II, Biblioteca de Grandes Pensadores.

HERNÁNDEZ, Roberto, Documental sobre las deficiencias del sistema penitenciario mexicano, 2012, México, División de Estudios Jurídicos del Centro de Investigación y Docencia Económicas, A. C. (CIDE), mm. 2-3.

HUME, David, tratado de la naturaleza humana, traducción de Vicente Viqueira, Editorial Gredos, España, 2010, Biblioteca de grandes pensadores.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, GEOGRAFÍA E INFORMÁTICA, Tasa de prevalencia delictiva por cada cien mil habitantes, INEGI, Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública 2015, México, 2015.

JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, Derecho Penal Mexicano, t. I., 8ª ed., Editorial Porrúa, México, 2010.

RAZ, Joseph, La teoría de Kelsen del sistema jurídico, Editorial Porrúa, México, 2010.

KANT, Immanuel, El conflicto de las facultades en tres partes, traducción de Antonio Lastra y Javier Alcoriza, Editorial Gredos, España, 2010, Biblioteca de Grandes Pensadores.

KANT, Immanuel, Fundamentación Metafísica de las Costumbres, 8ª ed., Editorial Porrúa, México, 1995, "Sepan Cuantos…", número 212.

KANT, IMMANUEL, Metafísica de las costumbres, Grandes obras del pensamiento, ALTAYA, España, 1993.

LASALLE, Ferdinand, ¿Qué es una Constitución?, traducción de W. Roces, Cenit-Panorama, España, 1931.

LATAPI, Pablo, Política Educativa y Valores Nacionales, Editorial Nueva Imagen, México, 1982.

LORCA MARTÍN DE VILLODRES, María Isabel, Interpretación jurídica e interpretación constitucional: la interpretación evolutiva o progresiva de norma jurídica (el derecho como instrumento de cambio social), Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México.

MARTÍNEZ PINEDA, Ángel, El derecho, los valores éticos y la dignidad humana, Editorial Porrúa, México, 2000.

MONTESQUIEU, Charles de Secondant varón de, El espíritu de las Leyes, traducción de Nicolás Estévanez, 19ª ed., Editorial Porrúa, México, 2013, "Sepan Cuantos…", número 191.

OJEDA BOHÓRQUEZ, Ricardo, *et. al.,* Artículo 17 constitucional, 08 de abril de 2008, Dirección general de la coordinación de compilación y sistematización de tesis, *Comentarios a la reforma constitucional en materia penal,* México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008.

ORTIZ AUB, AMALIA Y PESQUEIRA LEAL, Jorge, mediación asociativa y cambio social: El arte de lo posible, México, Universidad de Sonora e Instituto de Mediación de México, 2010, p. 226.

PLATÓN, Diálogos, 1er Libro de la República, traducción de Conrado Eggers Lan, Editorial Gredos, España, 2011, Biblioteca de Grandes Pensadores.

POLANCO BRAGA, Elías, La dinámica de las pruebas en el procedimiento penal, 2ª ed., Editorial Porrúa, México, 2012.

POLANCO BRAGA, Elías, Lecciones de mecanismos alternativos de resolución de conflictos en materia penal, Facultad de Estudios Superiores Aragón-UNAM, México, 2015.

POLANCO BRAGA, Elías, *Lecciones del Nuevo Procedimiento Penal Mexicano: Oral, acusatorio y Adversarial*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Facultad de Estudios Superiores “Aragón”, 2013.

POLANCO BRAGA, Elías, Nuevo diccionario del sistema procesal penal acusatorio, juicio oral, 2ª ed., Editorial Porrúa, México, 2015.

POLANCO BRAGA, Elías, Procedimiento penal nacional acusatorio y oral, Editorial Porrúa, México, 2015.

PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Protocolo Homologado para la Investigación del Delito de Tortura, PGR, México, 2015.

QUINTINO ZEPEDA, Rubén, Dogmática penal aplicada al Sistema Acusatorio y Oral, Flores Editor y Distribuidor, México.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la lengua española, 22ª ed., Espasa, España, 2012, tomos a/g y h/z.

RIBEIRO RIANI, Lidio Nestro*,* Moral personal y compromiso colectivo*,* Plaza y Valdéz Editores, México, 2006.

RIVERO WEBER, Paulina, Ética, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2015.

ROBERT P. George, Entre el derecho y la moral, Editorial Maiestas Fundación, Colombia, 2009.

ROMO L., Jorge, Prevención de lavado de dinero y delincuencia organizada, 2ª ed.
UBIJUS, México, 2013.

ROSEMBERG, Marshal B., Comunicación sin violencia, un lenguaje de vida, España, Gran aldea editores, 2000.

ROUSSEAU, Jean Jacques, El Contrato social, traducción de Consuelo Bergés, editorial Gredos, España, 2010, Biblioteca de Grandes Pensadores.

RUSSELL, Bertrand, Historia de la filosofía, traducción de Julio Gómez de la Serna y Antonio Dorta, Editorial RBA, España, 2009, Grandes obras de la cultura.

SAVATER Fernando, Ética para Amador, Editorial Ariel, España 2004.

SAXE EBY, Louise, Ética en busca de la ley moral, Editorial Jose M. Cajica Jr., México, 1953.

SENECA, Tratados filosóficos, Cartas a Lucio*,* Editorial Porrúa, México, 2006.

SERRA ROJAS, Andrés, Derecho Administrativo, 29ª ed., Editorial Porrúa, México, 2013.

UROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando, Teoría de la ley penal y del delito, 2ª ed., Editorial Porrúa, México, 2006.

VALADÉZ DÍAS, Manuel *et. al.,* Diccionario Práctico del Juicio Oral, UBIJUS, México, 2011.

ZHER, Howard, Pequeño libro de la Justicia Restaurativa, trad. Vernon E. Jantzi, España, Good Books, 2007, p. 45.