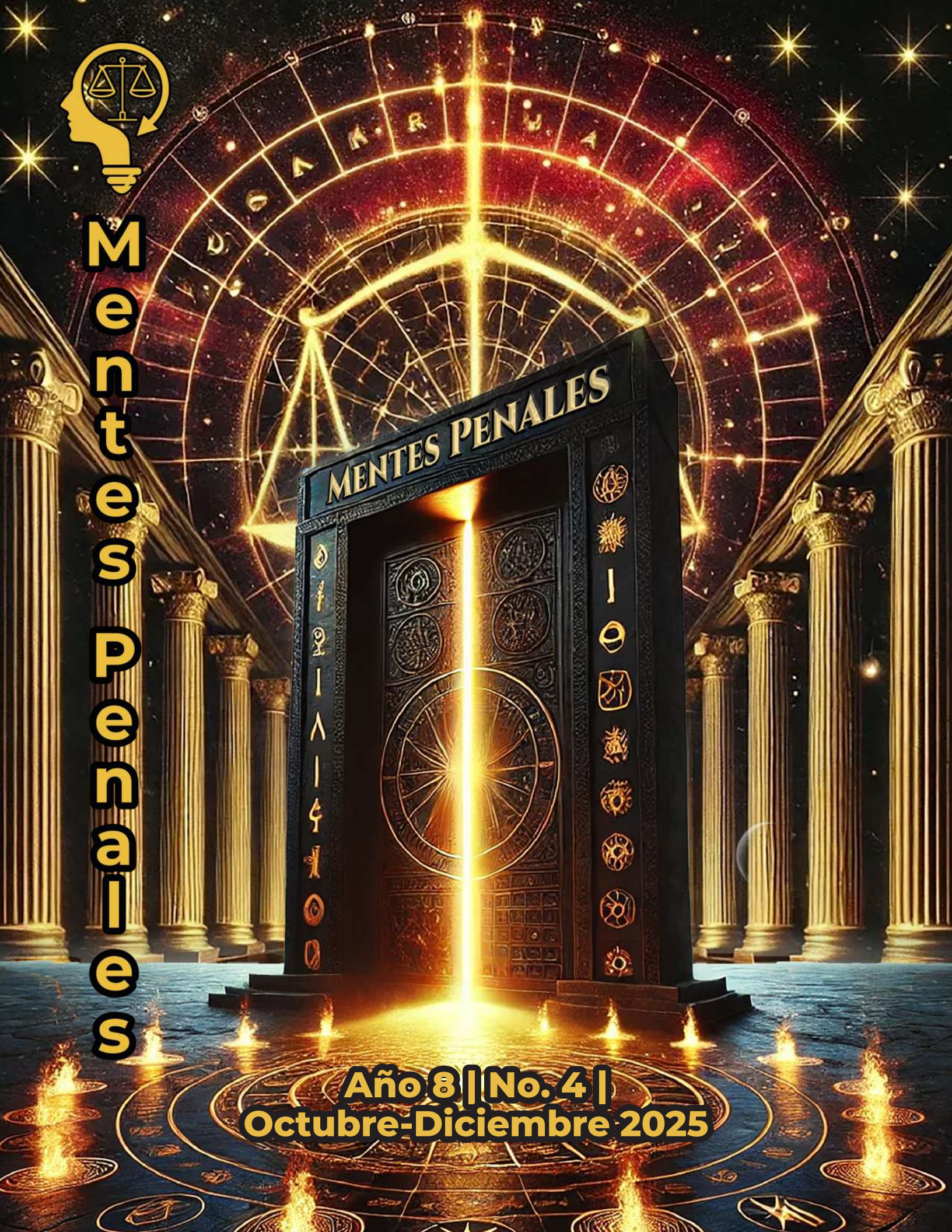

Mentes Penales
MENTES PENALES
Año 8 | No. 4 |
Octubre-Diciembre 2025

Mentes Penales

Es una publicación de la unidad académica de investigaciones jurídicas del Supremo Tribunal de Justicia del estado de Guanajuato.

Dirección general
Magistrado Héctor Tinajero Muñoz
Comité editorial
MPG. Luis Ernesto González González
Lic. Rocío Carrillo Díaz
Lic. Héctor Carmona García
Consejera Mtra. Imelda Carbajal Cervantes
juez Dr. Jur. Gilberto Martiñón Cano
Representante legal
Lic. Héctor Carmona García
Titular de investigaciones jurídicas
juez Dr. Jur. Gilberto Martiñón Cano
Diseño editorial y corrección de estilo
Lic. Rafael Rosado Cabrera
Auxiliares de investigación
Emiliano Lavín Villanueva
María José Monzón Lozano
Articulista invitado
Mtro. Israel González Ramírez

Las ilustraciones insertas en la presente edición fueron generadas con auxilio de inteligencia artificial a través de la plataforma OpenAI. Las fotografías de los monumentos a la Paz y a la Libertad son de la autoría de Emilia del Carmen Nava Luna; las de la glorieta cervantina fueron tomadas por Fernando Galán Quintanilla; las de la glorieta de los mineros, por Rafael Rosado Cabrera; las de las instalaciones del poder judicial y de la Escuela de estudios e investigación judicial fueron tomadas por la dirección de comunicación social del poder judicial del estado de Guanajuato, así como por Emiliano Lavín Villanueva.

Esta revista está incorporada al índice Latindex de la UNAM en virtud de que cumple con los más altos estándares de cientificidad, pudiendo servir como referencia académico-jurídica.

EDITORIAL
PODER JUDICIAL DEL ESTADO

Versión digital

Mentes Penales, año 8, no. 4, Octubre-Diciembre 2025, es una publicación trimestral del Poder Judicial del estado de Guanajuato, Circuito Superior Pozuelos No. 1, Col. Noria Alta, Guanajuato, Guanajuato, C.P. 36050, Tel. 4737352200. www.poderjudicial-gto.gob.mx, página electrónica: https://www.poderjudicial-gto.gob.mx/index.php?module=uaij, Editor responsable: MPG Luis Ernesto González González. Reserva de Derechos al Uso Exclusivo No. 04-2018-121417343300-102, ISSN: 2954-3789, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Responsables de la actualización de este sitio: juez Dr. Jur. Gilberto Martiñón Cano y Lic. Rafael Rosado Cabrera, Tel. (473) 73 5 22 00, Exts.1012, Correo electrónico: gilberto.martinon@poderjudicial-gto.gob.mx Fecha de última modificación: 5 de diciembre de 2025. Tamaño del archivo 140 MB.



Detrás del veredicto

Historias de justicia en apelación



Indice

Contenido	Autor	Tipo	Página
Preliminares	Unidad académica de investigaciones jurídicas (⚓)	Declaraciones	5
Liminar	Lectores de las revistas	Ecos del foro	7
Liminar	⚓	Abreviaturas, siglas y latinismos	11
Liminar	✒️ juez Dr. Jur. Gilberto Martiñón Cano	Editorial	13
Detrás del veredicto: Historias de justicia en apelación	Mtro. Israel González Ramírez	✍️ Artículo	17
Nota Introductoria	Mtro. Israel González Ramírez		19
Caso 1.- El juez imparcial. Toca 37/2016-O	Mtro. Israel González Ramírez		35
Caso 2.- Distinción entre dolo indirecto y dolo eventual. Toca 30/2016-O	Mtro. Israel González Ramírez		47
Caso 3.- Uso del lenguaje. Toca 31/2016-O	Mtro. Israel González Ramírez		51
Caso 4.- Abusos sexuales y no exhibicionismo sexual. Toca 39/2016-O	Mtro. Israel González Ramírez		55
Caso 5.- Interpretación del tipo penal de portación de armas prohibidas. Toca 18 /2016-O	Mtro. Israel González Ramírez		59
Caso 6.- Interpretación del plazo para ofrecer pruebas. Toca 32/2017-O	Mtro. Israel González Ramírez		63
Caso 7.- Robo y no secuestro exprés. Toca 36/2017-AU	Mtro. Israel González Ramírez		67
Caso 8.- Individualización de medida de seguridad respetuosa de derechos humanos. Toca 6/2018-AU	Mtro. Israel González Ramírez		73
Caso 9.- Exclusión de pruebas violatoria de derechos humanos. Toca 10/2018-O	Mtro. Israel González Ramírez		81

Caso 10.- Valoración probatoria en un delito de violación. Toca 22/2018-AU	Mtro. Israel González Ramírez		87
Caso 11.- Inexistencia de la flagrancia en un delito de violación. Toca 25/2018-O	Mtro. Israel González Ramírez		95
Caso 12.- Definición del término padrastro en un delito de violación.- Toca 55/2018-AU	Mtro. Israel González Ramírez		103
Caso 13.- Codominio funcional. Elementos. Toca 22/2019-AU	Mtro. Israel González Ramírez		113
Caso 14.- Desarrollo del descubrimiento probatorio. Toca 35/2019-O	Mtro. Israel González Ramírez		119
Caso 15.- Morrillos. Toca 3/2019-C	Mtro. Israel González Ramírez		125
Caso 16.- Valoración de la prueba como lucha dialéctica. Toca 85/2019-AU	Mtro. Israel González Ramírez		131
Caso 17.- Tentativa de homicidio. Toca 29/2020-O	Mtro. Israel González Ramírez		137
Caso 18.- Suspensión condicional del proceso. Toca 43/2020-O	Mtro. Israel González Ramírez		143
Caso 19.- Argumentación y perspectiva de género. Toca 46/2020-AU	Mtro. Israel González Ramírez		147
Caso 20.- Libertad probatoria explicada. Toca 54/2020-O	Mtro. Israel González Ramírez		159
Caso 21.- El derecho a ofrecer pruebas no es absoluto. Toca 5/2021-O	Mtro. Israel González Ramírez		163
Caso 22.- Inconsistencias y contradicciones de testigos en juicio. Toca 11/2021-AU	Mtro. Israel González Ramírez		167
Caso 23.- Reconocimiento viciado. Toca 25/2021-O	Mtro. Israel González Ramírez		175
Caso 24.- Reconocimiento ineficaz. Toca 61/2021-AU	Mtro. Israel González Ramírez		179
Caso 25.- Qué es la teoría del caso. Toca 63/2021-O	Mtro. Israel González Ramírez		183

Caso 26.- Abusos sexuales e interés superior del menor. Problemas en la valoración de los datos de prueba. Toca 67/2021-O	Mtro. Israel González Ramírez		191
Caso 27.- Infracción de tránsito que no constituye delito culposo. Toca 92/2022-O	Mtro. Israel González Ramírez		201
Caso 28.- Psicología del testimonio. Toca 22/2022-O	Mtro. Israel González Ramírez		207
Caso 29.- No prescripción de delitos sexuales cometidos contra menores. Toca 29/2022-O	Mtro. Israel González Ramírez		215
Caso 30.- juez de control y juez de Ejecución. A qué órgano jurisdiccional corresponde vigilar la prisión preventiva. Toca 39/2022-O	Mtro. Israel González Ramírez		223
Caso 31.- Duda razonable en homicidio. Toca 55/2022-O	Mtro. Israel González Ramírez		235
Caso 32.- Ilegalidad de la entrevista por inadecuada identificación de los testigos. Toca 66/2022-O	Mtro. Israel González Ramírez		243
Caso 33.- Interpretación del tipo penal de operaciones con recursos de procedencia ilícita. Toca 109/2021-O	Mtro. Israel González Ramírez		247
Caso 34.- Violencia Familiar. En Guanajuato no es necesario el daño psicológico para acreditarla. Toca 29/2023-O	Mtro. Israel González Ramírez		253
Caso 35.- Debido proceso y prueba ilícita. Toca 45/2023-AU	Mtro. Israel González Ramírez		259
Caso 36.- Violencia familiar en su vertiente de violencia psicológica. Su apreciación. Toca 105/2022-O	Mtro. Israel González Ramírez		271
Caso 37.- Desaparición forzada cometida por particulares, coautoría y testigo de referencia. Toca 26/2023-O	Mtro. Israel González Ramírez		273
Caso 38.- Violencia familiar. Desarrollo del concepto orden familiar. Toca 98/2023-O	Mtro. Israel González Ramírez		289
Caso 39. Auto de vinculación a proceso inconstitucional por haber sido dictado fuera de plazo. Toca 106/2023-O	Mtro. Israel González Ramírez		295

Caso 40.- Asunción del criterio del Pleno Regional en Materia Penal de la región Centro-Norte sobre la prisión preventiva oficiosa. Toca 100/2023-O	Mtro. Israel González Ramírez		307
Caso 41.- Interpretación del tipo penal de fraude procesal y valoración lógica de un informe pericial como dato de prueba. Toca 108/2023-O	Mtro. Israel González Ramírez		313
Caso 42.- Perspectiva de género y racionalidad de los elementos de juicio. Toca 114/2022-O	Mtro. Israel González Ramírez		319
Caso 43.- Duda razonable y testigos de referencia. Toca 116/2022-O	Mtro. Israel González Ramírez		329
Caso 44.- Modificación de la prisión preventiva luego de exceder el plazo de dos años. Toca 111/2023-O	Mtro. Israel González Ramírez		335
Caso 45.- Un robo de película y prueba ilícita. Toca 33/2024- O	Mtro. Israel González Ramírez		339
Caso 46.- Control judicial de acto de investigación mal fundamentado. Toca 36/2024-O	Mtro. Israel González Ramírez		347
Caso 47.- Ofrecimiento extemporáneo de pruebas por la defensa. Toca 43/2024-O	Mtro. Israel González Ramírez		351
Caso 48.- Prórroga constitucional y convencionalmente justificada de la prisión preventiva. Toca 49/2024-O	Mtro. Israel González Ramírez		359
Caso 49.- Calificación incorrecta de la legalidad en el control de la detención Toca 53/2024-O	Mtro. Israel González Ramírez		369
Caso 50. Violación equiparada. Coautoría jurídicamente posible. Tocas 74/2023-O, 75/2023, 76/2023-O y 77/2023-O	Mtro. Israel González Ramírez		373

Preliminares

Poder Judicial del estado de Guanajuato

Mentes Penales es una publicación trimestral, emitida los meses de marzo, junio, septiembre y diciembre sobre temas de ciencias jurídico penales escrita por varios autores y a cargo de Investigaciones Jurídicas del Poder Judicial del estado de Guanajuato.

Su finalidad es promover la difusión del conocimiento jurídico- científico, a través de la publicación de resultados de investigaciones aplicadas que ofrecen soluciones a problemas concretos.

La responsabilidad del contenido de los artículos recae exclusivamente en sus autores y no refleja necesariamente la posición oficial del Poder Judicial del estado de Guanajuato.

Se autoriza la copia o redistribución, total o parcial, de esta obra bajo la condición de que se cite adecuadamente la fuente, el autor y la obra sea atribuida a la Unidad Académica de Investigaciones Jurídicas.

Declaraciones

I.- La publicación digital Mentes Penales sigue una metodología propia para todos los trabajos de Investigaciones Jurídicas del Poder Judicial del estado de Guanajuato.

II.- Se asegura la publicación de réplicas científicas a los trabajos, siempre y cuando verse sobre el tema principal del texto replicado, la extensión sea de 15 páginas máximo y satisfagan los requisitos metodológicos propios de investigaciones jurídicas que constan en el micrositio poderjudicial-gto.gob.mx/index.php?module=uaij.

III.- Se publicarán artículos de invitados y de todo aquel interesado en difundir el resultado de sus investigaciones, mismas que podrán enviar libremente al correo electrónico gilberto.martinon@poderjudicial-gto.gob.mx.

Los trabajos enviados serán evaluados por el comité editorial de la revista, quien determinará si admite o niega la publicación.

El envío de la investigación implica la declaración formal del remitente de que el artículo es inédito y de su autoría; así como que sabe y acepta ceder, de manera irrevocable, los derechos de autor al Poder Judicial del estado de Guanajuato. Asimismo asume, la responsabilidad de potenciales daños que su escrito pudiera causar, desligando a Investigaciones Jurídicas y al Poder Judicial del estado de Guanajuato.

IV.- Las investigaciones se difunden medianre el modelo de acceso diamante, garantizando su total acceso sin costo alguno para sus lectores, y eximiendo a los autores del pago de tarifas por el procesamiento de artículos (APC's).

Este enfoque subraya el compromiso de la unidad académica de investigaciones jurídicas con los principios de la ciencia abierta, promoviendo una difusión extensa del conocimiento científico.



Ecos del foro

El prologo de la revista Mentes penales año 8, no. 3 es interesante y entendible, te hace proyectarte en el contexto de la época donde la deidad Maat era una de las máximas figuras.

La profundidad y el lenguaje que se ven en los artículos de esta edición me parece que se complementan porque es entendible para una persona que no está en la posición de un abogado o que no ha llevado un juicio, así como la claridad que la juez Paulina utiliza en el caso que expuso, porque es fuerte, pero no se trata de ver quién es el culpable, sino que se trata de evaluar las pruebas porque tampoco se trata de inclinarse para un lado, vuelvo a reiterar que la juez ataca el panorama completo porque ayuda a que la personas se den una idea de la problemática y que en sí algún momento sucede una situación así tengan el conocimiento de cómo se manejan esas situaciones.

Lo que mas me gusto fueron las notas Zettelkasten porque facilitan la lectura y uno mismo puede seguir los pasos de los procesos.

Benjamin Martínez Aparicio
Primer Oficial Adscrito a la Ponencia II del
Consejo del Poder Judicial

Me gustó tu trabajo sobre la forma como, incluso en la actualidad, en nuestros países, están buscando sustituir a los jueces honestos y decentes, electos muchos dentro de una selección legítima.

Creo que lo que pasa es que seguimos con la metáfora del mono y la escalera, en la que nos siguen manipulando hasta que hacemos lo que los sectores dominantes quieren...

* Las opiniones son extractos de entrevistas realizadas a lectores por parte de personal de la unidad académica de investigaciones jurídicas

Es una alienación social completa y los que pensamos no somos parte del plan. Saludos Hermano.

Joaquín Medina Bermejo
Doctor en derecho y comunicólogo guatemalteco

El prologo de la edición de Mentes Penales año 8, no.3, me parece que hablaba de los jueces en el antiguo Egipto y me gustó porque en lo personal aprender sobre las diferentes culturas es algo que disfruto, y una emoción que me evocó fue la curiosidad respecto a cómo se manejaban las cosas en aquel entonces en esa región del mundo, de igual manera otra emoción que me evocó fue la motivación -las ganas de querer salir adelante-, porque incluso hacía referencia a este tipo de resoluciones respeto a cómo es que el juez no solo es juez, sino también era maestro y que tenía la capacidad de explicar su sentencia ante el auditorio, y esa parte de avanzar y de querer aprender más eso me deja una enseñanza, ya que parte de mi proyecto de vida es llegar a ser juzgador en algún momento y creo no limitarme, a expandir el panorama no nada más a cerrarme a resolver y ya, sino que efectivamente hay que enseñar esa parte, a explicar la sentencia.

La publicación de la juez Paulina me gustó mucho por la parte de la valoración de la prueba y la psicología del testigo, me parecen interesantes y tienen que ver mucho con el ejercicio profesional aquí en el Tribunal, como la valoración de las pruebas y que no necesariamente un testimonio tiene que ser tal y cómo paso, se tienen que tener en cuenta ciertas cuestiones porque hay ciertos contextos como lo mental que se deben tener en cuenta.

Respecto al artículo de la línea jurisprudencial relativo al delito del secuestro, me pareció enriquecedor porque no es tema que yo haya visto en la universidad, por ejemplo yo no

sabía que antes al “secuestro” se le llamaba “plagio”, entonces ese tipo de cuestiones me parecen enriquecedoras porque al final de cuentas son cosas que por el tiempo limitado de la universidad no se llegan a ver, también el análisis jurisprudencial de cómo ha ido evolucionando el concepto me gustó bastante porque muchas veces nos quedamos con le presente y no volteamos a ver su origen.

Ramón Humberto Solorio Hernandez

Oficial judicial adscrito a la novena sala penal.



Abreviaturas, latinismos y siglas empleadas

A quo	Juez de primera instancia
art.	artículo
Cfr.	Confrontar
CNPP	Código nacional de procedimientos penales
Dr. Jur.	Doctor en derecho
etc.	etcétera
grosso modo	de manera general
Lic.	Licenciado
passim	en varias partes
Mtro. (a)	Maestro (a)
MPG.	Maestro en política y gobierno
prima facie	a primera vista
No.	Número
SCJN	Suprema corte de justicia de la nación
Vid. (Vid. in extenso)	Ver (Ver ampliamente)



Editorial

Detrás del veredicto: Historias de justicia en apelación, escrito por Israel González Ramírez es una recopilación de 50 casos jurídicos resueltos en una sala penal del supremo tribunal de justicia de Guanajuato México, que recorren desde la imparcialidad judicial hasta la interpretación de tipos penales específicos y de la valoración probatoria.

La obra vale la pena por la calidad profesional de su autor, y por supuesto, por su contenido que compila una serie de criterios *ad quem,* en un recorrido por diversos archiveros de segunda instancia.

Cada uno de los criterios rebela un *topois* de alzada esenciales para el *método de pensamiento problemático*, que es una herramienta útil para abordar y resolver conflictos jurídicos cuya estructura comparte una esencia común en cuanto al planteamiento del problema o en la naturaleza de la respuesta o en ambos.

Por allá del año 360 antes de Cristo, Aristóteles concibió el *método tópico* para la construcción de discursos. Aseguró que una pieza de oratoria debería contener una porción dialéctica y otra retórica. Y, para estructurar la disertación, planteó la técnica tópica, consistente en la enunciación de diversas soluciones a un mismo problema, y entre ellas, escoger la mejor.

Los tópicos eran soluciones resumidas. Síntesis, entre la tesis que contenía la propuesta de solución y las diversas antítesis.

Idea que trasvasó al derecho, como forma de localizar la solución de un conflicto, y en un primer momento, el método tópico en el derecho, se materializó en un catálogo de brocardos. Cada uno, a manera de axioma, resumía un criterio jurídico y se usaron hasta el año 1700 aproximadamente.

Pero su uso decayó por la lluvia de críticas que las consideraron como simples charlas informales, ajenas a la cientificidad.

Después de la segunda guerra mundial, concretamente en 1953, el método tópico jurídico resurgió con la obra de Theodor Viehweg (Topik und Jurisprudenz), que lo revivió y lo coloco como un *bestseller*

de moda con miras a su uso en materia civil, en donde se utilizó como fuente de derecho.

Viehweg sostuvo que el derecho implica un pensamiento problemático, una aporía, cuya respuesta debe garantizar la justicia en cada caso. De ahí que se deba buscar las mejores soluciones a los problemas, con los *topois.*

Partió de que todo problema tiene más de una solución y cada una, se le conoce como *lugar común (loci commune)* o *axioma* o *garantía del consenso* o *tópico* o *topoi* (τοποι); clasificados por género, especie, causa, efecto o definición.

Pero, por las diversas y ambiguas interpretaciones, confusiones si se trata de un estudio de la praxis, o de una doctrina de interpretación, o de un estilo de disertación; provocaron que la fama del método tópico de nuevo se fuera a pique, por allá de los años 70´s del siglo pasado.

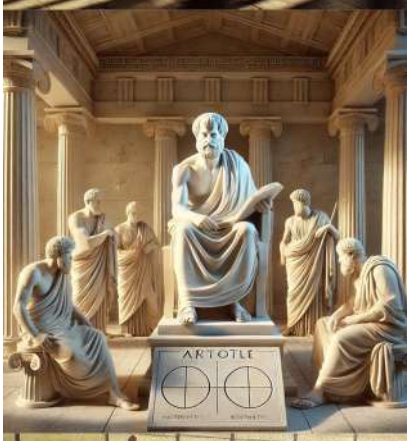
Con popularidad debilitada, a principios del siglo XXI, algunos sostuvieron que el método tópico es complemento del pensamiento sistemático y que se utiliza en la realidad judicial, cuando se presenta un problema (Problemdenken) y para solucionarlo se recurre a la jurisprudencia o a la doctrina, que contiene los *topois*, y claro, dentro del marco del derecho positivo (Systemdenken).

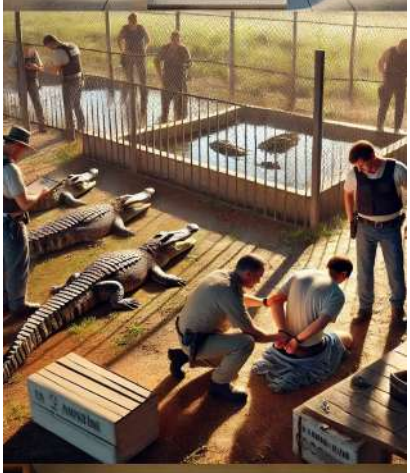
En fechas recientes, Roxin, de nueva cuenta asumió el método tópico; empero, le cambio el nombre y lo llamó pensamiento – problema; al catálogo de soluciones lo denominó *topois,* dejando de lado sus otros motes como *lugar común*, *axioma* o *garantía del consenso.*

Aseguró la validez y calidad del método para solucionar problemas, teniendo como herramienta un catálogo de *topoi,* previamente asumidos en *sensus communis,* que pueden ser usados como una solución general, y después de considerar los pro y contras, son capaces de dibujar la solución al problema concreto.

Dicho catalogo se forma con la opinión de todos, o de la mayoría, o de los sabios, o el sentido común.











Enfatizó que no se sustituye el método sistemático que tiene preeminencia sobre el pensamiento problemático ya que, al final de cuentas se debe aplicar la ley y el derecho penal está sometido al principio de prohibición analógica *per analogiam, praeter legem* de los tipos penales.

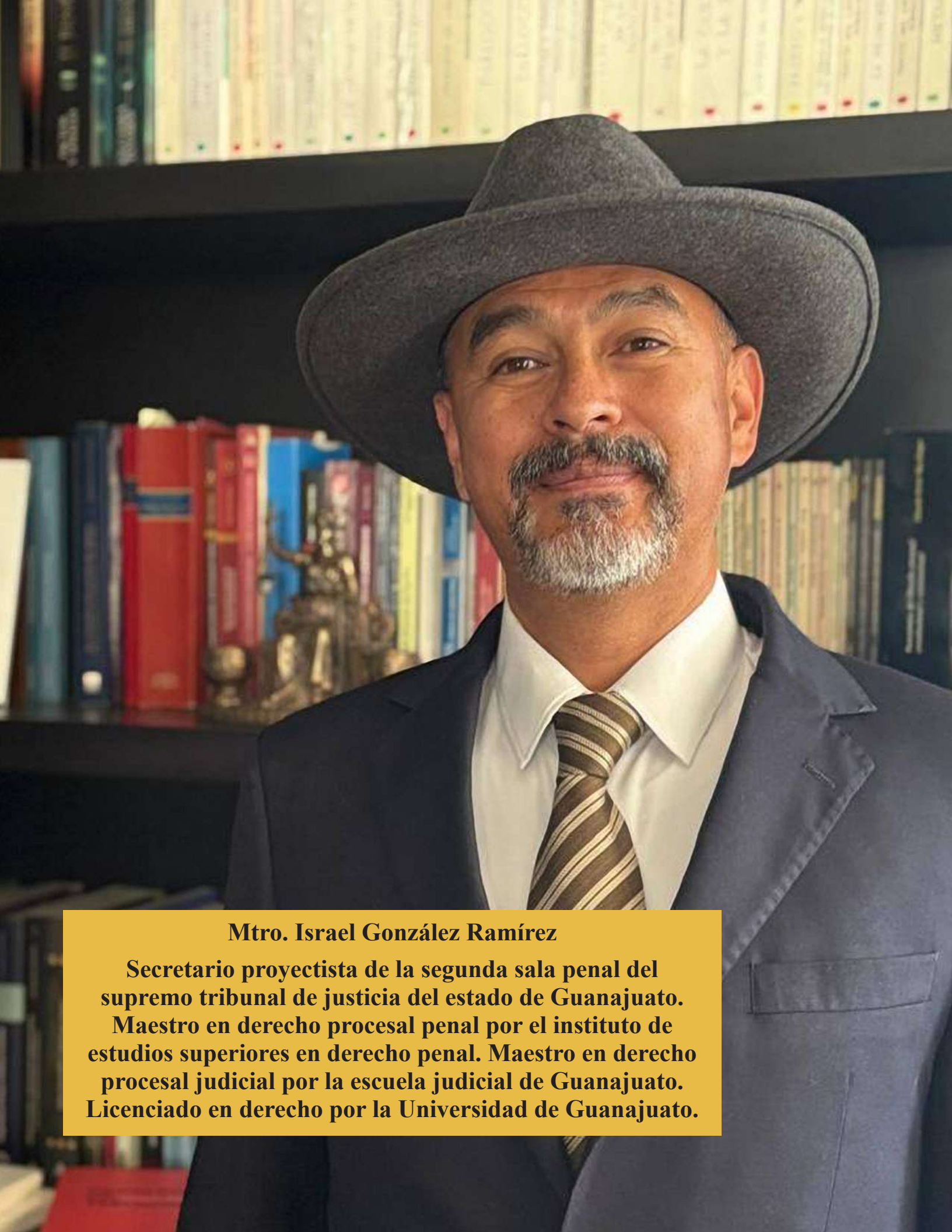
Mas, dentro de lo que indica la ley, es válido acudir a los *topois*, en una síntesis entre el pensamiento sistemático y el problemático.

Entonces cuando hay un problema de interpretación de una oración penal, el camino de solución es:

1. Análisis de la ley con el método sistémico. Es decir, considerar los elementos del delito indicados en la norma escrita.
2. Concretización del problema. Por ejemplo, en el caso de robo de ganado, donde la ley no indica que tipos de animales comprende; ¿qué se debe entender por ganado?. ¿Los cocodrilos creados en cautiverio con el fin de utilizar su piel para botas, son ganado?
3. Análisis del catálogo de topois. Lo que implica considerar los estudios sobre el concepto jurídico de ganado, entre los que pueden existir diversas consideraciones: Que el ganado es: A.- animales con pezuña hendida, B.- animales con pezuña hendida y los caballos. C.- animales que se puedan pastorear. D.- animales que se puedan pastorear más guajolotes y patos. E.- Todo animal destinado a la producción de ganancias.
4. Ponderación de los pros y los contras de cada una de las soluciones que se proponen en cada uno de los topois.
5. Toma racional de postura acorde a la leitmotiv de la norma. En el ejemplo considerar a los cocodrilos ganado pues son animales destinado a la producción de ganancias.

Así pues, esta obra presenta un valioso catálogo de *topois*, fruto directo de la praxis, que habrá de auxiliar en la interpretación del derecho penal, siempre dentro de los límites que impone el principio de taxatividad. Al final de cuentas se trata de una obra de posesión perene, para conservar y consultar, una herramienta para comprender la lógica de la segunda instancia penal, y más aún, para vislumbrar nuevas soluciones ante desafíos inéditos que el porvenir jurídico habrá de plantear.

juez Dr. Jur. Gilberto Martiñón Cano



Mtro. Israel González Ramírez

Secretario proyectista de la segunda sala penal del supremo tribunal de justicia del estado de Guanajuato. Maestro en derecho procesal penal por el instituto de estudios superiores en derecho penal. Maestro en derecho procesal judicial por la escuela judicial de Guanajuato. Licenciado en derecho por la Universidad de Guanajuato.

Detrás del veredicto

Historias de justicia en apelación





Nota introductoria

Quiero iniciar platicándoles una anécdota. Hace ya algunos ayeres tuve la oportunidad de trabajar para el magistrado Miguel Valadez Reyes en la Décima Sala Penal del Supremo Tribunal de Justicia del estado de Guanajuato. Cuando le llevé mi primer proyecto para su revisión, me dijo: "pues está muy bonito, pero este formato es mío. Tú deberías hacer los tuyos". Ese fue el detonante que me impulsó a ser innovador en mi trabajo; a buscar decir las cosas de tal manera que fueran comprensibles, pero que también dejaran ver la impronta de mi pensamiento.

Por supuesto que para lograrlo tuve que empañar decididamente mis gafas, pues la labor descriptiva y justificativa de las respuestas jurídicas que brindan los órganos judiciales requiere del operador un amplio conocimiento, no solo de las normas jurídicas, sino del entorno social en el que se desenvuelve y tendrán aplicación sus decisiones, lo que solo se alcanza con intensas jornadas de estudio. En ello me empeñé y pronto llegué al convencimiento de la indispensable necesidad de que los operadores jurídicos, además de conocer las leyes, nos empapemos de profundos conocimientos filosóficos en la medida que nos sea posible. Sigo, en este punto, la enseñanza del filósofo de Estagira en el sentido de que "(...) es propio del hombre instruido buscar exactitud en todo género de conocimiento, en la medida que la naturaleza del asunto lo permita (...)."[1] Lo que en mi caso aplico para encontrar la respuesta que se apegue más al canon de justicia, a fin de dar, como expresó Ulpiano, a cada quien lo que le corresponde.

En ese camino he descubierto que sin profundizar en la filosofía, difícilmente podremos contestar por qué razones el juez ya no es meramente la boca de la ley, o por qué razón reconocer la vinculatoriedad absoluta en nuestro orden jurídico del Derecho Internacional de los derechos humanos no se traduce de ningún

1 Vid. Aristóteles: Ética a Nicómaco. Biblioteca clásica Gredos 89. Editorial Gredos. Madrid, España. 1985. p. 131

modo en un menoscabo a la supremacía constitucional. Pero también encontré que para construir las respuestas jurídicas respecto de las que tenemos una innegable pretensión de corrección, la filosofía es también la herramienta que debemos tener en las manos, dado que para llevar a buen puerto esa tarea debemos encontrar las razones que justifican aplicar una determinada norma en un caso concreto, desde las dimensiones fáctica y jurídica.

Para lo primero, debemos tener un amplio conocimiento de la forma en que funciona la sociedad y de sus instituciones, formales y no formales, a fin de estar en aptitud de describirlas y relacionarlas en un contexto de interacción social específico. Para justificar la segunda exigencia, acudo a las ideas del profesor Manuel García Morente, quien señala, acudiendo también a Aristóteles, que "(...) el método de la filosofía es la lógica, o sea la aplicación de las leyes del pensamiento racional que nos permite transitar de una posición a otra posición por medio de los engarces que los conceptos más generales tienen con otros menos generales hasta llegar a lo particular (...)."[2] De aquí, el sintagma *pensamiento racional* nos remite –o al menos, debería remitirnos– a esa rama de la filosofía que es la argumentación, cuyo núcleo vital es la Lógica.

Luego, poner en juego la Lógica implica razonar, y razonar es argumentar. En este sentido, en las tres acepciones que nos entrega el Diccionario de la Lengua Española de la voz *razonar*, se la define como el acto mediante el que se exponen razones para explicar o demostrar algo; el que sirve para ordenar y relacionar ideas para llegar a una conclusión; o a través del que se exponen razones y argumentos.[3] Ahora bien, los argumentos son conjuntos de razones; más claro, los argumentos son conjuntos de enunciados o proposiciones en los que unos, denominados premisas, sirven de fundamento a otros, denominados conclusiones. Las proposiciones o enunciados son el material de nuestro razonamiento. A través de un proceso llamado *inferencia*, del contenido de las premisas

2 Vid. García Morente, Manuel: Lecciones preliminares de filosofía. Colección "Sepan cuántos…" 164, Ed. Porrúa. 19ª edición, México, 2014, p. 30

3 Real academia española: Razonar, en diccionario de la lengua española. Recurso digital disponible en https://dle.rae.es/razonar?m=form consultado el 24 de agosto de 2022.

obtenemos los enunciados que denominamos *conclusiones*. Luego, las premisas son las *razones* sobre las que se sostienen las conclusiones de un argumento y la inferencia el proceso por medio del cual ligamos unas proposiciones con otras hasta llegar a una que denominamos conclusión. [4]

Siguiendo este orden de ideas, es conveniente identificar también lo que podemos designar como el acto de argumentar, en el entendido de que ya hemos esbozado lo que podemos entender por *argumento*. En este sentido, siguiendo al profesor Iván Escoto Mora, podemos decir que argumentar es agrupar al pensamiento en el orden del leguaje, para dotar de significado los símbolos que lo constituyen.[5] Esta definición podría parecernos, en una primera impresión, adecuada, comprensible o suficiente para entender de qué va el acto de argumentar, pero considero que debemos someterla a un breve análisis para mayor precisión.

En primer lugar, encontramos en la definición el acto de agrupar que tiene por objeto al pensamiento, de suerte que para saber qué es lo que vamos a agrupar, necesitamos entender a qué nos referimos con el pensamiento. De modo sencillo lo entendemos desde la perspectiva de la lógica diciendo que las formas que toma el pensamiento son las de *idea, juicio y raciocinio*. Entonces, lo que vamos a agrupar al argumentar son ideas, juicios y raciocinios. Pero la agrupación no será arbitraria, sino siguiendo un orden: el orden del lenguaje. ¿Y dónde encontramos los baremos para seguir ese orden? Pues en las reglas que constituyen la sintaxis, rama de la gramática encargada de estudiar los principios del ordenamiento y combinación de las palabras y de los conjuntos que forman dentro de los enunciados. Respecto a la finalidad que persigue la ordenación de las ideas, juicios y raciocinios, según nuestra definición de argumentar, no es otra sino la de *dotar de significado los símbolos que los constituyen*. Hablamos aquí, entonces, del ámbito de la semántica, que es una rama de la lingüística que se encarga del estudio del significado de los signos lingüísticos, expresados con la palabra *símbolos* en nuestra definición.

4 Cfr. M. Copi, Irving, y Cohen, Carl: Introducción a la lógica, trad. Rangel Sandoval, Jorge Alejandro, LIMUSA, 2ª ed., México, 2013, passim.

5 Cfr. Escoto Mora, Iván: El impacto de la argumentación jurídica en los juicios y la oralidad. UBIJUS. México. 2011. p. 12

Por otra parte, para entender la dimensión jurídica de la argumentación y la necesidad de las herramientas filosóficas en su análisis, yo tuve que ir en busca de lo que significa el Derecho más allá de la perspectiva que lo reduce a una producción intelectual reflejada en un enunciado vinculante reforzado por medio de la coacción; partí de la base de que esta es una de las etapas en que se produce o uno los estadios en que lo encontramos, pero no puede agotarse ahí su identificación.

Estas ideas las desarrollé en otro trabajo,[6] pero las traigo aquí a cuenta porque, como señalé arriba, mi interés es el de someter a crítica mi pensamiento. Así, les cuento que para mí la comprensión de lo que es Derecho primero pasa por la asunción de lo que podríamos denominar, para fines de este trabajo, como *justo*. Y lo justo lo entiendo como un equilibrio en las relaciones entre seres humanos que interactúan, por las cuales que cada uno de ellos tiene lo que, en términos latos, es producto de su actividad, y lo obtiene sin causar menoscabos injustificados a lo que otros también han obtenido del mismo modo. Si me permiten la alegoría biológica, concibo lo justo como una especie de equilibrio homeostático por el que identificamos las actividades cotidianas entre los miembros de un grupo determinado de personas como fenómenos autorregulados que, de modo más o menos consistente, conducen al mantenimiento de la constancia en la composición y propiedades del medio interno del grupo.

Antes de seguir no huelga decir que en este apartado me conduzco en términos ideales. Bien. Afirmo la autorregulación de los fenómenos de interacción porque estoy convencido de que, en principio, epistémicamente descubrimos lo justo a través de la intuición. Es decir, ante nuestra razón aparece como evidente la armonía que deriva de ese equilibrio; luego, a través precisamente de la razón realizamos un juicio de valor por el que, expresa o tácitamente, consideramos bueno o valioso procurar y conservar ese equilibrio; incluso, convencionalmente

6 Vid. González Ramírez Israel: Tomarnos en serio la Constitución, en Justicia Administrativa Hoy, Revista del Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Guanajuato. Abril-Septiembre 2018, pp. 25 y ss., visible en https://tcagto.gob.mx/wp-content/uploads/2018/11/Revista_Justicia_Administrativa_Hoy_abril_septiembre_2018.pdf

lo ordenamos y clasificamos en máximas de conducta que esperamos unos de otros, y aceptamos voluntariamente conducirnos de acuerdo con ellas. De ese modo nos autorregulamos en la convivencia gregaria.

Hasta aquí no hemos hecho otra cosa sino preparar el espíritu para dar un paso en busca de sentar bases para nuestra propuesta, por lo que considero pertinente, en este camino, acudir al siguiente ejercicio hipotético, desde luego no comprobado con datos empíricos, pero que creo sirve a los fines de precisar las ideas que acabo de expresar. Figurémonos a aquellos primeros seres humanos que, solo el universo sabe cómo, de pronto adquirieron la facultad de razonar y coloquémoslos en un escenario en el que ya se encuentran conviviendo de modo gregario. Adelanto que avanzaremos en este escenario a pasos agigantados, pero que facilitarán la comprensión de lo que pretendo transmitir. Sigamos. Merced a esa suprema facultad que han adquirido estos hombres, ya han incluso identificado y clasificado el equilibrio al que me he referido arriba, y tratan de hacer que prevalezca entre ellos.

Empero, es ley universal que todo contacto genera fricción, y el contacto entre seres vivos no es la excepción. En la convivencia cotidiana comienzan a surgir problemas, porque además de la inclinación hacia la armonía, también tenemos otra muy marcada hacia la ambición y el egoísmo. Cuando uno o algunos de nuestros hombres caen en la tentación de procurarse injustificadamente más bienes en detrimento de los demás, se rompe el equilibrio. Ante estas dificultades surge de modo embrionario el nacimiento de las figuras de autoridad; alguien tenía que resolver esos problemas, y en distintas etapas se acudió al más fuerte del grupo, al más anciano, y en general, al que se le reconocía poder de mando sobre el conglomerado. Como quiera, el marco que servía en todo momento de referencia eran las máximas convenidas, y con base en ellas, se solucionaban los problemas tornando la convivencia nuevamente al estado de equilibrio y armonía.

Aquella sencilla convivencia entre un pequeño grupo de hombres se fue volviendo compleja en la medida de que su número aumentaba, los problemas siguieron el mismo cauce, y para buena fortuna de la humanidad, el pensamiento corrió la misma suerte y evolucionó. Miles de años después esas máximas han sido plasmadas en sendos libros que,

de modo genérico, identificamos como leyes, las cuales son producidas mediante un procedimiento específico, y las figuras autoritarias ya no se encargan solo de resolver los problemas, sino que además administran la convivencia.

Entre nuestro primigenio escenario, y el que vivimos hoy día, corrieron inagotables ríos de sangre y tinta, y tuvieron verificativo infinidad de actos políticos que tuvieron como resultado la conformación de las entidades que hoy conocemos como estados nacionales; empero, el análisis pormenorizado de esa historia rebasa con mucho el propósito de este trabajo, de tal suerte que los invito a que nos ubiquemos en los días que vivimos y prosigamos, o esta introducción se volverá un tratado.

Me interesa, a partir de aquí, hacer referencia al denominado "nuevo paradigma jurídico global" el cual, la verdad, ni es tan nuevo, y sin embargo su conocimiento y comprensión son una necesidad ineludible para todo operador de la norma jurídica, no se diga para quienes nos encargamos de la norma penal.

Veamos. Inmediatamente después de concluida la segunda conflagración mundial, el mundo entero se conmocionó en virtud de lo que quedó al descubierto luego de derrumbarse el régimen nazi; las atrocidades de las que se pudo dar cuenta orillaron a la humanidad a tomar drásticas medidas para que lo ahí vivido no se repitiera jamás en la historia de la humanidad –que se haya logrado a la fecha el objetivo, es otra historia–. Esta experiencia tuvo eco en el ámbito jurídico en lo que se ha identificado como proceso de constitucionalización y judicialización del Derecho, de una parte, y de otra, no menos importante, en la crítica demoledora a la teoría del positivismo jurídico.

Estos dos fenómenos trajeron como consecuencia que las constituciones de los estados de tradición jurídica occidental, básicamente los de tradición constitucionalista europea continental, comenzaran a plasmar en aquellos documentos que los fundaban la obligación ineludible del respeto irrestricto a los derechos humanos, y como consecuencia de lo anterior, el mundo jurídico retomó el tema de la vinculación entre la moral y el Derecho, y comenzó a gestarse una doctrina conocida como neoconstitucionalismo, constitucionalismo

moderno, post positivismo o, simplemente constitucionalismo. Ésta encuentra su principal sostén –o por lo menos el más invocado– en la tajante fórmula de Gustav Radbruch: la ley extremadamente injusta no es Derecho.[7]

De aquí partimos entonces con la cuestión de que, de acuerdo a estos postulados, ya no es posible identificar la ley con el Derecho, ni tampoco es posible establecer la separación entre la moral y el Derecho, puesto que acudir precisamente a un juicio de valor para afirmar que la ley insoportablemente injusta, utilizando el término usado por el propio Radbruch, no es Derecho, implica acudir a valoraciones morales para llegar a su conceptualización.

Atento a lo que hasta aquí hemos desarrollado, puedo aprovechar este espacio para perfilar la modesta idea que tengo del concepto Derecho. Para mí *el Derecho es un fenómeno social complejo, multifactorial y polifacético que consiste, de inicio, en un ejercicio de reconocimiento por parte de una comunidad determinada, de un conjunto de valores supremos que la identifican y que, al propio tiempo, significan los fines que pretende alcanzar mediante el concurso y participación en el grupo; valores y fines que, para ser eficazmente protegidos y alcanzados, requieren del establecimiento de reglas que, partiendo de una de carácter axiológicamente supremo y fundamental que estipula cuáles son aquellos valores supremos y cómo ha de protegérseles, también organiza estructuralmente al grupo, fijando las necesarias relaciones de supra a subordinación entre quienes deben encargarse de salvaguardar el estricto cumplimiento de las reglas y de llevar a término los fines propuestos y quienes deben estar sometidos a esa potestad. Así, el Derecho deviene también un fenómeno intensamente dinámico, que vive, se extingue, se rehace o reconstruye todos los días, de acuerdo a las necesidades generadas a partir de la interacción del grupo, cuyas relaciones nacidas bajo este contexto es lo que identificaremos, en términos generales, como Derecho.*

Sentado lo anterior, debemos ocuparnos ahora de la manera en que, desde nuestra perspectiva, se actualiza en la práctica un concepto

7 Vid. Vigo, Rodolfo Luis (Coord.): La injusticia extrema no es derecho. De Radbruch a Alexy. Fontamara. México. 2008. pp. 21-55

tan complejo como el de *estado constitucional de Derecho*, pues el fenómeno jurídico de mayor relevancia en nuestros días es precisamente el ya mencionado de constitucionalización del Derecho. Para tal fin habremos de desarrollar, en primer término, lo que podemos entender por estado constitucional de Derecho, aspecto que necesariamente nos llevará a definir también lo que debe entenderse por constitucionalismo y las cuestiones atinentes a este tópico.

Comencemos, pues, refiriéndonos a la forma en que un estado nacional transita hacia lo que se denomina estado constitucional de Derecho, para lo que necesitamos formarnos una idea de lo que es el proceso de constitucionalización. A ese fin encontramos pertinente acudir a la definición que de él otorga Paolo Comanducci, cuando dice que

> "(...) se trata de un proceso al término del cual el derecho resulta "impregnado, "saturado", "embebido" por la constitución: un derecho constitucionalizado se caracteriza por una constitución invasiva que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos (...)."[8]

Un estado de estas características asume rasgos determinados. El principal de ellos, siguiendo a Luigi Ferrajoli, sería que

> "(...) el derecho de las modernas democracias constitucionales se diferencia de los otros sistemas deónticos… por el sometimiento de sí mismo al derecho no solo en cuanto a la forma de producción sino también en cuanto a los contenidos producidos… es el rasgo específico del ius-constitucionalismo, o sea, del estado constitucional de derecho (...)."[9]

En el mismo sentido, Rodolfo Luis Vigo sostiene que

> "(...) uno de los rasgos del estado de Derecho constitucional, es haber convertido a la constitución en la más importante fuente del derecho… El derecho de la constitución no solo posibilita

8 Vid. Comanducci, Paolo: Estudios sobre Constitución y Derechos Fundamentales. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. México. 2016. p. 73

9 Vid. Ferrajoli, Luigi: Principia Iuris, T. 1. Trad. de Andrés Ibáñez, Perfecto, Bayón Carlos, Gascón Marina; Prieto Sanchís, Luis y Ruiz Miguel, Alfonso. Trotta. Madrid. 2011. p. 803.

respuestas jurídicas inéditas, sino condiciona a todas las restantes contenidas en las otras fuentes, estableciendo prevalencia entre ellas, promoviendo su mejoramiento y hasta desplazándolas en la medida que resulten incompatibles con el mismo. Todo se constitucionaliza y el juez siempre aplica la constitución cuando dice el derecho en cualquier caso (...)."[10]

En relación con la evolución histórica de la forma de estado de la que venimos hablando, el mismo autor enseña que el estado de derecho legal nació en la época de la revolución francesa, que estuvo en vigencia hasta la segunda posguerra, y que una de sus principales características fue la sinonimia entre Derecho y ley, decimonónica acepción que fue rota en la Europa continental con la constitución alemana de 1949, luego de los juicios de Núremberg, en la que se potenciaron jurisdiccionalmente los principios sobre las reglas[11], con lo que se dio inicio a los procesos de constitucionalización del derecho que hoy día son pilar de los ordenamientos jurídicos de tradición occidental.

Al respecto, Gustavo Zagrebelsky indica que una diferencia entre estado de derecho legislativo o legal y estado constitucional es que la ley "(…) viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la constitución (...)."[12]

Retomando el pensamiento de Rodolfo Luis Vigo, para él la constitucionalización del derecho supone

"(...) que el especialista de una rama del mismo está interpelado siempre –de manera más directa o indirecta- por la norma fundamental, y el jurista debe buscar en ella primariamente la respuesta jurídica que necesita. Se trata de tomar en serio a la constitución, inexorablemente por parte de todos los juristas, y en consecuencia promover su

10 Vid. Vigo, Rodolfo Luis: Constitucionalización y judicialización del Derecho. Del Estado de derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional, Porrúa-Universidad Panamericana. México. 2013. p. IX

11 Vid. Vigo, Rodolfo Luis: Constitucionalización y judicialización del…, pp. 1-6

12 Vid. Zagrebelsky, Gustavo: El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Trad. Gascón, Marina. Trotta. 10ª ed. Madrid. 2011. p. 34.

vigencia integral forzando a autoridades y ciudadanos a respetarla (...)."[13]

Bajo la égida de este marco normativo de rango constitucional, Vigo afirma que

"(...) los juristas del EDC deben frente a cualquier caso ver si habla la constitución al respecto, y constatarán que siempre habla, aunque a veces lo hace de manera negativa, estableciendo los márgenes para que los órganos competentes vayan haciendo las opciones correspondientes y creando las normas jurídicas. Nada del derecho vigente queda al margen de la constitución, especialmente de sus valores y principios, y así todo el derecho se "impregna" de ellos o se constitucionaliza (...).[14]

Sentadas estas premisas, ahora vayamos a la definición que Ferrajoli proporciona de lo que es el constitucionalismo, cuando dice que es un

"(...) sistema de vínculos sustanciales, o sea de prohibiciones y de obligaciones impuestas por las cartas constitucionales, y precisamente por los principios y los derechos fundamentales en ellas establecidos, a todos los poderes públicos, incluso al legislativo [15]; *sistema que* representa el complemento del estado de derecho, como una extensión que comporta la sujeción a la ley de todos los poderes, incluidos los de la mayoría, y por tanto la disolución de la soberanía estatal interna: en el estado constitucional de derecho no existen poderes soberanos, ya que todos están sujetos a la ley ordinaria y/o constitucional (...)."[16]

Ahora, aunque el proceso de constitucionalización de un estado es asaz importante, carecería materialmente de sentido si ese estado no contara en su orden jurídico con instrumentos que sirvieran a

13 Vid. Vigo, Rodolfo Luis: Constitucionalización y judicialización del…, p. 26

14 Vid. Vigo, Rodolfo Luis: Constitucionalización y judicialización del…, p. 11

15 Vid. Ferrajoli, Luigi: Derechos fundamentales y democracia. Trad. Carbonell, Miguel. IIJ-UNAM. México. 2014. p. 1.

16 Vid. Ferrajoli, Luigi: Derechos fundamentales y…, p. 2

los fines de asegurar al eficacia del Derecho constitucionalizado. Esta otra circunstancia sin la cual no nacería eficazmente al mundo jurídico el constitucionalismo se representa en otro concepto creado por Ferrajoli: el garantismo, concepto del que nos dice que

> "(...) es la otra cara del constitucionalismo, en tanto le corresponde la elaboración y la implementación de las técnicas de garantía idóneas para asegurar el máximo grado de efectividad a los derechos constitucionalmente reconocidos." Concepto que el mismo autor dice debe extenderse "… hacia la garantía de todos los derechos, no solamente de los derechos de libertad, sino también de los derechos sociales; en segundo lugar frente a todos los poderes, no solo frente a los poderes públicos sino también frente a los poderes privados; en tercer lugar a todos los niveles, no solo en el derecho estatal sino también en el derecho internacional (...)." [17]

Y respecto de la relación que existe entre garantismo y constitucionalismo, el mismo Ferrajoli señala, citando a Luis Prieto, que:

> "(...) el garantismo necesita del constitucionalismo para hacer realidad su programa ilustrado; y el constitucionalismo se alimenta del proyecto garantista para condicionar la legitimidad del poder al cumplimiento de ciertas exigencias morales que se condensan en los derechos fundamentales (...)."[18]

En este orden de ideas nos queda bastante clara la relevancia de la constitución en los órdenes jurídicos contemporáneos, puesto que en ella se contienen, con pretensiones de prevalencia, tutela y garantía, los principios y valores que dan sustento a una sociedad, además de las normas programáticas que permiten su funcionamiento y pervivencia organizadas. Esta importancia es puesta de manifiesto por Alfonso García Figueroa al identificar tres efectos de la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos, cuando dice que:

---

17 Vid. Ferrajoli, Luigi: Derechos fundamentales y…, p. 4

18 Vid. Ferrajoli, Luigi: Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia. Trad. Greppi, Andrea. Trotta. 2ª ed. Madrid. 2009. p. 16

"(...) por su estructura, los principios constitucionales expanden en grado superlativo su ámbito de influencia, lo que se refleja en el orden jurídico por lo que Alexy denomina la "*omnipresencia de la constitución*", la cual se refleja en lo que el Tribunal constitucional Alemán ha llamado "*efecto de irradiación*" por el que la interpretación de todo el ordenamiento jurídico debe someterse a los principios constitucionales.

Un segundo efecto incide sobre la aplicación del Derecho, pues a virtud de los principios constitucionales se ve ampliada la aplicabilidad del sistema jurídico a tal grado que nada queda fuera de su calificación deóntica. Finalmente, en el aspecto funcional los principios constitucionales llevan a una forma distinta de aplicar el derecho bajo el estandarte de la ponderación, ejercicio que necesariamente remite "a un razonamiento jurídico complejo, cuyas premisas van más allá del Derecho legal y cuya aplicación no responde propiamente al esquema subsuntivo de la aplicación del Derecho como se había concebido tradicionalmente (...)."[19]

Este mismo autor, en un trabajo conjunto con Marina Gascón Abellán, señalan, en referencia al pensamiento de Robert Alex, y que este "sostiene que "principio" es un concepto deontológico y "valor" es un concepto axiológico: "(...) Lo que en el modelo de valores es prima facie lo mejor, es, en el modelo de los principios, prima facie, debido". Un principio es una norma, una guía del comportamiento humano. Un valor es un criterio que determina la bondad de algo en relación con tal criterio (...)."[20]

Una vez más acudimos a Ferrajoli para encontrar que en este tipo de sistemas los jueces están

"(...) siempre sometidos a la ley, pero solo a la ley considerada constitucionalmente válida, al ser llamados a inaplicarla o a denunciar su inconstitucionalidad ante los jueces constitucionales, cuando la

19 Vid. García Figueroa Alfonso: La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo, en Neoconstitucionalismo(s). Miguel Carbonell, (coord.). Trotta. Madrid. 2003. pp. 165-166

20 Vid. Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Alfonso J.: La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales. Palestra. Lima. 2003. p. 259.

estimen constitucionalmente inválida [21]. Y sostiene que uno de los principales factores de crisis del constitucionalismo actual se verifica cuando las autoridades violan con su actuar las garantías previstas por la constitución, entiéndase, los derechos fundamentales (...)."[22]

Hasta aquí creo que es pacífico afirmar que el resultado que arroja este breve análisis habla de la absoluta necesidad de hacernos con las herramientas filosóficas de la lógica y la argumentación y profundizar en su conocimiento, pero ese no es el objeto de este trabajo, de modo que dejémoslo como reto pendiente para quien quiera asumirlo. Por mi parte, yo he dedicado a ello la última década de mi vida y hoy me he animado a preparar el trabajo que presento, bajo las siguientes características: se trata de una recopilación de los que considero los criterios más novedosos y relevantes que he presentado en mi trabajo como auxiliar en la impartición de justicia, que van del año dos mil dieciséis a la fecha en que redacto estas líneas y se trata de ideas que formaron el núcleo duro de resoluciones que fueron legamente emitidas por la Segunda Sala Penal del Supremo Tribunal de Justicia del estado de Guanajuato, es decir, se trata de la recopilación de respuestas jurídicas a casos reales que tuvieron un impacto determinado en la sociedad.

Vayamos ahora con un par de necesarias acotaciones.

Se trata, como dije, de casos reales resueltos por un tribunal de apelación, de modo que apodícticamente implican la revisión de posturas encontradas expuestas por fiscales, defensores y jueces, cuyo resultado fue la declaración de la corrección o incorrección de lo planteado por aquellos o lo decidido por éstos últimos. El objetivo del trabajo no es exhibir a ningún operador ni mucho menos hacer una crítica denostante de su trabajo, pero en la mayor parte de los casos fue inevitable señalar lo que se corrigió y las razones por las que se hizo.

En segundo lugar, la intención tampoco es la de proponer como *la única respuesta correcta* la que se refleja en cada caso. Más bien

21 Vid. Ferrajoli, Luigi: La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político, trad. Andrés Ibañez, Perfecto. Trotta. Madrid. 2014. p. 59

22 Vid. Ferrajoli, Luigi: La democracia a través de…, p. 135

he querido compartir la forma en que he propuesto la variedad de argumentos que presento, porque me parece que a partir de ellos es posible construir herramientas argumentativas, esas sí universalizables, que nos permitan responder con solvencia a todo tipo de problemas jurídicos. Lo reconozco, la intención es bastante ambiciosa, pero si algo útil puede extraerse de este trabajo, es justamente eso.

En esta tesitura, el lector va a encontrar 50 casos que se han identificado con un breve enunciado que hace referencia al problema que se resolvió o al tema que se desarrolló. En la medida que fue posible suprimí los datos que pudieran identificar los asuntos, y busqué elevarlos al máximo nivel de abstracción. No se trata en estricto sentido de un trabajo de investigación, pero aun así, al final he incluido las fuentes de información que incorporé también en los proyectos.

No resta sino agradecer al magistrado propietario de la Segunda Sala Penal del Supremo Tribunal de Justicia del estado de Guanajuato, Maestro José de Jesús Maciel Quiroz; al titular de la Unidad Académica de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Judicial del Poder Judicial del estado de Guanajuato, Doctor en Derecho Gilberto Martiñón Cano y al magistrado Presidente del Supremo Tribunal de Justicia del estado de Guanajuato, Maestro Héctor Tinajero Muñoz, por su decidido e incondicional apoyo para este trabajo. Y también menciono un agradecimiento especial al mago de la edición que se ha encargado de darle presencia a todos los trabajos que he presentado en la Unidad Académica de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Judicial del Poder Judicial del estado de Guanajuato, y que no ha parado en mientes para brindarme valiosos consejos que han pulido mis trabajos, me refiero al licenciado Rafael Rosado Cabrera.




CRITERIO 1

Caso 1.- El juez imparcial.
Toca 37/2016-O

El interés del asunto que abre esta reseña me pareció interesante debido a que en él, el juzgador que presidió la audiencia inicial fue recusado por la fiscalía bajo el argumento de que se condujo con parcialidad en una audiencia anterior. Lo cierto es que de la revisión que se realizó de dicha audiencia no se encontraron fundados los motivos de la recusación, pero aun así se decidió separar al juez del conocimiento del asunto por la actitud que asumió al momento en que se le planteó su recusación. Veamos lo que sucedió.

Una persona en calidad de imputada fue puesta a disposición de dicho juez por haberse cumplimentado orden de aprehensión en su contra, y ante la pretensión del ministerio público de, entre otras cosas, formular imputación en su contra y solicitar su vinculación a proceso. En esa audiencia se solicitó la duplicidad del plazo constitucional por parte de la defensa y se verificó el desahogo de medios de prueba ante el juzgador, lo cual fue un tanto accidentado debido al desarrollo mismo de la audiencia conforme a lo que cotidianamente ocurre con la interposición de objeciones de las partes.

Debe decirse, en ejercicio de objetividad, que en ciertos momentos el juez se vio más bien consecuente con la actuación de la defensora, pero no se advirtió que fuese necesario requerir al inculpado sobre la necesidad de que le asistiera alguien diverso; pues no se vulneró ningún derecho ni del inculpado ni de la ofendida indirecta con lo anterior, pues no se favoreció ilegalmente al inculpado ni a su defensa.

El problema que aquí analizamos comenzó cuando el juzgador empezó a considerar los datos de prueba que fueron sometidos a su consideración, específicamente en el apartado de la probable responsabilidad del inculpado, pues durante sus razonamientos de forma muy evidente pecó de sarcástico, abusó de la ironía, y en todo momento el tono de su discurso fue ácido, hacia la fiscalía y el testigo de cargo cuya entrevista analizó. Y aunque en la audiencia lo negó, lo cierto es

que utilizó frases para referirse al testigo como las siguientes: *"Yo no le creí"; "este señor dijo mentiras"; "Yo no sé de dónde sacó eso Tulio", "¿Dónde estaba Vetia? Solo él sabe"* y *"eso no es verdad"*.

Sumado a lo anterior, abrió esta parte de su razonamiento diciendo que aplaudía al ministerio público "*por las ganas que le echó para demostrar el hecho*", pero que su testigo estaba "*que no se creía de lo que estaba diciendo*". Luego de hacer énfasis, nuevamente con bastante ironía, sobre las inconsistencias que encontró en el dicho de ese testigo, terminó resolviendo que, siendo testigo único, no era suficiente para establecer la probable responsabilidad del imputado en el hecho que se le atribuyó. En un ejercicio de objetividad, fuera de las situaciones que se acaban de anotar, el análisis de la declaración fue completo, exhaustivo y razonado de modo adecuado, pero el tema es que el tono que utilizó el juez no fue acorde con el que un juzgador objetivo e imparcial debe utilizar. Aun cuando la decisión no adolezca de falta de objetividad, un discurso dirigido desde la palestra judicial en ese tono siempre deja cierta impresión de una carga de emotividad en quien resuelve adversa a la parte que no beneficia.

Además, luego de haber decretado la no vinculación a proceso, el juez felicitó a la defensora por la forma en que se hizo cargo de la carpeta de investigación, hizo crítica de sus defectos en el manejo de las técnicas de litigación, e incluso la aconsejó sobre cómo superarlos. De esta parte de la audiencia hay que destacar dos cosas: la actitud de la defensora al escuchar el veredicto favorable, y por otro lado, en esa parte de la audiencia, la ofendida ya estaba llorando visiblemente y el juez, usando un tono paternalista, le señaló que el asunto no terminaba ahí, pues el ministerio público estaba en posibilidad de continuar la investigación, y que se estuviera tranquila.

Este trato propició que cuando la ofendida indirecta y su asesora victimal supieron que era este juez quien iba a tener a su cargo una nueva audiencia de formulación de imputación y vinculación a proceso sobre los mismos hechos, decidieran solicitar al ministerio público que planteara la recusación de que aquí se trata. Y este es precisamente el tema que dio pie a separar al juez del conocimiento del asunto, pero no porque se hubieran declarado prosperantes las razones por las que

fue recusado, sino porque con la actitud que asumió luego de que fue planteada la recusación dejó claro que no podía seguir haciéndose cargo de este asunto. Veamos por qué.

Al iniciarse la audiencia, el ministerio público solicitó el uso de la voz para exponer lo atinente a su recusación y manifestó, a esos fines, que consideraba que el juez tenía un conocimiento viciado del asunto por haber dicho en la audiencia de vinculación a proceso llevada a cabo anteriormente, que el testigo de cargo que soportaba la probable responsabilidad del imputado mentía; que fue displicente con la defensora porque dejó que su testigo contestara sus preguntas aun cuando ya se había calificado una objeción hecha valer, y que cuando no vinculó a proceso al inculpado y la ofendida lloraba, felicitó a la defensora por haberse hecho cargo de la carpeta de investigación, por lo que consideraba que había parcialidad de su parte y que tenía un interés directo en el asunto.

Durante el transcurso de esta exposición, el juez interrumpió al fiscal en dos ocasiones para amenazarlo explícitamente con multarlo si lo llamaba parcial, y ahí comenzó a perder el control. Al terminar la exposición del fiscal, el juez se dirigió a la defensora para preguntar si tenía alguna manifestación, y el fiscal le solicitó que antes de hacerlo se sirviera conceder el uso de la voz a la ofendida y a la asesora victimal, lo que al parecer molestó al juez al grado de que al fiscal le cuestionó *"¿lleva usted la audiencia o la llevo yo?"*; enseguida y como sea, el juez le concedió el uso de la voz a la ofendida, y cuando esta expresó sus razones para solicitar la recusación, se dirigió a ella para decirle si la había ofendido. Después, sarcásticamente, le pidió permiso al fiscal para conceder el uso de la voz a la defensora, hecho ante el que el fiscal permaneció sereno, pero la defensora agradeció, también sarcásticamente, al fiscal por permitirle hacer uso de la voz.

Cuando la defensora concluyó, el juez inició una disertación justificatoria de la generalidad de sus decisiones refiriendo que han sido revisadas por la alzada y en amparo, y que nunca nadie le ha llamado la atención por aplaudir o felicitar a las partes, para luego continuar confrontando al fiscal y a la víctima indirecta discutiendo temas propios de la decisión de su recusación, como era la justificación de que no actuó

de manera parcial. Empero, decidió continuar la audiencia y resolver la situación jurídica del inculpado, cuestión de urgente resolución, para hacerse cargo después de la recusación planteada.

Cuando retomó el tema, preguntó al fiscal y a la ofendida si persistían en la recusación, a lo que respondieron de manera positiva, ante lo cual el juez determinó que para no dar trámite a la recusación él mismo se excusaba y dijo "*yo mismo voy a determinar esta situación*" y enseguida reiteró que no le iba a dar trámite a la recusación pues tendría que mandar la audiencia y rendir un informe en el que él tendría la posibilidad de defenderse. Luego afirmó categóricamente que él no advertía ningún tema de excusa o recusación que tuvieran fiscal y ofendida a su favor y que iba a hacer una determinación para evitar el tema de la recusación y manifestó que las pruebas ofrecidas por el fiscal consistentes en las declaraciones testimoniales no tenían sentido, pues "*está el video"*; y volvió a afirmar que pese a que él no encontraba ninguna causa de excusa, "*les iba a hacer caso"* y ya no iba a intervenir en el asunto, y luego acordó quién debía continuar conociendo del mismo, al señalar que en esa sede había cuatro jueces, dos mujeres y dos hombres, por lo que continuarían interviniendo en él dos mujeres y un hombre, pero él ya no, e insistió una vez más en que no tenía ninguna causa de impedimento.

Lo que así se acaba de exponer deja de manifiesto dos cuestiones de enorme relevancia; la primera, atinente al derecho de la ofendida al acceso a la justicia impartida por un juez imparcial. En este asunto el juez perdió todo viso de serenidad y cordura –y con ello toda capacidad de objetividad – al grado de, como ya se dijo, despreciar las formalidades legales para no dar curso a la recusación. Confrontó en todo momento a la ofendida y al ministerio público justificando ante ellos argumentativamente que no había actuado con parcialidad, e incluso amenazó a este último con multarlo cuando estaba ejerciendo un derecho procesal de modo legítimo: el recusarlo, por la causa que haya sido.

En este sentido debe decirse que el juez no tenía facultad legal de coartar el planteamiento del ministerio público mediante la amenaza por el simple hecho de que se le tildara de parcial, pues es una potestad procesal de las partes que se sientan afectadas por una situación de esa

naturaleza la de recusar al juzgador en quien consideran se actualiza, máxime cuando existen razones por las que el fiscal, la ofendida e incluso la asesora victimal pudieron pensar eso, como fue el tratamiento que les dio a las partes en una audiencia anterior en el punto de donde derivó lo que aquí ha sido analizado.

Es decir, el juzgador incurrió en un manejo inadecuado de la audiencia, lo que dio pie a que fiscal y ofendida pensaran e incluso llegaran a afirmar que tenía un interés directo en el asunto y que se estaba conduciendo con parcialidad. Aquí es donde inciden directamente los defectos personales que evidenció el juzgador en la primera audiencia, pues el haber conducido el discurso jurisdiccional en el tono en que lo hizo, propició que la ofendida se sintiera agredida en su dignidad.

En la sentencia que resolvió este asunto, se señaló enfáticamente al juez que en el ejercicio de su función no se encontraba en aptitud de calificar la actuación de las partes en el proceso, pues no existe ningún fundamento legal para aplaudir o felicitar ni para criticar y aconsejar a las partes, dado que al asumir esa postura se pierde toda objetividad. Al actuar de esa manera, el juez soslayó que tenía en sus manos el deber, la obligación y la responsabilidad de resolver conflictos jurídicos de índole penal de manera objetiva e imparcial.

A la objetividad fue precisamente a la que faltó cuando dejó que la cólera triunfase en la segunda audiencia al momento de hacerse cargo de la recusación planteada, pues fue tal que lo llevó a soslayar lo dispuesto por los artículos 52, fracción III, de la ley orgánica del poder judicial del estado en relación con los diversos 38, 41 y 42 del código nacional de procedimientos penales, al decidir, fuera de todo fundamento legal, que no daría trámite a la recusación, y que él mismo resolvería esa situación determinando que, aun cuando no encontraba ninguna causa para hacerlo, se excusaba; incluso designó a los jueces que habrían de seguir conociendo del asunto.

Con ello, a más de apartarse de las específicas disposiciones que ordenan el trámite a una excusa o una recusación, reducido esquemáticamente a la obligación del juzgador que se excusa o que es recusado de remitir a la alzada las constancias pertinentes para que se resuelva la excusa o recusación, arbitrariamente la resolvió él mismo;

pero lo más grave: con ello denegó el acceso a la justicia a la ofendida y al fiscal al no darle trámite legal a una petición legalmente planteada.

El hecho de que al final del día se hubiera remitido a la segunda instancia la recusación para su sustanciación, no superó la omisión del juez en el cumplimiento de las obligaciones previstas por los artículos 1º, párrafos primero a tercero y 17, segundo párrafo de la constitución federal, en estrecha relación con los numerales 7, fracción II, 113, fracción IX, 213, fracción II, 214, fracción I, de la ley orgánica del poder judicial del estado, pues con su actuar vulneró los derechos humanos de la ofendida indirecta al haberle denegado el acceso a la justicia impartida por un juez imparcial, al no haber cumplido con su obligación legal de dar trámite a la recusación que le fue planteada.

Ante este cuadro procesal, resultó claro que el juez no podía seguir conociendo ni interviniendo en la causa seguida en contra del imputado, pues fue tan evidente su actitud de desacuerdo con quienes le recusaron que existe la presunción fundada de que no se conduciría con imparcialidad en las decisiones que pudiera tomar en este asunto. Para el magistrado que resolvió fue pacífico afirmar que un juzgador que llega al grado de despreciar las formalidades legales del procedimiento no es garantía de objetividad e imparcialidad.

Por esta razón, con fundamento en el artículo 17, segundo párrafo, de la constitución federal, 36 y 42 del código nacional de procedimientos penales, se declaró impedido al citado juzgador para seguir conociendo del asunto.

Por mor de objetividad, no puedo dejar de referir que en el informe rendido por el funcionario recusado este describió esquemáticamente los pasos que siguió el asunto hasta llegar a la resolución de la recusación, e insistió categóricamente en que no tenía ningún interés directo en la causa que persiguiese favorecer a la defensa. Y le asistía la razón. Empero, lo cierto es que de haberse conducido con serenidad y objetividad en el trámite de la recusación, esta no habría prosperado, pues lo cierto es que fuera de los defectos en su forma de conducir la audiencia, no hay ningún motivo para declarar que tuviera un interés directo o que se hubiera conducido con parcialidad.

Sin embargo, se dejó claro que la razón por la que se le separó del conocimiento de la causa fue porque en la audiencia en la que resolvió el tema de la recusación planteada, perdió a tal grado los estribos que ya no se podía confiar en que realizase su función jurisdiccional con objetividad e imparcialidad, no por haberse conducido con parcialidad en una audiencia anterior. Justo esto obligó a que, en estricto respeto a los artículos 1º, párrafos primero y tercero, y 17, párrafo segundo, del pacto federal, se le declarase impedido para seguir conociendo de la causa, con lo que se buscó proteger y garantizar el derecho humano de la ofendida indirecta de acceder a una justicia imparcial.

Bajo estas circunstancias, en la sentencia que resolvió el asunto propuse las que considero las bases que informan el derecho humano de acceso a la justicia impartida por un tribunal imparcial, y al efecto dije que lo primero que hay que traer a colación es que, a fin de asegurar la imparcialidad en las resoluciones emitidas por cualquier titular de un órgano jurisdiccional, en nuestro orden jurídico se han previsto las figuras de impedimentos, excusas y recusaciones, cuyo tratamiento legal se encuentra plasmado en los artículos 36 a 43 del código nacional de procedimientos penales.

Estas causas, filosóficamente, tienen su génesis en dos cuestiones incontrovertibles: todos los titulares de los órganos jurisdiccionales son seres humanos, y en consecuencia, todos están expuestos a dejarse llevar por sus pasiones y emociones. Las causas de impedimento buscan paliar esa realidad proponiendo un catálogo de situaciones en las que, normativamente, es posible presumir que un juzgador está en riesgo de no conducirse con imparcialidad, y de ello es reflejo el contenido del artículo 37 del código antes fue invocado.

"(...) Artículo 37. Causas de impedimento

Son causas de impedimento de los jueces y magistrados:

I. Haber intervenido en el mismo procedimiento como ministerio público, defensor, Asesor jurídico, denunciante o querellante, o haber ejercido la acción penal particular; haber actuado como perito, consultor técnico, testigo o tener interés directo en el procedimiento;

II. Ser cónyuge, concubina o concubinario, conviviente, tener parentesco en línea recta sin limitación de grado, en línea colateral por consanguinidad y por afinidad hasta el segundo grado con alguno de los interesados, o que este cohabite o haya cohabitado con alguno de ellos;

III. Ser o haber sido tutor, curador, haber estado bajo tutela o curatela de alguna de las partes, ser o haber sido administrador de sus bienes por cualquier título;

IV. Cuando él, su cónyuge, concubina, concubinario, conviviente, o cualquiera de sus parientes en los grados que expresa la fracción II de este artículo, tenga un juicio pendiente iniciado con anterioridad con alguna de las partes;

V. Cuando él, su cónyuge, concubina, concubinario, conviviente, o cualquiera de sus parientes en los grados que expresa la fracción II de este artículo, sea acreedor, deudor, arrendador, arrendatario o fiador de alguna de las partes, o tengan alguna sociedad con éstos;

VI. Cuando antes de comenzar el procedimiento o durante este, haya presentado él, su cónyuge, concubina, concubinario, conviviente o cualquiera de sus parientes en los grados que expresa la fracción II de este artículo, querella, denuncia, demanda o haya entablado cualquier acción legal en contra de alguna de las partes, o cuando antes de comenzar el procedimiento hubiera sido denunciado o acusado por alguna de ellas;

VII. Haber dado consejos o manifestado extrajudicialmente su opinión sobre el procedimiento o haber hecho promesas que impliquen parcialidad a favor o en contra de alguna de las partes;

VIII. Cuando él, su cónyuge, concubina, concubinario, conviviente o cualquiera de sus parientes en los grados que expresa la fracción II de este artículo, hubiera recibido o reciba beneficios de alguna de las partes o si, después de iniciado el procedimiento, hubiera recibido presentes o dádivas independientemente de cuál haya sido su valor, o

IX. Para el caso de los jueces del Tribunal de enjuiciamiento, haber fungido como juez de control en el mismo procedimiento (...)."

Por esta situación la legislación prevé dos instrumentos para apartar a un juez del conocimiento de un asunto porque, al hallarse bajo cualquiera de estas circunstancias, se corra el riesgo de que no lo resuelva con apego a Derecho: hablamos de la excusa y la recusación. Operativamente, por lo que hace a la primera figura, nos encontramos frente al supuesto en que es el propio juez el que encuentra y reconoce que se ubica en cualquiera de los supuestos que le impiden conocer de un asunto por hallarse en riesgo su imparcialidad, y por tal motivo decide voluntariamente dejar de conocerlo; cuando hablamos de la segunda figura, el juez no ha detectado la causa de impedimento, o habiéndolo hecho, no se excusa del conocimiento del asunto, por lo que son las partes procesales quienes solicitan que deje de conocerlo.

Bien, volviendo al tema del catálogo de causas de impedimento, tenemos que ínsito en los supuestos que contempla subyacen dos situaciones subjetivas específicas del juez por las que puede perder la imparcialidad: la animadversión que puede sentir por alguna de las partes; o bien, el franco favorecimiento por alguna de ellas. El principio que informa entonces la norma de acceso a la justicia impartida por juez imparcial, contenida en el artículo 17 de la constitución federal, podría enunciarse pacíficamente del siguiente modo: derecho del justiciable a que el asunto que someta a conocimiento de cualquier juez o en el que contienda jurídicamente como parte, no sea resuelto por uno que sienta franca enemistad en su contra, o tenga franco favorecimiento por su contraparte.

Lo anterior conforma el cuadro constitucional y legal en el que podemos enmarcar las causas de impedimento de un juzgador para conocer de un determinado asunto, partiendo del principio que asegura como derecho humano lo anterior. Pero el análisis no se agota aquí. Pasemos ahora a considerar las características personales necesarias de los juzgadores en general que les permiten la imparcialidad. Para asumir la delicada tarea de resolver sobre los destinos de la libertad o el patrimonio –o de ambos– de sus cogobernados, el juez debe tener en cuenta, en primer lugar, que no es ninguna entidad superior al resto de los ciudadanos; apenas es uno a quien se le ha encomendado la labor de resolver los conflictos que nacen en el seno de la sociedad,

lo que sin duda implica una de las más altas responsabilidades a nivel social, pero de ninguna manera un escaño superior del juez en relación con el resto de los gobernados. En esta tesitura, el juzgador es un instrumento propiciador del orden y la paz sociales.

Como tal, entonces, debe ser el primero en el que manden la serenidad y la cordura, e incluso, si me lo permiten, de modo no menos importante, la humildad, entendida como esa virtud que consiste en el conocimiento de las propias limitaciones y debilidades, y en obrar de acuerdo con este conocimiento, y que materialmente podemos traducir en la ausencia de soberbia, propia de los sujetos modestos, que no se sienten más importantes o mejores que los demás, independientemente de cuán lejos hayan llegado en la vida.

Serenidad, cordura y humildad deben ser, pues, el norte que guíe el actuar de cualquier juzgador estatal, pues una persona serena no adolece de ninguna turbación moral, y quien es cuerdo, actúa con sensatez, prudencia y buen juicio, lo que sumado a considerarse al mismo nivel de quien se juzga, permite la objetividad y la imparcialidad en grados superlativos. Y aquí nos encontramos con una característica más que debe revestir el ánimo del juez: la objetividad, que no consiste en otra cosa, en el contexto en que disertamos, sino en apreciar el asunto del que se conoce con independencia de la propia manera de pensar o de sentir.

Si falta en el juez cualquiera de las calidades recién enunciadas o si adolece de los estados anímicos planteados al principio, nos encontraremos frente a un juez que pone en riesgo la impartición de justicia imparcial, por lo que debe separarse o ser separado del conocimiento del asunto.




CRITERIO 2

Caso 2.- Distinción entre dolo indirecto y dolo eventual. Toca 30/2016-O

En este asunto, el debate del recurso se centró en la determinación de índole teórico asumida por la juez natural, en el sentido de haber declarado que en este asunto se actualizó la figura del "dolo indirecto" o "dolo eventual". El ministerio público, en sus agravios dijo, en esencia, que lo anterior es incorrecto, pues basta analizar los datos de prueba que expuso para concluir que el procesado tuvo conocimiento en todo momento de la agresión que perpetró, así como voluntad de realizarla con toda la intención de privar de la vida al agraviado; postura en la que en esencia coincidió el asesor jurídico victimal, quien precisó por qué resultaba ilógico pensar que el procesado no pudo tener la intención perfecta de privar de la vida al fallecido a la luz de las lesiones que este presentó y el arma que se utilizó, y agregó que la juez incurrió en una inconsistencia teórica al identificar dolo indirecto con dolo eventual.

El defensor público del imputado, al contestar los agravios, señaló, en esencia, que se adhería a la postura de la juez natural, debido a que no existía ningún dato de prueba que sirviera a los fines de sustentar que su representado actuó con la intención directa de privar de la vida al pasivo, y que no era posible tampoco sostener que su representado traía consigo un cuchillo con la intención de privar de la vida al pasivo al no existir dato de prueba que así lo estableciera, y por ello no se podía hablar de dolo directo en la conducta que se le atribuyó.

En la resolución apelada se consideró que hubo dolo eventual porque no se advirtió que el imputado hubiera

> "(…) querido privar de la vida, sino que precisamente sabedor y conocedor que al utilizar un arma altamente lesiva como lo es un cuchillo de esas dimensiones sobre una parte tan endeble del cuerpo humano como lo son las costillas o el tórax, pues podía representarse que con esa conducta mínimo podía lesionarlo,

yendo su conducta entonces más allá, puesto que efectivamente lo lesionó pero con esta lesión le generó la muerte, por ello que el inculpado no actuó bajo un dolo directo, sino bajo un dolo indirecto o conocido por la doctrina como un dolo eventual (…).”

Bajo este marco, lo primero que resultó necesario hacer fue una aclaración teórica. Autores como Claus Roxin,[23] Günther Jakobs[24] y Santiago Mir Puig[25] distinguen tres tipos de dolo: el llamado directo o de primer grado, que identifican con la intención directa del autor de un delito de conseguir un resultado; el dolo indirecto, de segundo grado o de consecuencias necesarias, en el que el resultado que se obtendrá no es el directamente querido o perseguido por el activo, pero inevitablemente sobrevendrá, de tal suerte que también lo acepta en el curso de consecución del que directamente persigue; y el dolo eventual, en el que un resultado distinto al directamente perseguido es posible, su realización es eventual, es decir, puede ocurrir, pero también puede que no se dé. Empero, en la persecución de su objetivo principal, el sujeto activo lo acepta en esos términos, es decir, como de posible verificación. Así tenemos, pues, que, desde el punto de vista teórico, el dolo eventual no se identifica con el dolo indirecto.

Luego, en la primera instancia, en un primer momento procesal, se estableció que la intención del activo habría sido única y exclusivamente la de golpear las costillas o el pecho del pasivo, sabiendo que con ello le podía acarrear un daño a la salud, bajo la idea que ese daño podía ser de mayor entidad, como así ocurrió, resultado que el activo no quería, pero aceptó. Sin embargo, se contó con información consistente en un informe pericial en materia de necropsia, donde se plasmó que el pasivo presentó fractura en los arcos costales sexto y séptimo, pues tenía fracturadas las costillas

23 Cfr. Roxin, Claus: derecho penal. Parte General. T. I. Ed. Thomson Reuters. Madrid. 2008. pp. 414-430

24 Cfr. Jakobs, Günther: derecho penal. Parte General. Marcial Pons. 2ª ed. corr. Madrid. 1997. pp. 321-334

25 Cfr. Mir Puig, Santiago: derecho penal. Parte General. 9ª ed. Reppertor. Barcelona. 2011. pp. 267-276

en el sitio por el que entro el instrumento que le causó la lesión que, a la postre, le arrebató la vida. Y la herida que produjo esta consecuencia fue definida como penetrante provocada por instrumento punzocortante.

A partir de esto, la Sala resolvió que si el activo agredió con un cuchillo al pasivo, instrumento que por su propia naturaleza presenta un alto potencial lesivo utilizado como arma; si le golpeó en el costado izquierdo con tal fuerza que incluso le fracturó dos costillas y a causa de ello le incrustó ese cuchillo causando graves daños en el pulmón izquierdo incompatibles de suyo con la vida –cosa que cualquier hombre de mediana inteligencia entiende– entonces no era dable concluir que no era su intención matar al pasivo; es decir, que no haya actuado con la intención directa de privarlo de la vida, pues los actos que desplegó fueron los perfectamente idóneos para ese fin. Es decir, que como sostuvieron los apelantes, la conducta atribuida al imputado estuvo matizada de dolo directo.


CRITERIO 3

Caso 3. Uso del lenguaje.
Toca 31/2016-O

En este asunto se plasmaron razones por las que no era jurídicamente válido tener a la fiscalía apelando el tema de la medida cautelar en una audiencia inicial, debido a que, en la parte liminar de sus escritos de apelación estableció:

> "(…) vengo a interponer recurso de APELACIÓN en contra de la decisión asumida por el juez de control para decretar AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO por el delito de ROBO CALIFICADO EN GRADO DE TENTATIVA… y por ende NO CONCEDER LA MEDIDA CAUTELAR DE PRISIÓN PREVENTIVA (…)"

La sala consideró que no es lo mismo señalar que se recurre una decisión (la que vinculó a proceso al inculpado) y mencionar una de sus consecuencias (la no imposición de una medida cautelar); que señalar que se recurren tanto la decisión de haber vinculado a proceso como la de no haber impuesto una medida cautelar en los términos en que esto se produjo. Y desde luego que las distintas formas de expresar lo que se acaba de decir no pueden producir los mismos efectos jurídicos. Es decir, no es jurídicamente procedente resolver sobre los agravios que una parte procesal expresa en relación con una determinada decisión, cuando dicha parte ni siquiera cumplió con la formalidad de inconformarse con ella.

Esto dio pie para que la sentencia precisara que el Derecho, en su interpretación y aplicación, consiste en un ejercicio comunicacional; es decir, se aplica, se vivifica, nace al mundo de relación social mediante actos de comunicación o actos de habla, que, para efectos de precisión, podemos identificar como actos locutivos, ilocutivos y perlocutivos.[26] Un acto locutivo se traduce en la mera expresión de un enunciado en una secuencia gramatical estructurada y con un sentido determinado; un acto

26 Cfr. Centro virtual Cervantes: Acto de habla. Recurso digital disponible en http://cvc.cervantes.es/ensenanza/biblioteca_ele/diccio_ele/diccionario/actodehabla.htm consultado el 21 de noviembre de 2025

ilocutivo, además de lo anterior se caracteriza por reflejar la intención que pretende transmitir su emisor; o sea, quien lo expresa persigue un fin determinado a alcanzar mediante el ejercicio comunicacional. Finalmente, el acto perlocutivo se traduce en la reacción provocada en el receptor a virtud del acto ilocutivo, de tal suerte que este se perfecciona cuando el emisor alcanza la finalidad perseguida que se refleja en el receptor.

Lo anterior es importante porque en la actuación del Derecho sus operadores y las personas a quienes va dirigida la norma, constantemente verifican actos ilocutivos y perlocutivos, pues cuando los justiciables sostienen una pretensión ante los jueces, lo hacen utilizando actos de habla que llevan implícitos una finalidad: la de que se tutele su pretensión; a su vez, los órganos jurisdiccionales, al emitir sus resoluciones, también acuden al uso constante de este tipo de actos de habla, pues persiguen la finalidad de que las partes procesales, o un tercero, asuman una determinada conducta procesal, la que incluso, en algunos casos, su incumplimiento acarrea consecuencias jurídicas negativas para el contumaz.

De aquí la enorme relevancia de la precisión y claridad que deben existir en los enunciados por medio de los cuales se comunican los actos procesales de parte del órgano jurisdiccional a las partes en un juicio y viceversa. Tan importantes son que justamente en su apreciación va en juego la certeza, la seguridad jurídica de los contendientes, y con ellas el destino de su libertad o su patrimonio, en sentido lato.

Si una parte procesal no expresa de modo claro y preciso sus pretensiones, mal podrán ser recogidas por la autoridad; y si un órgano jurisdiccional no es claro en sus resoluciones, las partes quedan en absoluto estado de indefensión, pues es precisamente a partir de lo que se expresa en las resoluciones, y a virtud del principio constitucional de seguridad jurídica, que lo en ellas plasmado es lo único que puede producir determinadas consecuencias jurídicas dentro del proceso. Solo lo que se plasma en el pronunciamiento produce en el mundo jurídico derechos u obligaciones generados por la decisión judicial, y estas se generan siempre a partir de lo que ponen en conocimiento las partes, así como de lo que producen en el proceso.




CRITERIO 4

Caso 4.- Abusos sexuales y no exhibicionismo sexual. Toca 39/2016-O

En la audiencia de este asunto la ofendida narró que entre los meses de mayo y junio de dos mil dieciséis se verificaron cinco episodios en los que el inculpado le hizo tocamientos en los glúteos, la vagina, lamió sus senos e incluso frotó su órgano genital contra su zona anal; en uno de ellos el activo se desnudó e hizo que la pasivo realizara movimientos masturbatorios en su persona, y en otro, el activo le retiró su short a la pasivo y frotó su pene en su zona anal.

El juez concluyó que aconteció en perjuicio de la ofendida el hecho que la ley señala como delito de abusos sexuales, previsto por el artículo 187, segundo párrafo, en el supuesto de que la víctima no pudo resistir la conducta del pasivo debido a que padece retraso mental. La representante legal de la ofendida se inconformó con esa decisión y sostuvo que en estos hechos se actualizó la conducta de corrupción de menores prevista en los artículos 201, inciso f) y 205, Bis, inciso e) del código penal Federal, y que al haberse desnudado el activo frente a la menor también se actualiza la conducta de exhibicionismo sexual prevista en el artículo 236-a del código penal del estado.

Respecto al primer punto, se le dijo que la agente del ministerio público formuló imputación con base en el artículo 187 del código penal Estatal en razón de que, en términos de los artículos 50, fracción I de la ley orgánica del poder judicial de la Federación, en relación con el diverso artículo 20, fracciones I y II del código nacional de procedimientos penales, la conducta típica atribuida al inculpado debe ser conocida por un juez del fuero común y en términos de la legislación de dicho fuero, al no tratarse de un delito federal del que deban conocer los juzgados federales. Ello excluye la aplicación de los preceptos del código penal Federal invocados por la inconforme.

Y así es. El artículo 50 de la ley orgánica del poder judicial de la Federación establece en su fracción I el catálogo de los delitos de que deben conocer los juzgados federales, entre los que no se encuentra el

previsto y sancionado por los artículos 201, inciso f) y 205, Bis, inciso e) del código penal Federal; lo que implica que estos tipos penales sean de conocimiento de un órgano jurisdiccional del fuero común competente para conocerlos. Ello se desprende de una interpretación sistemática de los artículos 4º y 10 del Código Federal de Procedimientos Penales, donde se establece que serán competencia del fuero común todos aquellos delitos que no tengan calidad de delito federal.

Si lo anterior es así, la sistemática jurídico-penal obligaría a buscar el equivalente al artículo 201, inciso f) del código penal Federal en nuestra Codificación Sustantiva Penal; y al hacer este ejercicio encontramos que la conducta descrita en aquel ordenamiento es exactamente la misma que tipifica el artículo 236-a del código penal Guanajuatense.

Así, las conductas que la recurrente pretendió que se atribuyeran al imputado y formaran parte de los hechos señalados por la ley como delito, establecidos en el auto de vinculación a proceso dictado en su contra, en principio, se identifican y son las que constituyen el delito de exhibicionismo sexual. Ahora bien, en este asunto se consideró que el delito de exhibicionismo sexual no nació a la vida jurídica.

Lo anterior porque el tipo penal previsto por el artículo 236-a del código penal de Guanajuato exige un dolo especial radicado subjetivamente en el propio acto de la exhibición; es decir, el fin lascivo se persigue y se alcanza con la sola exhibición de índole sexual y esta es la que se reprocha. De modo que si una persona se despoja de sus prendas hasta quedar desnudo, pero con una intención que trasciende el solo acto de mostrar el cuerpo desnudo, como puede ser precisamente la de llevar a cabo un acto de naturaleza sexual con o sin la intención de llegar al ayuntamiento carnal, aquel tipo penal ya no se actualiza.

Y eso es precisamente lo que se encontró en este asunto, pues los datos de prueba que analizó el juez indicaron, no que el activo hubiera tenido la intención de mostrarse ante la ofendida en su desnudez para alcanzar placer sexual, sino que lo hizo con la intención de que la pasivo ejecutara sobre su persona un acto de naturaleza sexual sin intención de llegar a la cópula. Por esa razón es que no se actualiza el delito de exhibicionismo sexual que pretende la recurrente.




CRITERIO 5

Caso 5.- Interpretación del tipo penal de portación de armas prohibidas. Toca 18 /2016-O

En este asunto, el juez decidió no vincular a proceso al imputado. Contra esa decisión, la fiscalía inconforme dijo que dicha decisión derivó de un incorrecto análisis jurídico del asunto, de la inobservancia de reglas procesales y de una incorrecta valoración de los datos de prueba, pues, según afirmó, los aportados bastaban a los fines de establecer el hecho que la ley señala como delito de portación de arma prohibida y la probable responsabilidad del imputado.

Que le agraviaba por incorrecto que el juez hubiera enfatizado que, en términos de lo informado por un perito de la fiscalía, los objetos que fueron recogidos en la detención del inculpado no tenían una función determinada e incluso podían ser utilizados como herramienta; que debió tomar en consideración el contexto de la detención del inculpado, que aconteció en la vía pública, a las diez de la noche, mientras ingería bebidas alcohólicas; que en esas condiciones el sentido común lleva a considerar que los instrumentos de que se trata no podían ser utilizados en actividades laborales o recreativas, sino solo para agredir, y que por su alto potencial para agredir se causó riesgo para la sociedad y la seguridad pública.

Sostuvo que el hecho que ocupa la atención sí era penalmente relevante y la conducta que lo constituyó sí era típica, atendiendo al lugar, tiempo y contexto de la detención y a la naturaleza de los objetos recogidos, los cuales, dadas las características del momento de la detención, no podían ser utilizados para alguna actividad laboral o recreativa sino solo para agredir, por su potencialidad.

En la alzada se consideró que esa postura no se condecía con el paradigma jurídico asumido por la Nación a partir de la reforma constitucional de diez de junio de dos mil once, relativa a la irrestricta tutela de los derechos humanos siempre en busca de la protección más amplia de los gobernados, prevista por el artículo 1º de la constitución

federal, en este caso específico, del previsto por el artículo 14 del pacto federal, en su vertiente de taxatividad de las normas penales.

Veamos, la fiscalía atribuyó al imputado el hecho señalado por la ley como delito de portación de arma prohibida, previsto por el artículo 226 del Código penal, que establece:

> "(...) ARTÍCULO 226. A quien sin la debida autorización fabrique, transmita, compre, porte o haga acopio de instrumentos que solo puedan ser utilizados para agredir y que no tengan aplicación en actividades laborales o recreativas, se le aplicará de tres meses a tres años de prisión y de tres a treinta días multa (...)."

De esta transcripción lo primero que debe llamar la atención –habida cuenta que no se tuvo problema para tener por establecido que el inculpado portaba el veintisiete de marzo de dos mil dieciséis, alrededor de las 22:00 horas y sobre la calle principal de su comunidad dos instrumentos: un cuchillo y una hoja de metal afilada– es la naturaleza típica de los instrumentos, que, atento a lo recién transcrito, consiste en que solo, única y exclusivamente puedan ser utilizados para agredir.

Aquí encontramos la necesidad de acudir al principio de taxatividad de la ley penal en estrecha vinculación al de interpretación más favorable. Recordemos, para fines de precisión, que cuando una norma restringe derechos, desde la perspectiva de la interpretación en clave constitucional, dicha norma debe interpretarse de manera restrictiva; en tanto que cuando los amplía, su interpretación debe verificarse de manera extensiva.

Así, el tipo penal materia de la imputación en ningún sitio estipula que debe tomarse en consideración el horario o el sitio en el que una persona porta un instrumento determinado para, sin más, concluir que por esa razón debe considerarse que no tiene otra finalidad sino la de agredir. Esa interpretación amplía el espectro del tipo penal, que no contempla circunstancias de tiempo, modo o lugar a cuya virtud un objeto pueda tornarse en arma prohibida.

En una época remota, el código penal del estado resolvía la cuestión relativa a la identificación de estos objetos, en su artículo

174, mediante su listado; pero el código en vigor deja abierto este concepto para que el operador de la norma lo integre bajo una única y exclusiva característica: los objetos de este delito deben servir solamente, únicamente, exclusivamente para agredir. Entonces, tomar en consideración el contexto de la detención, para asumir que por esa razón los instrumentos que portaba el aquí inculpado deben considerarse utilizables solo para agredir, equivaldría a interpretar extensivamente la ley penal en perjuicio del inculpado, lo cual está constitucionalmente prohibido.

En conclusión, la portación de cualquier objeto del que no pueda predicarse esta exclusiva característica, simple y sencillamente no encuadra en el tipo penal de que se trata; si a ella vinculamos lo que informó el propio perito de la fiscalía en el sentido de que los objetos encontrados al inculpado en un momento determinado pudieran servir para agredir a alguien, debido a que son objetos puntiagudos y filosos, pero que también podían utilizarse como herramientas, e incluso que no tenían una función determinada, entonces no son la clase de instrumentos a que se refiere como armas prohibidas el artículo 226 del código penal del estado.


CRITERIO 6

Caso 6.- Interpretación del plazo para ofrecer pruebas. Toca 32/2017-O

En este asunto se recurrió la negativa del juez en la admisión de unas pruebas testimoniales ofrecidas por el defensor de un inculpado. El recurrente expuso como agravios, en lo esencial, que la decisión del juez le causaba agravio a su representado porque el juez de control no hizo una interpretación correcta de los artículos 337 y 340 del código nacional de procedimientos penales; que no aplicó el artículo 334 del código nacional, porque el objeto de la etapa intermedia es el ofrecimiento y admisión de pruebas y la depuración de los hechos materia de juicio; y que olvidó que la palabra "podrá" en el artículo 340 de la ley que se ha venido invocando era un derecho optativo para el acusado y su defensor, no una obligación y que el juez la tomó de esa manera.

Ante eso, la Sala consideró que, de acuerdo al artículo 340 del código nacional de procedimientos penales, el acusado y su defensor contaban con un plazo de diez días luego de fenecido el plazo que tiene la víctima o el ofendido del delito para solicitar la coadyuvancia, para ofrecer las pruebas de su intención, sin que así lo hubieran hecho, por lo que las pruebas que ofrecieron de manera extemporánea no eran legalmente admisibles, debido a que el plazo que contempla el citado artículo 340, primer párrafo, fracción II, del código nacional, significa la oportunidad para que acusado y defensor, si así lo consideran, ofrezcan pruebas de su parte.

Esta es una potestad de acusado y defensor, de tal suerte que, si así lo quieren, pueden ejercerla, y si no, simple y llanamente no lo hacen; es decir, la ley no los obliga de ninguna manera a ofrecer pruebas, el ejercicio de ese derecho queda a la consideración de este binomio procesal de acuerdo a la estrategia que decidan plantear: si habrán de hacer frente a la acusación llevando pruebas al juicio; o bien, si solo atacarán jurídicamente las que lleve el órgano acusador.

Empero, esta facultad no se verifica de manera absolutamente discrecional por el acusado y su defensor, sino que se encuentra

sujeta, según dispone el diverso numeral 337 del ordenamiento en cita, a que se realice en los términos que marca la propia ley, y en los plazos que al efecto prevé el artículo 340 de la misma, que son los ya señalados líneas arriba. Ese es el camino procesal que debe seguirse para ejercer la potestad de ofrecer prueba en el proceso penal por parte de acusado y defensor.

Si no se hizo así, el juzgador no puede admitir las pruebas que se ofrezcan, ni siquiera bajo la justificación de no restringir el derecho de defensa del acusado, pues tal derecho está expedito en los plazos marcados por la ley para ejercerlo, pero si no se hace así, entonces la consecuencia legal es la preclusión del derecho de acusado y defensor de ofrecer pruebas, que no de defenderse en juicio, pues aún resta la potestad de controvertir las pruebas ofrecidas por el órgano acusador, con lo que queda garantizado el derecho de defensa en los términos a que se contraiga la actuación procesal del defensor y su representado.

Así, la palabra "podrá", estipulada en el artículo 340 del código nacional de procedimientos penales, implica una facultad potestativa, cuyo ejercicio queda al arbitrio de acusado y defensor, pero sujeta insoslayablemente a los plazos procesales previstos en ese mismo dispositivo legal, de modo que si la parte procesal interesada no lo hace valer en estos términos, debe estarse a la consecuencia legal que ello acarrea.




CRITERIO 7

Caso 7.- Robo y no secuestro exprés.
Toca 36/2017-AU

En este asunto se expuso cuándo se actualiza el delito de secuestro exprés; cómo se construye dogmáticamente y qué es necesario acreditar para tenerlo por nacido a la vida jurídica.

De inicio, debe recordarse que este delito fue creado *ex professo* para una circunstancia social que estuvo afectando principalmente a la capital de la República, y que a la fecha rige a nivel nacional a virtud de la creación de la ley denominada en el foro como ley antisecuestro.

La génesis de esta tipificación se debió a que en el entonces Distrito Federal los delincuentes comenzaron a operar privando de la libertad a personas a bordo de vehículos de alquiler tipo taxi para luego trasladarlas a cajeros automáticos, obligándolas a proporcionar las claves de acceso a sus cuentas bancarias para así apoderarse de su dinero.

Como se ve, desde el principio del designio criminoso, quienes lo perpetraban tenían claro que lo primero que había qué hacer era privar de la libertad a una persona, obligándola luego a desplazarse con ellos hacia los cajeros automáticos, y la finalidad perseguida con el dolo directo de la privación de la libertad era justamente la de hacerse ilícitamente de dinero.

Se conjugaban así dos finalidades bien claras en el ánimo criminal que debían aparecer necesariamente en este orden de prelación lógica para poder hablar de secuestro exprés: había que privar de la libertad a la persona para luego desprenderla de sus bienes. Huelga decir que en estos eventos siempre se hacía uso de la violencia, física o moral, pues podía ir desde el simple amedrentamiento de la causación de un mal, hasta golpes, e incluso se llegó a privar de la vida a personas, lo que indudablemente permeó en la psique social y robusteció la amenaza utilizada como violencia psicológica en este contexto.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación entendió que en estos casos existían dos bienes jurídicos protegidos

autónomos al resolver la contradicción de tesis número 269/2009, que generó la jurisprudencia con número de registro 164683, de rubro: "SECUESTRO EXPRESS. EL HECHO DE QUE SE ACTUALICE ESTE DELITO NO EXCLUYE LA POSIBILIDAD DE ACREDITAR EN FORMA AUTÓNOMA LOS TIPOS PENALES BÁSICOS DE ROBO O EXTORSIÓN (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL).

Así, la consideración de que necesariamente debe aparecer primero la privación de la libertad ejecutada precisamente con ese ánimo, y luego los delitos de robo o extorsión, se halla implícita en el último enunciado de esta jurisprudencia, que reza: "(…) el hecho de que se actualice el delito de secuestro exprés no excluye la posibilidad de acreditar en forma autónoma los tipos básicos de robo o extorsión de *llegar a la fase de ejecución* (...)." Es decir, primero debe consumarse la privación de la libertad y luego los otros delitos, los que incluso pueden no llegar a su consumación.

Nadie duda que el delito de secuestro es uno de los flagelos que más fuerte azotan a nuestra sociedad en los tiempos que corren, y que el estado debe adoptar drásticas medidas para abatirlo, como se ha venido haciendo en sede legislativa; de ahí que se entienda y justifique que se haya extendido la figura del secuestro exprés a todos los estados de la República mediante su previsión en una ley general.

Sin embargo, la ambigua redacción del tipo penal que lo contiene importa una labor exhaustiva y minuciosa de interpretación, tanto de los hechos como de las normas, para evitar sancionar conductas que no son secuestros de este tipo como tales; o bien, para evitar dejar impunes conductas de esta naturaleza.

El tipo penal en cuestión lo contiene el artículo 9, fracción I, inciso d), de la ley general para prevenir y sancionar los delitos en materia de secuestro, que estipula:

> "(...) Artículo 9. Al que prive de la libertad a otro se le aplicarán:
>
> I. De cuarenta a ochenta años de prisión y de mil a cuatro mil días multa, si la privación de la libertad se efectúa con el propósito de:
>
> (…)

d) Cometer secuestro exprés, desde el momento mismo de su realización, entendiéndose por este, el que, para ejecutar los delitos de robo o extorsión, prive de la libertad a otro. Lo anterior, con independencia de las demás sanciones que conforme a esta ley le correspondan por otros delitos que de su conducta resulten (...)."

De una lectura superficial de esta redacción podría pensarse que cualquier restricción a la libertad que permitiera consumar un robo o una extorsión haría engastar la conducta en un secuestro exprés, si se toma la expresión "para" del tipo en estudio como una cuestión instrumental, pues qué situación favorecería más la ejecución de un robo o una extorsión que la del pasivo sometido respecto de su libertad deambulatoria a la voluntad del activo.

Sin embargo, nada se aleja más de la realidad –por lo menos de la realidad jurídica–, pues un análisis cuidadoso de la sintaxis del enunciado que contiene los verbos típicos de este delito, ejecutar y privar, da cuenta de que se lleva a cabo primero la privación de la libertad y luego se ejecutan el robo o la extorsión. En términos metafóricos, pero asaz claros, diríamos que para subir al escalón del robo o la extorsión, necesariamente habría que haber pisado primero el de la privación de la libertad.

No es otro el orden lógico que se desprende del enunciado jurídico que se analiza al establecer que para alcanzar un determinado fin, el de robar o extorsionar, primero debe ejecutarse un acto completamente distinto al que ha de conducir a dicho fin: privar de la libertad a una persona, tal como estipula el tipo en estudio.

Al vincularse este tipo de secuestro con el delito de robo calificado y necesariamente con la agravante de violencia, como acontece en la especie, es aquí donde debe ponerse atención, pues en los robos calificados el ejercicio de la violencia siempre, en mayor o menor medida, impacta el ámbito de la libertad deambulatoria.

Desde el simple "no se mueva, esto es un asalto" hasta encerrar a quien padece el robo en alguna habitación o lo que haga sus veces en los sitios que no son morada de las personas, pasando por cualquier cantidad de otros supuestos, como ser detenido y amagado en la calle o ser trasladado a bordo del propio vehículo de motor para luego ser

abandonado, necesariamente se afecta su libertad de desplazarse hacia donde su voluntad lo determine. Empero, esto no es lo que califica al secuestro exprés como tal, sino al propio robo como agravado.

Para que podamos hablar de la existencia del secuestro exprés, como ya se dijo arriba, necesariamente deben existir datos que apunten ineluctablemente a que el sujeto activo tenía en la mente desde un principio el privar de la libertad al sujeto pasivo como primordial y única manera de llegar a su segundo designio criminal, sea el robo o la extorsión.

Si la privación de la libertad surge cuando ya está puesta en marcha la conducta encaminada a desapoderar a alguien de algún objeto mueble, esa privación no será sino consecuencia del ejercicio de la violencia que se utilice para cometer el robo, pero jamás podremos hablar de que se privó de la libertad para cometerlo en los términos dogmáticamente exigidos por el tipo penal de que se trata.

Sostener lo contrario nos llevaría al absurdo, que se desprende apodícticamente de estas consideraciones, de tener que considerar secuestro exprés a todo robo calificado en el que se haga uso de la violencia sobre las personas, pues, como ya se dijo, siempre se afecta la libertad deambulatoria en hechos de esta naturaleza.

Así las cosas, en este asunto encontramos que el medio comisivo que utilizaron los activos para llevar a cabo el robo que aquí se analizó, fue precisamente el de que algunos de ellos amagaron a los pasivos con un arma de fuego, los sometieron a base de golpes y luego los inmovilizaron, amarrándolos con cinchos de pies y manos, para luego llevarlos a una habitación destinada a almacén de la propia farmacia en la que fungían como dependientes, mientras otros de ellos se encargaban de vaciar los estantes de las medicinas y otros tomaban botellas de vino y cajas de cigarros del propio cuarto a donde los llevaron.

Esto no significa otra cosa sino la perpetración de un robo con violencia en el que intervinieron más de dos personas, pero no la ejecución de un secuestro exprés.




CRITERIO 8

Caso 8.- Individualización de medida de seguridad respetuosa de derechos humanos.
Toca 6/2018-AU

En este asunto se problematizó la imposición de una medida de seguridad a un inimputable como consecuencia jurídica de la conducta que se declaró acreditada. En este ejercicio del juez, se detectó un problema debido a la forma en que la ministerio público que intervino en la audiencia que se revisó planteó lo relativo a la individualización de la medida, y a la forma en que el A quo recogió su planteamiento, pues se consideró que estas formas adolecieron de un cierto grado de incomprensión del tratamiento jurídico que debe darse a la institución jurídica de la medida de seguridad terapéutica desde la perspectiva de un paradigma jurídico condigno de un estado constitucional, pues, desde la perspectiva de la Sala, se dejó de realizar una interpretación sistemática de las normas constitucionales y legales aplicables en este asunto.

Para llegar a esta conclusión, en primer lugar, se realizó el análisis de lo que es una medida de seguridad, figura cuya precisión y acucioso análisis es objeto de abundante literatura en la doctrina jurídica[27],

27 Es abundante la bibliografía que puede consultarse sobre este tema, pero a los efectos de la presente resolución citaremos los siguientes trabajos, por parecernos que en ellos se aborda de manera suficiente y desde todas las perspectivas posibles: Salazar Marín Mario: Teoría del delito. Grupo Editorial Ibañez. Bogotá. 2014. 1ª reimp. pp. 837-842; Ontiveros Alonso, Miguel: derecho penal. Parte General. Ubijus Editorial/INACIPE. México. 2017. pp. 426-427; Mir Puig, Santiago: derecho penal. Parte General. 9ª ed. Editorial Reppertor. Barcelona, 2011, pp. 43, 594 y 791-801; Roxin, Claus: derecho penal. Parte General. T. I, 2ª edición. Trad. Luzón Peña, Diego-Manuel, Díaz y García Conlledo, Miguel, y De Vicente Remesal, Javier, Civitas Ediciones, Madrid, 1997, pp. 81-108; Jakobs, Gunther: derecho penal. Parte General. Trad. Cuello Contreras, Joaquín y Serrano González de Murillo, José Luis, Marcial Pons, 2ª ed. Madrid. 1997. pp. 37-40; Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes: Derecho penal. Parte General. Tirant Lo Blanch. 8ª ed. Valencia. 2010. pp. 584-603; Jesheck, Hans-Heinrich y Weisgend, Thomas: Tratado de derecho penal. Parte General. Trad. Olmedo Cardenete, Miguel. Comares. 5ª ed. Granada.

de la que, debido a su sencillez y claridad, definiremos siguiendo la conceptualización que otorgan Pablo Sánchez-Ostiz, Elena Íñigo y Eduardo Ruiz de Erenchun en la revista jurídica digital Iuspoenale 1.3[28], donde señalan que una medida de esta naturaleza

> "(…) es una consecuencia jurídica aplicada a una persona física en función de la peligrosidad de su hecho. No se imponen en función de la culpabilidad, pues es precisamente esta la que les falta para responder penalmente. Pero la conducta se considera «hecho», y este como hecho antijurídico, pues el agente aun sin culpabilidad actúa, y además puede actuar antijurídicamente; sin embargo, su obrar antijurídico no le es del todo imputable, y por tanto no es culpable. Motivo por el cual no podemos hablar de un «delito». La medida se refiere así, no a un delito, sino a un «estado peligroso»; y no se basa en la culpabilidad, sino en la peligrosidad que el agente demuestra como consecuencia de la enfermedad o situación de inimputabilidad (...)."

Al no tratarse de una pena, la medida de seguridad no puede ser impuesta bajo baremos idénticos con los que aquella se impone, pues su objeto no es reprochar a quien ha de sobrellevarla un actuar voluntario, intencionado o descuidado, sino garantizar que quien cometió el hecho que la ley señala como delito no causará más daños –como los ya acontecidos, o más graves aún– a la sociedad o a sí mismo, y en tratando de la internación terapéutica, es de todo punto necesaria la opinión médica experta que indique el grado de riesgo que existe en caso de que el justiciable permanezca en libertad.

2002. pp. 863-864; Naucke, Wolfgang: derecho penal. Una introducción. Trad. Germán Brond, Leonardo. 10ª edición. Astrea. Buenos Aires, 2006, pp. 111-132; Garrido Montt, Mario: derecho penal. Parte General, T. I, 2ª ed. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2007, pp. 343-351 y Sánchez-Ostiz, Pablo, Íñigo, Elena, y Ruiz de Erenchun, Eduardo: Iuspoenale 1.3. Materiales docentes para la asignatura de concepto y fundamentos del Derecho penal. Departamento de Derecho penal. Universidad de Navarra.Recurso digital disponible en https://www.unav.es/penal/iuspoenale/index.html consultada el 25 de enero de 2018.

28 Vid. Sánchez-Ostiz, Pablo, Íñigo, Elena, y Ruiz de Erenchun, Eduardo: Iuspoenale 1.3...

Para su imposición es necesario que el operador de la norma en sede jurisdiccional, con base en la opinión médica, verifique un ejercicio de ponderación sobre el daño que causó el inimputable con su actuar, el riesgo que existe de que lo repita y la garantía de que no lo hará mientras esté internado, y lo más importante, sometido a tratamiento terapéutico. Solo de esa manera estará el juez en posibilidad de establecer el lapso necesario para que se alcancen los fines perseguidos por la medida de seguridad de que se trata, el que incluso puede ser mayor al que tuviera que imponerse a un imputable responsable de un hecho como el cometido por el inimputable, pues téngase en cuenta que la medida no busca reprochar la culpabilidad de un hecho, sino garantizar la seguridad del grupo social y del propio inimputable, quien no deja de ser parte del grupo.

Sentadas las bases teóricas, vayamos a las normativas. El artículo 89, fracción I del código penal establece que una de las medidas de seguridad que pueden imponerse como consecuencia jurídica de la comisión de un hecho que la ley señala como delito es el tratamiento de inimputables; y el diverso numeral 90 le da a esta figura el siguiente tratamiento jurídico:

> "(...) ARTÍCULO 90. El tratamiento de inimputables consistirá en:
>
> I. Internación en el establecimiento especial público o privado que se juzgue adecuado para la rehabilitación del inimputable; o
>
> II. Rehabilitación bajo la custodia familiar.
>
> Su duración no excederá del máximo de la punibilidad señalada al tipo penal correspondiente, pero cesará por resolución judicial al demostrarse incidentalmente la ausencia de peligrosidad del sujeto (...)."

Haciendo una interpretación pro persona, como ordena el artículo 1º de la constitución en su segundo párrafo, así como una sistemática de los tipos penales previstos en la parte especial del código penal, encontramos una situación interesante: todos esos tipos penales contemplan penas privativas de libertad, no privativas de libertad y pecuniarias; pero ninguno contempla nada en relación con alguna

medida de seguridad, de modo que no son los márgenes mínimo y máximo de las penas que ahí se contienen ni las operaciones aritméticas realizadas en relación con estas al individualizarlas los instrumentos que deben utilizarse para decretar una medida de seguridad.

Al establecer el enunciado normativo del último párrafo del artículo 90, en la parte conducente, que la duración de la medida "no excederá del máximo de la punibilidad señalada al tipo penal correspondiente", fija su techo, pero no su piso; o sea, establece su plazo máximo, pero no su plazo mínimo, de tal suerte que ese plazo mínimo puede ser válidamente establecido en un rango menor al que el tipo penal específico establezca para la pena, porque lo verdaderamente relevante para su fijación es la necesidad y adecuación de la medida a los fines que ella persigue, y no la gradación de un reproche con base en un juicio de valor sobre un comportamiento voluntario y consciente.

Bajo estas consideraciones, no pueden utilizarse para fijar una medida de seguridad las circunstancias objetivas y subjetivas válidas solo para reprochar la conducta de una persona imputable. No es que no deba tomarse en consideración la forma en que se llevó a término un hecho típico y antijurídico realizado por quien carece de capacidad de discernimiento penal, sino que esas circunstancias deben formar parte de un razonamiento que las someta a un ejercicio de ponderación y las confronte con las necesidades de aseguramiento, protección y tratamiento que descansan como finalidades detrás de una medida de la naturaleza de la que aquí se discute.

En estas condiciones, para la imposición de la medida debe seguirse lo previsto por los artículos 416 y 419 del código nacional de procedimientos penales. El primero de los preceptos mencionados establece que una vez determinada la inimputabilidad del justiciable el procedimiento ordinario se aplicará observando las reglas generales del debido proceso con los ajustes del procedimiento que sean necesarios, con el único fin de acreditar la participación de la persona inimputable en el hecho atribuido, y en su caso, determinar la aplicación de las medidas de seguridad que se estimen pertinentes.

Estos extremos son retomados y delimitados nítidamente por el diverso numeral 419, al establecer que

> "(...) (c)omprobada la existencia del hecho que la ley señala como delito y que el inimputable intervino en su comisión, ya sea como autor o como partícipe, sin que a su favor opere alguna causa de justificación prevista en los códigos sustantivos, el Tribunal de enjuiciamiento resolverá el caso indicando que hay base suficiente para la imposición de la medida de seguridad que resulte aplicable; asimismo, le corresponderá al órgano jurisdiccional determinar la individualización de la medida, en atención a las necesidades de prevención especial positiva, respetando los criterios de proporcionalidad y de mínima intervención. Si no se acreditan estos requisitos, el Tribunal de enjuiciamiento absolverá al inimputable (...)."

De la primera parte de la norma transcrita se desprende que lo único que se requiere para decretar la medida de seguridad correspondiente es que se acredite el hecho que la ley señala como delito, y que a quien se le atribuye, efectivamente lo haya realizado. La segunda parte establece que es precisamente acudiendo al ejercicio de la ponderación que el juzgador determinará la individualización de la medida bajo los parámetros que ahí se consignan.

No son, pues, los estándares previstos por el artículo 100 del código penal los que deben tenerse en cuenta para ese objeto, sino la necesidad del internamiento para fines de la prevención especial por la que se busca que, en algún momento, el inimputable pueda formar parte nuevamente de la sociedad sin ponerla ni ponerse a sí mismo en riesgo, el daño causado y el peligro de que pueda reiterarse, incluso de modo más grave, y el aspecto garantista que implica la mínima intervención del derecho penal, traducido en la posibilidad de levantar la medida de seguridad una vez conjurado el riesgo que representa el inimputable, aunque no hubiere transcurrido el lapso que para ella se hubiera fijado.

Por la relevancia en la solución jurídica que se dio al asunto, me voy a referir a las circunstancias específicas que se tomaron en consideración en la alzada para fijar la medida de seguridad.

Se contó con la información proporcionada por un médico especialista en materia de psiquiatría, en la que se concluyó que el sentenciado padecía un trastorno mental denominado esquizofrenia, cuya evolución natural es hacia la cronicidad y el cual requiere tratamiento especializado de por vida; que la agresión que perpetró se debió muy probablemente a un cuadro psicótico agudo, pues por su situación de indigencia no estaba recibiendo ningún tratamiento; que desde el punto de vista de la psiquiatría se le consideró como un individuo peligroso para la sociedad y para sí mismo, sobre todo si no está medicado psiquiátricamente, e incluso se hizo énfasis en la necesidad de revalorar el tratamiento por la presencia de insomnio y síntomas secundarios a la medicación.

Sobre esta base médica descansó el juicio de ponderación, pues en esa opinión experta se establece claramente que en tanto el sentenciado no estuviera sometido a tratamiento psiquiátrico mediante los medicamentos correspondientes, representaría un peligro para la sociedad y para sí mismo; es decir, el tratamiento médico-psiquiátrico era ineludible.

Si a ello se sumó que el cuadro psicótico agudo que sufrió a falta del tratamiento adecuado para su padecimiento lo llevó al extremo de privar de la vida a otra persona, el riesgo en que se pondría a la sociedad y al propio inimputable era un riesgo grave; y si se tiene en cuenta que debido a su situación de indigencia estaba en absoluta imposibilidad de procurarse dicho tratamiento, entonces hubo base suficiente para decretar fundadamente la necesidad de la medida de seguridad de internamiento prevista por la fracción I del artículo 90 del código penal.

Los especialistas en psiquiatría establecieron que el sentenciado requería tratamiento por el resto de su vida, por lo que se consideró adecuado fijar el lapso de la medida en quince años, pues resultaba proporcional con los bienes jurídicos que se trataba de salvaguardar, a saber, la vida del resto de los miembros de la sociedad y la del propio sentenciado.


Poder Judicial
ESTADO DE GUANAJUATO
SUPREMO TRIBUNAL
DE JUSTICIA
CONSEJO DEL
PODER JUDICIAL


CRITERIO 9

Caso 9.- Exclusión de pruebas violatoria de derechos humanos. Toca 10/2018-O

En este asunto los conceptos de agravio que expuso el defensor del procesado se consideraron infundados; empero, en una revisión oficiosa se detectó una violación a sus derechos humanos, misma que se procedió a reparar. En este caso, el derecho humano quebrantado en este asunto fue el de igualdad procesal, previsto por los artículos 20, fracciones V y X del apartado A de la constitución federal, en relación con los diversos 10, primer párrafo y 11 del código nacional de procedimientos penales.

Lo que aconteció en la audiencia fue lo siguiente. En la celebrada el veinticuatro de noviembre de dos mil diecisiete, al estar debatiéndose sobre la admisión de las pruebas ofrecidas por la fiscalía, el juez preguntó específicamente a esta parte sobre la utilidad de un testimonio, lo que puso en evidencia que tal aspecto no estaba plasmado en el escrito por el que se ofreció como prueba, dado que llevó al juez a indagar sobre ese extremo, mismo que ahí fue justificado por la fiscal.

Momentos después, esta parte procesal solicitó que se excluyeran dos pruebas del escrito de ofrecimiento de la defensa, aduciendo que se les acababan de entregar los informes periciales sobre los que versarían dichas probanzas, con lo que se estaría vulnerando el debido proceso y el derecho de contradicción que asistía no solo a la fiscalía, sino también a la asesora victimal, pues tampoco a ella le habían sido entregados dichos informes.

Al cuestionar a la defensora sobre el punto, esta aceptó que así había sido y el juez continuó con el debate, dejando para momento posterior la decisión sobre lo que acababa de escuchar, la cual, finalmente, redundó en el saneamiento del proceso en términos del artículo 99 del código nacional de procedimientos penales, al conceder un lapso a la ministerio público y a la asesora victimal para que se impusieran del contenido de los informes periciales y estuvieran en aptitud de debatir sobre su admisión o exclusión.

Cuando se retomó el debate, la ministerio público y la asesora victimal insistieron en que se excluyeran las pruebas mencionadas, reiterando la violación al debido proceso y al derecho a contradecir esa prueba, pues no se había expuesto el objeto de las mismas y no se sabía contra qué habría que enfrentarse, además de que la defensora no realizó, valga la frase, la defensa de ellas. En contestación a estos señalamientos la defensora solo adujo que esas pruebas eran lícitas e invocó la libertad probatoria, solicitando su admisión.

Al asumir su decisión, el juez de origen aclaró a la fiscal y a la asesora que la deficiencia formal por la que predicaban se había violado el debido proceso, había sido subsanada al concedérseles el lapso por el que pudieron conocer el contenido de los informes periciales, pero respecto del derecho de contradicción, el juez enfatizó que en el escrito de ofrecimiento la defensa no estableció el objeto, la utilidad o la pertinencia de sus pruebas, y en el segundo debate sobre su admisión solo señaló que eran lícitas y que contaba con libertad probatoria, pero que no argumentó públicamente por qué era necesario llevar esas pruebas al juicio, por lo que determinó excluirlas.

Lo anterior se tradujo en una afectación para la defensora y su representado, pues ante la misma circunstancia de ausencia de precisión sobre la necesidad de la prueba, en el caso, precisamente sobre su utilidad, a la fiscal le preguntó sobre el particular y le permitió justificar dicho extremo, pero a la defensa le vedó esa oportunidad al no hacerle el mismo cuestionamiento; incluso fue la ausencia de justificación de los extremos que enunció y sobre los que no indagó –como sí hizo con la fiscal– lo que le llevó a determinar la exclusión de las pruebas de marras.

En este entendido, el juez dejó de ejercer sus facultades de saneamiento procesal respecto de una parte, como sí las hizo efectivas con la otra, y con ello vulneró la igualdad procesal en perjuicio de la defensa y del inculpado, pues no se otorgó a la profesionista que se hizo cargo del debate en la audiencia intermedia el mismo trato que a la fiscalía, y ello fue la causa eficiente de la exclusión de las pruebas ofrecidas por ella, ni ejerció respecto de la defensora sus facultades para sanear el proceso, previstas por el artículo 99 del código nacional

de procedimientos penales, como sí hizo ante la deficiencia formal detectada en la prueba del ministerio público.

Ello derivado del segundo párrafo del artículo recién invocado, que reza:

> "(...) La autoridad judicial que constate un defecto formal saneable en cualquiera de sus actuaciones, lo comunicará al interesado y le otorgará un plazo para corregirlo, el cual no será mayor de tres días. Si el acto no quedare saneado en dicho plazo, el órgano jurisdiccional resolverá lo conducente (...)."

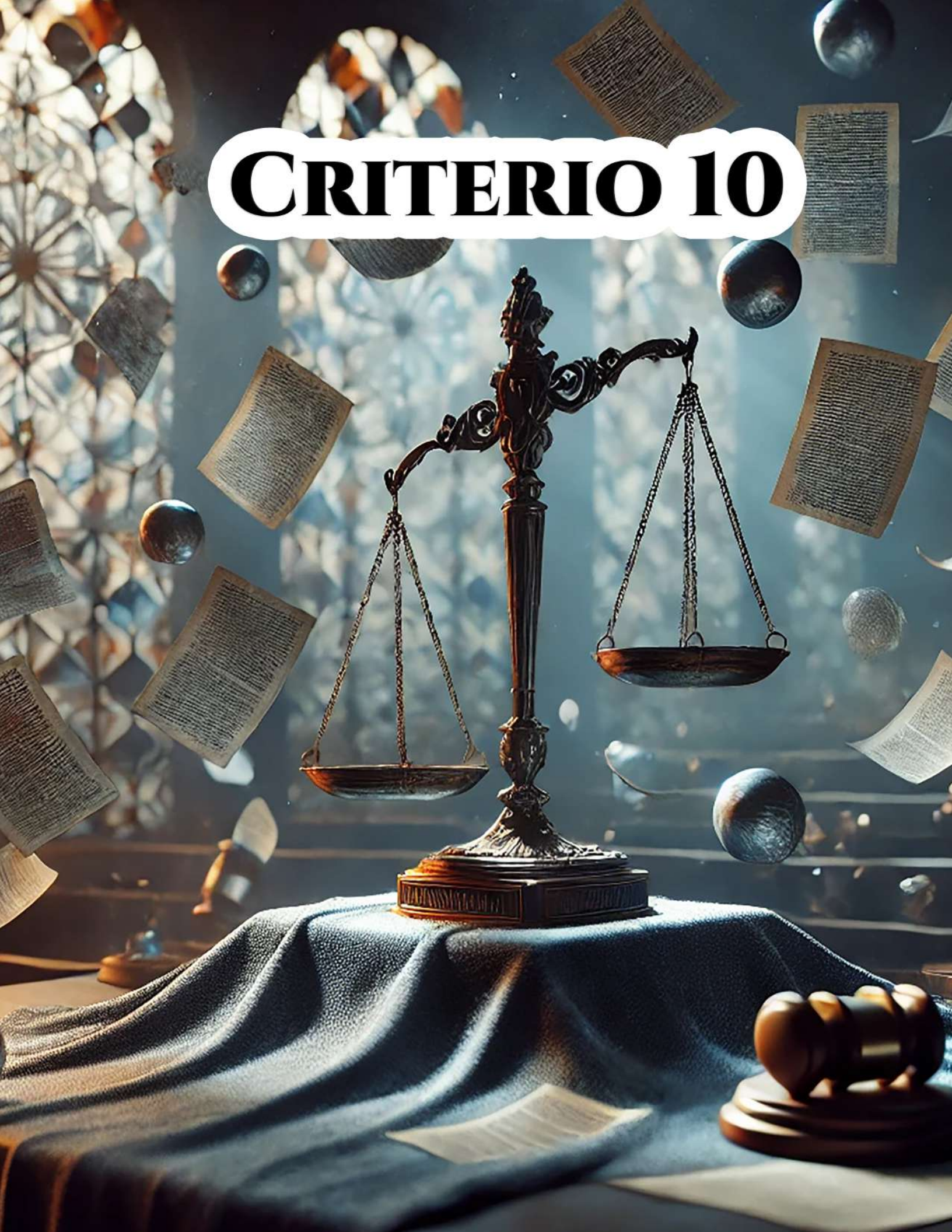
Lo anterior se traduce, en el terreno práctico, en la libertad de que legalmente dota la norma procesal a los juzgadores para hacer notar las deficiencias procesales a las partes en sus actuaciones y de conminarlas a su corrección, en aras de una adecuada impartición de justicia; es decir, la teleología de esta disposición es la de procurar que los jueces cuenten con los requisitos formales necesarios para emitir sus pronunciamientos, sin que ello implique propiciar que los jueces oficiosamente se hagan cargo de las posturas que deben asumir las partes en el proceso, pues que un juzgador se procure los insumos procesales para tomar las decisiones que a cada etapa corresponden no se traduce en eso, sino en la obligación constitucional del órgano jurisdiccional de impartir justicia de modo completo, en términos del artículo 17 del pacto federal.

La buena marcha del proceso exige que el juzgador demande la exposición completa de los puntos que son legalmente requeridos en cada planteamiento para, de acuerdo a los contenidos de la exposición, resolver si acoge o no la pretensión ante él elevada; pero son los contenidos de dichos puntos los que darán vida al pronunciamiento. El juez no debe suplir la ausencia de argumentos sobre tal o cual requisito legal, pero sí debe procurar que la parte que argumenta se pronuncie sobre todos los puntos que sean legalmente necesarios para asumir la decisión, y la herramienta para lograr ese fin cuando una parte incurre en una infracción de índole formal es precisamente la facultad de saneamiento prevista por el pluricitado artículo 99 del código procesal.

Si una vez superada la deficiencia formal la parte proponente dota adecuadamente o no de contenido los puntos sometidos a consideración judicial, ello se reflejará en la decisión, pero ante ese escenario ya nos hallaremos frente a un ejercicio de impartición completa de justicia a cargo de un juez que estará tutelando efectivamente los derechos de las partes. No se trata de hacer el trabajo fácil negando pretensiones por infracciones a la formalidad, sino de que el proceso se integre de modo formalmente adecuado.

En este sentido, no se implica el exigir a la parte procesal el pronunciamiento sobre todos los requisitos legales de la figura formal o material sobre la que verse su pretensión, para luego denegarla sobre la base de esa ausencia de argumentación es un formalismo que con el sistema de impartición de justicia acusatorio pretende superarse, sino que se parte del principio de que se está en un sistema donde un juez que se procura los insumos para asumir la decisión sobre el tema que se le plantea; no es un juez proactivo ni mucho menos parcial, es un juez que se preocupa por impartir justicia de manera completa, como ordena el artículo 17 de la constitución.




CRITERIO 10

Caso 10.- Valoración probatoria en un delito de violación. Toca 22/2018-AU

En este asunto, se problematizó sobre el hecho jurídico penalmente relevante contenido en el artículo 181 del código penal del estado, que reza:

> "(...) ARTÍCULO 181. A quien tenga cópula con menor de catorce años de edad o con persona que por cualquier causa no esté en posibilidad de conducirse voluntariamente en sus relaciones sexuales o de resistir la conducta delictuosa, se le impondrá de diez a diecisiete años de prisión y de cien a ciento setenta días multa (...)."

Frente a esto, y para una adecuada comprensión, veamos la forma que tomó la inconformidad hecha valer por el defensor particular del sentenciado. Los motivos de inconformidad giraron sobre tres ejes fundamentales: en primer lugar atacó la credibilidad del testimonio de la agraviada por lo que consideró inconsistencias en su relato; enseguida atacó el resultado de la prueba pericial expuesta en la audiencia, y finalmente enderezó el grueso de su argumentación en la pericial en materia ginecoproctológica. Tales inconformidades se contestaron del siguiente modo.

Por lo que hizo al relato de la agraviada, se dijo al apelante que su argumento en el sentido de que al juez le bastó el solo hecho de que la agraviada hubiera sido adolescente cuando fue agredida para que le otorgara valor a su declaración era incorrecto, pues tal circunstancia solo constituyó una de las personales específicas que el juez natural fijó en relación a la pasivo, pero fueron otras las razones las que, a criterio del A quo, otorgaron verosimilitud al dicho de la ofendida, como fue su capacidad de responder los cuestionamientos realizados, con precisión de circunstancias de tiempo y lugar, sumado al manejo de lenguaje que utilizó, lo que habla de su comprensión del hecho que vivió, sin que el A quo hubiera dejado de apreciar que la agredida mostró dificultad para exponer el hecho con indiferencia, lo que explica, desde una atalaya racional, que al momento en que

el defensor la estaba cuestionando en contrainterrogatorio sobre una contradicción, haya tenido que leer él mismo la parte correspondiente.

Para el juez esto dijo más de la afectación resentida por la menor por la agresión que sufrió que de una mendacidad en su narración, ya que fue evidente en el desarrollo de su declaración que le resultaba asaz difícil hablar del tema, lo que resulta lógico si se toma en consideración, como hizo el juez de la causa, que se trata de una adolescente que fue agredida sexualmente a la edad de trece años y que proviene de un entorno familiar heterodoxo y complicado, al vivir junto a una persona que no es su padre biológico y que además es adicto al alcohol.

Fue verdad que se pusieron en evidencia las contradicciones en el atesto de la menor relativas al grado de dolor que sintió al ser penetrada y a la forma en que fue tocada en la zona genital; empero, respecto a la primera, resultó irrelevante, pues otras probanzas sirvieron a los fines de demostrar la agresión sexual que sufrió, y en relación con la segunda, no fue materia de acusación, como dijo el juez de origen.

Respecto a la la prueba pericial en materia de psicología, se hizo ver al apelante su error al considerar que la prueba pericial en materia de psicología fue tomada por el A quo como fundamento basal para declarar acreditada la cópula, pues el propio juzgador estableció enfáticamente que tal prueba constituyó un apoyo científico al relato de la menor agraviada, pero nunca que fuera la prueba que acreditaba el contacto sexual. Más claro, tal prueba solo prestó apoyo corroborativo al relato de la menor, pero nunca demostrativo, como lo asumió el recurrente. Se le dijo que la diferencia estriba en la distinta gradación que existe entre corroboración y demostración: mientras la primera solo dota de fuerza a las razones o argumentos que se invocan sobre lo que se pretende probar, lo segundo precisamente lo demuestra, lo prueba con certeza. Por estas razones los conceptos de agravio que se analizaron se declararon infundados.

Por lo que ve a la prueba pericial en materia ginecoproctológica, se dijo que, si bien es verdad que el inconforme sometió a la experta que realizó esa prueba al ejercicio crítico del contrainterrogatorio y

ahí obtuvo datos para él relevantes, como la falta de utilización de un testigo métrico para medir la dilatación de los esfínteres anales, la ausencia de salida de materia fecal involuntaria o la crítica que hizo sobre haberse encontrado íntegros los pliegues anales radiados, lo cierto es que la perito explicó adecuadamente en la audiencia que el vestigio elemental para considerar que una persona fue penetrada por el ano es la dilatación de los esfínteres externo e interno, afirmó que encontró una dilatación anormal en los de la pasivo, e indicó puntualmente por qué razones afirmaba lo anterior, además de que esa dilatación pudo ser percibida por el juez en las imágenes que la propia defensa seleccionó.

Y en esas mismas imágenes el juez pudo ver el edema que, como un vestigio más de la penetración, se encontró en el ano de la ofendida, y si bien una de las causas por las que se puede producir un edema es una contusión, como explicó la perito en la audiencia, también la penetración de un objeto duro, romo y sin punta, como un pene, puede producir esa lesión, por lo que ese hallazgo se condice con una penetración de esa naturaleza, sin que fuera obstáculo que no se hubiera realizado una digito presión en la zona anal de la menor para verificar si sentía o no dolor, pues tal aspecto no es un elemento típico que debiera quedar plenamente demostrado, y si la menor en un momento determinado dijo que le dolió “poquito” y luego que le dolió mucho, en realidad esa contradicción carece de relevancia ante la demostración científica de la dilatación de sus esfínteres anales.

Se consideró que contra tan puntuales y demostradas afirmaciones no cabían las apreciaciones subjetivas del recurrente, como la de que el edema antes mencionado no pudo apreciarse en las imágenes mostradas por él mismo en juicio, con las que atacó las afirmaciones que contrariaban los intereses que representaba, como las del juez natural por las que afirmó la existencia de dicho edema. Lo anterior no fue así porque la palabra de la experta que participó en el juicio fuera irrebatible, sino porque quien estaba capacitado para refutar científicamente tan explícitas afirmaciones no subió al estrado a petición del propio disidente y de su defendido, pues se desistió del testimonio del perito en la materia de su parte.

En este sentido, fue claro que el ministerio público cumplió con la carga de probar que la ofendida sufrió una agresión sexual al haber sido penetrada por el ano por un miembro viril. Si a esta categórica prueba se sumó que el relato de la pasivo resultó verosímil al condecirse con la forma natural en que ocurren las cosas en el mundo de relación social, y que además encontró apoyo corroborativo con las declaraciones de otros testigos, se concluyó entonces por la Sala que las pruebas tuvieron la capacidad explicativa suficiente e idónea para demostrar el hecho materia de acusación.

Para llegar a las conclusiones reseñadas fue de capital importancia considerar que el ministerio público acusó al sentenciado de haber tenido cópula con persona menor de catorce años de acuerdo al tipo penal señalado en la parte liminar de este apartado. Según la descripción típica, para este supuesto no era necesario que el sujeto activo hubiera ejercido ningún tipo de violencia, bastando el acceso al ayuntamiento carnal con la pasivo. En este sentido, se dijo que el legislador ha elevado a la categoría de bien jurídico penalmente tutelado la libertad sexual de las personas, pues en el grupo social al que pertenecemos se considera altamente caro el respeto a la autodeterminación que cada uno tiene para sostener contactos íntimos –en un amplio sentido de la expresión– con otra persona. De tal modo que es legalmente relevante que el llegar a la conjugación venérea se encuentre siempre precedido de un acto de voluntad; pero además, que quien así consiente, normativamente esté en aptitud para ello.

Es por ello que al abordar el análisis del tipo penal que nos ocupa lo relevante fuera averiguar y establecer si la persona con quien el activo sostuvo el ayuntamiento carnal tuvo la capacidad de conducirse voluntariamente en sus relaciones sexuales, pues, en tratando de los menores de catorce años de edad, la ley sustantiva penal presume que por esa circunstancia no adquieren aún el suficiente desarrollo mental para discernir sobre una conducta de esta naturaleza.

Un primer paso hacia la solución del problema jurídico fue definir el concepto *cópula*, cuya significación puede abordarse desde dos perspectivas: en forma restringida y en forma amplia. Por la primera de ellas la unión carnal que representa se dará entre un hombre y

una mujer, con la característica de que el órgano genital masculino encontrará receptáculo en el vaso natural femenino; es decir, es la penetración pene-vagina, lo que se conoce como coito por vía natural. En amplio sentido, habrá cópula cuando se introduzca el miembro viril en cualquiera de las cavidades naturales del cuerpo humano, lo que implica que, a más de la que ya identificamos como vía natural, habrá dos vías no naturales: la anal y la oral; sin que en ninguno de los supuestos mencionados sea necesario que se llegue a la eyaculación, pues bastará que exista la penetración, aun cuando solo sea parcial, en cualquiera de los modos en que se produzca, para que, a su vez, exista la cópula. [29]

En este caso la víctima fue una adolescente agredida sexualmente a la edad de trece años que provenía de un entorno familiar heterodoxo y complicado, al vivir junto a una persona que no era su padre biológico y que además era adicta al alcohol. Por estas razones, el juez invocó el criterio emitido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación con número de registro 2015634 y rubro VIOLENCIA SEXUAL CONTRA LA MUJER. REGLAS PARA LA VALORACIÓN DE SU TESTIMONIO COMO VÍCTIMA DEL DELITO,[30] y utilizó los baremos contenidos en esta tesis para

29 En sentido similar lo ha definido el Poder Judicial Federal en el criterio con número de registro Registro: 194410, de rubro VIOLACIÓN DE IMPÚBER, DELITO DE. PARA QUE SE ACTUALICE EL ELEMENTO CÓPULA BASTA CON UNA PENETRACIÓN PARCIAL AUN CUANDO LA PASIVO NO PRESENTE DESFLORACIÓN O LESIONES CORPORALES, que establece en lo conducente que "(…) la penetración o introducción del órgano viril en la vagina de la pasivo, hace posible la cópula sin hacer necesaria la existencia de desfloración o de lesiones corporales, en virtud de que si bien la noción restringida de la cópula se refiere a la introducción del órgano sexual masculino (pene) en la parte femenina (vagina o vulva) y que en sentido lato cópula implica la penetración del órgano sexual masculino en la vagina o en el ano de persona del mismo o diferente sexo, para los efectos penales resulta indiferente la seminatio o eyaculación o que no se dé el goce sexual y aún más, la cópula se reputa perfecta aunque la introducción o penetración sólo sea parcial (….)"

30 Décima Época. Registro digital: 2015634. Instancia: Primera Sala. Tesis: 1a. CLXXXIV/2017 (10a.). Materia(s): Constitucional, Penal. Tipo: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 48, Noviembre de 2017, Tomo I, página 460.

ponderar el relato de la pasivo, con lo que cumplió una tutela judicial efectiva en su favor.

El defensor argumentó que, aun cuando de manera velada se hizo alusión en la acusación y en la sentencia al uso de la violencia en perjuicio de la víctima, en realidad no hubo los vestigios que necesariamente tendrían que haberse hallado en sus brazos si hubiere sido menester forzarla apretando esas extremidades para lograr el coito por vía anal; sin embargo, a criterio de la alzada, ello no implicó que no se hubiera dado la penetración en los términos que narró la menor.

No se declaró, desde luego, que la víctima hubiera consentido la penetración, sino que un examen exhaustivo de las circunstancias específicas del evento arrojó que el sentenciado se encontró en un ámbito de superioridad por su mera presencia y calidad de amigo del padrastro de la ofendida, que le permitió fácilmente abordarla para besarla, tocar sus pechos y su vagina contra su voluntad, e incluso, bajo el temor reverencial que las circunstancias antes anotadas imponían a la menor, le fue fácil voltearla, bajarle su pijama y ropa interior y penetrarla sin mayor dificultad.

Para ello pesó más el hecho de que se encontraban a solas y la animosidad del designio criminal del sentenciado que el uso de la fuerza. Entendamos esto bajo la siguiente máxima de experiencia: un adulto desplegando una conducta sexual sobre un menor de edad, niño, niña o adolescente, no tiene necesidad de usar la fuerza, pues basta que indique lo que ha de hacerse para que el o la menor de edad, presas del temor reverencial que culturalmente se tiene por parte de los menores hacia los adultos, lo cumpla; máxime si es una situación que está absolutamente fuera de su manejo, como la sexual, precisamente por no tener las condiciones mentales necesarias para conducirse voluntariamente en ese ámbito.




CRITERIO 11

Caso 11.- Inexistencia de la flagrancia en un delito de violación. Toca 25/2018-O

En este asunto, el juez de la instancia declaró colmado el supuesto de flagrancia por señalamiento en la comisión de un delito de violación, por lo que determinó vincular a proceso al imputado. Sin embargo, en una revisión oficiosa y en ejercicio de control constitucional, la alzada detectó una laguna de solución de continuidad entre el señalamiento que hizo la ofendida al momento en que se detuvo al imputado y el momento en que ocurrieron los hechos, lo que rompía la cadena secuencial fáctica necesaria para la existencia de la flagrancia. Expliquemos.

Para sentar el marco legal atinente a la figura problematizada, de inicio se fijó conceptualmente la figura de la flagrancia que se dijo actualizada en este caso, siguiendo los criterios normativos que contienen los artículos 16, párrafo quinto de la constitución federal y 146, fracción II, inciso b), primer supuesto, del código nacional de procedimientos penales, relativos a la exigencia de que inmediatamente después de cometido un delito la víctima u ofendido señalen al inculpado como la persona que lo cometió. Aquí la palabra clave fue "*inmediatamente*", término correctamente problematizado por el defensor particular del inculpado al plantear su postura en la audiencia de control de detención.

La fiscalía invocó el criterio de interpretación judicial con número de registro 202971[31] para sostener la legalidad de la detención, criterio que pone de relieve la importancia superlativa de la inmediatez como principio operativo de la flagrancia. En la alzada se hizo énfasis en la parte del criterio que señala que "(...) el término inmediatamente, que se emplea en esta última hipótesis de la existencia de delito flagrante, debe entenderse, como el lapso de tiempo comprendido entre el momento de la ejecución del delito y el momento de la

31 Novena Época. Registro digital: 202971. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis: XXI.1o.5 P. Materia(s): Penal. Tipo: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo III, Marzo de 1996, página 946

detención *(cuando no aconteció persecución material); lapso de tiempo que debe ser continuo y breve, que casi no haga necesaria la investigación*, ya que la cercanía en el tiempo entre el momento en el que se comete el ilícito y el momento en que ocurre la detención, permiten a cualquier persona presumir, en base al señalamiento y a los hechos que tiene a la vista, que la persona que se detiene es la culpable... no es factible definir el término "inmediatamente" en minutos, horas o incluso días, porque en cada caso en particular debe apreciarse en conciencia, el tiempo en que ocurrieron los hechos, el lugar y las circunstancias del caso (...)."

El parámetro de regularidad constitucional previsto por el párrafo quinto del artículo 16 del pacto federal, sumado al análisis completo del contenido de esta tesis, dan como resultado la exigencia de un estudio acucioso sobre la forma en que una persona es detenida, siempre desde la perspectiva de las circunstancias que permitan hablar de que no existió una ruptura fáctica de continuidad entre el momento en que se comete un delito y la persona a quien se le atribuye es señalada por quien tiene calidad de víctima u ofendido para que sea detenida.[32]

32 Para corroborar el tratamiento unitario en la doctrina nacional y extranjera respecto de la inmediatez en el sentido en que se recoge en esta resolución, vid Palomino Amaro, Raúl M.: El delito Flagrante. Recurso digital disponible en https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20081006_04.pdf, donde el autor señala que "(…) el máximo intérprete de la Constitución, en los Casos (Exp.2096-2004-PHC/TC, Exp.4557-2005-PHC/TC, Exp.9724-2005-PHC/TC y Exp. 1923-2006-HC/TC), afirma que para declarar la flagrancia en la comisión de un delito, deben concurrir dos requisitos insustituibles, siendo los siguientes: 1).- La inmediatez temporal, es decir, que el delito se esté cometiendo o que se haya cometido instantes antes. 2).- La inmediatez personal, que el presunto delincuente se encuentre en el lugar, en ese momento, en dicha situación; y, con relación al objeto o a los instrumentos del delito, que ello ofrezca una prueba evidente de su participación en el hecho delictivo (...)."
Hace también referencia este autor a que en el "(…) Decreto Legislativo Nº 989, publicado el 22 de Julio del año 2007, se ha definido la flagrancia en su artículo 4 en los términos siguientes: "A los efectos de la presente Ley, se considera que existe flagrancia cuando el sujeto agente es descubierto en la realización del hecho punible o acaba de cometerlo o cuando: a) Ha huido y a sido identificado inmediatamente después de la perpetración del hecho punible, sea por el agraviado, o por otra persona que haya presenciado el

Lo que aconteció en este asunto, según fue expuesto por la ministerio público, es que la ofendida fue agredida en su libertad sexual aproximadamente a las 9:00 horas, en una habitación del domicilio del inculpado, e inmediatamente después de esa agresión abandonó la habitación donde ocurrió para encontrarse con la pareja de su agresor, a quien contó lo que había pasado, pero quien la conminó a no decir nada para no meterlo en problemas, cosa a la que accedió para poder abandonar ese lugar.

Enseguida se dirigió a la casa en la que había estado conviviendo el día anterior, que se encuentra aproximadamente a cinco casas de la primera, y ahí le informó a una amiga y a su pareja lo que había sucedido; pero éstos le dijeron que se calmara y que mejor se fuera a su casa, que ya después platicarían. Ante lo que la ofendida llamó por teléfono a su hermana, quien le envió un automóvil de alquiler que la recogió y la llevó hasta su domicilio, traslado que tomó cuarenta minutos aproximadamente, y donde puso en conocimiento a su hermana y a su cuñado de lo que había ocurrido, por lo que decidieron llamar a la policía, con lo que arribaron dos elementos a atender el reporte, quienes al imponerse de lo ocurrido, decidieron regresar con la agraviada al domicilio donde había sido agredida para detener al inculpado.

---

hecho, o por medio audiovisual o análogo que haya registrado imágenes de éste y, es encontrado dentro de las veinticuatro (24) horas de producido el hecho punible; b) Es encontrado dentro de las veinticuatro (24) horas, después de la perpetración del hecho punible con efectos o instrumentos procedentes de aquel, o que hubieran sido empleados para cometerlo, .o con señales en sí mismo o en su vestido que indiquen su probable autoría o participación en ese hecho delictuoso." La detención en flagrancia y por caso Urgente (...)."
También vid Ochoa Romero, Roberto A.: La detención en flagrancia y por caso urgente en el código nacional de procedimientos penales, en "El código nacional de procedimientos penales. Estudios". Sergio García Ramírez y Olga Islas de González Mariscal (Coords.) Recurso digital disponible en https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4032/17.pdf, pp. 186 y ss.; Hernández Barros, Julio A.: Aprehensión, detención y flagrancia, en Derechos humanos en la constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana. T. II. Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, José Luis Caballero Ochoa, Christian Steiner(Coords.) Recurso digital disponible en https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3568/22.pdf, pp. 1772 y ss., consultados todos estos documentos el 17 de mayo de 2018.

La alzada encontró una falla técnica en el actuar de los elementos policíacos que fueron primeros respondientes en este evento, pues en lugar de haber emprendido la búsqueda del inculpado –la cual ya no fue con inmediatez a los hechos al haberse iniciado a más de una hora de haber ocurrido y a una distancia por demás considerable del lugar donde ocurrieron– debieron llevar a la ofendida a presentar una denuncia ante el ministerio público, dado que ya no se hallaban en ningún supuesto de flagrancia. Ello en razón de que entre el señalamiento que realizó la ofendida desde la patrulla en la que llegó al domicilio del inculpado, y la realización del hecho a él atribuido, medió otro señalamiento del que sí es posible predicar su inmediatez: el ya referido en la casa de la amiga de la víctima; que tal señalamiento no hubiera tenido el resultado de detener al inculpado al verificarse es cosa distinta.

Pero además se dio la existencia de un espacio no solo temporal, sino material entre este último señalamiento y el que tuvo por objeto la detención del inculpado dos horas y media después, pues la ofendida se desplazó del sitio en que ocurrió el evento a un lugar bastante alejado donde se encontró con su hermana y su cuñado en el domicilio de estos y a donde llegó el auxilio policíaco.

Incuestionablemente lo anterior hizo que se rompiera esa cadena de continuidad fáctica relativa a la inmediatez necesaria para la existencia de la flagrancia, pues ni el relato que hizo la ofendida a los policías, ni mucho menos el señalamiento del inculpado que la ofendida hizo desde la patrulla en que fue llevada al domicilio de la agresión fueron inmediatos a los hechos, premisa fundamental del supuesto de flagrancia que se trató.

Fue importante acudir a la perspectiva de género, porque de pronto podría haber parecido que se colocaron exigencias que no tendrían lugar en una agresión sexual a una mujer, como podría ser el que hubiera solicitado la ayuda de la policía desde que salió del domicilio de su agresor –aunque en realidad haya podido hacerlo al contar con un teléfono celular–. A este respecto, se dijo que la relevancia de impartir justicia con perspectiva de género no debe jamás justificar una incorrecta apreciación de los hechos puestos en conocimiento de las autoridades que procuran, administran e imparten

justicia, lo que significa que el hecho de tener siempre presentes los parámetros que informan esta manera de administrar e impartir justicia para analizarlos de modo prioritario, no debe cegar los ojos del operador de la norma penal a la realidad, sino que, ponderando con rigor la específica situación de las víctimas de un delito por la que en un momento determinado pudieran quedar en situación de vulnerabilidad frente al orden jurídico por un impacto diferenciado de las normas, debe realizarse el ejercicio de asunción del tema en cuestión.

No se trata de que ante el simple dato objetivo de que nos encontramos ante una de las personas pertenecientes a cualquiera de los grupos vulnerables cuya protección persigue la impartición de justicia con perspectiva de género, demos por sentado que lo que narra engasta en cualquier supuesto legal. Al contrario, sin descuidar la especial circunstancia que los envuelve, debe realizarse el ejercicio intelectual de análisis e interpretación de los hechos, así como de los elementos que los confirman, pues no se debe olvidar que, como operadores de la norma en sede jurisdiccional, estamos obligados a encontrar sustento en la realidad para declarar colmada una hipótesis jurídica, lo cual es imposible sin un exhaustivo ejercicio de apreciación de ese trozo de realidad que protagonizan quienes viven el drama penal.

En esta virtud, el análisis de este asunto arrojó que la ofendida fue víctima de una agresión sexual, que inmediatamente después lo hizo saber a una persona con quien su agresor tiene una relación de pareja, pero que de ella no recibió ayuda; que posteriormente caminó unos cuantos metros hasta un domicilio donde el día anterior estuvo conviviendo con una amiga y ahí le informó a ella y a su pareja lo que había ocurrido, pero que ellos le indicaron que mejor se fuera a su casa, se tranquilizara y después platicarían; que se comunicó vía telefónica con su hermana y su cuñado, quienes enviaron un auto de alquiler por ella y cuando este la llevó al domicilio de su hermana y ahí le platicó lo acontecido, fue entonces que decidieron llamar a la policía, a cuyo reporte acudieron dos oficiales quienes después

fueron con ella al domicilio en que había sido agredida y detuvieron al inculpado.

Es claro que se rompió la continuidad necesaria para hablar de inmediatez, aun cuando se pueda predicar que el especial estado de choque emocional de la agredida le hubiera impedido pensar en llamar a la policía cuando salió del domicilio en que ocurrieron los hechos. o cuando llegó a la casa de su amiga, pero ello no cambia el hecho de que al alejarse de ese lugar se disolvió la inmediatez espacial y temporalmente, con lo que igualmente se disolvió la flagrancia, pues al haberse alejado del sitio en que ocurrieron los hechos y al haber mediado diversos acontecimientos entre aquellos ocurrieron y cuando se dio el señalamiento que permitió la detención del inculpado, esta ya no ocurrió de forma inmediata al hecho, como exigen los artículos 16, párrafo quinto de la constitución federal y 146, fracción II, inciso b), primer supuesto, del código nacional de procedimientos penales.




PADRASTRO
CRITERIO 12

Caso 12.- Definición del término *padrastro* en un delito de violación Toca 55/2018-AU

Este asunto va de una violación en concurso con abusos sexuales cometidos en agravio de tres niñas que eran hermanas. En él se problematizó el concepto de *padrastro* en calidad de circunstancia agravante del delito de violación, prevista por la fracción IV del artículo 184 del código penal del estado, pues el defensor del sentenciado adujo que no se llevó ninguna prueba al juicio que demostrara esa calidad en su representado. Ahora bien, para mejor comprensión de lo que se resolvió, reseñemos brevemente los temas que se abordaron y la forma en que la Sala lo hizo.

El asunto presentó matices especiales materializados en la necesidad del ejercicio y adecuado tratamiento que dio la jueza al tema de la aplicación de las normas desde la perspectiva de género, al considerar que las tres ofendidas se encontraban respecto de su agresor en una relación asimétrica de poder de índole multifactorial, en la que resultó de enorme relevancia que las tres eran menores de edad cuando fueron agredidas, eran mujeres insertas en un entorno socioeconómico poco favorecido, con escasa instrucción, veían al sentenciado como una figura autoritativa paterna de quien esperaban, por lo menos, protección y respeto; además de que él era un adulto varón cuando las agredió y las amenazó con causarle daño a su madre y hermanos.

Todas estas circunstancias colocaron a las ofendidas en una situación de sometimiento respecto del acusado que ameritó el tratamiento del asunto desde la perspectiva de género, por lo que se consideró ineludible acudir a las reglas que al efecto ha planteado al Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis con número de registro 2015634[33], cuyo contenido la Sala compartió e hizo suyo.

33 Décima Época. Registro digital: 2015634. Instancia: Primera Sala. Tesis: 1a. CLXXXIV/2017 (10a.). Materia(s): Constitucional, Penal. Tipo: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 48, Noviembre de 2017, Tomo I, página 460.

Otro tema relevante fue que solo se contó con las declaraciones de las tres menores ofendidas para determinar la dinámica de los hechos. En este punto, la Sala consideró que, al tratarse los imputados al sentenciado de delitos que se cometen, por regla general, en ausencia de testigos, no encontró lugar la exigencia de la defensa en el sentido de pruebas diversas a las declaraciones de las tres ofendidas para corroborar los hechos de que fueron víctimas, pues fuera del en que fue víctima de abuso sexual una de ellas, que fue visto por su hermana, también agraviada, en el resto de las agresiones el sentenciado actuó furtivamente buscando que nadie presenciara su ataque.

Por esa misa razón se consideró que sus atestos adquirían enorme relevancia, máxime que sus deposiciones estaban revestidas completamente de congruencia interna, al no pugnar con los principios de la lógica, dado que las cosas que narraron se apegaban a la forma en que naturalmente ocurren en el mundo de relación social; y su congruencia externa fue confirmada con los hallazgos hechos por peritos psicólogas y por una médico legista, quienes, cada cual en sus ámbitos profesionales, encontraron en todas ellas evidencias de una agresión sexual.

En ese sentido, razonó la Sala, lo que se alejó de la lógica fue la postura del defensor al pretender que luego de, por lo menos cuatro años, se hubiesen hallado vestigios de sangre en el examen realizado a una de las ofendidas, o lesiones en su vagina, cuando quedó claro por parte de la perito médico legista que el himen de una mujer solo puede sufrir un desgarro por penetración, y que en caso de que se sufriera otro desgarro tendría que ser consecuencia de un parto, sin que se demostrara que a la fecha en que fueron examinadas alguna de las pasivos hubiera tenido uno.

Lo que se encontró, entonces, fue que los puntuales, precisos y detallados relatos de las pasivos se constituyeron en prueba idónea y suficiente para demostrar las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que acontecieron las agresiones que sufrieron, ya que la forma en que ocurrió cada agresión fue claramente expuesta por cada una de las agraviadas. Por ello, para la Sala, esas narraciones se convirtieron

en el dato más valioso para determinar la existencia de los hechos que cada una sufrió y la forma en que acontecieron, aunado a que encontraron apoyo objetivo respecto de circunstancias de tiempo y lugar.

Por otra parte, y en pleno ejercicio de la objetividad, se analizó lo atinente al concepto de *padrastro* que se invocó como agravante del delito de violación en agravio de una de las ofendidas. Se dijo que este constituye un elemento normativo típico que amerita una interpretación cultural, al no hallarse definido en ninguna norma de nuestro sistema jurídico estatal, y en relación con la interpretación de los elementos normativos típicos, se trajo a cuenta lo que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sentado en el criterio con número de registro 2011880[34], cuando establece que:

> "(...) los elementos normativos involucran cierto tipo de valoración para su verificación que puede provenir de: i) un aspecto jurídico, en cuyo caso el juez debe considerar lo previsto en la ley para determinar el contenido y alcance del concepto en análisis; o, ii) un carácter cultural, en donde el juzgador habrá de remitirse a un aspecto social o cultural para determinar el contenido del elemento que se desea definir (...)."

En tal virtud, se consideró que debía acudirse a una fuente que reflejase de qué modo ha entendido nuestra sociedad el concepto problematizado en su lenguaje ordinario y la fuente convencional idónea para tal fin es el diccionario de la lengua española de la Real Academia Española, que al definir la palabra *padrastro,* en su primera acepción, indica que es el marido de la madre de una persona nacida de una unión anterior de aquella. Esta definición de índole cultural tiene como elementos el lazo de consanguinidad entre la persona que se dice hijastro o hijastra y su madre, además de que estipula que el que se dice padrastro esté unido a esta última en matrimonio.

34 Décima Época. Registro digital: 2011880. Instancia: Primera Sala. Tesis: 1a. CLXXIII/2016 (10a.). Materia(s): Penal. Tipo: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 31, Junio de 2016, Tomo I, página 696

También se vio cómo ha interpretado este concepto el Poder Judicial Federal a través de sus Tribunales Colegiados. En el criterio con número de registro 16450635, el Tercer Tribunal Colegiado en Materias Penal y del Trabajo del Séptimo Circuito estableció que

"(...) el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española define el vocablo "padrastro": como "Marido de la madre, respecto de los hijos habidos antes por ella." y el término "marido" como: "Hombre casado, con respecto a su mujer.". Por su parte, el Código Civil para dicha entidad, en el libro primero, título séptimo, este último intitulado: "De la paternidad y filiación", utiliza la palabra marido para identificar al hombre casado civilmente con una mujer. Asimismo reconoce tres clases de parentesco: 1) Parentesco por consanguinidad. Es la relación jurídica que surge entre las personas que descienden de un mismo progenitor, por ejemplo: padre, madre, hijo, abuelo, nieto, etcétera (artículo 224). 2) Parentesco por afinidad. Es el que se contrae por el matrimonio entre el varón y los parientes consanguíneos de la mujer, y entre la mujer y los parientes consanguíneos del varón; son los llamados comúnmente "parientes políticos", verbigracia: suegros, hijastros, etcétera (artículo 225). 3) Parentesco por adopción civil. Es el vínculo jurídico que se establece entre el adoptante y el adoptado (artículo 226). De lo anterior se colige que la calidad de padrastro únicamente surge del matrimonio civil, esto es, por el parentesco por afinidad que se contrae entre el cónyuge varón y los hijos de su esposa (quien los procreó con otra persona). Lo que significa que para acreditar la calidad de padrastro en el delito de violación que requiere la agravante prevista en el referido artículo 184, fracción II, es necesario que esté probado en autos que el sujeto activo está unido en matrimonio civil con la madre de la víctima cuando cometió la conducta antijurídica (...)."

35 Novena Época. Registro digital: 164506. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis: VII.3o.P.T.7 P. Materia(s): Penal. Tipo: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXXI, Mayo de 2010, página 2141

Por su parte, el Segundo Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Quinto Circuito en el criterio con número de registro 16564236 ha interpretado que

"(…) en su primera acepción, el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española define el vocablo padrastro como “marido de la madre, respecto de los hijos habidos antes por ella”, mientras que el término marido es definido como “hombre casado, con respecto a su mujer”, de donde se advierte que dicho vocablo encuadra en la categoría del parentesco de afinidad. Por tanto, no basta que una pareja viva en unión libre en el mismo domicilio para que, por esa circunstancia, el hijo de uno de ellos sea considerado hijastro del otro y el varón en dicha relación pueda ser válidamente reputado como padrastro de los hijos de la mujer para efecto de acreditar la calificativa en mención, dado que para que surja el vínculo por afinidad que la ley contempla como causa de agravación de las penas, tanto en sus concepciones normativa y cultural, es necesario que la pareja esté unida en matrimonio (...)."

Y el Primer Tribunal Colegiado del Quinto Circuito en el criterio con número de registro 199782[37] ha entendido que

> "(…) es el vínculo matrimonial el que crea el parentesco entre el marido y los descendientes de la esposa, atento que de conformidad con los artículos 457, 458 y 459 del Código Civil del estado de Sonora, la ley no reconoce más parentesco que el de consanguinidad que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor, el de afinidad que es el que se contrae por virtud del matrimonio entre el varón y los parientes de la mujer y entre esta y los parientes de aquel, y por último, el parentesco civil existente entre el adoptante y el adoptado. Por lo que, jurídicamente, no puede estimarse demostrado el carácter de

36 Novena Época. Registro digital: 165642. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis: V.2o.P.A.34 P. Materia(s): Penal. Tipo: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXXI, Enero de 2010, página 1999

37 Novena Época. Registro digital: 199782. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis: V.1o.20 P. Materia(s): Penal. Tipo: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo V, Enero de 1997, página 572

padrastro de la ofendida, en mérito de que el mismo solamente puede surgir de conformidad con las disposiciones legales citadas del matrimonio entre este y la progenitora de aquella, de tal manera que si lo que está demostrado es que vivía en unión libre, de tal vínculo no podía existir tal parentesco (...)."

Los factores comunes que encontramos en todas estas interpretaciones son la existencia de un matrimonio entre un hombre y la madre de quien se considera hijastro o hijastra y precisamente el vínculo de parentesco por consanguinidad entre éstos últimos y quien tenga la calidad de esposa. En ejercicio de objetividad y exhaustividad se encontró todavía un criterio –el más novedoso cronológicamente y en razón de su contenido– sostenido por el Noveno Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito en la tesis con número de registro 2008819[38], en el que dice que el término *padrastro* es una

"(...) expresión semántica de calidad cualitativa del activo que requiere de valoración normativa -jurídica y cultural-. Así, conforme a los métodos sistemático y analítico de los artículos 291 Bis, 291 Ter, 291 Quáter y 293 del Código Civil para el Distrito Federal, se colige -en tutela judicial efectiva, pro persona e interés superior del menor-, que ese activo no es únicamente el "marido", esto es, aquella persona que ha contraído matrimonio civil con la madre del hijo que fue procreado con una pareja anterior, sino que ese carácter también lo tiene quien ha establecido una relación en "unión libre" (concubinato) con dicha madre, al adecuarse a los fundamentos amplios de la familia, derechos y obligaciones, la cual genera el parentesco por afinidad entre los concubinos y sus respectivos parientes consanguíneos. Luego, en el caso, "padrastro" no es solo quien se constituye como esposo de la mujer, sino también aquel que, voluntariamente decidió vivir en "unión libre" y determinarse voluntariamente como padrastro, al establecer una relación de pareja estable con la madre de la víctima (...)."

38 Décima Época. Registro digital: 2008819. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis: I.9o.P.75 P (10a.). Materia(s): Penal. Tipo: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 17, Abril de 2015, Tomo II, página 1655

Empero, no obstante que en este criterio se amplía el alcance del concepto *padrastro* para considerar también con esta calidad a quien solo vive en "unión libre", es decir, en concubinato, con una mujer, lo que no se abandona es el nexo de sangre entre esta y sus hijos para que quien vive con ella pueda ser considerado padrastro de sus hijos.

Ahora bien, si en ejercicio de tutela de derechos humanos hiciéramos un ejercicio similar al que se verificó en el último criterio transcrito, podríamos ampliar la tutela típica del precepto que aquí se analiza para crear una norma[39] que estableciera que la persona que es legalmente adoptada por una mujer, quien después se casa o comienza a vivir en concubinato con un hombre, adquiere respecto de este la calidad de hijastra, por la actualización de la adecuación a los fundamentos amplios de la familia, derechos y obligaciones que genera el parentesco por afinidad. En esta tesitura, indiscutiblemente, lo que se requeriría sería que se hubiera seguido el cauce legal para la adopción, para así estar en oportunidad de adscribir las consecuencias jurídicas que de suyo conllevan las calidades de padrastro e hijastro o hijastra en alguien.

Sin embargo en este asunto fue la propia ofendida quien categóricamente señaló que su madre biológica es una, y otra persona fue quien la llevó a registrar como si fuera hija de ella, incluso con sus mismos apellidos. Lo anterior sin duda es un acto ilícito traducido en la alteración de la filiación de la aquí ofendida, en términos del artículo 216, fracción I del código penal del estado.

La consecuencia, entonces, es que aquí no podríamos hacer tutela constitucional de derechos humanos en favor de la ofendida debido a que la calidad de hija que tiene respecto a quien estuvo casada o fue solo concubina del sentenciado –ello devendría irrelevante en la tutela de derechos humanos–, deriva de un acto ilícito, y el derecho penal, por principio, no está llamado a tutelar actos ilícitos.

39 Vid. Guastini, Riccardo: Interpretación y construcción jurídica, en Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, núm. 43, octubre 2015, Instituto Tecnológico Autónomo de México. Distrito Federal, México. Recurso digital disponible en http://www.redalyc.org/pdf/3636/363643925005.pdf, consultada el 24 de octubre de 2017.

Sin que ello implicara que se denegó a la pasivo el acceso a la justicia en calidad de víctima, pues de ningún modo se está declarando que la agresión que sufrió no se verificó ni mucho menos que no es penalmente reprochable, sino que simplemente se dibujaron con nitidez los contornos de la figura típica de *padrastro*, y atentos al resultado, se encontró que el inculpado no tenía esa calidad en relación con esta específica ofendida.


AUTOBUS
FORANEO PLAZA
DE TOROS


CRITERIO 13

Caso 13.- Codominio funcional. Elementos
Toca 22/2019-AU

El problema en este asunto giró alrededor de la figura jurídica de la coautoría prevista por la última parte del artículo 20, primer párrafo del código penal, desde la perspectiva del codominio funcional del hecho, pues la defensora pública de los sentenciados esgrimió como agravio que el ministerio público no aportó pruebas al juicio que demostraran la actualización de dicha figura. La Sala estuvo de acuerdo con la defensora, y para explicar y justificar por qué razón fue así, la desarrolló acudiendo a uno de los principales expositores –si no el principal– de esta doctrina: el Dr. Claus Roxin.

Este tratadista define la coautoría prevista por el parágrafo 25, fracción II del código penal alemán[40] como

> "(...) la realización del tipo mediante ejecución con división del trabajo. El dominio del hecho del coautor se deriva de su función en la ejecución; asume una tarea que es esencial para la realización del plan del hecho y le hace posible el dominio del conjunto del acontecimiento a través de su parte o participación en el hecho (...).[41]

Dice también el profesor alemán que los coautores tienen una función irreemplazable que les confiere el codominio, pero que da a cada uno la posibilidad de hacer fracasar el plan delictivo mediante la negativa o rechazo a realizar su parte en el trabajo, por lo que llama a esta situación *dominio funcional del hecho*. Así, identifica como los tres requisitos centrales de la coautoría la existencia de un plan conjunto de trabajo, una colaboración o actuación conjunta y una contribución esencial, ambas, en la fase ejecutiva del delito.

Al respecto dice, en primer término, que no es preciso que el plan establezca cada detalle de la conducta de quienes actúan en

40 "Si varios cometen conjuntamente el hecho, se castigará a cada uno como autor."

41 Vid. Roxin, Claus: derecho penal. Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito. Civitas-Thomson Reuters. España. 2014. p. 146

común, sino que cada sujeto en particular puede actuar o reaccionar libremente de acuerdo con la situación concreta, pues todas las formas de conducta adecuadas al plan estarán cubiertas por el acuerdo.

Lo que sí es imprescindible es la colaboración con división del trabajo en la fase ejecutiva, pues no *se puede dominar una realización del tipo si no se estuvo (colaborando) en ella*. Así, quien presta una contribución al hecho en fase preparatoria, pero deja a otro la ejecución del hecho antes de su realización, renuncia con ello a su dominio. Igualmente indispensable es la calidad de esencial en la contribución, pues *alguien solo posee el codominio del suceso si ejerce una función en la ejecución de la que puede depender el éxito del plan*, ya que las contribuciones irrelevantes o de poca importancia alcanzan a fundamentar, por mucho, una cooperación o complicidad.[42]

Los Tribunales Colegiados del Poder Judicial Federal han recogido y explicado esta doctrina en criterios como el contenido en la jurisprudencia con número de registro 197915,[43] cuyo contenido el Tribunal compartió e hizo suyo, y que a continuación se transcribe:

> "(...) COAUTORÍA MATERIAL. SE GENERA CUANDO EXISTE ENTRE LOS AGENTES CODOMINIO FUNCIONAL DEL HECHO. Aun cuando la aportación de un sujeto al hecho delictivo no pueda, formalmente, ser considerada como una porción de la acción típica, si aquella resulta adecuada y esencial al hecho de tal manera que evidencia que existió entre los agentes un reparto del dominio del hecho en la etapa de su realización (codominio funcional del hecho), tal aportación es suficiente para considerar a dicho agente coautor material del delito en términos del artículo 13, fracción III, del código penal para el Distrito Federal, como ocurre en el delito de robo, cuando uno de los activos es el que se apodera materialmente de la cosa ajena, mientras otro, amén de brindarle apoyo con su presencia, impide que uno de los ofendidos acuda a solicitar auxilio (...)."

42 Cfr. Roxin, Claus: Derecho penal…, pp. 146-157

43 Novena Época. Registro digital: 197915. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis: I.1o.P. J/5. Materia(s): Penal. Tipo: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo VI, Agosto de 1997, página 487.

Bajo este, contexto tenemos que si el ministerio público fundamenta su acusación en la parte que corresponde a la forma de intervención de quien acusa en la figura de la coautoría en la vertiente del codominio funcional del hecho, lo menos que debe justificar con pruebas es el acuerdo que existió entre los coautores, la división de las tareas en virtud de ese acuerdo, y en su caso, qué tarea fue la que correspondió ejecutar al acusado, de igual manera, debe explicar por qué razón esa contribución resultó esencial para la realización del delito, lo cual debe recoger el juzgador para verificar si se encuentra colmada, desde el aspecto demostrativo, la hipótesis acusatoria para exponer también las razones por las que así lo considera.

Sin embargo, en este asunto la hipótesis acusatoria en este tema se redujo al señalamiento que hizo la fiscalía en el sentido de que se demostró el acuerdo previo y el reparto de tareas entre el inculpado y otras personas porque aquel mandó llamar a un domicilio a los occisos la mañana en que murieron, sitio donde, dijo la fiscalía, después los sometió, los ató de las manos y junto con otras dos personas los estuvo golpeando para después privarlos de la vida. Sustentó su afirmación en lo narrado por una testigo que dijo haber apreciado el sometimiento y los golpes entre las 07:30 y las 11:30 horas de ese día. Incluso dijo que en ese lapso escuchó y vio que el acusado hizo dos detonaciones con un arma de fuego en la habitación donde se hallaban los occisos.

Pero en esta exposición de la ministerio público quedó sin explicar la enorme laguna de solución de continuidad que medió entre las 11:30 horas de ese día y las 02:36 horas del siguiente, que fue la hora en que la Dirección General del Sistema de Comunicación (C4) recibió reporte sobre cuatro detonaciones de arma de fuego en la esquina de unas calles, y que posterior a esto, a las 02:38 horas se informó sobre el hallazgo de una persona sin vida la cual se encontraba en otra diversa esquina, y fue encontrada lesionada otra persona, que a la postre también falleció, así como tres casquillos percutidos y un proyectil deformado. Lo anterior fue de enorme relevancia porque implicó que las lesiones que privaron de la vida a los aquí agraviados les fueron infligidas en el lugar donde fueron encontrados, no en el domicilio donde se dijo que estuvieron sometidos y fueron golpeados por el acusado y otras personas.

En este sentido, no hubo prueba ni tampoco ninguna explicación acerca del modo en que los dos ofendidos fueron trasladados del domicilio donde se dijo estuvieron a la esquina donde les dispararon; esto es, no se sabe con certeza quién les trasladó hasta ese sitio ni quién les disparó; es más, ni siquiera se sabe si el arma que se detonó en el domicilio donde se dijo que los tenían sometidos fue la misma que se utilizó en la esquina donde hubo acontecido la etapa ejecutiva del delito que analizamos. Así, ante la ausencia probatoria y justificatoria que acabamos de enunciar, evidentemente tampoco estuvo demostrado ni explicado cuál fue la tarea que le correspondió realizar al acusado, de qué modo contribuyó al homicidio de los aquí agraviados ni por qué razón su contribución debía considerarse esencial para esos fines.




CRITERIO 14

Caso 14.- Desarrollo del descubrimiento probatorio. Toca 35/2019-O

El problema en este asunto fue que un juez consideró que no se cumplió con las formalidades del descubrimiento probatorio en las pruebas periciales ofertadas por la defensa. Veamos qué fue lo que sucedió y cómo se abordó el estudio del caso desde una perspectiva lógica, alejada del formalismo letrístico y más bien apegada a la realidad material, que es el objeto de la aplicación de la ley.

Lo primero fue precisar que donde la ley no distingue, no cabe distinguir, y para el caso específico se aterrizó este apotegma diciendo que donde la ley no establece limitantes, no debemos establecerlas. Lo siguiente fue entender qué debemos entender, en términos técnicos, cuando hablamos de descubrimiento probatorio, y para ello se analizó la disposición normativa que da tratamiento a esta novedosa figura procesal, con énfasis en lo que respecta al acusado y su defensor, que es precisamente el artículo 337, párrafo tercero del código nacional de procedimientos penales, precepto que establece:

> "(...) Artículo 337. Descubrimiento probatorio
>
> El descubrimiento probatorio consiste en la obligación de las partes de darse a conocer entre ellas en el proceso, los medios de prueba que pretendan ofrecer en la audiencia de juicio. En el caso del ministerio público, el descubrimiento comprende el acceso y copia a todos los registros de la investigación, así como a los lugares y objetos relacionados con ella, incluso de aquellos elementos que no pretenda ofrecer como medio de prueba en el juicio. En el caso del imputado o su defensor, consiste en entregar materialmente copia de los registros al ministerio público a su costa, y acceso a las evidencias materiales que ofrecerá en la audiencia intermedia, lo cual deberá realizarse en los términos de este Código.
>
> El ministerio público deberá cumplir con esta obligación de manera continua a partir de los momentos establecidos en el párrafo

tercero del artículo 218 de este Código, así como permitir el acceso del imputado o su defensor a los nuevos elementos que surjan en el curso de la investigación, salvo las excepciones previstas en este Código.

La víctima u ofendido, el asesor jurídico y el acusado o su defensor, deberán descubrir los medios de prueba que pretendan ofrecer en la audiencia del juicio, en los plazos establecidos en los artículos 338 y 340, respectivamente, para lo cual, deberán entregar materialmente copia de los registros y acceso a los medios de prueba, con costo a cargo del ministerio público. Tratándose de la prueba pericial, se deberá entregar el informe respectivo al momento de descubrir los medios de prueba a cargo de cada una de las partes, salvo que se justifique que aún no cuenta con ellos, caso en el cual, deberá descubrirlos a más tardar tres días antes del inicio de la audiencia intermedia.

En caso que el acusado o su defensor, requiera más tiempo para preparar el descubrimiento o su caso, podrá solicitar al juez de control, antes de celebrarse la audiencia intermedia o en la misma audiencia, le conceda un plazo razonable y justificado para tales efectos (...)."

De la lectura de este artículo encontramos que, básicamente, el descubrimiento probatorio consiste en hacer del conocimiento de la contraparte los medios de prueba que se pretendan llevar a juicio, y se materializa a través del acceso a todo tipo de registros, lugares, objetos y evidencia material que vaya a ser utilizada en la audiencia cúspide del proceso. Existen plazos bien definidos para ese fin, y en relación con la prueba pericial opera una previsión especial, pues el informe sobre el que versará el testimonio de los peritos debe entregarse al realizarse el descubrimiento, o a más tardar tres días antes del inicio de la audiencia intermedia.

Se hizo énfasis en que el dispositivo no habla, respecto al informe de la prueba pericial, de circunstancias especiales entre el descubrimiento general de pruebas y la excepción a que se refiere para su entrega, sino que solo indica que lo más tarde que puede entregarse es tres días antes de que inicie la audiencia intermedia. No cabe entonces añadir a la letra de la ley circunstancia alguna.

Incluso la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha precisado al respecto lo siguiente:

"(...) La defensa solo estará obligada a descubrir aquellos medios de prueba que pretenda llevar a juicio como prueba, con la salvedad del informe pericial, el cual deberá ser entregado a más tardar el día de la celebración de la audiencia intermedia, sin perjuicio de que se anuncie en ese momento (...).[44]

¿Por qué fue importante hacer este apuntamiento? Bueno, pues porque en el asunto operaron circunstancias extraordinarias que obligaron a una interpretación cuidadosa de la ley con base en la realidad. Veamos. El veintiocho de febrero del año que se celebró la audiencia, se convocó a la intermedia, pero no se llevó a cabo porque el defensor solicitó, con fundamento en el artículo 341 del código nacional de procedimientos penales, se difiriera su celebración. Al no haberse llevado a cabo, no podía otorgarse eficacia jurídica al inicio de la comparecencia que ese día se verificó por los sujetos del proceso.

El doce de marzo del mismo año, se convocó nuevamente a esta audiencia, pero en esta ocasión no pudo celebrarse porque no fue posible el traslado del inculpado a la sede jurisdiccional, de modo que nuevamente se difirió. Tampoco aquí podemos hablar legalmente de que se haya iniciado esta audiencia, en los términos exigidos por el tercer párrafo del artículo 337 del código nacional de procedimientos penales.

El veintidós de marzo de la misma anualidad, se convocó nuevamente a audiencia, pero en esta ocasión el ministerio público, Asesora jurídica victimal, defensa e inculpado acordaron solicitar diferimiento para efecto de buscar la posibilidad de acudir al procedimiento abreviado, de modo que nuevamente no se llevó a cabo, pues se difirió su celebración. No podemos, entonces, considerar el inicio de esa comparecencia como el que debe computarse para los efectos del artículo citado en el párrafo que antecede.

Así las cosas, se citó nuevamente para la celebración de esta audiencia para el veintinueve de marzo del mismo año, con la salvedad de que para el veinticinco de ese mismo mes y año, la defensa corrió traslado al ministerio público y asesora victimal con los informes

44 Vid. Suprema Corte de Justicia de la Nación: Guía de apoyo para el estudio y aplicación del Código Nacional de Procedimientos Penales. Suprema Corte de Justicia de la Nación y CJF. México. 2014. p. 34

periciales que rindieron dos peritos, más de tres días antes del inicio de la audiencia intermedia, que esta vez sí fue celebrada.

Un punto que se debe precisar es que en ninguna de las comparecencias de las partes anteriores a la del veintinueve de marzo de dos mil diecinueve, se abrió debate sobre ningún punto; en la primera y en la tercera se hicieron las peticiones y se acordó el diferimiento; en la segunda se acordó por la propia imposibilidad de celebrar la audiencia. Lo anterior significa que defensor e inculpado no tuvieron oportunidad material de haber justificado las razones por las que aún no contaban con los informes periciales para, sobre esa base, solicitar plazo para presentarlos tres días antes del inicio de la audiencia –de su *celebración*, indica el Máximo Tribunal de la Nación– ya que no fueron presentados al verificarse el descubrimiento probatorio, como permite el último párrafo del artículo que analizamos.

Bajo esta tesitura, no admitir la prueba pericial ofrecida sobre la base de que el defensor no había justificado la razón por la que no contaba con los informes periciales y no los había entregado a su contraparte, cuando en ninguna audiencia se abrió debate sobre el particular no apareció como correcto para la Sala. No se debe dejar de observar que en cada una de las tres comparecencias verificadas antes de la del veintinueve de marzo de dos mil diecinueve, el defensor habría estado en oportunidad de justificar por qué razón no contaba con los informes periciales y solicitar plazo para presentarlos si se hubiera abierto debate al respecto, pero esto no sucedió.

Ello implicó que mientras no se celebrara la audiencia intermedia el defensor tenía expedito su derecho para hacer llegar esos informes a más tardar tres días antes de que se fuera a debatir sobre la admisión de la prueba, es decir, de la efectiva celebración de la audiencia intermedia, como así lo hizo. Y esto es perfectamente válido porque la ley no establece ninguna limitante para ello, salvo que los informes periciales se presenten en el plazo mencionado, por lo que la conclusión de la Sala fue que ese descubrimiento se realizó con apego a lo que disponen los artículos 337 y 340 del código nacional de procedimientos penales, y por esa razón se ordenó su admisión.




CRITERIO 15

Caso 15.- Morrillos.
Toca 3/2019-C

Este asunto es particularmente especial, por la naturaleza de los hechos y el impacto que finalmente tuvo en la sociedad, pues luego de la reposición que ordenó la Sala colegiada, se pudo lograr una sentencia de condena de 60 años para los perpetradores de los atroces hechos. Aquí el problema fue que un juez no admitió la incorporación por lectura de una declaración, porque consideró que la causa de que la testigo no se hallara disponible para presentarse en juicio no era atribuible al acusado. Veamos la forma en que se construyó la respuesta jurídica.

En primer lugar, se consideró necesario bosquejar cómo es que los jueces, especialmente los penales, están llamados a resolver conflictos reales de personas reales insertas en contextos sociales reales, pues la delicada tarea de juzgar a nuestros semejantes se halla intensamente impregnada del contenido que brinda nuestra realidad. Luego, para asumir esa empresa de resolver de modo vinculante sobre los destinos de la libertad, el patrimonio o la integridad física –o las tres cosas– de sus cogobernados, el juez debe tener en cuenta que es, de entre todos los ciudadanos, apenas uno a quien se le ha encomendado la labor de resolver los conflictos que nacen en el seno de la sociedad, lo que sin duda implica una de las más altas responsabilidades a nivel social, con lo que se torna en un instrumento al servicio del estado con la función de propiciar el orden y la paz sociales.

Ello, apodícticamente, le supone inserto en el contexto social, en íntimo contacto con las situaciones que en él acontecen, de suerte que ningún operador de la norma jurídica en sede jurisdiccional puede sustraerse a la sensibilidad de los eventos que esculpen día a día el acontecer social; tan es así que incluso en las cuestiones procesales tienen especial relevancia en el tema probatorio los denominados hechos públicos, notorios o de conocimiento general.

Lo anterior también implica que los juzgadores no pueden parapetarse detrás de cuestiones meramente formales, detrás de las

letras de las leyes, para dejar de apreciar en su exacta dimensión lo que se dice acontecido en el mundo de relación social, en el mundo material. No deben soslayar los jueces que resuelven conflictos generados en el seno del grupo social y que sus resoluciones allá mismo van a impactar, razones por las cuales deben tener en consideración que con motivo de su actividad de impartición de justicia, deben justipreciar absolutamente todas las circunstancias que son relevantes en el contexto social de los hechos que son sometidos a su consideración.

Este prolegómeno se consideró pertinente porque en la decisión incidental que se revisó, el Tribunal de juicio incurrió en una violación al derecho de acceso a la justicia de las víctimas de este asunto, previsto a nivel constitucional en el artículo 17 del pacto federal, al negar la incorporación por lectura de las entrevistas del único testigo directo de estos hechos, y de dos testigos más.

Para sostener lo que se afirmó, en primer lugar se construyó como premisa una máxima de experiencia. Es un hecho público y notorio que las actividades ilícitas como la venta de mercancía pirata y los delitos de alto impacto como la extorsión, por regla general, se perpetran por personas vinculadas de alguna manera a los grupos de delincuencia organizada. De la misma manera, es un hecho público y notorio demostrado por la experiencia social mexicana, que las personas que son amenazadas de muerte por los grupos de la delincuencia organizada o personas afines –más las que tienen calidad de testigos de sus actividades ilícitas– son privadas de la vida si acuden a declarar ante las autoridades. Pero más importante aún: que el contexto de violencia que se vive desde hace tiempo en nuestro estado ha permeado en el ánimo colectivo al grado de que cualquier ciudadano tiene temor fundado respecto de su integridad física si recibe alguna amenaza de esta clase de personas.

La segunda premisa del razonamiento la compusieron las circunstancias específicas que fueron expuestas en el incidente que promovió el ministerio público respecto del testigo directo y las testigos circunstanciales de los hechos aquí indagados. En este asunto tenemos, por una parte, que el inculpado se dedicaba a la venta de

discos piratas y que se encontraba vinculado a otro proceso penal justamente acusado por el delito de extorsión. De otra parte, tenemos a dos operadores de la norma en sede administrativa penal que han venido ante el Tribunal de juicio a decir que escucharon de propia voz al testigo directo de los hechos que fueron atribuidos al acusado que este lo amenazó de muerte en caso de que declarara en su contra.

Es verdad que los operadores incurrieron en algunas omisiones al no documentar cada uno de los actos en razón de los cuales ya no pudo localizarse al testigo, pero se consideró que ello no tornaba menos eficaz el que ante el Tribunal los expusieron de manera coincidente, ni que sí fueron expuestos en sendos informes de investigación, y que los testigos no llegaron al extremo de declarar de modo idéntico, sino que lo hicieron solo de modo coincidente, a lo que debe sumarse que las cosas que expusieron tienen pleno sentido en el contexto en que procesalmente nos encontramos; es decir, se refirieron al abandono del lugar de residencia del testigo de un homicidio de alto impacto que recibió una amenaza de muerte de aquel a quien dice haber visto lo perpetró; y esta persona es señalada por dedicarse a vender mercancía pirata y se le sigue un diverso proceso penal por el delito de extorsión en el que fue detenido precisamente con la otra persona a quien el testigo amenazado señaló de haber intervenido en la ejecución de los dos menores que aquí fueron privados de la vida.

La conclusión que se sigue de las premisas que se establecieron fue la de que estas circunstancias específicas en este asunto tornaban atendible el argumento sostenido por la fiscalía en el sentido de que la ausencia en el juicio del testigo a quien nos referimos es atribuible a quien en él tiene carácter de acusado, y ello hacía procedente la incorporación por lectura de la entrevista que rindió, en términos del artículo 376, fracción V, de la ley del proceso penal para el estado.

Igual acontece en tratando de las otras dos testigos, y fue en este punto donde cobró enorme relevancia el ejercicio de apreciación de la realidad que dejó de hacer el Tribunal, pues a la audiencia incidental se incorporó información que demostraba la existencia de un proceso penal seguido en contra del acusado por el delito de violación cometido en contra de una de las testigos, persona que tuvo

calidad de pareja sentimental del acusado y quien era amenazada desde antes de que se privara de la vida a los aquí agraviados, y quien además era sometida a una vida de abusos, vejaciones y humillaciones por parte del acusado; incluso existió la referencia otorgada por un policía ministerial de que esa testigo, antes de desaparecer, le había informado a su madre que un hombre y una mujer la habían abordado luego de unos careos celebrados en el mes de agosto en aquel proceso y le advirtieron que se cuidara "porque seguía ella".

Luego se tuvo también la información entregada por ese mismo policía respecto de la desaparición de la otra testigo, pues señaló que esta fue vista por última vez luego de unos careos celebrados con el acusado en marzo, y después, en agosto, luego de una diligencia judicial de la misma naturaleza, se perdió el rastro de la primer testigo mencionada, lo que a juicio de la alzada guardó demasiada coincidencia como para ser considerado obra de la casualidad.

Más claro: estas dos testigos se encontraban insertas en un contexto de violencia extrema desplegada por el acusado dentro del cual ambas tuvieron conocimiento de que, por lo menos en la información que dio pie al juicio, consta que el acusado agredió con brutal ferocidad a sus hermanos, tal y como había amenazado a una de ellas con hacerlo, justo antes de que éstos fueran privados de la vida.

Así, se analizó con harto detenimiento el contexto en el que se verificaron los hechos, con esa sensibilidad de la que hablamos líneas arriba, pero sobre todo con una base racional y razonable de sentido común, que es la materia de la sana crítica, y ello llevó a la conclusión de que la ausencia de estas dos testigos también debía atribuirse al acusado, ya que existieron razones para que las dos testigos tuvieran temor por su vida y decidieran alejarse de su domicilio y no presentarse al juicio en que sería juzgado el homicidio de sus hermanos.

Se decidió, pues que la ausencia en el juicio de los tres testigos mencionados era atribuible al acusado y por ello se autorizó la incorporación por lectura de sus declaraciones.




CRITERIO 16

Caso 16.- Valoración de la prueba como lucha dialéctica. Toca 85/2019-AU

En este asunto, amén de una interesante postura acerca de la cuestión probatoria en el proceso penal, la Sala consideró pertinente fijar insoslayables parámetros analíticos al respecto, en el entendido que el proceso penal, concebido como está hoy día en nuestro sistema jurídico, ha evolucionado de ser poco más que una aduana de control de calidad de las actuaciones del ministerio público en la averiguación previa en el sistema denominado tradicional, hasta convertirse en una verdadera arena de lucha dialéctica en la que las armas más poderosas son la racionalidad y la razonabilidad que informan los enunciados que afirman que algo sucedió o no sucedió en el mundo de relación social.

Fue invocada la idea del maestro Antonio Dellepiane, de que en la delicada tarea de impartir justicia, la actividad del juez se confunde con la del historiador, por cuanto a ambos les corresponde reconstruir una parte de la realidad a través de un método que consiste en ir de los rastros, vestigios o huellas dejados por las cosas, hechos o seres, a esos mismos hechos, seres o cosas, dado que es materialmente imposible revivir el hecho a juzgar.[45] En esta tarea el "(...) problema consistente en determinar la existencia de un hecho, pasado o actual, plantea otro problema previo: el de la posibilidad o imposibilidad de dicha existencia (...)."[46] Y en relación con el valor demostrativo que puede otorgarse a una prueba dice que

> "(...) (t)oda prueba, por plena o perfecta que sea, de un hecho inverosímil, se vuelve por esa sola circunstancia sospechosa, más que sospechosa, presuntivamente falsa, y por tal razón judicialmente inaceptable… cualquiera fuese el medio o medios de prueba utilizados para la reconstrucción de un hecho, si esa

45 Vid. Dellepiane, Antonio: Nueva teoría de la prueba. 9ª ed. Temis. Bogotá. 1997. pp. 14-23

46 Vid. Dellepiane, Antonio: Nueva teoría de la prueba…, p. 37

reconstrucción nos lleva a un resultado inverosímil o a un sistema de hechos parciales incoherentes y que se contradicen, la prueba, no obstante su fuerza o consistencia, tórnase dudosa y como tal, judicialmente inaceptable (...)."[47]

En esta tesitura, se sostuvo que los instrumentos que legalmente se pueden utilizar para asignar eficacia demostrativa a las pruebas en el juicio –y en general, en el proceso penal— son los derivados de la sana crítica, la cual debe entenderse como "(...) el sistema, técnica y arte de juzgar atendiendo a la bondad y verdad de los hechos, sin vicios ni error, mediante la lógica, la experiencia, la equidad y las ciencias y artes afines y auxiliares y la moral, para alcanzar y establecer, con expresión argumentativa, la certeza sobre la prueba en el proceso (...)."[48] tal como se recoge en los artículos 259, 265, 359 y 402 del código nacional de procedimientos penales.

Así tenemos entonces que, como señala el profesor Daniel González Lagier, probar un hecho en el proceso penal consistirá en mostrar que, a la luz de la información que se posee, está justificado aceptar que ese hecho ha ocurrido,[49] y de acuerdo con Diego Del Vecchi, diremos que

"(...) justificar externamente la premisa fáctica consiste en dar razones en favor de la verdad de la proposición que esa premisa expresa, en responder a la *quaestio facti* demostrando que lo que el enunciado asevera (el evento *token*) ocurrió efectivamente en el mundo… La justificación de una aserción tal, en una visión racionalista de la prueba, depende de la presencia de elementos probatorios suficientes para la aceptación del enunciado fáctico como premisa de la decisión (...)."[50]

47 Vid. Dellepiane, Antonio, Nueva teoría de la prueba…, pp. 40-44

48 Vid. Barrios González, Boris: Teoría de la sana crítica. Interpretación, valoración y argumentación de la prueba. UBIJUS. México. 2017. p. 34

49 Cfr. González Lagier, Daniel: Quaestio facti. Ensayos sobre la prueba, causalidad y acción. Fontamara. México. 2013. p. 75

50 Vid. Del Vecchi, Diego, Problemas probatorios perennes. Un análisis a la luz del nuevo proceso penal mexicano. Fontamara. México. 2018. p. 15

Sentadas estas bases, veamos lo que pasó en el asunto. La inconformidad expresada por la recurrente pasó por dos ejes fundamentales: por una parte, se refirió al valor probatorio que se concedió a la declaración de un perito de la defensa que se encargó de analizar y exponer una videograbación tomada con un teléfono celular en la que el acusado aparecía en un lugar diverso al en que se dijo sucedieron los hechos a la hora en que acontecieron; y por otra, se dolió de que se hubiera negado eficacia convictiva a la declaración de una testigo que además tenía calidad de víctima.

Del primero señaló que fue incorrecto que se le haya concedido valor a la referida declaración, debido a que el perito incurrió en una violación al derecho humano a la privacidad, ya que no se exhibió en juicio ningún documento que contuviera su autorización expresa para que el perito analizara y obtuviera de un aparato de comunicación un video del que dio cuenta en el juicio, en el que el acusado aparecía en un lugar distinto –y distante– al en que se cometieron los hechos a la hora en que se dice que acontecieron.

También dijo que el perito carecía de credibilidad al no haber acreditado que fuera un experto en análisis informático, ya que solo refirió que contaba con diversos diplomados en distintas especialidades del área de criminalística, pero que nunca había tomado siquiera cinco meses de capacitación continua en la materia, y su grado máximo de instrucción era el de licenciado en Derecho, lo que lo descalificaba como experto en materia de análisis forense.

La Sala consideró infundado lo anterior en razón de que, en primer lugar, la etapa de investigación se caracteriza por ser desformalizada y no existe ningún dispositivo legal que exija se recabe un documento como un acta de consentimiento para la revisión de un aparato telefónico. Pero aun suponiendo que por profilaxis procesal se hubiera recabado ese documento, los antecedentes de la investigación no sirven para hacer prueba en el juicio, y en este caso, a lo que se concedió valor probatorio fue a la explicación que brindó en la audiencia el perito respecto a la forma en que recibió el aparato telefónico de manos de su propietaria, quien no solo se lo entregó, sino que además retiró la contraseña que bloqueaba su funcionamiento

a fin de que el perito pudiera extraer la video grabación en la que aparecía el sentenciado.

Lo anterior constituye, sin lugar a dudas, un expreso consentimiento de su parte para que se revisara el aparato que ella misma proporcionó, y encuentra significancia relevante en grado superlativo cuando vemos, además, que fue la propia propietaria quien afirmó ante el A quo estas mismas circunstancias, de modo que, como correctamente resolvió el juez de primer grado, no había ningún motivo para considerar que se hubiera violentado el derecho humano a la privacidad de la citada testigo en la recopilación de la prueba de que hablamos.

Ahora, por lo que hace a la calidad de experto del perito que lo calificara para emitir la opinión que expuso en juicio, lo cierto es que no se acercó ninguna prueba que apuntase a que los cursos y diplomados con los que dijo contar no fueran suficientes para realizar el examen que realizó; ni mucho menos se demostró que fueran de todo punto necesarios cursos de más de cinco meses en la materia para volverse experto en análisis informático o, por lo menos, estar en posibilidad de peritar al respecto.

De modo que las afirmaciones en el sentido de que el perito carecía de credibilidad por no haber demostrado suficientemente su capacitación para la prueba que se le encomendó palidecieron ante la exposición que este realizó en juicio, por la que explicó de manera prolija, puntual y coherente la forma en que extrajo la videograbación, de la que estuvo en aptitud de encontrar cuándo, cómo e incluso dónde fue realizada, señalando que originalmente se grabó con el teléfono del que la extrajo, dando también puntual cuenta de las razones por las que no podía hablarse de que hubiera sufrido algún tipo de edición, ni en su contenido ni en la fecha en que se originó.

En el mismo orden de ideas, esta prueba no se encontró aislada en el juicio, pues en confrontación con la versión de los hechos que dio la víctima y testigo de la fiscalía, se tuvieron las declaraciones de los guardias de seguridad del bar en el que supuestamente la testigo y el aquí occiso fueron privados de la libertad, quienes indicaron que nunca existió un incidente al interior del bar como el que narró la testigo en la hora que dijo hubo acontecido; es más, uno de ellos afirmó que el único incidente que se dio esa noche, una reyerta entre dos jóvenes, tuvo lugar entre las dos y

las dos treinta de la madrugada, y que las personas que sacaron del bar con motivo de ella, dos muchachos y una joven, se retiraron del lugar a bordo de un taxi, sin que hubiera ocurrido ningún otro incidente.

A estas declaraciones se suman las del guardia de seguridad del bar en el que fue grabado el video, del que dio cuenta en audiencia el perito de la defensa, testigo que afirmó haber visto en ese lugar al sentenciado desde las 22:30 u 23:00 horas del día anterior a los hechos hasta las 04:00 o 05:00 horas del día de los hechos solo para dirigirse después a un hotel donde otro testigo, quien se desempeña ahí como guardia de seguridad, lo vio registrar su entrada y donde permaneció y se le vio salir hasta un día después de su ingreso.

Como puede verse, ante evidencia tan contundente, la sola declaración de la testigo y víctima, sostén de la acusación de la fiscalía, careció de eficacia demostrativa. Vaya, ni siquiera hubo qué analizar las deficiencias que en ella encontró el A quo, pues el órgano acusador no pudo explicar nunca cómo es que el acusado pudo ser videograbado a las 03:23 horas del día de los hechos en el interior de un bar, donde fue visto hasta aproximadamente las 04:00 o 05:00 horas de ese día, para después ser ubicado ingresando a un hotel, donde estuvo todo ese día y salió hasta el siguiente; y al mismo tiempo pudo haber estado en otro bar, donde se dijo que sucedieron los hechos, sitio en el que habría tenido una discusión con el aquí occiso aproximadamente a las 04:00 horas del día de los hechos y donde momentos después él y otros sujetos habrían forzado a la testigo y víctima y al occiso a abordar un automóvil, de donde al final este último apareció sin vida en un paraje carretero.

La conclusión fue que la declaración de la testigo y víctima se encontró contradicha con sólidas pruebas que echaron por tierra su imputación en contra del sentenciado, por lo que no mereció eficacia probatoria, y al ser la única prueba de cargo en contra del sentenciado, se consideró correcta la decisión del juez de origen de absolverlo de la acusación hecha en su contra.

Esperamos que haya quedado clara la lucha dialéctica sostenida en este asunto entre las tesis del órgano acusador, las antítesis de la defensa y las síntesis realizadas por los órganos judiciales de primera y segunda instancia.


CRITERIO 17

Caso 17.- Tentativa de homicidio.
Toca29/2020-O

En este asunto, el inculpado tuvo la calidad de recurrente, y el problema consistió en su afirmación de que no existió la tentativa de homicidio que se le atribuyó. En ese sentido, expresó, en lo medular, que le agraviaba la decisión por la que se le vinculó a proceso en virtud de que la jueza dejó de observar que el ministerio público no expuso elementos de los que pudiese desprenderse que el día de los hechos tenía la intención de privar de la vida al aquí ofendido, pues no se podía llegar a esa conclusión al tomar en consideración que realizó dos disparos de seis que podía haber hecho, a dos metros de distancia del ofendido; que, además, la jueza no tomó en cuenta el parte informativo de los elementos policíacos que lo detuvieron donde indican que cuando ya lo habían asegurado recibieron reporte por radio de que un sujeto había entrado en una joyería a robar –lo que, sugiere el inconforme en su escrito recursal, era su intención– y había realizado detonaciones de arma de fuego, además de que en el oficio que el fiscal que conoció de estos hechos ordenó al jefe de la policía ministerial que realizara su investigación, señaló que se trataba de un delito de robo.

Veamos la respuesta que se le dio.

En primer lugar se estableció que el derecho penal se encarga de reprimir hechos que dañan los bienes jurídicos cuya tutela tiene a su cargo, cuya vulneración se materializa a través de conductas que los lesionan o los ponen en peligro, las cuales consisten en manifestaciones de voluntad que persiguen una finalidad. En tratándose de delitos dolosos, como es el caso que nos ocupa, la finalidad es precisamente la de alcanzar el resultado típico, la lesión o puesta en riesgo del bien jurídico en juego.

Ahora, la dirección final de la puesta en marcha de la voluntad tiene dos fases, una interna, que pasa por la elección del fin que se persigue y, la identificación de los medios para conseguirlo, así como de los posibles efectos concomitantes a los medios elegidos y a la consecución del fin propuesto; la otra fase es externa y consiste en la puesta en marcha del

proceso causal dominado por la finalidad del agente por la que se procura alcanzar la meta propuesta. Si se logra, tendremos, sin mayor dificultad, que se ha consumado el fin propuesto, y si no existe ninguna causa que lo excluya, podremos hablar de la consumación de un delito.

Sin embargo, existen supuestos en los que, a pesar de haber realizado los actos idóneos y necesarios para alcanzar el fin propuesto, este no se alcanza debido a que el agente, por causas ajenas a su voluntad, ve interrumpida su conducta o no se produce el resultado. Hablamos aquí de la tentativa de un delito. En ella, la intención sigue siendo la de alcanzar el designio criminoso propuesto a través de los medios seleccionados para ese fin, para lo que se pone en marcha el curso causal a través de la materialización de los actos que permitirán alcanzarlo, pero circunstancias no previstas por el agente interrumpen ese curso causal y lo desvían o no permiten que se produzca el resultado.

En este caso, lo que el derecho penal reprocha no es la lesión, material o jurídica al bien tutelado, sino la dañada intención del agente que lo pone en riesgo. Lo relevante es, pues, el aspecto subjetivo. Así, en tratando del delito de tentativa de homicidio calificado, lo primero que tenemos qué averiguar es si es posible predicar que el ánimo del agente al momento de poner en marcha el curso causal, es precisamente el de privar de la vida al pasivo; y si encontramos esto, lo siguiente será ver si, por causas ajenas a su voluntad, no lo consigue porque algo interrumpe su conducta, o no obstante no haber sido interrumpida, el resultado no se alcanza, según se exige en el primer párrafo del artículo 18 del código penal en relación con el 138 del mismo ordenamiento.

En el caso, no hubo debate en relación a que el día de los hechos el inculpado fue detenido con un arma de fuego abastecida en un local del centro de la ciudad donde acontecieron los hechos, pues dos policías lo vieron corriendo por las calles de esa zona con un arma de fuego en sus manos y fueron en su persecución, y una vez que lo aseguraron recibieron reporte vía radio por el que les indicaban que un sujeto con sus características había entrado a robar una joyería en esa misma zona de la ciudad y había hecho detonaciones de arma de fuego.

En el tema que sí se debatió fue la intención con la que entró a la joyería y accionó ahí en dos ocasiones un arma de fuego que llevaba consigo, pues

los datos de prueba expuestos por la fiscalía permitieron inferir que el día de los hechos su ánimo fue el de privar de la vida al pasivo, y que si no lo logró fue por una causa ajena a su voluntad. Lo anterior porque hubo dos testigos que informaron que ese día se hallaban en la joyería donde estaban una empleada y el dueño del negocio; que en eso ingresó un sujeto que saludó a la empleada y enseguida sacó una pistola que llevaba entre sus ropas y le dijo "hazte a un lado", cortó cartucho y disparó en dos ocasiones en dirección hacia donde el dueño se hallaba sentado, pero no hizo blanco con ninguno de los disparos pues en eso su víctima tomó un arma que guardaba en una repisa ubicada al lado izquierdo de donde estaba sentado y también cortó cartucho, con lo que el sujeto se espantó y salió corriendo de la joyería y el dueño detrás de él, y luego de haber corrido unas calles vio que lo detuvieron unos policías al interior de un local de videojuegos.

En la audiencia, a la que concurrió el ofendido, este precisó que los disparos que hizo y erró el inculpado pegaron en la pared y la repisa de la joyería, a la altura de su cabeza, a sus costados derecho e izquierdo, respectivamente; y que claramente el sujeto iba a matarlo porque solo le dijo a su empleada que se hiciera a un lado y disparó en su contra, pero que se asustó cuando lo vio tomar su arma y prepararla para disparar, con lo que salió corriendo de su joyería.

Atento a lo anterior, encontramos que los actos con los que el inculpado puso en marcha el curso causal que lo sujetó a proceso hablan de que su intención al atacar al pasivo era, claramente, la de privarlo de la vida, pues no puede entenderse otra cosa al tomar en consideración que con un instrumento cuya esencial finalidad es la de causar daños letales en las personas, como es un arma de fuego, disparara dos proyectiles en su contra. Se consideró también que el inculpado no desistió voluntariamente de esa intención, pues al momento en que salió de la joyería, el arma que disparó contaba todavía con cuatro cartuchos útiles, por lo que no era correcto que, de haber querido hubiera terminado lo que comenzó, por lo que, en todo caso, su tentativa no era punible.

Y esto tuvo su fundamento en que los dos testigos informaron que no concluyó su obra, porque al tomar su arma el dueño y prepararla para disparar, él se asustó y salió corriendo. Esa reacción no puede calificarse

como desistimiento voluntario, sino como una reacción a una causa ajena a su voluntad de privar de la vida al pasivo. Más claro, realizó actos idóneos –disparar un arma de fuego– dirigidos inequívocamente a privar de la vida al pasivo –dirigir los disparos a su cabeza–, pero no logró consumar el resultado porque el pasivo tomó un arma de fuego para defenderse, con lo que lo hizo huir, que es la causa ajena a su voluntad que le impidió alcanzar el fin que se había propuesto.

Entonces, la causa que cambió el rumbo de su voluntad y lo hizo huir, fue que el dueño tomara su arma de fuego para defenderse. Pero no es que voluntariamente haya decidido dejar de disparar, sino que al verse en riesgo de recibir también un disparo, optó por huir. De ahí la actualización del hecho que la ley señala como delito de tentativa de homicidio calificado.




CRITERIO 18

Caso 18.- Suspensión condicional del proceso. Toca 43/2020-O

En este asunto se negó la suspensión condicional del proceso al inculpado. Veamos qué sucedió.

La alzada estableció que el proceso penal es el instrumento del que se sirve el estado para hacer actuar el derecho penal sustantivo; es decir, del que se sirve para declarar la existencia de un delito, que alguien es responsable por la comisión de ese delito y para adscribir la consecuencia jurídica correspondiente. Su carácter instrumental implica una estructura rígida en cuanto a las formas, pues las instituciones jurídico-procesales permanecen siempre, lo que cambia es el contenido sustancial que dota de contenido a esas instituciones en el decurso procesal. Digamos que el proceso, en su forma, es estático.

Por otra parte, el derecho penal sustantivo se encuentra sometido a la siempre cambiante dinámica social, de modo que los escenarios en los que aparecen verificadas las figuras delictivas, donde hallamos los tipos penales realizados, son múltiples y complejos. Uno de ellos, es el que una misma persona cometa varios delitos, sea con una sola o con varias conductas, supuesto por el que se crearon las figuras del concurso de delitos y de la acumulación de procesos, con la finalidad de que los varios delitos se sigan en un mismo proceso y se imponga una sola sanción que los contemple todos.

Ahora bien, no debemos soslayar que el derecho penal ha evolucionado de ser un trámite con fines meramente retributivos a ser un instrumento a través del cual se procura el restañamiento del tejido social quebrantado con la conducta delictiva. Esto quiere decir que hoy día es de igual relevancia sancionar penalmente las conductas delictivas que tratar de solucionar el conflicto nacido a raíz de ellas a través de mecanismos alternos que aseguran la reparación del daño causado. En este sentido, el derecho penal se encuentra incuestionablemente bajo la luz del tercer párrafo del artículo 17 constitucional, que reza:

"(...) Siempre que no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, las autoridades deberán privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales (...)".

Al que debe vincularse de inmediato el párrafo quinto del mismo precepto, que estipula:

"(...) 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 (...)."

Pues bien, uno de los mecanismos alternos de solución de conflictos penales que prevé el código nacional de procedimientos penales en el artículo 184, fracción II, es precisamente la suspensión condicional del proceso, cuyos requisitos de procedencia se enuncian taxativamente en el diverso numeral 192 de esta misma ley. Entre ellos, la fracción primera alude a que el auto de vinculación a proceso del imputado se haya dictado por un delito cuya media aritmética de la pena de prisión no exceda de cinco años.

Una interpretación literal o estricta de este enunciado nos llevaría a concluir que la procedencia de la suspensión condicional del proceso única y exclusivamente sería en el supuesto de que se hubiera cometido un solo delito y se hubiera dictado un solo auto de vinculación a proceso. Esto, desde luego, implicaría desconocer el carácter dinámico del derecho penal ya descrito líneas arriba, y sujetaría a rígidos criterios hermenéuticos la aplicación del derecho procesal penal, distantes del principio de interpretación pro persona contenido en el artículo 1º, párrafo segundo de la constitución, que obliga, en la interpretación de las normas, a buscar siempre la protección más amplia de los gobernados.

En la especie, al haber considerado el juez que la suspensión condicional del proceso no procede cuando estemos frente a la acumulación de procesos por más de un delito cometido por un inculpado, deja de lado la obligación de buscar la mayor protección

de las normas que regulan la procedencia del mecanismo alternativo del que hablamos.

Lo anterior si tomamos en consideración que de ningún precepto del Capítulo III, Título I, Libro Segundo del código nacional de procedimientos penales se desprende una restricción a la procedencia de la suspensión condicional del proceso como la que señalamos. La respuesta jurídica para este asunto deriva directamente de la constitución, de una interpretación conforme a sus postulados –precisamente los artículos 1º y 17– junto al artículo 192 del código nacional de procedimientos penales. Por esa razón se revocó la decisión apelada para conceder la suspensión condicional del proceso solicitada.


CRITERIO 19

Caso 19.- Argumentación y perspectiva de género. Toca 46/2020AU

Este asunto trató de la impugnación de una sentencia absolutoria por el delito de violación. Los conceptos de agravio vertidos por la víctima, su asesora jurídica y la ministerio público giraron en torno a una idéntica línea de pensamiento que pudo ser reducida, en lo medular, a dos puntos específicos: 1.- Afirmaron que el juez de origen dejó de juzgar con perspectiva de género en perjuicio de la ofendida, y 2.- Sostuvieron que esa deficiencia lo llevó a realizar una incorrecta valoración de las pruebas, debido a que las producidas en juicio, contrario a lo que señaló, eran suficientes para acreditar la existencia del delito de violación que fue juzgado, y la plena responsabilidad penal del acusado en su comisión.

Para dar contestación a esa inconformidad, el primer paso que se dio fue el de explicar la naturaleza y alcances jurídicos de la figura de la perspectiva de género como herramienta de análisis para impartir justicia, lo que se hizo desde la mirada del Poder Judicial Federal, para indicar, a continuación, de qué modo impactó en el asunto que se tuvo en las manos.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido una conceptualización de la perspectiva de género en la tesis con número de registro 2013866,[51] que dicho de modo sencillo, la perspectiva de género constituye el instrumento que tienen a la mano los juzgadores para identificar cuando una de las partes en un proceso pertenece a un grupo de los considerados por la constitución como vulnerables[52] y además, de cara a las específicas características del

51 Décima Época. Registro digital: 2013866. Instancia: Primera Sala. Tesis: 1a. XXVII/2017 (10a.). Materia(s): Constitucional. Tipo: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 40, Marzo de 2017, Tomo I, página 443

52 Los grupos vulnerables son identificados a través de la lista enunciada en el quinto párrafo del artículo 1º constitucional, a saber: el origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias

proceso, se encuentra en una situación de desventaja o desigualdad estructural derivada precisamente de su condición de género. Incluso, en el proceso penal funciona como principio rector, según han estimado los Tribunales Colegiados del Poder Judicial Federal en criterio con número de registro 2017169[53].

Ahora bien, la utilización de esta herramienta analítica obliga al juzgador a poner en juego toda su capacidad jurídica, pues no se trata de una fórmula a partir de cuya enunciación ya no haya necesidad de argumentar; al contrario, justo por su aparición la exigencia de una argumentación reforzada se vuelve ineludible, pues en ella estriba la justificación de la situación de violencia o vulnerabilidad que da pie a la utilización de la perspectiva de género, y la de la solución que se propone con vista a eliminar la desventaja o desigualdad estructural en que se encuentra una de las partes procesales.

Para ello, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido los pasos a seguir para asegurar el acceso a la justicia en condiciones de igualdad a través del juzgamiento con perspectiva de género, los que se contienen en la jurisprudencia con número de registro 2011430.[54]

Ahora, la identificación del estado de vulnerabilidad debe hacerse con todo cuidado y precisión, pues la cuestión de perspectiva de género tampoco implica en automático que por el solo hecho de ser mujer, por ejemplo, encuentre operatividad. Así lo han entendido los Tribunales Colegiados del Poder Judicial

---

sexuales, el estado civil o cualquier otra situación o circunstancia que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

53 Décima Época. Registro digital: 2017169. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis: XXII.P.A.23 P (10a.). Materia(s): Constitucional, Penal. Tipo: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 55, Junio de 2018, Tomo IV, página 3063

54 Décima Época. Registro digital: 2011430. Instancia: Primera Sala. Tesis: 1a./J. 22/2016 (10a.). Materia(s): Constitucional. Tipo: Jurisprudencia. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 29, Abril de 2016, Tomo II, página 836

Federal en el criterio con número de registro 2014125,[55] cuyo contenido la alzada compartió e hizo suyo, y en la misma línea de pensamiento se ha pronunciado la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en tesis con número de registro 2008545.[56]

Una vez que se identificó la naturaleza jurídica y alcance de la perspectiva de género como herramienta de análisis para la impartición de justicia como se entiende en nuestro orden jurídico, se habló de su impacto en el ámbito probatorio. La perspectiva de género opera como garante del derecho fundamental de igualdad ante la ley, de modo que consideramos adecuado traer a cuenta las ideas del garantismo penal en el ámbito de la prueba para justificar la exigencia de una argumentación reforzada sobre la base de una irrestricta racionalidad y razonabilidad por parte del juzgador al momento de apreciar la prueba.

Así diremos con Luigi Ferrajoli[57] que los distintos principios garantistas se configuran, antes que cualquier otra cosa, como un esquema epistemológico de identificación de la desviación penal, encaminado a asegurar el máximo grado de racionalidad y fiabilidad del juicio, con lo que se garantiza la limitación de la potestad punitiva y la tutela de la persona contra la arbitrariedad.

La limitación al poder punitivo del estado garantiza a los ciudadanos un espacio de libertad en el que solo es punible lo que está prohibido por la ley, y en este contexto, la igualdad jurídica se caracteriza porque las acciones o los hechos, cualquiera que los cometa, pueden ser realmente descritos por las normas como modelos objetivos de desviación, y en cuanto tales, ser previstos y probados como presupuestos de iguales tratamientos.

55 Décima Época. Registro digital: 2014125. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis: XXI.2o.P.A.1 CS (10a.). Materia(s): Constitucional. Tipo: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 41, Abril de 2017, Tomo II, página 1752

56 Décima Época. Registro digital: 2008545. Instancia: Primera Sala. Tesis: 1a. LXXIX/2015 (10a.). Materia(s): Constitucional. Tipo: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 15, Febrero de 2015, Tomo II, página 1397

57 Cfr. Ferrajoli, Luigi: Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Trad. Andrés Ibañez, Perfecto et al. 9ª ed. Trotta. Madrid. 2009. pp. 34 y ss.

El presupuesto de la pena debe ser la comisión de un hecho unívocamente descrito y denotado como delito no solo por la ley, sino también por la hipótesis de la acusación, de modo que resulte susceptible de prueba o de confutación judicial, y para que el juicio no resulte apodíctico, sino basado en un control empírico, se precisa que la hipótesis acusatoria sea concretamente sometida a verificación y expuesta a refutación, de forma que resulte convalidada si y solo si resulta apoyada por pruebas y contrapruebas.

Siguiendo este esquema, se estará en posibilidad de llegar a una verdad obtenible a través de una argumentación sobre la base de proposiciones empíricas sometidas al proceso de verificabilidad, por la concurrencia de dos aspectos: el mayor poder de explicación de la hipótesis que contienen tales proposiciones, y por haber superado favorablemente un mayor número de controles.

La verdad de estas proposiciones será derivable de los efectos que los hechos hubieren producido en el mundo de relación social, es decir, de los signos del pasado. Será así, resultado de una ilación entre hechos probados del pasado con hechos probatorios del presente, en cuya confección, la tarea del juzgador consistirá en identificar y recoger la hipótesis más simple, dotada de mayor capacidad explicativa y compatible con el mayor número de pruebas y conocimientos adquiridos en el curso del proceso.

Hasta aquí se llevó a cabo la labor de precisión sobre en qué consiste y cómo opera la perspectiva de género, y al propio tiempo se verificó cómo debe apreciarse la prueba en un sistema de justicia garantista, luego de haber afirmado que la perspectiva de género es garantía de igualdad procesal. Veamos ahora qué pasó en el asunto.

En este no hubo dificultad para identificar que quien tuvo la calidad de ofendida en el proceso se encontraba dentro de las categorías sospechosas que ameritan la utilización de la perspectiva de género para juzgar, pues era una mujer víctima de un delito sexual, el de violación, previsto y sancionado por el artículo 180 del código penal del estado. No obstante lo anterior, en este asunto se consideró que ubicar a la ofendida en ese sitial y reconocer como necesaria la perspectiva de género para juzgar su caso no implicaba de ninguna

manera que debiera declararse como probada cualquier cosa que esta refiriera. No. Así no funciona la perspectiva de género como herramienta de análisis.

El ejercicio que deriva de esta consideración es el de analizar las pruebas desahogadas bajo estrictos parámetros de racionalidad y razonabilidad, cuidando siempre de no incurrir en estereotipos de género y procurando la equidad entre las partes procesales, al no dejar de lado el otro derecho humano que se enfrenta al derivado de juzgar con perspectiva de género: la presunción de inocencia.

Es en este punto, acudir en la motivación de una decisión a enunciados del tipo "*habría podido"*, como señalar que en un momento determinado la ofendida pudo haber terminado con la relación que mantenía con quien señaló como su agresor; cuestionar por qué no denunció luego de la agresión que dijo haber sufrido un día específico; preguntar por qué mantuvo relaciones sexuales con el inculpado si no fue producto de su decisión o por qué mantuvo su relación sentimental con él, y sobre esa base concluir que su comportamiento es incongruente con su relato, se traduce en exigencias que tienden a invisibilizar la situación de violencia a la que una víctima de violencia sexual hubiera estado sometida, y también se traduce en calificaciones de su comportamiento que están fuera de lugar en el análisis con perspectiva de género, lo que materializa una violación a los derechos fundamentales de quien tiene calidad de ofendida.

Sin embargo, esta vulneración no tuvo la trascendencia procesal que persiguieron quienes se inconformaron, porque al acudir al segundo aspecto que se revisó en este asunto, la prueba principal que se trajo a juicio, consistente en la declaración de la ofendida, no se sostiene por las inconsistencias que presentó, y al ser adminiculada con las declaraciones de tres testigos, una perito médico legista y una agente de investigación criminal, lejos de verse corroborada, se diluyó su veracidad. Veamos.

Ya indicamos que el uso de la perspectiva de género implica otorgar una especial relevancia al dicho de quien, además de ser mujer, tiene calidad de víctima de un delito sexual; pero también dijimos

que lo anterior tiene como contracara el análisis más riguroso de la racionalidad y razonabilidad de ese relato de cara al resto del material convictivo, el cual debe someterse al mismo rigor analítico que la deposición de la víctima. Es aquí donde no se sostuvo la hipótesis de la acusación, pues el relato de la ofendida presentó incongruencias, contradicciones e inconsistencias, las declaraciones de los testigos apuntaron hacia una evidente intención de agravar la imputación realizada contra el acusado y las declaraciones de los auxiliares de la fiscalía –perito y agente de investigación– lejos de corroborar la acusación, la ponen en entredicho. Expliquemos.

La ofendida basó la imputación en contra del acusado en la supuesta violencia física y psicológica que el inculpado ejerció en contra de ella, la que dijo, inició una ocasión en que estuvo en la habitación de un hotel. Para sustentar ese evento, se trajo a una testigo que indicó que ese día vio salir a la ofendida del lugar donde ambas trabajaban aproximadamente a las dos de la tarde, y luego la vio regresar seriamente alterada aproximadamente a las tres. Dice la testigo que, a pesar de haberle mentido tanto para abandonar el lugar de trabajo como al contarle por qué había vuelto tan alterada, la pasivo terminó por contarle que el inculpado la había agredido en un hotel, al que habría acudido citada por él, que incluso pudo verle una mancha roja redonda en el cuello del lado izquierdo. También dijo que su compañera cambió mucho su forma de ser a partir de ese día y que incluso le manifestó en diversas ocasiones que *ya no estaba a gusto* y *que se quería ir*.

Sin embargo este relato pierde credibilidad cuando apreciamos que la testigo tuvo intención de agravar la situación del inculpado afirmando que llamó *loca* a la ofendida cuando lo encontró en el centro de la ciudad con la intención de recoger un bolso propiedad de la pasivo, pero de plano se vuelve inatendible cuando vemos que esta testigo quiso engañar no una, sino en dos ocasiones al Tribunal, pues en ejercicio de refresco de memoria insistió en que el acusado llamó *loca* a la pasivo y terminó reconociendo que eso jamás sucedió. Se consideró que ese aspecto demeritaba seriamente su credibilidad.

Para intentar demostrar otro evento se trajo a otra testigo, que narró sobre un único evento que le platicó la ofendida, y dijo en el juicio que lo que narró ante el Tribunal fue precisamente lo que la ofendida le dijo que había ocurrido. Contó que esta le platicó que ese día se vio con el inculpado en el centro de la ciudad, donde tomaron un taxi para ir a su domicilio para hablar de un problema que habían tenido en relación con el carácter violento del inculpado; que incluso este le dijo que lo pagarían entre los dos; que él le dio indicaciones al chofer del taxi para llegar al domicilio, lo que indica que ya sabía dónde se ubicaba; que al llegar, entraron y enseguida el acusado la tomó del cabello con ambas manos, la arrojó a un cuarto y ahí le impuso la cópula.

Dijo también que la ofendida le contó que el acusado ya la había golpeado en varias ocasiones, que la obligaba a enviarle videos de contenido sexual explícito y que la tenía amenazada con hacerlos públicos. Que cuando le platicó todo esto, como amigas, ella le sugirió denunciar, a lo que la acompañó en su oportunidad.

La alzada consideró que la declaración de esta testigo contenía aspectos que la hicieron inatendible. En principio debemos puntualizar que la testigo era licenciada en derecho y que su narración de lo que le platicó la ofendida fue puntual y fluida, lo que permitió inferir que recordó sin dificultad esa experiencia con ella. Como quiera, todo lo que narró de la agresión sexual lo supo por voz de la propia ofendida, es decir, era una testigo por referencia de tercero que, por tal motivo, no ameritaría eficacia probatoria. Sin embargo, en el contexto de la perspectiva de género sí consistiría un indicio que permitiría la corroboración del relato principal, si no hubiera adolecido deficiencias.

La que presentó fue la falta de correspondencia con el relato de la propia ofendida, pues ella dijo que el día que acudieron a su domicilio fue porque el acusado tenía intención de yacer ahí con ella, a lo que ella le decía que no, que ella no le faltaba al respeto a su casa, pero terminaron yendo. Dijo, además, que hasta ese día el acusado supo donde vivía, pues antes de eso lo desconocía. También dijo que al llegar al domicilio primero estuvieron sentados en el patio, donde

el acusado le pidió el teléfono para revisarlo, y al encontrar ciertos contactos masculinos, se enfureció y le dio primero un puñetazo en el rostro y luego dos más, uno en cada pierna, para luego llevarla a empujones a un cuarto, donde le impuso la cópula.

En estas circunstancias, el principio lógico de identidad se vio comprometido en las dos versiones que dio la ofendida de un mismo hecho, pues si se pretendía corroborarlo de algún modo con el atesto de su amiga, por esta sola razón no cupo otorgarle credibilidad alguna. Para lo único que fue útil fue para saber el día en que la ofendida acudió a denunciar los hechos, pero no para corroborar el contenido de lo que expuso la pasivo ante la autoridad investigadora.

Un testigo de enorme relevancia para la decisión que se revisó fue el hijo de la ofendida. Fuera de los motivos que hubiera tenido la pasivo para no contarle lo que dijo le había sucedido sino hasta después que hubo acudido a declarar ante el ministerio público, lo cierto es que él aporta información que derriba la credibilidad del relato de su madre.

En primer lugar, dijo que un día se encontró a su madre y al acusado de camino a la tienda, que ahí se lo presentó y que los vio actuando con absoluta normalidad; que cuando volvieron a su casa continuaron en condiciones de normalidad e incluso su madre se puso a cocinar, aunque dice que él no comió con ella y con el acusado. También dijo que él nunca vio golpeada a su madre ni supo que alguien la hubiera amenazado, que tampoco nunca nadie lo amenazó a él ni vio nunca al inculpado rondar su domicilio.

Que antes de ese día nunca vio a su madre triste, nerviosa o con miedo y que todavía para el día en que él acudió a declarar ante el ministerio público, no vio a su madre triste o decaída, lo que llama la atención, porque a pregunta de la fiscalía indicó que no dijo que hubiera visto nunca a su madre en esas condiciones, a pesar de que en el ministerio público sí se lo preguntó. Como se puede ver, la persona que de modo más íntimo convivía con la pasivo, al ser su hijo y vivir en el mismo domicilio, nunca notó que su comportamiento hubiera cambiado o que se la advirtiera nerviosa, triste, decaída o con miedo.

Siguiendo con la declaración de la ofendida se tuvo que su acusación se basó en la violencia física y psicológica que dice que el

acusado ejerció en su contra, pues un día en una habitación de un hotel, le impuso cópula vía anal y vaginal.

Aquí sucedió algo en el juicio que debe destacarse. En evidencia de contradicción, el defensor cuestionó que la ofendida hubiera dicho que después de que el acusado le impuso la cópula vía anal, ella se vistió y luego ella y el acusado se retiraron del hotel; imprecisión que no sería de mayor relevancia si no fuera porque cuando el defensor puso en evidencia que la pasivo había señalado antes que luego de la cópula anal el inculpado volvió a penetrarla vía vaginal, la ofendida intentó ostensiblemente engañar al Tribunal omitiendo la parte de la lectura en la técnica de contradicción en la que esta constaba.

La ofendida narró que ese día tuvo relación sexual consentida con el inculpado vía vaginal, pero que luego él le pidió hacerlo vía anal, a lo que ella se negó, por lo que aquel la tomó por los cabellos la puso de rodillas y la penetró por el ano, a lo que ella le seguía diciendo que no lo hiciera, porque le dolía. Ante el Tribunal, la ofendida reconoció que el inculpado la penetró por el ano auxiliado con un gel lubricante que ella misma había adquirido.

Aquí la pregunta que rompió la ilación del relato de la ofendida fue ¿en qué momento se colocó el acusado el gel? Porque, por una parte, ella reconoció no tener problemas de lubricación vaginal, y nunca dijo que hubieran utilizado el gel con ese fin; y por otra parte, de su relato se desprende que el evento que narra habría ocurrido con inmediatez, es decir, que al tomarla del cabello y arrodillarla, inmediatamente la penetró por el ano. Y la duda persiste, entonces ¿en qué momento se untó el gel para penetrarla por esa vía? Es algo que no explicó la pasivo.

Las inconsistencias en su relato continuaron. Ella dijo que el acusado la tenía amenazada con hacerle daño a ella, a su hijo o a su madre, y que por ese temor seguía con él, e incluso por esa misma razón le envió algunas videograbaciones de contenido sexual explícito. Sin embargo, no hubo un solo dato objetivo de que esas amenazas realmente hubieran existido, pues del propio aparato telefónico de la pasivo se extrajeron conversaciones que sostuvo con el acusado en redes sociales, y según reconoció una agente de investigación

criminal encargada de procesarlas, en esas conversaciones no se encontró una sola amenaza, ninguna exigencia para enviar algo o hacer cualquier cosa, ni tampoco algún reclamo en relación con las supuestas agresiones sufridas en tres específicas fechas.

Por otro lado, la propia ofendida fue quien informó al Tribunal que el acusado conoció a su hijo y supo donde vivía hasta un determinado día, y este dijo que vio una sola vez al acusado y que jamás lo vio rondando por su domicilio, lo que puso en serias dudas la verdad acerca de las amenazas en contra de él, pues fue él mismo quien dijo que nunca recibió ninguna amenaza ni se sintió en algún momento en riesgo, que incluso el día en que su madre le presentó al acusado, estuvo conviviendo con él en la cocina de su casa en condiciones de absoluta normalidad, y se supone que esto ocurrió después de que este había agredido sexualmente a su madre.

Finalmente, la pasivo dice que en una de las agresiones el acusado le dio un puñetazo en el rostro, entre la mandíbula y el cuello, y por lo menos un puñetazo en cada pierna, que los golpes fueron fuertes. Empero, cuando la ofendida fue revisada por la perito médico legista, esta estableció que no presentó ninguna lesión traumática; y en la audiencia a preguntas de la defensa contestó que una lesión traumática produce equimosis y que la evolución de esta conlleva una coloración específica que tarda hasta diecisiete días en desaparecer, pero a pesar de que la pasivo afirmó que los golpes que recibió fueron fuertes, esa equimosis no se hallaba presente.

Lo que aquí se tuvo, entonces, una vez considerado que la pasivo es una mujer que dijo haber sufrido violencia para perpetrar en su agravio un delito sexual, es que su relato no resistió un riguroso análisis racional, debido a sus inconsistencias y contradicciones; y además, el resto del material convictivo, lejos de corroborarlo, lo demeritó. Razones que llevaron a la alzada a confirmar la absolución dictada en favor del inculpado.




CRITERIO 20
LIBERTAD
PROBATORIA

Caso 20.- Libertad probatoria explicada. Toca 54/2020-O

En este asunto, la fiscalía se inconformó con la inadmisión de diversos medios de prueba ofrecidos de su parte. En sus conceptos de agravio, consideró que fue incorrecta la decisión de la jueza de haber declarado ilícita la entrevista que se realizó a una testigo a quien llamaremos Petra, lo que trajo como consecuencia que declarara también ilícitas, por derivación, un acta de cateo, el testimonio de la agente del ministerio público que se encargó de ejecutarla; la extracción de información obtenida a partir de la intervención de comunicaciones autorizada en relación con el aparato telefónico propiedad de Petra, los testimonios de los agentes de investigación criminal y del perito que intervinieron en el cateo, y los documentos consistentes en los datos conservados en la línea telefónica que correspondió al occiso en este asunto.

Indicó que, contrario a lo sostenido por la jueza, la entrevista a cargo de Petra no era ilícita en razón de que se le recabó en calidad de testigo, por lo que no había razón alguna para informarle sobre el derecho a no autoincriminarse ni tampoco había necesidad de designarle defensor.

Por su parte, la jueza excluyó medios de prueba ofrecidos por la fiscalía bajo la consideración de que una de ellas, la entrevista recabada a Petra, adoleció de una causa de ilicitud, por lo que las que de ella derivaron estaban afectadas de la misma deficiencia y así todas ellas eran inadmisibles. A juicio de la Sala, la decisión de la juez no fue correcta, por las razones que se expondrán a continuación.

De la información que tuvo a su disposición la juzgadora no es dable considerar que Petra tuvo en momento alguno del veintinueve de junio del año que sucedieron los hechos, entre las 16:00 y las 20:20 horas, calidad procesal de detenida. No hay dato que informe que cuando su esposo, el ahora inculpado, fue detenido, a ella se le hubiera asegurado y abordado en alguna unidad policiaca también en calidad de detenida; menos aún que hubiere llegado en dicha calidad al Hospital General de

la ciudad; ni tampoco de que hubiera estado bajo custodia policiaca, ni existe informe policial alguno que dé cuenta de su detención.

Cierto fue que sus hijos indicaron haber escuchado de su voz que se hallaba detenida en el hospital al que fue ingresado el aquí inculpado el día de los hechos; sin embargo, de la información expuesta a la jueza en la audiencia intermedia, se desprende que la presencia de la señora Petra en el nosocomio obedeció a la necesidad de que firmara la autorización necesaria para el tratamiento médico a que fue sometido el inculpado. Fuera de ese dato, se insiste, no hay otro que indique que en momento alguno la testigo referida estuvo en calidad de detenida durante el lapso que permaneció ahí.

Bajo este panorama, la jueza incurrió en una apreciación incorrecta de los hechos en los que fundó su decisión, pues dio por sentado que Petra sí tuvo calidad de detenida ese día y que al recabar su entrevista no se hicieron de su conocimiento ni se respetaron los derechos fundamentales que en tal condición le asistían.

Empero, como ya se precisó, la información con la que contó la A quo no permitía considerar que la señora Petra hubiera tenido aquella calidad procesal, por lo que fue dable predicar que el actuar de la autoridad investigadora se verificó dentro de los márgenes de constitucionalidad y legalidad atinentes al recaudo de la entrevista de un testigo en investigación preliminar. Por tal razón no podía calificarse de ilícita la referida entrevista.

Por ello se determinó que si la entrevista de Petra fue lícita, también lo fueron el resto de medios de prueba excluidos, por lo que se revocó la decisión apelada para ordenar su admisión en el auto de apertura a juicio oral en los términos que fueron ofrecidos.

Para llegar a esta conclusión, la Sala consideró conveniente precisar la forma en que debe concebirse la actividad probatoria, lato sensu, bajo las reglas del código nacional de procedimientos penales.

Primeramente estableció que la libertad probatoria a que se refiere el artículo 356 del código nacional de procedimientos penales implica que la regla general es la admisión de todo tipo de pruebas tendentes a demostrar las posturas de las partes, de modo que su exclusión opera solo como excepción. Por eso, de manera taxativa el legislador

enunció los supuestos bajo los que es posible negar la admisión de algún medio de prueba. Al tener el carácter de regla, opera en modo de subsunción: el supuesto de exclusión resulta claro al fundarse las razones por las que se dice actualizado en la relación de los medios de prueba que son ofrecidos con los hechos; si las razones se refieren a su pertinencia, utilidad, número, necesidad, licitud, validez o legalidad, opera la regla, procede la exclusión.

Por el contrario, si el supuesto no es claro, es dubitable o sujeto a cualquier tipo de valoración, la regla no opera. No nos hallamos frente a la aplicación de principios a través de cuya interpretación se busque optimizar el contenido normativo de una disposición, sino ante reglas que deben ser operadas con toda cautela para evitar entorpecer o distorsionar de cualquier modo la batalla dialéctica a la que están llamadas las partes en la audiencia de juicio.

Se hizo énfasis en que no debía olvidarse que negar la admisión de una prueba restringe a la parte que la ofrece la posibilidad de sustentar las razones en las que basa su postura, lo que conlleva un grave detrimento del debido proceso en su perjuicio si ello no está legalmente justificado, pues se le despoja de la posibilidad de llevar ante el juez todo el material informativo que pueda generar convicción sobre lo que a esa parte le interesa proponer.

Restringir, entonces, de modo injustificado esa actividad es del todo contraintuitivo en el proceso penal, pues con ello se deja de lado su principal finalidad, que es esclarecer los hechos, dado que si por cualquier motivo esto no se logra, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que se repare el daño, asegurar el acceso a la justicia en la aplicación del derecho y resolver el conflicto que surge con motivo de la comisión del delito, deviene imposible.

La contracara de la exclusión se constituye por la regla general de admisión de pruebas, a virtud de la cual se deben ponderar el derecho humano de acceso pleno a la justicia, la adecuada defensa, los principios del contradictorio y de interpretación pro persona, entre otros para, contrario a lo que se hace al operar la exclusión de pruebas, buscar la optimización del derecho de las partes de aportar la información que consideren necesaria para defender sus posturas en juicio, siempre respetando el debido proceso.


SALA DE AUDIEN
CRITERIO 21

Caso 21.- El derecho a ofrecer pruebas no es absoluto.
Toca 5/2021-O

En este asunto, el defensor de un procesado se inconformó con la inadmisión de los medios que prueba que ofreció. Para sostener su postura, se refirió al artículo 17 de la constitución federal y al derecho de acceso a la justicia, porque dijo que es posible hacer el ofrecimiento de medios de prueba, ya que esto está implícito en el descubrimiento probatorio en la fase oral de la etapa intermedia, dado que la fiscalía y la víctima pueden rebatir *los posibles vicios de su admisión o su irrelevancia probatoria*.

También afirmó que el derecho de ofrecer pruebas en la etapa intermedia no es restrictivo, y tiene una excepción procesal prevista en el último párrafo del artículo 337 del código nacional de procedimientos penales respecto al marco temporal del ofrecimiento de medios de prueba, por lo que el que realizó no violentaba el debido proceso ni la igualdad entre las partes, y la jueza debió admitir la prueba que se ofrecía superando formalismos procedimentales en términos del artículo 17 constitucional.

Propuso que mientras no se cierre la etapa intermedia mediante la emisión del auto de apertura a juicio, permanece vigente el derecho de un acusado a ofrecer medios de prueba, y por ello fue erróneo que la jueza no hubiera admitido el testimonio ofrecido, con lo que se vulneró el derecho de defensa.

Sin embargo, la Sala compartió el criterio de la juzgadora en relación a que el derecho de defensa de una persona sujeta a un proceso penal, previsto como un principio a nivel constitucional en el artículo 20, apartado B, fracción IV del pacto federal, no es absoluto, pues en el mismo dispositivo constitucional se le acota, al establecerse en la última parte de la fracción en cita, una restricción. Veamos su redacción para una mejor comprensión:

"(…)

B. De los derechos de toda persona imputada:

(…)

IV. Se le recibirán los testigos y demás pruebas pertinentes que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, en los términos que señale la ley;

(…)"

Incuestionablemente, el derecho de defensa de un imputado tiene naturaleza jurídica de derecho humano y rango constitucional, por ello opera en forma de principio, de mandato de optimización que debe satisfacerse en la mayor medida posible en beneficio del justiciable; empero, su realización no se da en el proceso de manera arbitraria, sino dentro de los nítidos contornos infraconstitucionales materializados en la ley procesal, que constituyen el marco operativo en forma de reglas que permite la actuación del derecho. Se trata, pues, de una restricción que tiene el mismo rango constitucional, que reconduce el ejercicio del derecho a los términos que para ello previene la ley, y que se condice con lo previsto por el primer párrafo del artículo 1º de la misma Carta Fundamental, que dispone:

"(...) Artículo 1o. 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* (...)."

Se fijó, entonces, en términos generales, que de acuerdo al contenido de los artículos 337 y 340 del código nacional de procedimientos penales, el íter que sigue un medio de prueba para la discusión de su eventual admisión en la etapa intermedia pasa por su manifestación en el escrito de contestación a la acusación, para que ahí opere la novedosa figura del descubrimiento probatorio. Solo de ese modo tal medio de prueba puede tenerse por legalmente ofrecido y es procedente la discusión sobre su admisión.

Luego, si lo que fue encontrado es que el acusado, por conducto de su defensor, pretendió ofrecer un medio de prueba del que no hizo

su descubrimiento en términos del artículo 340 del código nacional de procedimientos penales, la solución jurídica era simple, sencilla, y radicó en la operancia de la regla de ofrecimiento de medios de prueba: si el medio de prueba no se ofrece en la forma y plazo que la ley establece, es inadmisible. Punto. Sin que en el caso ello hubiera implicado la vulneración del derecho a la defensa del acusado, pues este tuvo en todo momento expedito el derecho a ofrecer medios de prueba siguiendo los lineamientos legales para ese fin.

Lo que se trató de dejar claro fue que el derecho humano a la defensa de una persona sujeta a un proceso penal se ajusta a los límites infraconstitucionales que le impone la ley, y cualquier acto que salga de esos límites no está protegido por su ámbito de tutela. Por resultar pertinente y esclarecedor para lo que se acaba de afirmar, nos parece conveniente traer a cuenta las ideas del profesor Aharon Barak en relación a los límites de los derechos fundamentales. El profesor enseña que

> "(…) la teoría actual de los derechos fundamentales distingue entre los límites al derecho fundamental ("supuesto de hecho") y las restricciones impuestas a su realización a través del derecho ("protección"). Los límites del derecho determinan su posición en el universo de los derechos fundamentales. Ellos determinan el espectro total "del ámbito fundamental" así como los "contornos" del derecho fundamental o su *Normbereich*. Ellos definen el comportamiento humano cubierto por el derecho. Las restricciones impuestas a un derecho asumen que este existe dentro de los límites definidos. Estas restricciones operan dentro de la autorización constitucional para restringir la realización del derecho fundamental por medio de medidas infraconstitucionales. La autorización constitucional correspondiente a estas restricciones se encuentra regularmente en disposiciones constitucionales especiales denominadas "cláusulas restrictivas (...)."[58]

58 Vid. Barak, Aharon: Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones. Trad. Villa Rosas, Gonzalo. Palestra. Lima. 2017. p. 44


CRITERIO 22

Caso 22.- Inconsistencias y contradicciones de testigos en juicio. Toca 11/2021-AU

En este asunto se dictó sentencia absolutoria por delito de homicidio. El fiscal se inconformó con esa decisión y en sus conceptos de agravio señaló, en esencia, que le causaba agravios a la institución que representaba la valoración que realizó la jueza de las declaraciones de cuatro testigos, pues consideró que de la información que aportaron en la audiencia de juicio, era posible inferir que quien privó de la vida al occiso del asunto fue el acusado; que, contrario a lo sostenido por la jueza, no es que no se hubieran evidenciado contradicciones en las declaraciones, sino que las que existieron fueron superadas mediante la técnica de litigación correspondiente.

Refirió, en términos generales, que se demostró que el día de los hechos, y en tanto estuvo con el occiso en el paraje del río de una comunidad de Silao, Guanajuato, el sentenciado tuvo en sus manos un arma de fuego, de donde es posible inferir que fue él quien le disparó; que la jueza no cumplió con los principios de congruencia y exhaustividad de las sentencias al declarar que no se demostró que el acusado hubiera realizado los hechos típicos, pues en ese ejercicio se condujo con discrecionalidad y subjetividad, sin apegarse a otros principios como los de fundamentación y motivación, lo que constituyó un yerro referente a la producción de información, por lo cual la sentencia rebatida debía ser modificada para declarar que se incorporó información suficiente para establecer que el sentenciado realizó la conducta por la que fue acusado.

De ahí que el interés de este asunto para esta trabajo radica en la forma en que se realizaron técnicas de litigación y en los resultados que produjeron. Veamos qué sucedió.

La fiscalía sostuvo que demostró en juicio que el día de los hechos, y en tanto estuvo con el occiso en el paraje de un río, el sentenciado tuvo en sus manos un arma de fuego, de donde es posible inferir que fue él quien le disparó.

Antes del análisis de las razones por las que se estimó que no se demostró que el inculpado hubiera sido la persona que privó de la vida al ofendido, se hicieron dos precisiones sobre la manera en que opera la información que se recoge en las diversas etapas del proceso penal.

En primer lugar, la información que se recopila en las etapas de investigación preliminar y complementaria sirve a los fines de establecer si se ha verificado un hecho en el mundo de relación social que revista las características de un delito, y que este amerite ser puesto en conocimiento de un órgano jurisdiccional competente para sancionarlo. Se trata de información que se recaba sin mayores formalidades que las necesarias para permitir su identificación e individualización personal, temporal y espacial, y es por ello que el estándar de valoración para apreciarla pasa solo por su estricta racionalidad.

Lo anterior implica que basta que su contenido sea referido por la parte interesada ante los órganos jurisdiccionales que deben tomar decisiones en las etapas preliminares del proceso penal, para que válidamente pueda ser objeto de debate y se esté en posibilidad de adscribir consecuencias jurídicas a los hechos que alude. Es lo que materialmente significa la exigencia de un más bajo estándar probatorio para la consideración de esta información.

No obstante lo anterior, es sobre la base de su contenido que podrá detonarse la etapa culminante del proceso, es decir, la audiencia de juicio, ya que la información que eventualmente haya dado sustento a una orden de aprehensión y/o a un auto de vinculación a proceso, es la que evolucionará de la calidad de dato de prueba a la de medio de prueba al momento de que se presente la acusación, y es su contenido el que deberá producirse ante el Tribunal de enjuiciamiento para obtener la prueba que pueda sustentar una sentencia de condena.

Más claro, es el contenido de la información recabada en las etapas de investigación el que dibuja el contorno del debate en la audiencia de juicio, pues es con base en él que se logra avanzar procesalmente hasta dicho estadio, sin que lo anterior implique de ninguna manera que los registros de la investigación en los que consta

tal información, puedan ser llevados a la audiencia de juicio, y con base en ellos, el órgano acusador pueda ver acogida su pretensión punitiva. No. En términos prácticos se trata de que, con base en lo que consta en aquellos registros, los testigos y terceros intervinientes en el proceso serán interrogados, pues lo que en un principio han informado a las partes del proceso en actos de investigación escasamente formales, deberán exponerlo en formal audiencia ante el Tribunal que debe decidir si existió un delito y si alguien debe responder penalmente por él.

Comprendido lo anterior, es posible entender la naturaleza de las técnicas de litigación para demostrar o superar contradicciones, así como para apoyo de memoria previstas por el artículo 376 del código nacional de procedimientos penales, las que, indiscutiblemente, se encuentran referidas al contenido de los registros de los actos de investigación.

Atento a lo anterior, es que adquiere enorme relevancia el marco que opera como presupuesto para conceder validez a una declaración testimonial rendida en juicio, el cual implica que toda declaración que haya de ser tomada en consideración para derivar de ella consecuencias jurídico-penales, debe pasar por el tamiz de la persistencia, credibilidad y verosimilitud.

Por persistencia debemos entender el hecho de que en las diversas oportunidades que una persona brinde información en el proceso, lo que narre debe ser esencialmente siempre lo mismo; es decir, aun cuando por efecto del paso del tiempo las cuestiones accidentales pudiesen variar o, de pronto, ser omitidas, en las sucesivas exposiciones el núcleo del relato será siempre el mismo. La credibilidad, por su parte, significa que el contenido de lo expuesto debe ser acorde con la forma en que naturalmente suceden las cosas en el mundo de relación social. Si la información reúne estas dos características, se puede predicar de ella que es verosímil, es decir, que se apega a la verdad, y en esa medida, es atendible, o sea, positivamente valorable.

Ahora bien, llevando al marco operativo los dos aspectos que se acaban de exponer, podemos indicar que cuando en la audiencia de juicio un testigo o tercero interviniente expone información novedosa

en relación con la que hizo necesaria su presencia para fines de someterlo al ejercicio interrogatorio, debe justificar racional y razonablemente por qué es hasta la audiencia que la está proporcionando, ya que la ausencia de dicha justificación podría redundar en la infracción de los principios de lealtad y objetividad que rigen la investigación, previstos por los artículos 128, 129 y 214 del código nacional de procedimientos penales, por cuanto que la información recabada en dicha etapa, como ya se precisó antes, es la que será objeto de debate en la audiencia, de suerte que quedará en sede del juzgador calificar la justificación de la que tenga carácter novedoso, con el consiguiente impacto –positivo o negativo – en la eficacia convictiva de la declaración apreciada en el juicio.

En este caso, las declaraciones en audiencia de los cuatro testigos adolecieron, cada una, de distintas deficiencias de cara al marco operativo que acabamos de exponer, las cuales impidieron otorgarles eficacia convictiva para efectos de determinar la identidad de quien tuvo calidad de sujeto activo. Expliquemos por qué.

Por lo que hace al primero se consideró que su testimonio no era digno de confianza debido a la serie de contradicciones por omisión que se evidenciaron en el juicio, como la de no haber mencionado que cuando se acercó al lugar donde ocurrieron estos hechos se escondió, o la que sería de absoluta relevancia respecto a que en ese momento vio que el inculpado tenía un arma de fuego en sus manos, sumadas a las contradicciones que expuso para justificar esa omisión, señalando primero que fue porque estaba nervioso, después porque no lo consideró relevante y finalmente porque tenía miedo; así como la relativa a su afirmación de que una de las testigos le había dicho que había sido amenazada por familiares del sentenciado, cuando ella en la audiencia indicó que nunca nadie la habían amenazado y que no le había dicho tal cosa al testigo en mención.

Por otra parte, se consideró también que el comportamiento narrado por el testigo de marras se alejaba de lo que la experiencia muestra, pues lo que suele suceder cuando una persona observa que otra con la que tiene una relación cercana se encuentra en una situación de riesgo, es que le brinde apoyo, máxime si se trata de una con la que guarda relación familiar.

Pero este testigo expuso que el día de los hechos vio que un sujeto llegó a su domicilio exigiendo a gritos la presencia de su padre, para luego impetrar a este que le acompañara al río, lo que le pareció extraño y por ello los siguió; que luego, al llegar a un sitio donde dice se ocultó –a setenta metros aproximadamente, por cierto, de donde cayó sin vida su padre– vio que en la ribera del río se hallaban el sujeto que llegó gritando, otro sujeto a quien identificó como el inculpado y su padre; que escuchó que el que gritaba y el inculpado, en actitud enojada y a gritos, le exigían a su padre que les diera droga; que el que gritaba traía un machete en la mano y el inculpado un arma de fuego, y no obstante ese escenario, decidió retirarse del lugar porque se le hizo normal.

Ello, lejos de condecirse con una situación de normalidad en la esfera de la experiencia, resulta un comportamiento poco coherente que se aleja de la forma en que naturalmente ocurren las cosas en el mundo de relación social, y por ello no es creíble, y por tanto, se determinó que carecía de eficacia convictiva.

En relación con la declaración de una segunda testigo, en el tema atinente a la imputación en contra del sentenciado, ella indicó que el día de los hechos salió de su casa a comprar alfalfa, y en el camino vio en la ribera del río un grupo de entre cinco y seis hombres, todos vistiendo un chaleco rojo o anaranjado; que de pronto escuchó varios disparos, hasta cinco; que ella y su hija, quien le acompañaba, llegaron a un claro en donde no había yerba y esto les permitió ver a la orilla del río una persona tirada y alrededor de él estaban las personas con los chalecos rojos; que al ver lo anterior se retiraron del lugar, aunque luego volvieron para ver qué había pasado.

Respecto a esta información, el fiscal realizó ejercicio para evidenciar contradicciones e hizo ver que en la entrevista que rindió, la testigo había informado que el día de los hechos solo vio a tres personas, una de ellas que vestía sudadera negra y que identificó como su vecino, el que había llegado gritando a la casa del otro testigo, y otro sujeto que vestía un chaleco rojo, al que le vio una pistola en una de sus manos; sin embargo, la testigo dijo categóricamente que vio entre cinco y seis personas, que no vio a ninguno que no trajera

chaleco rojo, que no identificó a ninguno y que no vio a nadie con una pistola en las manos; aunado a que en múltiples ocasiones le dijo al fiscal que entendía que debía conducirse con verdad, que lo dicho por ella en audiencia era la verdad y que esa misma verdad fue la que informó en sus entrevistas.

Incluso en el contrainterrogatorio por parte de la defensa indicó que ella había dado esta información, pero que en el ministerio público le dijeron que tenía que decir en la audiencia lo que constaba en sus entrevistas o podría ir a la cárcel; que debía informar que la habían amenazado, pero que a ella nadie la amenazó nunca, y que solo le dijo al ministerio público que así lo iba a hacer para que la dejaran ir de sus oficinas.

Por su parte, un tercer testigo fue igualmente categórico en la audiencia al señalar que él no conocía al sentenciado, que nunca dio su descripción física, no sabía a qué se dedicaba ni qué vehículo conducía. Este testigo fue bastante enfático al desconocer por completo el contenido de la entrevista que rindió, al grado de informar que un día fueron convocados él y la otra testigo a las oficinas del ministerio público, donde le dieron una copia de su entrevista para que la estudiara de memoria, aunque les dijo que esa información no era, que él declaró poca información y no se dio cuenta de *qué diablos pusieron*, y por lo menos en dos ocasiones indicó en la audiencia que lo estaban obligando a declarar en un determinado sentido, lo que incluso le dijo al propio fiscal.

De estos dos testimonios la jueza enunció el dilema procesal en que se hallaron: o bien los testigos dieron versiones distintas en las intervenciones que tuvieron en el proceso, lo que las hace contradictorias y no confiables; o bien, el ministerio público colocó en las entrevistas información distinta a la que ellos vertieron, la que fue aclarada en el juicio por los testigos con la que correspondía a la verdad, y de la que no se deriva ningún dato incriminatorio en contra del sentenciado. En ambos casos el resultado era el mismo: esas declaraciones no sirvieron a los fines de demostrar que fue el inculpado quien privó de la vida al ofendido.

Finalmente, la declaración de una última testigo tampoco sirve para sustentar la acusación en contra del inculpado, pues el dato

que aportó sobre que el día de los hechos es que la otra testigo le había dicho que en el río había visto a tres hombres, uno de ellos que vestía sudadera negra y otro que traía puesto un chaleco rojo, y que este último apuntaba al tercero con una pistola; todo ello quedó contradicho con la categórica afirmación por parte de la mencionada en el sentido de que ella nunca dijo eso.

Así las cosas, la conclusión a la que se llegó fue la de que de la prueba que se produjo en juicio no se obtuvo un solo elemento de juicio que confirmara la responsabilidad del acusado en los hechos que se le atribuyeron.


POLICÍA
CRITERIO 23

Caso 23.- Reconocimiento viciado.
Toca 25/2021-O

En este asunto, el defensor de un procesado se inconformó con la forma en que este fue reconocido en la investigación preliminar. La discusión giró alrededor de la celebración de una rueda de reconocimiento fotográfico, y sobre el origen de una fotografía del inculpado, en relación con un retrato hablado. Veamos lo que sucedió.

El recurrente indicó que causaba agravio a su representado el que en la rueda de reconocimiento fotográfico se hubieran utilizado como monitores a personas que no guardaban semejanza con su representado, que además no estuvo justificada la forma en que un agente de investigación criminal obtuvo la fotografía de su representado de Plataforma México, la cual confrontó con el retrato hablado proporcionado por otro agente de investigación criminal, por lo que consideró incorrecto que la jueza le hubiera concedido eficacia probatoria a ese reconocimiento.

La Sala consideró que se incumplieron las formalidades exigidas por el artículo 279 del código nacional de procedimientos penales, pues quedó evidenciado en la audiencia que las tres personas que fungieron como monitores en ese reconocimiento eran de características bien distintas a las que presentaba el inculpado, sin que fuera necesario ser perito en antropometría o materia semejante para percatarse de lo anterior.

Bastó acudir a la descripción que un testigo proporcionó de la persona que afirmó haber visto el día de los hechos abordar la parte trasera de un vehículo en el que llegaron varias de las personas que perpetraron el robo de un cajero automático, pues además de haber señalado que se trataba de un individuo de aproximadamente un metro con ochenta centímetros de estatura, de complexión robusta y dificultades al andar, dijo que tenía barba abundante en el mentón, pero rasuradas las mejillas y el área del bigote.

Con esa información acudió a que se hiciera un retrato hablado de la persona que había visto, sin embargo, aquí hubo una primer diferencia respecto a la descripción que dio en su entrevista. Fuera de que conforme fue avanzando el retrato y resultado de la pericia de quien lo realizó se hubieran podido precisar rasgos físicos como ojos, boca o nariz, lo cierto es que en un primer momento fue claro al señalar que la persona que vio no usaba bigote, y en el retrato hablado sí la plasman con él.

Luego se estableció que un agente de investigación utilizó ese retrato hablado para buscar en Plataforma México la fotografía de una persona que él ya identificaba de manera previa por haberla visto en algún espacio del lugar donde labora; cabe precisar que de la información que fue debatida, en la audiencia se obtuvo que en realidad la búsqueda en Plataforma México no la realizó este agente, pero además, que la imagen fotográfica utilizada para el reconocimiento fue la de un registro de detención del inculpado que se solicitó a un Centro de Reinserción Social en que estuvo o está detenido.

Si a estas inconsistencias que carecen de explicación por parte de la fiscalía se suma que las imágenes de las personas que se utilizaron en la rueda de reconocimiento distan mucho de ser semejantes a las características del rostro del inculpado, encontramos razones para que se le haya negado eficacia convictiva al mismo. Veamos.

El testigo dijo que se trataba de un sujeto de entre veinticinco y veintiocho años con barba abundante solo en el mentón, lo que se supone pudo advertir de las características tan bien observadas por él del rostro del individuo. Sin embargo, dos de los monitores eran personas de treinta y seis años de edad, ocho años más grandes que el máximo de los parámetros que proporcionó el testigo.

Por otro lado, ninguno de ellos dos tenía barba abundante en el mentón, apenas barba de dos días, pues informaron que en la corporación a la que pertenecían (Tránsito Municipal) no les permitían usar barba. Y por lo que hace a otro monitor, a pesar de que él sí contaba con barba, tenía la edad de cuarenta y tres años, lo que evidentemente lo aleja de inmediato de la persona que describió

el testigo; de modo que en estas circunstancias la única opción para identificar a la persona que supuestamente había descrito el antes mencionado era la imagen del inculpado proporcionada por el Centro de Reinserción Social, de la que no se dijo que no hubiera aparecido en ella con la barba que se ha señalado le caracterizaba, lo que implica que era la única persona en condiciones de ser relacionada con la que se vio participando en estos hechos.

En este sentido, resultaba obvio que ninguna de las tres personas cuyas imágenes se utilizaron en la rueda de reconocimiento guardaba semejanza con la que se utilizó del aquí inculpado; por esa, razón se consideró que dicho acto de investigación estuvo afectado de nulidad en términos del artículo 97, segundo párrafo, del código nacional de procedimientos penales.

Fuera del reconocimiento realizado por el testigo, la fiscalía solo expuso información que hablaba de la descripción de la intervención en estos hechos de un sujeto alto, robusto y con barba en el mentón que carece de identificación, sin que se pudiera considerar como tal la afirmación subjetiva de un agente de investigación criminal de que al haber visto el retrato hablado, de inmediato lo relacionó con el inculpado, a quien conocía desde antes al haberlo visto en lo que denominó *área de individualización* de su trabajo

Empero, el retrato hablado que vio el agente habla –valga la expresión– de un sujeto con barba y bigote, cuando el testigo había dicho que el sujeto que vio solo usaba barba en el mentón; y la imagen obtenida de Plataforma México que se hizo llegar al agente de investigación por parte de una tercera persona –a quien el fiscal denominó analista– a quien es de suponerse que dicho agente le proporcionó el nombre de quien para él aparecía en el retrato hablado, ni siquiera fue utilizada en la rueda de reconocimiento, de modo que esto podría tomarse incluso como un dato subjetivo de su parte.

Entonces, el único dato con el que se relacionó en carácter de probable responsable al inculpado con los hechos que se le atribuyeron, fue la rueda de reconocimiento fotográfico de la que se estableció su nulidad por haberse realizado en contravención a las formalidades legales para su confección.


SALA DE
AUDIENCIAS
CRITERIO 24

Caso 24.- Reconocimiento ineficaz.
Toca 61/2021-AU

En este asunto se dictó sentencia absolutoria por el delito de robo. La fiscalía acudió a inconformarse con ella, y sostuvo que la jueza incurrió, en términos generales, en una deficiente valoración de los medios de prueba desahogados en la audiencia, al haber utilizado para ello conocimientos particulares, que no distinguió el fundamento para distinguir entre probable y plena identidad del sentenciado, que trajo a cuenta el tema de la psicología del testimonio sin que en el juicio ningún experto hubiere hablado de ella, que constantemente confundió responsabilidad con reprochabilidad y con ello no se dio cuenta de que el contenido dogmático de la culpabilidad nada tiene que ver con las cuestiones atinentes a la identificación de una persona para atribuirle la acción en el tipo objetivo, y que además desestimó las grabaciones presentadas para acreditar la dinámica de los robos.

También que respecto de las huellas dactilares recopiladas en la causa llegó al grado de afirmar que esta evidencia tiene naturaleza casual, y la desestimó diciendo que las huellas no fueron llevadas a juicio; que no utilizó el tamiz de la sana crítica, pues dejó de considerar que no existió información que contradijera lo que indicaron los testigos de cargo, quienes identificaron al sentenciado a través de fotografía y cuyas narraciones se correspondieron con el contenido de las video grabaciones presentadas en juicio; que careció de fundamento su exigencia de haber desahogado otro tipo de actos de investigación diversos a la identificación por fotografía, pues la ley no indica que ello debiera colmarse luego de que alguien ha sido identificado de esa forma.

A pesar de que se encontró que los conceptos de agravio fueron esencialmente fundados, se declararon inoperantes debido a que la Sala encontró que durante la audiencia de juicio surgió una razón para dudar de la identificación del sentenciado como la persona que ejecutó los robos que fueron juzgados. Veamos.

A lo largo de la audiencia se estuvo brindando de manera enfática, categórica y reiterada la información de una característica específica del sujeto que ejecutó los robos materia del juicio: este tenía un emblemático tatuaje de un jugador de basquetbol, de una imagen que resulta de dominio público y conocimiento general por dos cosas, se trata de un destacado deportista internacional en el ámbito del basquetbol, y además esa imagen pertenece a la marca de una reconocida línea de productos deportivos, específicamente de unos zapatos tenis. Todos los testigos que hablaron de dicha imagen característica lo hicieron asegurando tajantemente que el sujeto la tenía tatuada en el lado izquierdo de su cuello.

Sin embargo, en la misma audiencia, y en sus diversas intervenciones, el sentenciado mostró que, si bien él cuenta con un tatuaje en el lado izquierdo del cuello, este es de la imagen de una pantera, no la del basquetbolista. En este sentido, no se aportó información objetiva por la que pudiera afirmarse que el sentenciado en un momento determinado tuvo tatuado en su cuello un basquetbolista que luego hubiera sustituido por la pantera.

Ante esta insoslayable diferencia es que surgió la razón para dudar que el sentenciado hubiera sido la misma persona que ejecutó los robos que se le atribuyeron, pues un tatuaje es una característica en el cuerpo de las personas que no es sencilla de ocultar o modificar; y en caso de que se hubiere modificado, hay vías que permitirían demostrarlo; sin embargo, en este juicio ninguna fue agotada.

Así, lo que la jueza escuchó en el juicio fue que un sujeto con un específico tatuaje en el lado izquierdo del cuello había sido el que cometió los robos, pero frente a ella vio, para ser juzgado, a otro con un tatuaje totalmente diferente al señalado por los testigos. Desde luego que esto constituye una duda razonable suficiente para desestimar la acusación, pues no se aportó una explicación del por qué el sujeto a quien los testigos atribuyeron los robos tenía un tatuaje de un basquetbolista en el lado izquierdo del cuello, y la persona que se presentó en juicio como acusada tenía un tatuaje en ese mismo sitio de su cuerpo, pero con la figura de una pantera.

Esta situación inexplicada tomó fuerza superlativa cuando se concatenó con el tema de unas huellas dactilares que un perito dijo haber

localizado en la farmacia en la que ocurrió el robo. En este punto, se destacó lo inverosímil que resultaba que el robo del que hablamos se hubiera verificado a las 20:55 horas, luego de un día completo de actividades propias de la farmacia que implicaban la presencia de multiplicidad de personas, y que para las 00: 20 horas del día inmediato siguiente, las únicas huellas que se encontraron latentes hubieran sido precisamente las del aquí sentenciado, pues no se dijo que se hubieran obtenido más y se hubieran descartado.

Por estas razones, se concluyó que no fue aportada prueba sólida que vinculara al acusado con la perpetración de los robos que le fueron atribuidos.


SALA DE AUDIENCIAS
CRITERIO 25

Caso 25.- Qué es la teoría del caso.
Toca 63/2021-O

Este asunto tuvo un matiz especial debido a que se encontró que el actuar del fiscal que participó en la audiencia que fue revisada no reunía la calidad técnica necesaria para hacerlo. A fin de entender por qué se llegó a esa conclusión, leamos sus motivos de inconformidad.

En ellos dijo que le causaba agravio la decisión que combatía porque él nunca expuso en la audiencia que la detención del inculpado hubiera sido en virtud de una orden de cateo, sino que fue detenido antes de este acto de investigación afuera del domicilio en el que se iba a ejecutar; que la fiscalía sí proporcionó elementos para contestar a las preguntas sobre *qué pasó, cuándo pasó, dónde pasó y quién lo cometió*; que sí colmó el requisito de exponer el hecho, la calificación jurídica, la fecha, lugar y modo de comisión, la forma de intervención y el nombre del acusador, en términos del artículo 311 del código nacional de procedimientos penales; información que no fue rebatida ni cuestionada por la defensa del inculpado, por lo que consideró que con lo que de ella expuso en audiencia era suficiente para que se emitiera la vinculación a proceso que solicitó.

Que la fiscalía nunca utilizó el término *bolsitas*, sino que el inculpado tenía consigo una bolsa de plástico color negro; que bastó que hubiera afirmado que el acusador del inculpado era un elemento policíaco, quien lo detuvo con la bolsa que contenía el narcótico para inferir que quien recolectó, elaboró la cadena de custodia e hizo llegar la evidencia para el estudio químico correspondiente fue el propio elemento policiaco, lo que no fue cuestionado ni desvirtuado por la defensa; que no era necesario justificar la mismidad del narcótico ni citar los eslabones de trazabilidad de la cadena de custodia, pues los artículos 227 y 228 del código nacional de procedimientos penales no lo exigen para la investigación preliminar en audiencia inicial.

Que en la etapa procesal en que se actuaba, ningún juez de control puede desatender ni desestimar ningún dato de prueba en tanto sea

lícito y legal y que al desestimar el narcótico, el estudio químico, el informe médico y el relato de los agentes, la jueza violó el artículo 402 de la ley antes invocada al exigir un estándar probatorio que no corresponde a la fase inicial de investigación. Que no fue correcto, como sostuvo la jueza, que no se hubiera expuesto información para sostener una hipótesis razonable en esta etapa de investigación.

Que los informes de los peritos médico legista y químico eran perfectamente atendibles, y el dicho del elemento policiaco servía para establecer la existencia del lugar donde aconteció la detención, pues la defensa no refutó la información de estos tres datos de prueba; que en audiencia se dijo que el elemento policiaco detuvo e identificó al inculpado, con lo que se sabe cómo se obtuvo su identidad; que no se presentó al inculpado a la audiencia para que se calificara de legal su detención.

Que la fiscalía no solicitó vinculación a proceso por el delito de narcomenudeo con fines de venta, sino por posesión simple *del tercer narcótico*; insistió en que el policía era un testigo único pero no singular y que *lo que de él se expuso era suficiente, atendible y razonable* por ser coherente, congruente, concordante y verosímil.

Que la jueza no respetó el estándar probatorio mínimo para atender la información expuesta por la fiscalía, y señaló que si el imputado dijo haber entendido todo lo que le informó la fiscalía y su defensora no solicitó ninguna aclaración, entonces debería haberse atendido su petición de vincular a aquel a proceso, pues consideró que cumplió con los requisitos de los artículos 316 y 317 del código nacional de procedimientos penales.

Ante este cuadro, la Sala se vio en la necesidad de explicar que en este sistema de justicia acusatorio existe lo que se ha denominado *teoría del caso*, que no es otra cosa sino la construcción argumentativa de las posturas que las partes exponen para cada una de sus peticiones en las etapas procesales en que se propongan. Esa argumentación se compone de las razones por las que las partes afirman que sus proposiciones encuadran en los supuestos contemplados en alguna disposición constitucional o legal, y por ende, son acreedoras de su tutela. A su vez, esas razones se componen por proposiciones acerca

de hechos y de la información que corrobora la existencia de esos hechos.

Reducida a su forma más simple, podemos decir que con la teoría del caso nos encontramos frente a la narración de un suceso que se encuentra matizada por la específica característica de que se narra con la pretensión de convencer a una autoridad que, con base en lo que se le informe y en los elementos que se expongan para sustentar la información, tomará una decisión que es jurídicamente vinculante para los protagonistas de la narración.

Entonces, son dos los elementos indispensables que deben ser expuestos por las partes en este contexto: la narración pormenorizada de lo que se dice acontecido, así como los elementos que se tienen para sustentar que efectivamente lo narrado ocurrió del modo que se dice lo hizo. Estos elementos no son otra cosa sino información pura y dura –si se nos permite la expresión, para efectos de claridad– que, para tener una expectativa de ser acogida positivamente por el órgano jurisdiccional, debe revestir las calidades de la racionalidad y de la razonabilidad; es decir, no debe pugnar con los principios de la lógica y debe contener las razones, en forma de enunciados o proposiciones, que permitan a la autoridad que debe asumir la decisión, sentarla sobre una base de correspondencia entre lo que se exponga y la realidad, cuya verificación se da justamente a través de los elementos de juicio en forma de pruebas –datos de prueba, en este caso.[59]

Queda claro, entonces, que sin una historia qué narrar y sin elementos de juicio que la justifiquen, no es posible construir una teoría del caso. Lo anterior debido a que la historia que se narra busca explicar lo que se dice sucedió, mientras que con los elementos de juicio se busca justificar esa explicación. Lo último, la construcción de la teoría del caso, es la labor técnica de encuadramiento jurídico de las proposiciones por las que se afirma que engastan en algún tipo

59 Distinción legal por lo menos conceptualmente divertida para Jordi Ferrer Beltrán, como lo señaló en la conferencia "Estándares de prueba para la adopción de medidas cautelares", que brindó el cuatro de septiembre de dos mil veinte en el Ciclo de Conferencias sobre Derechos Humanos y Proceso Penal, celebrado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en https://www.youtube.com/watch?v=Wq6CSjsGhnA

normativo, en nuestro caso, en materias penal o procesal penal, según lo que dé materia al debate.

Pues bien, lo que sucedió en este asunto fue que, lejos de construir una teoría del caso, una hipótesis de trabajo o un argumento –en este contexto, sinónimos todos–, el fiscal solo enlistó tres informes: el primero, rendido por agentes de investigación criminal de la fiscalía general del estado del que dijo estaba lleno *de detalles atinentes a dar soporte y corroboración al relato que fue materia de imputación*. El segundo fue un informe médico que estableció que el inculpado no era farmacodependiente y el tercero un informe que estableció el tipo de narcótico que se dijo fue hallado en posesión del inculpado y su cantidad, sin que hiciera referencia a otras fuentes de información.

Cuando formuló imputación le dijo al inculpado que se seguía una investigación en su contra derivada de que fue detenido luego de haber arrojado una bolsa de plástico color negro que contenía 7.2951 gramos de cannabis, lo que hizo al emprender la huida luego de haber estado diez minutos antes con otra persona al exterior de un inmueble.

Desde luego que esta información, para los efectos de fundar una vinculación a proceso, es insuficiente y deja más dudas que certezas acerca de lo que ocurrió. Veamos.

Se entendió de la exposición que los agentes policíacos llegaron al sitio donde el inculpado fue detenido con la encomienda de cumplir una orden de cateo, pero no se sabe qué fue lo que encontraron al llegar, en qué circunstancias se supone que encontraron al inculpado, qué fue lo que hizo que emprendiera la huida –si es que así lo hizo–, quién lo detuvo, quién lo revisó; si se supone que salió huyendo luego de arrojar la bolsa, quien lo detuvo no pudo al mismo tiempo hacerse cargo del bolso, entonces quién la recogió, qué sucedió en ese espacio de diez minutos entre que se supone que el inculpado estuvo con una persona y luego emprendió la huida; cuál fue el proceso que se siguió para el aseguramiento, traslado y entrega de la bolsa de plástico que se supone contenía el narcótico a quien debía custodiarla.

Nada. Lo expuesto por el fiscal no explicó nada; y si no hay nada explicado, mucho menos puede hacerse el ejercicio de verificar si la información proporcionada justifica lo explicado. Los elementos

de juicio reseñados por el fiscal no sirvieron para justificar otra cosa sino el trabajo que elementos de la fiscalía del estado pudieron haber realizado sobre un específico tema, pero ello no aportó ningún tipo de información relevante de cara a la construcción de su teoría del caso; por ejemplo, del informe suscrito por los agentes de investigación criminal que se supone detuvieron al inculpado, no se supo en esa audiencia absolutamente nada de su contenido, fuera de la afirmación del fiscal de que estaba lleno de detalles que servirían para corroborar lo que expuso en la formulación de imputación.

En este orden de ideas, la Sala concluyó que la fiscalía no cumplió el mandato sobre la argumentación del caso contenido en los artículos 19, segundo párrafo de la constitución federal en relación con el diverso 316, fracción III del código nacional de procedimientos penales, y por ello determinó no vincular a proceso al inculpado.

En abundamiento a las razones por las que se tomó esa decisión, tenemos que en la sentencia de la Sala se hicieron algunos señalamientos respecto a la forma en que se condujo el agente del ministerio público que participó en la audiencia, cuya finalidad, se dijo, fue meramente descriptiva, no valorativa.

Lo primero que se resaltó fue que resultó evidente la falta de capacitación en el citado profesionista para participar en una audiencia como la que tuvo enfrente, lo que se apreció desde el primer momento, cuando le acercó unos documentos a la jueza y le dijo que le corría traslado con la pauta de lo que iba a verbalizar. No hacía falta decir más. Para la Sala existió la posibilidad de que fuera la primera audiencia en que participara, y tal vez por esa razón se hayan verificado deficiencias evidentes en su planteamiento.

En ejercicio de objetividad debe decirse que, como el apelante sostuvo en sus agravios, fue cierto que nunca dijo que se hubieran encontrado al inculpado *bolsitas* y tampoco dijo que se le hubiera detenido merced a una orden de cateo, pero para la Sala no fue relevante que la jueza hubiera hablado de *bolsitas* ni que hubiera traído a cuenta que la detención se verificó *merced al cumplimiento de una orden de cateo*, pues tales yerros no impactaron en el planteamiento del fiscal por el que solicitó la vinculación a proceso.

Ello en razón de que, sumado al hecho de haber pretendido *correr traslado* a la jueza con las notas de lo que iba a exponer, se advirtió la falta de preparación del fiscal recurrente cuando afirmó en la exposición de su inconformidad, que en la audiencia que ocupa la atención expuso con suficiencia los datos de prueba que debían haber bastado para emitir el auto de vinculación a proceso que solicitó. En este punto, a la Sala le resultó claro que no entendió por qué razón fue desestimada su pretensión, pero además, también quedó claro que incurrió en falacias evidentes en las proposiciones que elevó ante la alzada.

Esas falacias consistieron en su afirmación de que con lo dicho por un agente de investigación criminal era posible establecer la existencia del lugar donde ocurrieron los hechos, y que este era un testigo único, pero no singular. Sin embargo, ese agente no rindió ninguna entrevista en calidad de testigo en la investigación, no dijo nada, pues; o, por lo menos, no se informó que lo haya hecho. También afirmó que el inculpado arrojó una bolsa al suelo y huyó, por lo que fue *acertada la intervención inmediata del aprehensor y al mismo tiempo justificada la revisión*. Bueno, pues para la Sala no quedó claro de qué estaba hablando el inconforme, ya que lo señalado nunca fue expuesto ante la jueza de origen. Fueron claras, pues, las falacias. En los temas a que nos referimos, sus premisas no justificaron sus conclusiones, debido a que estas no se siguieron de aquellas.

En este orden de ideas, no era procedente considerar que el recurrente hubiera cumplido con el mandato sobre la argumentación del caso contenido en los artículos 19, segundo párrafo de la constitución federal en relación con el diverso 316, fracción III del código nacional de procedimientos penales, por lo que la decisión asumida en ese sentido por la jueza se consideró correcta y se confirmó.




CRITERIO 26

Caso 26.- Abusos sexuales e interés superior del menor. Problemas en la valoración de los datos de prueba. Toca 67/2021-O

En este asunto se emitió auto de no vinculación a proceso en favor de un inculpado a quien se atribuyó el hecho que la ley señala como delito de corrupción de menores. La Sala no comulgó con esa decisión y la revocó.

Para ello, sostuvo que al emitir un auto de vinculación a proceso, el juez de control pone en juego herramientas específicas en el tema probatorio, a virtud del estándar de prueba que se requiere para ese fin. En esta etapa, el juzgador trabaja con información revestida con menores exigencias legales de formalidad, y cuyo valor positivo radica en su racionalidad y razonabilidad.

Esto significa que las decisiones preliminares requieren referencias a potenciales fuentes de información, cuyo contenido no conoce directamente el juez. El ejercicio que realiza en esta etapa es de legalidad, es decir, se limita a confirmar si los hechos que le son descritos a través de la información que de ellos se le expone engastan en alguna descripción delictiva, y si existe la probabilidad de que la persona a quien se le atribuyen pudo haber intervenido en su ejecución; así, para efectos de girar una orden de aprehensión o emitir un auto de vinculación a proceso, no se requieren análisis de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, tal como ha sido sostenido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en jurisprudencia firme.[60]

Dicha tesis tiene un impacto de enorme relevancia en el estándar probatorio, tanto por la disminución en la exigencia de las formalidades en la recopilación de la información, como porque el juez no la inmedia, es decir, no presencia su producción, lo que implica que no tiene posibilidad de resolver posiciones contrarias, sino

60 Décima Época. Instancia: Primera Sala. Tesis: 1a./J. 35/2017 (10a.). Materia(s): Penal. Tipo: Jurisprudencia. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 45, Agosto de 2017, Tomo I, página 360

únicamente aquellas que en el examen de los argumentos presenten evidentes y graves problemas de racionalidad y razonabilidad, en eso estriba el ejercicio valorativo de la sana crítica. En este tema, se consideró pertinente traer a cuenta la forma en que expresa esta característica el doctor Alfonso Pérez Daza:

> "(...) Como en esta etapa el juzgador no tiene a la vista o a su disposición ningún elemento de prueba y solo resuelve con la cuenta verbal que las partes exponen en la audiencia inicial, no habría ninguna posibilidad material ni jurídica de hacer un análisis conforme a la teoría del delito. Por ejemplo, en el caso de que el ministerio público acusara por homicidio y la defensa reconociera el hecho, pero argumentando que lo hizo para repeler una agresión en legítima defensa, el juez de control no podría saber cuál de las dos versiones es la verídica, pues las partes presentan Tesis contradictoria y para resolver a quién le asiste la razón el juez de control necesitaría pruebas, hechos acreditados, lo que no acontece en la audiencia inicial porque en ese momento procesal no hay desahogo de pruebas: eso es materia de juicio. Ahí es donde los testigos, las periciales, los videos y demás elementos de convicción serán desahogados en presencia del juez de enjuiciamiento para que resuelva si fue en legítima defensa ese homicidio. Por razón de orden lógico, mientras no estén los hechos probados no puede hacerse un análisis de legalidad conforme a la teoría del delito; esta servirá para interpretar la ley para el dictado de la sentencia en juicio (...)."[61]

En el caso, para sostener su imputación, el ministerio público se basó principalmente en la narración de la menor ofendida, quien ante la fiscal que integró la carpeta de investigación expuso, en lo que interesa, que en una fecha determinada su padre, el inculpado, vino a pasar una temporada con ella; que para ese fin se fueron a quedar a la casa de su tía; que en ese lapso durante tres de las noches que pasaron ahí, sucedió lo siguiente: en la primera, cuando la menor ya

61 Vid. Pérez Daza, Alfonso: Plazo de 72 horas y vinculación a proceso, en Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada, T. I. José Ramón Cossío Díaz (coor) et al. (editores). Tirant Lo Blanch. México. 2017. p. 459

estaba dormida, la despertó y comenzó a quitarle su ropa, luego la subió encima de él a la altura de su miembro viril y comenzó a hacer movimientos de arriba hacia abajo mientras la besaba en la boca, movimientos con los que la ofendida dijo que sintió dolor en su área vaginal; que ella trataba de bajarse pero no la dejaba, pues la tomaba por la cintura, y no fue sino hasta que escucharon que alguien venía que la soltó, pero entonces le dijo que si le decía de lo que acababa de hacer a alguien lo iban a linchar, que lo perdonara.

La segunda noche se repitió en los mismos términos que la anterior, pero en esta ocasión la menor logró librarse de la agresión porque le dijo a su padre que tenía que ir al baño. Y la tercera fue en términos similares, dado que en esta ocasión, luego de quitarle la ropa a la menor, la colocó de costado y poniendo su miembro en el área vaginal, comenzó a hacer movimientos de adelante hacia atrás, con los que la menor sintió líquido en su área vaginal, siendo destacable que la menor sostuvo haber sentido que *le metían algo duro en su colita*, es decir, en su vagina.

Se recabaron entrevistas de una tía y la abuela de la menor, de las que se obtuvo que esta les hizo saber lo que había acontecido con su padre, y por ello fueron a interponer la denuncia correspondiente.

La fiscalía formuló imputación y solicitó vinculación a proceso por el hecho que la ley señala como delito de corrupción de menores previsto por el artículo 237 del código penal del estado, en la vertiente de haber procurado el inculpado la corrupción de la menor a través de actos sexuales, pues fue vulnerado el adecuado desarrollo de la menor.

En la duplicidad del plazo constitucional, la defensa recabó las entrevistas de otra tía de la menor, quien dijo que el inculpado tenía conflictos con su madre por causa de dinero y de una pareja sentimental con la que ahora tenía una relación; también señaló que en el cuarto donde dormían el inculpado y la menor, estaba una cama que rechina cuando se sientan en ella. También se entrevistó al esposo de esta última testigo, quien dijo que el inculpado tenía problemas con su madre por el dinero; que en el tiempo en que acontecieron los hechos, el inculpado estuvo en su domicilio con su hija, y que la cama del cuarto donde durmieron rechina mucho y que la madre del

inculpado siempre ha tenido problemas de deudas, que era en lo que supuestamente gastaba el dinero del inculpado, lo que generaba sus problemas.

En estas circunstancias encontramos que se tuvo a disposición información expresada en proposiciones que son, unas contrarias y otra contradictoria, cuya distinción radica en que, en tratando de las primeras, las proposiciones contendientes no pueden ser ambas verdaderas, pero sí pueden ser ambas falsas; en tanto que hablando de las últimas, su contenido veritativo es binario, es decir, solo pueden ser proposiciones verdaderas o falsas, de tal suerte que cuando encontramos que una de ellas prevalece, ello implica la exclusión lógica de la otra. Así, llevando este análisis lógico a lo expuesto en la audiencia, se tuvo que de los datos de prueba aportados por la defensa no era posible concluir que los hechos no hubieran ocurrido como los narró la menor.

Esto es, la menor indicó que en tres noches que durmió junto a su padre en el domicilio de su tía, este la despojó de sus ropas y realizó actos sexuales con ella; sin embargo, lo que expusieron las personas a quienes entrevistó la defensa se redujo básicamente a que la cama en la que durmieron el inculpado y su hija rechina y a que el inculpado tiene problemas fuertes con su madre y su hermana.

Haciendo la revisión de lo anterior sobre parámetros lógicos, podemos decir que de esta información se derivaron, en un primer momento, tres proposiciones:

1.- Si la cama rechinaba, entonces no podía ser que el inculpado hubiera hecho los movimientos que le atribuyó la ofendida, o se habrían dado cuenta sus tíos;

2.- Si el inculpado tiene fuertes problemas con su madre y hermana, y si se dijo que la menor había cambiado mientras ha vivido con su abuela, ello implica que fue aleccionada para inculparlo falsamente; y

3.- Si la menor no presentó lesiones por penetración en sus zonas vaginal y anal, como había dicho en sus entrevistas ante la fiscalía, entonces es claro que está mintiendo.

Las dos primeras proposiciones tienen calidad de contrarias. Expliquemos por qué. Respecto a la primera, su contraproposición lógica sería *La cama no rechina y por ello el inculpado pudo hacer lo que la ofendida dijo que hizo*; pero una segunda proposición que podría hacer falsas a la anterior sería que, *aun cuando la cama rechinase, es posible que el inculpado pudiera hacer los movimientos que dicen hizo sin que rechinara*; o bien, *que aun cuando hubiera rechinado, el inculpado se hubiera movido con tal cuidado que no despertara a su hermana y su cuñado*, lo cual, dentro del mundo fáctico, desde luego es posible, pero más importante, por la etapa procesal en que nos hallamos, no se ha demostrado ninguna de las proposiciones, lo que implica que ante ese ayuno de información, ante esa evidente indeterminación, no se podía tomar este aspecto como base para determinar que no ocurrió lo que la ofendida dijo que ocurrió.

Por lo que ve a la segunda proposición, analizada en idénticos términos lógicos que la anterior, su contraria sería que *los problemas entre el inculpado y su madre existen, pero la menor no ha cambiado al vivir con su abuela como para imputar un hecho falso a su padre*; cuya tercera proposición sería *los problemas entre el inculpado y su madre existen, y aunque la menor efectivamente ha cambiado al vivir con su abuela, no existió ningún aleccionamiento para inculpar falsamente a su padre*. Por las mismas razones que la anterior proposición, esta no puede servir de fundamento para demeritar el relato de la menor ofendida.

La tercera de las proposiciones es con la que se dejó de proteger el interés superior de la menor. Veamos.

Una primer razón para desestimar la entrevista de la menor fue su edad, al referirse que contaba con diez años cuando fueron los hechos, y estaba por cumplir once cuando los narró a su abuela, a su tía, al ministerio público y a una perito psicóloga; se sostuvo que esa circunstancia *desdibuja la verosimilitud* de la pasivo pues ya no se trata

> "(...) de una pequeña que no pueda reproducir la forma en cómo sucedieron los hechos, ya se trata de una persona que medianamente

ha alcanzado su capacidad intelectiva como para poder decir no solo qué sucedió, sino también qué sintió, y esto fue así porque ella afirmó que le habían metido el pene; por lo que si ella sostiene que le metieron el pene en su *colita,* y ella ya tiene, al momento de narrar estos hechos un mes para cumplir once años, ya ha desarrollado cierta capacidad de poder expresar con mayor precisión qué fue lo que ocurrió (...)."

Sin embargo, en la decisión que se asumió la alzada tuvo en consideración que

"(…) cuando un niño es víctima, una de las consecuencias que sufre es el fenómeno psicológico conocido como "regresión" en el desarrollo, lo que supone que el niño vuelve a una etapa de desarrollo anterior, comportándose como más pequeño. De esta forma, el nivel de desarrollo de una persona menor no solo está determinado por múltiples aspectos de su contexto, sino también por la situación emocional en que se encuentra (...)."

y que

"(…) no tomar en cuenta las características específicas de la infancia o adolescencia puede llevar a interpretar de manera errónea su conducta o su relato, en la medida en que no se observa ni se escucha desde la perspectiva de las conductas adecuadas de niños, niñas o adolescentes, sino desde la lógica adulta (...)."[62]

Finalmente, que

"(…) una habilidad con la que los niños no cuentan, a partir de su desarrollo cognitivo, es la capacidad de elaborar un relato ordenado y coherente, desde la lógica de un adulto.

La elaboración de un relato de este tipo implica el manejo del antes y después, comprender la lógica de una secuencia y coordinar las nociones de antes y después con la duración.

62 Vid. Suprema Corte de Justicia de la Nación: Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren niñas, niños y adolescentes. 2ª ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación. México. 2014. pp. 26 y 27

> Esto hace que los relatos de un niño parezcan incoherentes o confusos porque responden a un orden interno (subjetivo) y no externo (objetivo). El niño relata según va recordando, lo que hace que yuxtaponga en desorden una sucesión de relatos (...)."[63]

Para negarle valor convictivo a la entrevista de la menor, se hizo énfasis en el hecho de que la pasivo dijo que le había dolido cuando le metieron algo duro en su *colita*, y que el examen médico determinó que no hubo ninguna clase de penetración, por lo que no era creíble su versión. Empero, la alzada consideró que esas imprecisiones fueron justificadas por los parámetros que se reseñaron, pues en ellos se explica cómo es escasamente posible –si no imposible– que un o una menor víctima de un delito –máxime si es uno de índole sexual– proporcionen un relato coherente desde la perspectiva lógica de un adulto.

Es al adulto al que corresponde interpretar la narración del menor para encontrar su verosimilitud, y en la que tenemos enfrente a la ofendida sí que fue persistente al señalar los actos que realizó con ella su padre y el dolor que le provocaron en una específica zona de su cuerpo, independientemente de que se hubiera referido a ello como que le metieron algo y se haya evidenciado que no se le introdujo nada. Para llegar a esta conclusión no hace falta ser especialista, sino solo considerar el cuerpo de un adulto interactuando en las condiciones relatadas con el de una menor de diez años de edad.

Al momento de confrontar toda esta información en la primera instancia hubo problemas con el estándar de apreciación, pues las afirmaciones hechas en la información aportada por la defensa, que desde luego podrían estar apegadas a la verdad, debían someterse al ejercicio contradictorio en el juicio junto con las proposiciones inculpatorias de la fiscalía, dado que la información más sensible en este asunto no fue inmediada en audiencia. No se escuchó a la pasivo, a los testigos ni a los peritos, pues.[64]

63 Vid. Suprema Corte de Justicia de la Nación: Protocolo de actuación… p. 30

64 Décima Época. Registro digital: 2021088. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis: I.7o.P.130 P (10a.). Materia(s): Penal. Tipo: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 72, Noviembre de 2019, Tomo III, página 2188

Y es que no había elementos para establecer que la narración de lo que vivió la ofendida fuera irracional o no fuera razonable. No había motivos para no creerle, máxime bajo los parámetros que tutelan el interés superior que como menor le asiste en un proceso judicial.

Así las cosas, la Sala concluyó que el resultado probatorio era el de que los datos de prueba expuestos por la defensa no desvirtuaban los expresados por la fiscalía, sino que solo los contradecían, por lo que retomó jurisdicción para determinar si los datos de prueba expuestos sostenían la vinculación a proceso solicitada. La respuesta fue positiva, pues fue posible establecer que el imputado procuró la corrupción de su menor hija a través de actos sexuales, que fueron puntualmente descritos por ella misma, con lo que se vio bloqueado su adecuado desarrollo, y se actualizó el hecho que la ley señala como delito de corrupción de menores en la vertiente precisada, previsto por el artículo 237 del código penal del estado. La probabilidad de que hubiera sido precisamente el inculpado quien los ejecutó deriva del señalamiento que en su contra hizo la propia ofendida, quien dijo categóricamente que fue su padre el que le hizo lo que narró.



CRITERIO 27



Caso 27.- Infracción de tránsito que no constituye delito culposo. Toca 92/2022-O

En suplencia de la queja deficiente y tutela de derechos humanos, la Sala revocó el auto de vinculación a proceso que se dictó en contra del inculpado por un delito de daños cometido a título de culpa, al considerar que los datos de prueba no permitían concluir que el accidente del que derivaron se hubiera producido por un actuar culposo de su parte. Veamos qué pasó.

En la exposición del fiscal, este indicó que un elemento de las fuerzas de seguridad pública del estado le entregó un parte de accidente en el que señaló que el imputado habría violado el contenido de los artículos 64, fracción VI, de la ley de movilidad del estado de Guanajuato y sus Municipios, y 160 del reglamento de tránsito de la ley de tránsito y transporte del estado de Guanajuato, pues tales disposiciones ordenan que un vehículo como el que conducía, con exceso de dimensiones por cuanto que sobresalía de su carril de circulación por treinta centímetros, solo puede transitar por un camino estatal hasta las 18:00 horas, y que además, debe hacerlo llevando carros piloto al frente y atrás.

Sin embargo, las disposiciones que invocó el agente policiaco en su parte de accidente no decían eso, ya que de la sola lectura de estos preceptos arroja que no establecían el deber objetivo de cuidado que se dijo vulnerado; es decir, el hecho concreto atribuido al inculpado de conducir una trilladora con treinta centímetros de exceso en sus dimensiones longitudinales fuera del horario permitido y sin carros guía delante y detrás de él, careció de fundamento legal, pues los preceptos invocados para ese fin de fundamentación no exigían eso.

No debe soslayarse, por ser precisamente un fundamento de la imputación, el exceso de dimensiones de la trilladora que conducía el inculpado, que solamente en el supuesto de que un vehículo o su carga excedieran un metro longitudinalmente –entiéndase, a lo ancho–, sería necesario que llevaran carros guía o carros piloto, y debían ser uno delante y uno detrás, lo cual no guarda relación con el fundamento de la imputación en este caso.

Además, se encontró una disposición específica que sí regulaba el desplazamiento de la trilladora que intervino en estos hechos. Se trató del artículo 88 del reglamento de tránsito de la ley de tránsito y transporte del estado de Guanajuato, que rezaba:

"(...) Artículo 88

Los vehículos pesados y los de servicio público de transporte de ruta fija, deberán tomar el carril derecho de la circulación y cuando el diseño de la vía pública lo permita, circularán por los carriles de tránsito pesado o lento.

Los tractores, *trilladoras* y demás vehículos similares, podrán circular por las carreteras y caminos estatales, *únicamente en el horario de verano de 8:00 a 19:00 horas y en el horario de invierno de 08:00 a 17:00 horas,* al hacerlo deberán tomar parte del acotamiento. Cuando circulen uno de tras de otro, la distancia entre ambos no será menor a 60 sesenta metros. *Las trilladoras deberán llevar carro piloto en la parte posterior* y deberán desenganchar la cuchilla, quedando prohibido circular en el primer cuadro de las ciudades (...)."

Este artículo, que sí hablaba específicamente de las trilladoras, estipulaba su horario de circulación –que no tenía como límite las 18:00 horas– y hablaba de que solo sería necesario que llevaran carro piloto en la parte posterior.

Aun así, también resultó claro que el inculpado violó disposiciones de tránsito, pues circulaba fuera de horario y no llevaba carro guía o piloto en la parte posterior, sin que los treinta centímetros de exceso en las dimensiones del vehículo que conducía justificaran que lo llevara también en la parte delantera. Lo que se tuvo que averiguar, bajo este contexto, fue si esas violaciones se materializaron de alguna manera en el resultado dañoso que se persiguió. La respuesta, de cara a la información expuesta en audiencia, es que no hubo razones para llegar a esa conclusión. Expliquemos.

Se recopilaron las entrevistas de cinco testigos y un agente de las fuerzas de seguridad pública del estado. De todas ellas, en conjunto, se obtuvo que el día de los hechos, entre las 19:00 y las 19:30 horas,

se verificó un hecho de tránsito sobre una carretera estatal, cuando el inculpado conducía una trilladora sobre esa vía con dirección de sur a norte, y metros adelante de unas vías férreas, un autobús de transporte de personal tipo escolar se impactó de frente en su costado delantero izquierdo, y luego se impactó sobre una camioneta tipo *pick up*, conducida por uno de los testigos, y sobre un vehículo sedán, conducido por otro de ellos, que circulaban detrás de la trilladora.

Ahora bien, los cinco testigos mencionados fueron coincidentes en señalar que fue el vehículo de pasajeros el que se impactó, que le pegó, que chocó con la trilladora, que –según informó el inculpado sin que se haya desvirtuado– circulaba a seis kilómetros por hora.

Dos de los testigos eran unas mujeres que narraron que el camión de pasajeros en el que ellas viajaban no se movió hacia ningún lado del carril por el que circulaba antes del impacto, y el conductor de la camioneta *pick up* afirmó que antes del impacto los vehículos que venían circulando en sentido contrario al que él y la trilladora lo hacían, podían pasar perfectamente al lado de esta con precaución. De aquí se pudieron inferir tres cosas importantes: que el exceso de las dimensiones longitudinales de la trilladora no era obstáculo para que los vehículos que circulaban en sentido contrario al que esta lo hacía, pasaran a su lado, pues sus conductores lo hacían con precaución; y en segundo lugar, que a pesar de haber sido visible la trilladora a la baja velocidad que era conducida –una de las pasajeras del camión afirmó que pudo verla desde antes del impacto y que llevaba sus luces tenues encendidas– y sus dimensiones, el conductor del vehículo de pasajeros, circulando de frente, no movió el vehículo a cuyos mandos se hallaba de la dirección que llevaba, y terminó impactándose en el costado delantero izquierdo de la máquina.

La tercera cosa es la más importante. No obstante conducir la trilladora con violación de reglas de tránsito, no hay dato objetivo que permita afirmar que por ese solo hecho la máquina iba siendo trasladada dejando de observar elementales deberes de cuidado; esto es: a pesar de que era una tarde nublada –nadie dijo que ya hubiera sido de noche al momento del impacto– y lluviosa, la máquina era conducida a seis kilómetros por hora, con sus luces encendidas y de

manera que los vehículos que transitaban en sentido contrario podían pasar sin dificultad junto a ella con precaución.

Así, la pregunta que no estuvo respondida en la hipótesis de la imputación, ni sostenida con los datos de prueba expuestos en la audiencia es ¿de qué manera, entonces, el solo hecho de conducir la trilladora fuera de horario y sin carro guía o piloto en la parte posterior constituyó una negligencia por parte de su conductor que provocara que el vehículo de pasajeros que circulaba en sentido contrario se impactara primero contra ella y luego con los vehículos que circulaban detrás de ella?

Por estas simples y sencillas razones es que no fue posible establecer el hecho que la ley señala como delito de daños culposos atribuido al inculpado, pues, en primer lugar, el deber objetivo de cuidado invocado no existió, careció de fundamento legal, como ya se vio en supralíneas; en segundo lugar, los datos de prueba que expuso el ministerio público lo más que permitieron establecer fue que el día de los hechos el inculpado circulaba sobre la carretera en la que acontecieron infringiendo disposiciones de tránsito, y finalmente, no se expusieron razones por las que cupiera considerar que esas infracciones administrativas en las que incurrió el imputado se materializaran en el resultado dañoso que le fue atribuido.




CRITERIO 28

Caso 28.- Psicología del testimonio.
Toca 22/2022-O

Este asunto trata de la sentencia condenatoria que se dictó en contra de un acusado de delitos de homicidio en dos causas acumuladas, en las que un mismo testigo de cargo soportó la acusación.

En este caso, el apelante fue el defensor del sentenciado y en los dos asuntos el motivo de su inconformidad radicó en el valor probatorio que se otorgó al testimonio de un sujeto al que llamaremos Judas. En el primero de los asuntos, referido a la muerte de dos sujetos, dijo que era inverosímil que hubiera podido presenciar siete eventos de homicidios en los que hizo señalamientos en contra del acusado, y que el Tribunal no advirtió la inconsistencia radicada en que el testigo citado dijo haber presenciado la muerte de un sujeto un dos de mayo, cuando también afirmó que desde el nueve de junio de un año anterior él y su familia estaban amenazados de muerte por el sentenciado y otros sujetos, y se preguntó cómo es posible entonces que para el mes de mayo hubiera estado en el mismo domicilio en que se hallaba el sentenciado uno de los que lo amenazaron, pues, afirma, es una máxima de experiencia que el ser humano huye de lo que amenaza su salud, integridad o vida, más la de un familiar.

Infirió que el testigo pudo ser colaborador necesario en los crímenes que afirmó haber presenciado, y que eso pudo haber sido lo que lo motivara a imputar a su representado con la intención de evadir la acción de la justicia, lo que compromete su credibilidad, imparcialidad y posición; que también resulta inverosímil su relato por las contradicciones que existen con el dicho de otra testigo a quien llamaremos Águeda, pues, de inicio, ella nunca dijo que el testigo hubiera acudido a su domicilio en una colonia que llamaremos X a drogarse, como este afirmó; tampoco que hubiera residido en una colonia que designaremos como Y, y dijo no conocerlo, a diferencia de Judas, quien dijo que la conocía porque era su vecina; que tanto Águeda como su hermana dijeron que Águeda tenía como cinco o

seis años viviendo en la colonia X, y no señalaron haber residido ni siquiera temporalmente en un domicilio diverso.

Que Águeda nunca dijo haber sabido lo que le sucedió a su pareja por conducto de Judas y que fue hasta el momento de su deposición en el juicio que afirmó haberse encontrado varias veces con él, lo que refleja un aleccionamiento; que la aportación novedosa aportada por Judas no es creíble respecto a no haber dicho nada al ministerio público sino hasta diez meses después de los hechos, porque estaban amenazados de muerte él y su familia, pues esto lo dijo hasta la audiencia de juicio, y que lo anterior deja en desventaja a la defensa porque al no constar esa información en registros previos no es posible controvertirla. Por otra parte, que si no había hablado al ministerio público sobre esa amenaza, ¿por qué creer que estuvo en un centro de rehabilitación cuatro meses bajo una supuesta medida de protección?

El recurrente volvió sobre el tema de la colaboración necesaria del testigo en actos ilícitos al recordar que este dijo que mientras observaba cómo sofocaban a los pasivos no hizo nada porque lo tenían amenazado con armas de fuego, lo que para él es claro indicio de que pudo haber tenido alguna participación en esos hechos, y que vino a declarar sobre ellos buscando eludir la acción de la justicia; que Judas adoleció de una memoria selectiva, pues no pudo recordar el nombre completo de quien identificó por apodo, pero sí los nombres completos y correctos de las personas que señaló como quienes lo amenazaron, lo que es indicio de aleccionamiento; que del mismo modo no proporcionó el nombre del hermano del sentenciado que dice estuvo con él en la secundaria, lo que tendría que haber expresado sin mediar pregunta.

Sostuvo que no le parecían razonables los motivos por los que el testigo dijo conocer a los implicados en estos hechos, pues de uno no dio el nombre del hermano que supuestamente cursó junto a él la secundaria; de otro, no *memorizó* la dirección ni fecha de nacimiento de su credencial de elector; de uno más, no cree que si se reunían para drogarse pudiera enseñarle a escribir su nombre; de otro, porque lo conoció siendo muy niño y no es posible que a esa edad se sepa el nombre completo de alguien con quien no se compartía aula, equipo

deportivo, grupo social o parroquial; y del último, porque las testigos Águeda y su hermana no dijeron que este hubiera vivido en la colonia Y ni siquiera en su niñez, y que Judas dijo haberlo conocido en ese lugar.

Por lo que hizo a la segunda causa en la que un hombre fue privado de la vida y una mujer fue lesionada, el recurrente dijo que el dicho del testigo cuestionado no es creíble porque afirmó haber visto salir al sentenciado con otros sujetos de la casa del fallecido a las 00:30 horas, cuando se demostró que el reporte sobre los hechos se recibió en la Dirección de Seguridad Pública municipal hasta las 02:12 horas de un diez de febrero; que a lo anterior se suma el resultado de la necropsia practicada al cadáver del fallecido, pues a virtud de ella, una perito médico legista estableció *como horario extremo del deceso* las 02:00 horas, lo que se ajusta al momento del reporte del elemento de seguridad pública; que, entonces, en caso de que Judas hubiera escuchado detonaciones y visto salir de la casa del pasivo a tres personas, surge la posibilidad de que estas no hayan sido quienes privaron de la vida al ofendido y lesionaron a la mujer, pues Judas no permaneció en el sitio hasta las 02:12 horas del día de los hechos.

Que en la audiencia se estableció que Judas había hecho *declaraciones duras y directas* contra su representado en siete diferentes causas penales, en carpetas de investigación generadas en la unidad especializada en investigación de homicidios; pero no obstante lo anterior Judas dijo de inicio que el del hombre aquí fallecido era el único asesinato que había visto en su vida; luego dijo que además del de este presenció el de la causa anterior, y finalmente dijo que *había ido a otro lugar a testificar* por tres diferentes homicidios. Que no es natural que una persona que ha presenciado siete homicidios no tenga claridad sobre esa circunstancia, por lo que considera que se conduce con mendacidad.

Respecto a las razones para identificar a su representado, dijo que eran sumamente débiles, pues dijo haberlo conocido aproximadamente nueve meses antes de los hechos de esta segunda causa porque consumían droga en casa de un sujeto, donde además lo hacían otros dos a quienes identificó por apodos y a quienes señaló en aquella

otra causa por sus nombres completos, pero que fuera de esa relación no tenía ninguna otra con ninguno de los tres, y ni siquiera dijo que alguna vez ellos se hubieran presentado por su nombre completo, lo que le permite al inconforme inferir que Judas fue aleccionado.

Que no debe dejar de observarse que cuando el recurrente le preguntó en la audiencia por qué sabía los apellidos de uno de ellos, no pudo explicarlo y tampoco pudo recordar los apellidos del fallecido. Finalmente, que respecto el tatuaje que presenta su defendido, Judas primero dijo que lo tenía en la mano, pero luego dijo que era en el brazo; y respecto a su media filiación solo pudo decir que era *chaparrito, moreno y cabello largo*; razones por las que igualmente consideró que no debió darse valor probatorio a lo dicho por el testigo respecto de esta segunda causa.

La Sala consideró que los conceptos de agravio fueron esencialmente fundados y suficientes para revocar la sentencia rebatida y que los defectos de los que adolecieron las declaraciones de Judas en las causas indicadas por el recurrente, no eran de los que son rescatables. Expliquemos por qué.

En primer lugar, se habló de las razones por las que dijo el testigo conocía al sentenciado. En primera causa dijo que sabía su nombre porque el hermano del sentenciado estudió con él en la secundaria, lo que implica que desde aquella época lo conocía; sin embargo, en la segunda causa dijo que para cuando el hecho ahí juzgado ocurrió, tenía como diez meses de conocer al sentenciado, y que lo conoció porque en varias ocasiones se drogó con él en una casa *y se agarraron confianza*.

Esto implicó una evidente inconsistencia en la declaración del testigo respecto a la forma en que identificó y conoció al sentenciado, debido a que no señaló que en el tiempo que dijo haberlo conocido porque se drogaban juntos, le hubiera informado que era hermano de quien afirmó estudió con él en la secundaria; máxime que, como con acierto resalta el recurrente, ni siquiera dijo el nombre del supuesto hermano del sentenciado que estudió con él.

Pero hay más inconsistencias, todas ellas destacadas por el defensor –aunque no por ello menos evidentes–, como la relativa a su conocimiento de Águeda, pareja del agraviado en la primer causa,

de quien dijo que era vecina de un lugar al que él acudía a drogarse en la colonia Y; sin embargo la citada testigo, a pesar de que mencionó que conoció a Judas, afirmó que antes de los hechos juzgados no lo conocía, que ella vivió con el pasivo en un domicilio de la colonia X y tampoco dijo que hubiera vivido jamás en la diversa colonia Y, lo que resulta destacable porque tanto esta testigo como su hermana indicaron que los últimos cinco o seis años de su vida, el pasivo vivió con Águeda en la colonia X, y Judas dijo haber vivido durante los últimos doce años en la colonia Y, de modo que no hay coincidencia entre el sitio donde el testigo vivió y el en que dijo haber conocido al aquí pasivo y a su pareja.

Por otro lado, tuvo razón el defensor al señalar que era bastante poco verosímil que Judas hubiera podido memorizar el nombre de un sujeto al que identificó por apodo a partir de haber manipulado su credencial de elector para *hacer líneas de droga*, pues esa capacidad retentiva no se condice con la falta de memorización de cualquier otro dato de la credencial, que desde luego, no pudo proporcionar. Igual acontece con el hecho de que hubiese conocido el nombre de otro sujeto que también identificó por apodo porque este le pedía que escribiera su nombre en una hoja de papel porque no sabía leer ni escribir. Reduzcamos al absurdo. Ningún sujeto que se dedique a matar personas por problemas de venta de drogas permitiría que otro manipulase su identificación de tal modo que pudiese memorizar sus datos; por otro lado, un sujeto con las mismas características estaría bien poco interesado en aprender a escribir su nombre como para decirle a cualquier adicto con el que conviviera que lo plasmara en un papel.

Otra inconsistencia se dio cuando Judas describió al sentenciado. En la primera causa dijo que era un sujeto delgado, moreno, de un metro setenta de estatura y con un tatuaje en un brazo; y en la segunda causa dijo que era *chaparrito*, de un metro sesenta de estatura, moreno, de pelo largo y con un tatuaje de marihuana. De aquí llaman la atención dos cosas. En primer lugar, un sujeto de un metro setenta de estatura, por lo general, no es considerado *chaparrito*, pues el mexicano promedio mide entre un metro con cincuenta y

ocho centímetros y un metro con sesenta y cuatro centímetros.[65] Por otra parte destaca la falta de especificidad de un dato tan llamativo y característico como un tatuaje con la imagen de la hoja de la marihuana –máxime en un entorno de consumo de drogas–, del que en la primera declaración el testigo solo dijo que era un tatuaje en el brazo, y en la segunda solo dijo que se trataba de la imagen de la marihuana, sin referir donde se encontraba –aunque después lo haya precisado, con cierta confusión, por cierto.

Un dato más es el relativo a la hora en que dijo haber visto salir al sentenciado y a otras dos personas del domicilio del occiso de la segunda causa portando armas de fuego, aproximadamente a las 00:30 horas de un diez de febrero, luego de haber escuchado detonaciones que provenían de ese sitio. Y esto es altamente relevante porque el reporte de esos disparos fue recibido en la dirección de seguridad pública municipal hasta las 02:12 horas de ese día, y además la perito médico legista de la fiscalía general del estado estableció que el occiso murió entre las 00:00 y las 02:00 horas, lo que arroja mayor corroboración hacia la hora que se recibió el reporte en seguridad pública que hacia la hora en que Judas afirma haber estado a ocho metros del domicilio en que fueron estos hechos.

Una última cuestión que permitió dudar sobre la veracidad del testigo fue su afirmación respecto a los eventos de los homicidios que ha presenciado, pues primero dijo categóricamente que había visto uno solo; enseguida afirmó que habían sido dos y terminó diciendo que eran tres; pero un investigador privado de la defensa dio cuenta de que existían siete carpetas de investigación en la unidad especializada en homicidios en las que había declarado como testigo, sin que se hubiera aclarado en juicio qué fue lo que expuso en las ocasiones que intervino cada vez, pero que, comoquiera, resulta destacable por el propio contexto de este juicio, donde vino a declarar por haber presenciado por lo menos dos hechos de los que puede inferirse que se privó de la vida a otras personas.

65 Cfr. Instituto Mexicano para la Competitividad, A.C.: ¿Cómo es el mexicano promedio? vía El País. Recurso digital disponible en https://imco.org.mx/como-es-el-mexicano-promedio-via-el-pais/ consultado el 20 de abril de 2022.

Frente a esto, la Sala sostuvo que para adscribir valor a una declaración testimonial se requiere un ejercicio que pasa indispensablemente por el análisis de la racionalidad y la razonabilidad de la información que contiene, pues a mayor presencia de estas categorías analíticas, mayor es el potencial explicativo de la narración. Para que una declaración testimonial sea susceptible de ser valorada positivamente, la crítica que de ella se haga debe otorgar como resultado la capacidad de explicar los sucesos a los que se refiere, sin que existan espacios de solución de continuidad en la explicación, sin que se dejen incógnitas sin despejar o preguntas sobre los hechos sin responder. En tanto se hallen presentes estas deficiencias, el potencial explicativo de la narración que se analice se verá mermado.

Además, se dijo en la resolución que no debía soslayarse que desde la perspectiva de la psicología del testimonio, habrá algunas inconsistencias que serán salvables al tomar en consideración aspectos atinentes, entre otros, a la propia capacidad de percepción del testigo, a las circunstancias imperantes del hecho que percibió, al tiempo transcurrido entre que lo percibió y luego lo expresó, así como a su su capacidad narrativa. Tales aspectos han sido reconocidos por los Tribunales Colegiados del Poder Judicial Federal en el criterio con número de registro 2014791.[66]

Como fue evidente, nos encontramos ante un testigo bastante inconsistente, con partes relevantes de sus declaraciones claramente contradictorias, con aspectos escasamente verosímiles y otros que quedaron sin ser explicados, razones suficientes para negar cualquier eficacia convictiva a las narraciones que dio en las causas referidas, por lo que al haber sido estas las únicas pruebas que le relacionaban con dichos delitos, al carecer de valor probatorio no quedó ninguna que soportara la responsabilidad penal del acusado por esos hechos, de modo que se determinó que lo legalmente procedente era revocar la sentencia de condena que fue dictada en su contra por ellos, y en su lugar dictar sentencia absolutoria.

66 Décima Época. Registro digital: 2014791. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis: I.7o.P.82 P (10a.). Materia(s): Penal. Tipo: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 44, Julio de 2017, Tomo II, página 1056


CRITERIO 29

Caso 29.- No prescripción de delitos sexuales cometidos contra menores.[67]
Toca 29/2022-O

Para la fecha en que escribí este trabajo, aun se encontraba en la Suprema Corte de Justicia de la Nación la revisión del tema que le da contenido a esta resolución, en la que se hizo tutela convencional de los derechos humanos de un menor víctima de abuso sexual, debido a que el juez de primera instancia había declarado la prescripción de la acción penal.

En ella se señaló que la decisión que asumió el A quo fue fundamentada en los artículos 119, 120, fracción I y 123 del código penal del estado, bajo el argumento de que no había disposición que le pudiera llevar a considerar que el hecho jurídico penalmente relevante del que conoció no se hallara prescrito; el juez indicó que entre el principio *pro persona* en favor del menor ofendido y los derechos de legalidad y seguridad jurídica a favor del imputado, debían prevalecer éstos últimos; hizo referencia al artículo 106 de la ley general de los derechos de niñas, niños y adolescentes para señalar que el mismo no era aplicable al asunto y señaló que, a pesar de que el artículo 123 del código penal del estado ya establecía que el delito de abusos erótico sexuales en agravio de menores de edad era imprescriptible, tal disposición entró en vigor el cuatro de noviembre de dos mil veinte, después de acontecidos los hechos, por lo que no resultaba aplicable. Por lo tanto, declaró extinta la acción penal, y en consecuencia, decretó el sobreseimiento de la causa, razones por las que, además, dictó auto de no vinculación a proceso en favor del imputado.

La Sala consideró que esa decisión no respondía a los parámetros de regularidad constitucional que tutelan el interés superior del menor

67 Este caso número 29, y el siguiente, el número 30, aparecen en el artículo denominado "Dos ejercicios de interpretación legal y constitucional", publicado en Gaceta Judicial del Poder Judicial del Estado de Guanajuato, Año 6, No. 1, Enero-Marzo 2024, pp. 79 y ss., visible en https://issuu.com/poderjudicial-gto4/docs/gaceta_judicial._a_o_6._no._1._enero-marzo_2024

ni al paradigma jurídico al que nuestro país se adscribió a partir de la reforma constitucional de diez de junio de dos mil once, por la que se aceptó en la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos la corriente filosófica denominada *constitucionalismo*, la cual tiene como su base más sólida lo que filósofos como Rodolfo Luis Vigo han denominado *constitucionalización del derecho*,[68] que no es otra cosa sino la elevación a rango constitucional de lo que se ha venido reconociendo en la tradición jurídica occidental como *derechos humanos*, cuyo respeto, a partir de su reconocimiento en las constituciones de los estados nacionales, es una cuestión obligada para toda autoridad, en calidad de irrestricto.

Es tal la relevancia de los derechos humanos en este modelo constitucional, que no solo se reconocen los que se encuentran inscritos en lo que se denomina *derecho doméstico* –en el derecho interno de un estado nacional, pues– sino que también se reconocen y protegen los que se encuentran en el llamado *corpus iuris internacional*, en el derecho internacional de los derechos humanos, los cuales vamos a encontrar plasmados en los tratados internacionales en la materia, cuyo rango axiológico es idéntico al de las constituciones, como es el caso de nuestro país, según consigna el artículo 1º, párrafo primero de nuestra constitución.

En el marco operativo, lo anterior implica que todas las normas del orden jurídico serán interpretadas y aplicadas de conformidad con la constitución, y siempre buscando la mayor protección para las personas; esto significa que el baremo, el norte que ha de dirigir la labor de interpretación de las normas, es siempre el contenido constitucional en materia de derechos humanos, y de entre las normas que entren en juego, siempre habrá de preferirse la que brinde una mayor y mejor protección al derecho humano de que se trate, sea que se encuentre en el derecho doméstico, a cualquier nivel, o bien en el derecho internacional dentro de los tratados internacionales suscritos por el estado mexicano.

68 Vid. in extenso Vigo, Rodolfo Luis: Constitucionalización y judicialización del derecho. Del Estado de derecho legal al Estado de derecho constitucional. Porrúa. México. 2013.

De esta suerte, el operador jurídico, dentro del modelo del constitucionalismo contemporáneo,[69] debe tener bien claro que el paradigma positivista puro ha sido superado desde la época de la segunda posguerra, y que la concepción del estado legal de derecho no encuentra cabida en un modelo en el que el juez ya no es solo la boca de la ley, sino el principal garante de la protección irrestricta de los derechos humanos, mismos que, a partir del proceso de constitucionalización del derecho, han transformado a la constitución en el parámetro de validez formal y material de todo el ordenamiento jurídico, cuyo marco operativo busca que la plena vigencia y cumplimiento de los preceptos constitucionales sean asegurados mediando una interpretación teleológica, siempre en favor de los derechos.

Este es un marco general del modelo constitucional que rige hoy el actuar de toda autoridad en el estado mexicano, pero, sobre todo, de sus jueces, dado que el proceso de constitucionalización del derecho vino acompañado de su judicialización, en razón de que son precisamente los jueces los garantes de la protección irrestricta de los derechos humanos, al realizar esta delicada tarea desde la primer línea de batalla, cuando los justiciables someten a su consideración sus conflictos jurídicos, hasta el momento jurisdiccional en que debe emitirse una decisión que clausura dichos conflictos. Serán los jueces, *lato sensu*, los guardianes de la constitucionalidad de las decisiones que impacten la esfera jurídica de los gobernados, procurando que se mantenga incólume aquel coto vedado del que habló Garzón Valdéz; aquel espacio de lo indecidible, al que se refirió Ferrajoli.

Descendiendo ahora en el nivel de análisis al caso que ocupa la atención, advertimos que se encuentran en juego, por una parte, los derechos a la legalidad y seguridad jurídica del imputado, tutelados por los artículos 14 y 16 de la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, que fueron la base jurídica sobre la que sentó el A quo sus razones para la emisión de la decisión que se revisó; y por

69 Para abundar sobre el concepto de constitucionalismo contemporáneo, vid. Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy, sobre los límites de la justicia constitucional, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. México. 2021. pp. 13-85

otro lado, el interés superior del menor, tutelado por los artículos 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 4º, párrafo noveno, de la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos y 18 y 106 de la ley general de los derechos de niños niñas y adolescentes.

Identifiquemos ahora el rango axiológico que reviste en nuestro orden jurídico el interés superior del menor, de la mano de lo que conceptualmente ha establecido la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en jurisprudencia firme con número de registro 159897,[70] concepto cuyo marco operativo fue fijado por esa misma Sala del Alto Tribunal en la tesis con número de registro 2000988.[71]

Al respecto conviene traer a cuenta también lo que el Comité de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas estableció en la Observación General número 14 (2013)[72] sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, referida al artículo 3, párrafo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en particular lo contenido en el capítulo I de la Observación, párrafos 1 a 7, se establece el contenido y alcances del interés superior del niño, mientras que en el párrafo 17 del capítulo IV se indica la obligación de tomar las medidas necesarias para atender a ese interés superior.

Los párrafos 19 y 20 del mismo capítulo señalan los alcances del término "concernientes a", así como la necesidad de adaptar las medidas que tiendan a protegerlos en función de cada caso, no siendo un término de significación unívoca, y los párrafos 25 y 27 de ese

70 Décima Época. Registro digital: 159897. Instancia: Primera Sala. Tesis: 1a./J. 25/2012 (9a.). Materia(s): Constitucional, Civil. Tipo: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XV, Diciembre de 2012, Tomo 1, página 334

71 Décima Época. Registro digital: 2000988. Instancia: Primera Sala. Tesis: 1a. CXXII/2012 (10a.). Materia(s): Constitucional. Tipo: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro IX, Junio de 2012, Tomo 1, página 260.

72 Cfr. Naciones Unidas y comité de los derechos del niño: Observación general Nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). Recurso digital disponible en https://ciudadesamigas.org/wp-content/uploads/2022/11/14_observacion-general-14-principio-interes-superior-2013-.pdf consultado el 20 de noviembre de 2025

mismo apartado estipulan la obligación de todas las instituciones del estado de velar por el interés superior del menor, poniendo especial énfasis en los procedimientos judiciales y arbitrales.

En atención, entre otras, a estas directrices, el legislador mexicano emitió, el cuatro de diciembre de dos mil catorce, la ley general de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, en cuyo artículo 106, último párrafo se encuentra el *quid* de este fallo. Dicho párrafo lo integra el siguiente enunciado:

"(...) No podrá declararse la caducidad ni la prescripción en perjuicio de niñas, niños y adolescentes (...)".

Todo lo hasta aquí reseñado constituye el entramado jurídico que debió haber sido utilizado por el A quo en un ejercicio de interpretación conforme y con directriz *pro persona* en favor del menor ofendido, pero que no utilizó, de modo que la alzada reparó jurídicamente esa omisión como se verá enseguida.

El interés superior del niño es un derecho humano de rango constitucional. Está consignado por el artículo 4º de la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, disposición que, además, garantiza su plena vigencia en toda decisión y actuación del estado. Como tal, su protección se ve reforzada por el diverso numeral 1º de la propia carta magna: además, no se soslaya que los derechos de legalidad y seguridad jurídica, dispuestos en los artículos 14 y 16 de la constitución, tienen el mismo rango constitucional que el interés superior del niño, pero averigüemos si en el caso concreto existen razones para hacer que prevalezca este sobre aquel.

La figura jurídica de la prescripción de la acción penal garantiza a una persona que pudo haber cometido un delito, que, por el solo transcurso del tiempo, el estado perderá el derecho a perseguir en los tribunales ese delito, pues la prescripción extingue la acción penal. Por virtud de los derechos de legalidad y seguridad jurídica, la prescripción opera como una regla: si se actualiza el supuesto temporal respectivo contenido en las leyes, opera; si no se actualiza ese requisito temporal, no opera. Sin

cortapisas. Frente a esto tenemos los derechos de acceso a la verdad y la justicia de un niño víctima de un delito de índole sexual.[73] Estos son los derechos humanos que encontramos en tensión.

Ahora bien, el estado mexicano ha coincidido en el concierto internacional en que se debe garantizar el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, lo que implica, desde luego, sus dimensiones física, mental, espiritual, moral, psicológica y social,[74] por lo que ha elevado estos aspectos a nivel de protección constitucional, sin dejar de observar que están igualmente protegidos por un tratado internacional jurídicamente vinculante, como es la convención sobre los derechos del niño.

Luego, un delito sexual cometido en perjuicio de una niña, niño o adolescente, indudablemente deja una profunda impronta en sus dimensiones espiritual, mental, moral y psicológica, y eventualmente, incluso en la física. Es tal el impacto que producen estos delitos en los menores, que por esa razón se ha considerado declarar la imprescriptibilidad de los mismos, en un afán de obtener, en cualquier tiempo, justicia y verdad para quienes fueron víctimas de ellos. Tal es la teleología ínsita en la norma que subyace a la disposición contenida en el último párrafo del artículo 106 de la ley general de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, cuyo significado interpretativo conforme a las disposiciones convencionales y constitucionales para el caso que ocupa la atención, podemos plasmar en el siguiente enunciado: "(...) Cuando la víctima de un delito sexual sea una niña, niño o adolescente, no operará la prescripción de la acción penal (...)."[75]

---

73 Artículos 17, segundo párrafo de la Constitución Federal y 2, fracción I, de la Ley General de Víctimas.

74 Cfr. Naciones Unidas: Observación General Nº 5 (2003): Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44) (CRC/GC/2003/5), párrafo 12.

75 Se hace esta acotación respecto de los delitos sexuales porque, como se establece en el Protocolo de Actuación para quienes imparten Justicia en casos que involucren Niñas, Niños y Adolescentes, página 14, donde se cita a los autores Margarita Griesbach y Ricardo Ortega, para señalar la forma en que

Ante esta consideración, resulta claro que no puede prevalecer la figura de la prescripción de la acción penal, frente a la finalidad de obtener verdad y justicia para un menor de edad víctima de un delito sexual, pues ello tendría como consecuencia una afectación a su esfera integral de desarrollo, que es refractaria a los fines de protección de los menores que constitucionalmente se ha propuesto el estado mexicano, por lo que se declaró que, con fundamento en los artículos 3.1 de la convención sobre los derechos del niño, 4º, párrafo noveno, de la constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 18 y 106 de la ley general de los derechos de niñas, niños y adolescentes, en tratando de delitos sexuales cometidos en agravio de niñas, niños o adolescentes, la figura de la prescripción de la acción penal no opera.

ellos cuestionan que el interés superior del menor se utilice para sobreponer de modo absoluto el derecho del niño frente a los derechos de los adultos, pues a lo que obliga ese principio es a la valoración integral de toda posible afectación de los derechos de un niño o niña frente a un conflicto de derechos, o sea, que el análisis de la posible afectación de derechos de la infancia parta de un escrutinio estricto en el que se reconozcan las repercusiones de una afectación respecto de la protección integral de derechos, interpretando con base en el principio de interdependencia.


PODER JUDICIAL
SALA DE AUDIENCIAS
CRITERIO 30

Caso 30.- Juez de control y juez de ejecución. A qué órgano jurisdiccional corresponde vigilar la prisión preventiva. Toca 39/2022-O

El interés de este asunto radica en que fue elevado al conocimiento de la Sala como un conflicto competencial donde una jueza de control afirmaba que correspondía a una jueza de ejecución vigilar la prisión preventiva que había impuesto a un procesado, mientras que la jueza de ejecución afirmaba justo lo contrario. La Sala encontró que se trataba de un falso problema. Veamos cómo lo resolvió.

Por cuestión de método, es conveniente, en primer lugar, delimitar el problema que se resolvió: la competencia que tienen los jueces de control y los jueces de ejecución sobre la situación jurídica de una persona privada de la libertad bajo la medida cautelar de prisión preventiva, específicamente sobre el término *vigilancia*. Al respecto, antes que otra cosa, debe decirse que, en este asunto, ambas jueces tenían parcialmente la razón, y al mismo tiempo ambas incurrían en un yerro.

Lo anterior derivado de dos cuestiones muy claras: ninguna de las dos leyó con acuciosidad la ley nacional de ejecución penal, y en esa medida, ninguna de las dos logró una interpretación sistemática de las normas que rigen el tema problemático. Por tal motivo, la alzada trazó el tratamiento jurídico-judicial integral para una persona penalmente procesada en las condiciones que han quedado precisadas, partiendo de la identificación de la naturaleza de las normas que lo regulan desde la perspectiva del binomio *principios-reglas*, e identificó cuáles son los ámbitos de competencia de los dos tipos de jueces en conflicto en este caso, a fin de adscribir jurisprudencialmente el espacio de actuación que las que aquí se hallaron conflictuadas no pudieron identificar.

Para empezar, las normas que regulan cuestiones competenciales tienen naturaleza de reglas, por contraposición a los principios, lo que quiere decir que en su forma de operar solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, hay que hacer exactamente lo que ella

exige. Punto. Por su propia naturaleza, son enunciados redactados de manera taxativa, y su aplicación obedece a la forma *todo o nada,* es decir, si se cumple en el mundo de relación social el supuesto contenido en la regla, esta aplica; si no se cumple a cabalidad, no aplica.

Caso contrario a lo que acontece con los principios, que son normas de textura abierta e indeterminada cuya clausura corresponde al operador de la norma atendiendo a las circunstancias específicas de cada caso concreto, y en caso de conflicto entre principios, este se resuelve acudiendo a la técnica de la ponderación, en la que, al final de su verificación, uno de los principios será *sacrificado* ante la prevalencia del otro, con efectos únicamente para el caso concreto.

Para el asunto que aquí ocupó la atención, las reglas generales de competencia las prevén, en lo conducente y en primer término, los artículos 113, fracción I y 116 de la ley orgánica del poder judicial del estado, de donde se desprende que al juez de control corresponde resolver sobre la aplicación, modificación, sustitución o cancelación de las medidas cautelares de carácter real o personal que les sean solicitadas por quien esté legitimado para ello –y recordemos que la prisión preventiva es una medida cautelar– y que al juez de ejecución corresponde todo lo atinente a la puesta en marcha, en obra, de las penas de prisión impuestas en sentencia firme. Estas reglas generales toman particularidades específicas en la ley nacional de ejecución penal. Veamos.

El artículo 1, fracción I de esta ley indica que uno de sus objetos es el de establecer las normas que deben de observarse durante el internamiento por prisión preventiva, tanto como en la ejecución de penas y medidas de seguridad impuestas como consecuencia de una resolución judicial. En el artículo 3, fracciones X y XI establece las figuras de juez de control y de juez de ejecución.

Del primero dice que es el órgano jurisdiccional del fuero federal o del fuero común que interviene desde el principio del procedimiento y hasta el dictado del auto de apertura a juicio, ya sea federal o local; del mencionado en segundo lugar dice que es "(...) la autoridad judicial especializada del fuero federal o local, competente para resolver las controversias en materia de ejecución penal, así como aquellas atribuciones que prevé la presente ley (...)."

La interpretación de estas normas nos muestra el espacio procesal en que, de modo general, actuarán ambos jueces, el primero lo hará dentro del proceso, desde su inicio y hasta la emisión del auto de apertura a juicio oral; el segundo lo hará después de concluido el proceso y una vez que exista sentencia condenatoria firme que imponga una sanción.

Llegados a este punto, debemos destacar que de la fracción I del artículo 113 de la ley orgánica del poder judicial del estado podemos desprender que corresponden al juez de control la aplicación, modificación, sustitución o cancelación de la prisión preventiva, lo cual debemos entender como la actividad del juez que tendrá por objetivo emplear, administrar y poner en práctica la medida cautelar de marras a fin de alcanzar sus finalidades legales, que no son otras sino las de "(...) asegurar la presencia del imputado en el procedimiento, garantizar la seguridad de la víctima u ofendido o del testigo, o evitar la obstaculización del procedimiento (...).", según dispone el artículo 153, primer párrafo del código nacional de procedimientos penales. Esta es su competencia en el tema de la prisión preventiva.

Pero para el juez de ejecución, tal aspecto procesal, en lo general, lo contiene el artículo 24 de la ley nacional de ejecución penal, que estipula en su primer párrafo que "(...) (e)l Poder Judicial de la Federación y órganos jurisdiccionales de las entidades federativas establecerán jueces que tendrán las competencias para resolver las controversias con motivo de la aplicación de esta ley establecidas en el Capítulo II del Título Cuarto de esta ley (...)." Tratamiento que es recogido por el quinto párrafo del artículo 8 de la constitución política para el estado de Guanajuato, que establece que "(...) (c)orresponde al juez de ejecución, instaurar los procedimientos que se requieran para resolver sobre el otorgamiento de los beneficios y del tratamiento, a los internos sentenciados que tengan derecho a ellos, y las demás atribuciones que le confiere la ley respectiva (...)."

Estas reglas todavía se particularizan más, pues el artículo 103, primer párrafo de la ley nacional de ejecución penal establece que "(...) (l)a administración del Juzgado de Ejecución al recibir la sentencia o el auto por el que se impone la prisión preventiva, generará un número de

registro y procederá a turnarlo al juez de Ejecución competente, para que proceda a dar cumplimiento a tales resoluciones judiciales (...)."

Esta porción normativa, debido a su vaguedad, *prima facie* parecería decir que todo lo atinente a la ejecución de la medida cautelar de prisión preventiva quedará en manos del juez de ejecución competente. Pero esta visión es incorrecta, y la vaguedad del dispositivo es aclarada por los diversos artículos 14, segundo párrafo y 18, fracción IV de la ley nacional de ejecución penal, que establecen, el primero, que corresponde al poder ejecutivo federal o local, según su competencia, a través de las autoridades penitenciarias señaladas en las disposiciones legales, *la ejecución material de la prisión preventiva,* así como de las sanciones y medidas de seguridad previstas en las leyes penales, así como la administración y operación del sistema penitenciario.

En tanto que el segundo precepto, en la fracción invocada, indica que el comité técnico de los centros penitenciarios tendrá entre sus funciones, la de vigilar el cumplimiento de lo ordenado por el juez, en lo relativo a la ejecución de la medida cautelar de prisión preventiva; preceptos que encuentran correlación sistemática con lo dispuesto por el último párrafo del artículo 164 del código nacional de procedimientos penales, que establece que "(...) la supervisión de la prisión preventiva quedará a cargo de la autoridad penitenciaria en los términos de la ley de la materia (...)."

En este contexto normativo es que cobra sentido el término *vigilar*, referido a las condiciones de internamiento de una persona privada de la libertad bajo medida cautelar de prisión preventiva, al relacionarlo con el sintagma *cumplimiento de lo ordenado por el juez, en lo relativo a la ejecución de la medida cautelar de prisión preventiva*. Veamos. El juez de control tiene potestad constitucional y legal para ordenar que una persona permanezca privada de su libertad para garantizar, entre otras cosas, su presencia en el proceso, y tiene potestad, además, para ordenar que la persona privada de su libertad sea llevada a su presencia las veces que sea necesario. Ese es el significado de esta porción normativa, y sobre todo, del término *vigilar* en el contexto normativo en que lo prevé la ley nacional de ejecución en relación con la prisión preventiva.

Así, lo que hasta aquí hemos reseñado otorgó un panorama mucho más claro respecto del problema materia del aparente conflicto competencial: la jueza de control que ordenó la remisión del auto donde impuso la medida cautelar de prisión preventiva excedió los límites legales de competencia de la juez de ejecución correspondiente, debido a que le endilgó la *vigilancia de las condiciones de internamiento* del procesado a quien impuso la medida, cuando este aspecto está legalmente a cargo de la autoridad penitenciaria, por conducto de su comité técnico.

Sin embargo, la jueza de ejecución, en este asunto, incurre en la misma deficiencia técnica que la de control al considerar, en lo que interesa, que un auto como el que le remitió la jueza de control no sirve para iniciar el procedimiento de ejecución, pues este inicia exclusivamente con la sentencia de condena y el auto que la declara ejecutoria y que, en tal virtud, la vigilancia de las condiciones de internamiento son competencia del juez de control que imponga la medida cautelar de prisión preventiva.

Para abatir la profunda confusión en que se encontraron ambas juezas fue necesario dibujar una hoja de ruta sobre la forma en que opera la medida cautelar de prisión preventiva, de cara a precisar cuáles son las autoridades que intervienen en su ejecución, y cuál es la forma en que lo hacen, lo que se hizo en un lenguaje sencillo, a los fines de abonar a la comprensión general de esta decisión.

De acuerdo a los artículos 3º, fracción VII, 133, 154 y 307, primer párrafo del código nacional de procedimientos penales, corresponde al juez de control la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva, y de acuerdo al artículo 113, fracción I de la ley orgánica del poder judicial del estado, en el ejercicio de esa atribución le corresponden también su aplicación, modificación, sustitución o cancelación. La primera premisa de nuestro argumento en esta parte es, entonces, que es el juez de control el que ordena poner a una persona en prisión preventiva y quien, además, está facultado para modificar, sustituir o cancelar esa específica situación jurídica del procesado. Destaquemos aquí que *imponer, modificar, sustituir o cancelar* no son sinónimos de *vigilar*.

Ahora bien, en un enunciado ambiguo ciertamente, el artículo 103 de la ley nacional de ejecución penal estipula que el juez de control debe remitir el auto por el que impone la prisión preventiva, a fin de que en el área administrativa del juzgado de ejecución correspondiente se genere un número de registro y se turne el asunto al juez de ejecución competente, para que *proceda a dar cumplimiento a tales resoluciones judiciales*. Es justamente esta última parte de la porción normativa de la que hablamos la que mueve a confusión, pues de su sola lectura no podemos entender qué significa que el juez de ejecución dará cumplimiento a la resolución que impuso la medida cautelar.

Es necesario, para aclararlo, acudir a la interpretación sistemática de la ley nacional de ejecución penal, precisamente a su artículo 24, para entender que en esta etapa procesal, al juez de ejecución corresponde resolver las controversias que tengan que ver con las condiciones de internamiento de la persona a quien se impuso la medida cautelar y cuestiones relacionadas con las mismas; el plan de actividades al que se le sujetó y cuestiones relacionadas con el mismo que impliquen violación de derechos fundamentales; así como los derechos propios de quienes soliciten ingresar o hayan ingresado al centro penitenciario en que se halle recluida la persona privada de su libertad, como visitantes, defensores públicos y privados, defensores en los tribunales de amparo, y observadores por parte de organizaciones de la sociedad civil.

Así lo han entendido los Tribunales Colegiados del Poder Judicial de la Federación al sostener, en lo conducente, que al juez de ejecución "(…) tratándose de imputados sujetos a prisión preventiva, tras recibir la noticia de la imposición de esa medida cautelar, le corresponde conocer únicamente sobre controversias relativas a: sus condiciones de internamiento, plan de actividades, los derechos de quienes soliciten ingresar al centro penitenciario como visitantes (…)."[76]

La segunda premisa de nuestra inferencia es, entonces, que el juez de ejecución tendrá intervención, en la etapa en que una persona

76 Décima Época. Registro digital: 2020945. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis: VI.2o.P.61 P (10a.). Materia(s): Penal. Tipo: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 72, Noviembre de 2019, Tomo III, página 2308

penalmente procesada se encuentre bajo la medida cautelar de prisión preventiva internada en un centro penitenciario, únicamente cuando se plantee una controversia sobre los temas arriba precisados, y su intervención será única y exclusivamente para resolver esa controversia.

Aparece aquí el problema que no fue resuelto por las juezas contendientes: de ninguno de los dispositivos legales en los que hemos encontrado las facultades y atribuciones que tienen los jueces de control y de ejecución sobre una persona que se encuentra privada de su libertad bajo la medida cautelar de prisión preventiva, es posible desprender que a alguno de ellos le corresponda la *vigilancia* de las condiciones de internamiento de la persona así privada de su libertad; y esto es, simple y sencillamente, porque no tienen esa facultad o atribución.

Es la propia ley nacional de ejecución penal la que resuelve este aparente entuerto cuando, como ya se precisó líneas arriba, en su artículo 14, segundo párrafo señala, en lo conducente, que "(...) corresponde al Poder Ejecutivo Federal o Local, según su competencia, a través de las Autoridades Penitenciarias señaladas en las disposiciones legales, la ejecución material de la prisión preventiva (...)." Disposición a la que debe sumarse la ya también invocada fracción IV del artículo 18 de la misma ley, la cual indica que el comité técnico de los centros penitenciarios tendrá entre sus funciones la de "(...) vigilar el cumplimiento de lo ordenado por el juez, en lo relativo a la ejecución de la medida cautelar de prisión preventiva (...)."

Desde luego que dentro de las obligaciones que tiene la autoridad penitenciaria en relación con la ejecución material de la prisión preventiva entran las de organizar el sistema penitenciario con base en el "(...) respeto a los derechos humanos, el trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte, como medios para procurar la reinserción de la persona sentenciada a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, y supervisará las instalaciones de los Centros Penitenciarios para mantener la seguridad, tranquilidad e integridad, de las personas privadas de la libertad, del personal y de los visitantes, ejerciendo las medidas y acciones pertinentes para el buen funcionamiento de estas (...)." Principios recogidos en el segundo párrafo del artículo 18 de la constitución política de los Estados Unidos

Mexicanos y desarrollados por el primer párrafo del artículo 14 de la ley nacional de ejecución penal y que responden a las condiciones de internamiento definidas por el artículo 30 de este mismo cuerpo de normas.

Tenemos una tercer premisa: en términos de la ley nacional de ejecución penal, la autoridad a la que corresponde la vigilancia de las condiciones de internamiento de una persona privada de su libertad bajo la medida cautelar de prisión preventiva, es a la autoridad penitenciaria, a través del comité técnico.

Ya podemos construir la conclusión de nuestra inferencia diciendo que el análisis de las reglas que regulan el tema de la adscripción de facultades y atribuciones sobre una persona privada de su libertad bajo medida cautelar de prisión preventiva arroja que, ni al juez de control, ni al juez de ejecución, en el sistema de justicia penal mexicano, les corresponde la vigilancia de las condiciones de internamiento de una persona privada de su libertad bajo la medida cautelar de prisión preventiva, pues, como ha quedado justificado, a la autoridad a la que corresponde esta atribución es a la autoridad penitenciaria, a través del comité técnico.

Como colofón debemos señalar, que respecto a la obligación de vigilar y supervisar las condiciones de internamiento de una persona privada de su libertad bajo medida cautelar de prisión preventiva, no existe ninguna disposición constitucional ni legal que prevea un ente monitor de la autoridad penitenciaria, lo cual es enteramente comprensible. Reduciendo al absurdo, sería tanto como colocar un ente encargado de recordar a jueces y magistrados su deber de cumplir con su obligación de emitir sus resoluciones en tiempo y forma. Más claro. No hay necesidad legal de que exista una entidad que obligue, no solo a las autoridades penitenciarias, sino a cualquier autoridad, a cumplir con las atribuciones y obligaciones que les imponen la constitución y las leyes. Para eso protestan, al asumir sus encargos, cumplir y hacer cumplir la constitución y las leyes que de ella emanen.

En tal virtud, se concluyó que asistió la razón a la jueza de ejecución cuando sostuvo que no era competente para vigilar las condiciones de internamiento de un procesado bajo medida cautelar

de prisión preventiva, en lo que no le asistía la razón era en que tal atribución le correspondía a la jueza de control, pues, como ya quedó explicado, tal atribución tocaba a la autoridad penitenciaria del centro penitenciario en que se hallaba privado de su libertad el procesado.

Empero, esta conclusión parecía no resolver el tema que fue planteado, pues parecía indicar que ni la jueza de control ni la de ejecución tendrían injerencia en el tratamiento procesal de una persona privada de su libertad bajo la medida cautelar prisión preventiva. Nada más lejano de la realidad. Para aclarar por qué, fue necesario primero señalar que el que sostuvieron las juezas contendientes, era un problema de uso del lenguaje. Utilizaron de una manera desafortunada –desde la perspectiva teórica de los actos del habla–[77] el sintagma *vigilar las condiciones de internamiento*.

La jueza de control declinante debió haber utilizado un enunciado como *remítase el auto que impone la medida cautelar de prisión preventiva al juez de ejecución competente para los fines previstos por el artículo 103 de la ley nacional de ejecución penal*. De tal enunciado es posible y perfectamente válido desprender que estaría poniendo en conocimiento del juez de ejecución correspondiente el hecho procesal de que una persona estaría privada de su libertad bajo la medida cautelar de prisión preventiva, para que se generase el registro a través del cual, en el eventual caso de que la persona privada de su libertad promoviese una controversia respecto de las condiciones de su internamiento y cuestiones relacionadas con las mismas, del plan de actividades al que se le sujetó y cuestiones relacionadas con el mismo que impliquen violación de derechos fundamentales; así como de los derechos propios de quienes soliciten ingresar o hayan ingresado al centro penitenciario en que se hallare recluida la persona privada de su libertad, como visitantes, defensores públicos y privados, defensores en los tribunales de amparo, y observadores por parte de organizaciones de la sociedad civil, el juez de ejecución se avocase a su conocimiento y resolución.

77 Al respecto vid L. Austin, John: Cómo hacer cosas con palabras, pp. 11-17. Recurso digital disponible en https://escrituradigital.net/wiki/images/Austin_-_Como_Hacer_Cosas_Con_Palabras.PDF consultado el 29 de abril de 2022

Ahora bien, ese fue un yerro que la jueza de ejecución aquí contendiente pudo haber saneado al recibir el auto que impuso la medida, acordando su recepción *para los efectos del artículo 103 de la ley Nacional de Ejecución Penal, en el entendido de que esta autoridad conocerá y resolverá las controversias que presente la persona a quien se ha impuesto la medida que se comunica, respecto a sus condiciones de internamiento y cuestiones relacionadas con las mismas; el plan de actividades al que se le sujetó y cuestiones relacionadas con el mismo que impliquen violación de derechos fundamentales; así como los derechos propios de quienes soliciten ingresar o hayan ingresado al centro penitenciario en que se halle recluida, como visitantes, defensores públicos y privados, defensores en los tribunales de amparo, y observadores por parte de organizaciones de la sociedad civil, el juez de ejecución se avocase a su conocimiento y resolución*. Pero no lo hizo, y por el contrario, perpetuó el yerro en que incurrió la de control.

En esta tesitura, el efecto que buscó la resolución de la Sala fue el de corregir, en los términos antes señalados, el enunciado utilizado por la jueza de control para remitir el auto con el que impuso la medida cautelar al aquí procesado, precisando que, a virtud de ese auto y del cuadernillo que ya se había abierto, la jueza de ejecución conocería y resolvería las controversias que presentase la persona a quien se impuso la medida que se le comunicó, respecto a sus condiciones de internamiento y cuestiones relacionadas con las mismas; al plan de actividades al que se le sujetó y cuestiones relacionadas con el mismo que impliquen violación de derechos fundamentales; así como los derechos propios de quienes solicitasen ingresar o hubieran ingresado al centro penitenciario en que se hallase recluida, como visitantes, defensores públicos y privados, defensores en los tribunales de amparo, y observadores por parte de organizaciones de la sociedad civil.


AULA
1
AULA
2
3


CRITERIO 31

Caso 31.- Duda razonable en homicidio. Toca 55/2022-O

En este asunto se revocó una sentencia de condena debido a que no se demostró más allá de toda duda razonable la responsabilidad penal del sentenciado en los hechos por los que se le acusó, que consistieron en haber interceptado al pasivo cuando viajaba a bordo de una camioneta, haberlo llevado amagado hasta la orilla de una carretera y ahí haberlo privado de la vida con disparos de arma de fuego. Veamos.

De inicio se precisó, en términos bien sencillos, que no existe duda razonable en el proceso penal cuando todas las preguntas que es posible realizar para explicar el fenómeno problematizado, trátese de la existencia del delito o de la responsabilidad de la persona acusada de cometerlo, encuentran una respuesta racional; respuestas que son proporcionadas por el potencial explicativo de la información contenida en las pruebas. Ahora, si lo que encontramos en lugar de respuestas racionales son múltiples espacios de solución de continuidad materializados en la construcción argumentativa en forma de preguntas sin responder o partes del problema sin explicar, pues entonces el encadenamiento de razones que debe llevar a la certeza judicial sucumbe ante la presencia de la duda, precisamente de la duda razonable.

El carácter de apelante lo tuvo el propio sentenciado, y para la Sala le asistió la razón al señalar que la jueza de origen incurrió en un yerro al construir los razonamientos que fundaron su decisión respecto a su intervención en el hecho por el que lo condenó, pues utilizó información que ella misma había declarado ilícita.

Aun cuando la jueza no lo alcanzó a precisar con la técnica necesaria, lo cierto es que la ilicitud de la información relativa a la conversación que obraba en un teléfono celular propiedad de quien aquí falleció entre este y una joven a quien llamaremos Eneida, irradió no solo las impresiones de pantalla que de dicha conversación hizo el hijo del fallecido, sino toda la información derivada de ese hallazgo, al haberse obtenido a través de una

infracción al artículo 16 de la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, por tratarse de una comunicación privada entre particulares.

Es decir, el acto inconstitucional ocurrió en el momento en que el hijo del occiso violó la privacidad de la comunicación que se hallaba en una red social de tipo mensajería sincrónica, denominada chat de *messenger*, en un dispositivo telefónico celular propiedad de su padre. Es cierto que en el momento en que realizó la intromisión que aquí se tilda de ilícita su padre no estaba disponible para autorizarla, e incluso es comprensible que en el afán de localizarlo se hubiere determinado a violar la privacidad de sus comunicaciones, pero ello no sirve a los fines de justificar la trasgresión a la inviolabilidad de las comunicaciones, en este caso, las que pudieran haberse verificado entre los mencionados líneas arriba.

Ahora, dicha ilicitud alcanzó no solo a la conversación contenida en la red social, sino a toda la información que derivó del acceso por parte del hijo del occiso al dispositivo telefónico de su padre sin su autorización, debido a que la única forma legal de haber accedido a la información que ahí se contenía era a través de la autorización de un juez competente, lo que no se tuvo. Por esta razón es que toda la información derivada del hallazgo realizado por él se declaró ilícita. La Sala invocó el criterio emitido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación con número de registro 2010347,[78] cuyo contenido la alzada compartió e hizo suyo.

Igualmente se compartió, en lo conducente, lo sostenido por los Tribunales Colegiados del Poder Judicial Federal en los criterios con números de registro 2013524,[79] 2019619[80] y 2019633.[81]

78 Décima Época. Registro digital: 2010347. Instancia: Primera Sala. Tesis: 1a. CCCXXV/2015 (10a.). Materia(s): Común, Penal. Tipo: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 24, Noviembre de 2015, Tomo I, página 960

79 Décima Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis: I.2o.P.49 P (10a.). Materia(s): Penal. Tipo: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 38, Enero de 2017, Tomo IV, página 2609

80 Décima Época. Registro digital: 2019619. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis: XVII.1o.P.A.84 P (10a.). Materia(s): Común, Penal. Tipo: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 65, Abril de 2019, Tomo III, página 1990

81 Décima Época. Registro digital: 2019633. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis: XVII.1o.P.A.86 P (10a.). Materia(s): Penal. Tipo: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 65, Abril de 2019, Tomo III, página 2043

Partiendo de lo sustentado en las tesis anteriores, la Sala hizo la criba de la información que inutilizó la ilicitud, y que fue precisamente toda la relativa a cualquier tipo de relación entre el occiso y una joven, pues dichos datos necesariamente derivaron del ilícito hallazgo que hizo el hijo de aquel en el teléfono de su padre.

Si lo anterior es así, la única información con la que contó la fiscalía para relacionar al sentenciado con la muerte del occiso, fue la proporcionada por una testigo, de la que debe decirse que la jueza valoró de modo incorrecto, pues, contrario a lo que la juzgadora sostuvo, la declaración de esta testigo no fue clara, verosímil ni mucho menos coherente, dado que estuvo llena de inconsistencias que le restaron cualquier viso de credibilidad respecto a la imputación que nos ocupa. Veamos por qué se afirma lo anterior.

El resultado que arrojó la declaración de la testigo, a quien llamaremos Calipso, no permitió explicar la muerte del occiso por las inconsistencias graves que presentó. En primer lugar, la testigo dijo que no conocía al occiso, sin embargo, afirmó que este trabajaba como contador en la preparatoria donde estudiaba quien identificó como Eneida, sobrina del sentenciado, sin explicar cómo es que supo esa información.

Respecto de los hechos que aquí fueron juzgados, dijo que un veinticinco de julio, aproximadamente a las 18:30 horas, viajó a bordo de un automóvil en compañía de Eneida, del sentenciado y de otras dos personas, y que en el transcurso del viaje observó que Eneida enviaba mensajes a través de su teléfono celular y que escuchó que los dirigía a un sujeto al que se dirigía de modo denostativo; afirmó que lo hacía a través de un servicio de mensajería denominado *messenger*, y que supo lo anterior por el sonido que emitían los mensajes al enviarse y recibirse; sin embargo, a preguntas de la defensora pública que participó en la audiencia de desahogo anticipado de su declaración testimonial, respondió que en ese servicio de mensajería es posible utilizar diversos sonidos, por lo que no era posible identificar si era utilizado únicamente a través del sonido de los mensajes al ser enviados o recibidos. Por otra parte, afirmó que no pudo leer los mensajes que enviaba Eneida, por lo que no pudo dar cuenta de su contenido, ni tampoco de que, efectivamente, se los hubiera enviado

a ese sujeto que trataba denostativamente, del que, comoquiera, dijo que no sabía quién era.

Luego tenemos el tema de la camioneta que supuestamente vio ese día, pues en audiencia dijo que se trataba de una camioneta color guinda; sin embargo, al evidenciar contradicción, la defensa obtuvo de ella que el día que declaró en entrevista respecto de estos hechos no mencionó el color de la camioneta; igualmente, la defensa obtuvo que el veintinueve de julio, fecha en que la testigo dijo haber visto a un sujeto que identificó por apodo conduciendo una camioneta, que había dicho que era color rojo y que le parecía que era la que había visto el veinticinco de julio.

Ella misma reconoció que los colores rojo y guinda no son iguales ni se parecen, pero dio una razón bastante pueril para haber mencionado uno y otro respecto del mismo vehículo, al señalar que a ella se le hacía más fácil decir rojo que guinda. Otro punto importante fue que dijo que al haber presenciado que el sentenciado y otro sujeto amagaron a una persona que iba en una camioneta, y luego subieron en ella junto con esa persona, no vio qué dirección tomaron.

Luego, cuando habló de lo que sucedió el veintinueve de julio, dijo que ese día había ido a comprar droga a una calle X, y que en el camino había visto al sujeto que identificó por apodo a bordo de la camioneta que en un principio dijo que era roja, pero luego dijo que era guinda; que intercambiaron unas palabras y cada quien siguió su camino, pero que cuando regresaba de comprar la droga, en la Avenida Z vio otra vez la camioneta, al sujeto que había visto conducirla y a unos sujetos que parecían policías ministeriales; que se acercó a ver qué pasaba y los policías le preguntaron por qué conocía al sujeto y ella les dijo que lo conocía del lugar donde compraba drogas y que después les dijo que ella tenía información sobre esa camioneta.

La Sala consideró lo anterior escasamente verosímil, puesto que si acababa de comprar droga, es de suponerse que la llevaba consigo, por lo que no resulta razonable que se hubiera acercado a elementos policíacos en esa circunstancia, pero mucho menos verosímil resulta que les haya dicho que conocía a la persona que tenían detenida –por lo menos en revisión– del sitio donde compraba la droga para luego prestarse a brindarles la información que tenía de esa camioneta.

Para la Sala, contrario a lo que sostuvo la jueza, la información novedosa que aportó la testigo en audiencia, y que pretendió justificar diciendo que nadie se la había preguntado antes, es justamente la que apuntalaría y serviría para explicar que la camioneta que vio el veinticinco de julio era la misma que vio conducir al sujeto cuyo apodo conocía el veintinueve de julio, lo cual era de suma importancia para la hipótesis de la fiscalía, pues permitiría enlazar el evento ocurrido el veinticinco de julio con el sentenciado, ya que el sujeto cuyo apodo conocía la testigo, supuestamente trabajaba para él, por lo que resultaba muy conveniente a los fines de la fiscalía que, en interrogatorio realizado por ella misma, la testigo aportara con precisión datos que de otro modo harían endeble la acusación.

Entonces, frente a este análisis, la Sala consideró que la única información verosímil que podría aportar al caso esta testigo es la de que un veinticinco de julio, aproximadamente a las 18:30 horas, se desplazó a bordo de un vehículo de motor en compañía del sentenciado y otras tres personas, una de las cuales iba utilizando su teléfono celular para mandar mensajes; que en compañía de esas personas llegó hasta las inmediaciones de la colonia C, y al llegar ahí pidió bajar del vehículo, pues supuestamente esas personas estaban planeando dañar a alguien.

Que luego que bajó del vehículo comenzó a caminar hacia su casa, cuando oyó que un vehículo frenaba bruscamente y al voltear vio que el sentenciado y otro sujeto se acercaron a una camioneta color guinda y luego de que el sentenciado amagara con un arma de fuego al hombre que la conducía, el sujeto que le acompañaba subió al asiento del conductor y el sentenciado a la parte de los pasajeros y que ya no vio a dónde se dirigieron. Dijo que tardó aproximadamente una hora en llegar a su casa y que estando ahí, aproximadamente a las 20:15 horas recibió una llamada de Eneida por la que le dijo que ya habían matado al sujeto que se habían llevado en la camioneta.

Sin embargo, al confrontar esta información, en lo conducente, con la que también se produjo en la audiencia, surgieron las preguntas sin respuesta y los temas sin explicación respecto a lo decidido por la jueza. Veamos.

En primer lugar, como señaló el inconforme, la jueza incurrió en un yerro al utilizar información derivada de la que ella misma había declarado ilícita, pues tuvo por acreditado que el occiso había quedado de verse con Eneida en la ciudad donde esta vivía, acuerdo al que llegaron a través de mensajes enviados vía *messenger*. Retirada esta información no tenemos ningún dato que pruebe la presencia del occiso en el sitio donde la testigo asegura que el sentenciado y otro sujeto se llevaron a un tercero a bordo de la camioneta que tripulaba.

Es más. Ni siquiera hay certeza de que la camioneta propiedad del agraviado hubiera sido la misma que la testigo vio, pues ni siquiera para la jueza quedó claro este aspecto, ya que en la sentencia escrita declaró que el vehículo propiedad del ofendido era color rojo; sumado a que los testigos hijo del occiso y Calipso se refirieron en primer término a él como de color rojo, pero en audiencia precisaron que era color guinda. Relevante porque Calipso dijo que el veintinueve de julio vio a quien identificó por apodo a bordo de una camioneta roja que le parecía era la misma en la que el sentenciado y otro sujeto se habían llevado a una tercera persona, aunque terminó señalando enfáticamente que no era roja, sino guinda, pero que a ella le era más fácil decir que era roja porque confundía esos colores.

Luego, para la Sala no hubo prueba de que el occiso hubiera acudido el veinticinco de julio entre las 19:00 y las 19:15 horas al lugar donde vivía Eneida, donde Calipso dijo que había sido amagado con un arma de fuego por el sentenciado para luego llevárselo contra su voluntad a bordo de su propio vehículo; no se supo hacia dónde se dirigió el vehículo que la misma Calipso dijo haber visto, porque dijo que no vio hacia dónde se fue; no hubo certeza –ni siquiera para la A quo– de que el vehículo que la testigo dijo haber visto hubiera sido el mismo que después vio conduciendo a quien conocía por apodo y fuera, a la vez, propiedad del agraviado.

A ello se sumó que la propia jueza declaró que no había prueba directa de lo que pasó con el occiso a partir de que supuestamente fue interceptado y abordado en el lugar donde supuestamente se le privó de la libertad, ni del momento en que fue privado de la vida; ni tampoco se demostró que el arma de fuego encontrada al sentenciado

y recurrente cuando fue detenido hubiera sido la que percutió los casquillos que privaron de la vida al ofendido, pero aun así declaró demostrada la hipótesis de la acusación, lo que significa que las afirmaciones que hizo respecto de los hechos que consideró probados carecieron de sustento, pues lo único que pudo tenerse por demostrado con las pruebas que legalmente tuvo a su disposición fue lo siguiente:

1.- Con el testimonio del hijo del pasivo, que su padre salió de su casa en fecha determinada a bordo de un vehículo de su propiedad –del que resultó incierto el color– y ya no regresó, pues ese mismo día fue localizado muerto a la orilla de la carretera.

2.- Que fue privado de la vida por disparos de proyectiles de arma de fuego.

3.- Que una testigo vio cómo el sentenciado y otro sujeto amagaron a un tercero al que habían interceptado cuando viajaba a bordo de una camioneta –no quedó claro tampoco de qué color– en las inmediaciones de la colonia C, sin que se supiera hacia dónde se fue ese vehículo después, ni qué pasó con la persona amagada, y ni siquiera quién era esa persona.

Como es posible advertir, lo que fue demostrado no sirve para probar más allá de toda duda razonable la hipótesis de la acusación de la fiscalía, pues existen relevantes preguntas sin respuesta racional. En primer lugar, no se supo si la persona que fue interceptada, amagada y llevada contra su voluntad a bordo de su propio vehículo fue el aquí occiso; no se supo a dónde se dirigió el vehículo respecto del que la testigo dijo haber visto lo anterior, y sobre todo, no se supo de qué manera se desarrollaron los hechos donde específicamente perdió la vida el agraviado, de modo que la afirmación de que quien lo privó de la libertad y luego de la vida fue el sentenciado constituye una falacia de *non sequitur*, pues se trata de una conclusión que no se sigue de las premisas demostradas.


POLICIA
DE INVESTIGACIÓN
POLICIA
CRITERIO 32

Caso 32.- Ilegalidad de la entrevista por inadecuada identificación de los testigos. Toca 66/2022-O

En este asunto, una vinculación a proceso por homicidio, las entrevistas de los únicos testigos presenciales no se recabaron de acuerdo a las disposiciones que contiene el código nacional de procedimientos penales, precisamente en el tercer párrafo de su artículo 217,[82] pues no se identificó a las personas que intervinieron como testigos en ellas en la forma que ordena el citado precepto.

Lo anterior contravino, por parte de la fiscalía, la obligación que consigna el artículo 263 de la misma codificación antes invocada, que a continuación transcribimos:

> "(...) Artículo 263. Licitud probatoria
> Los datos y las pruebas deberán ser obtenidos, producidos y reproducidos lícitamente y deberán ser admitidos y desahogados en el proceso en los términos que establece este Código (...)."

Al haberse incumplido la obligación mencionada por el artículo 217, las entrevistas mencionadas adolecieron de la inobservancia de una de las formalidades que la ley consigna para ese acto de investigación, como fue la de identificarlos como testigos. Esta deficiencia era, desde luego, saneable, en los términos del artículo 99 de la ley que se ha venido invocando, pero no se realizó su saneamiento en términos de lo dispuesto por el mismo artículo invocado, sin que lo anterior implicase que no pudiera realizarse luego.

Empero, para efectos de la decisión que se revisó la ilegalidad no fue superada, y por tanto, las entrevistas se declararon nulas, por lo que no fueron atendibles para los fines perseguidos por la fiscalía. La Sala consideró que obviar esa ilegalidad constituiría una violación

82 El registro de cada actuación deberá contener por lo menos la indicación de la fecha, hora y lugar en que se haya efectuado, identificación de los servidores públicos y demás personas que hayan intervenido y una breve descripción de la actuación y, en su caso, de sus resultados.

indirecta a las garantías de legalidad y debido proceso tuteladas por los artículos 16 de la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, 8.2, h) de la convención americana sobre derechos humanos y 14.5 del pacto internacional de derechos civiles y políticos.

Consideró pertinente además precisar –debido a la recurrencia del tópico en los actos de investigación de la fiscalía– que la clave única del registro de población no es un documento de identificación. Los fiscales habían venido invocando de modo totalmente incorrecto el artículo 91 de la ley general de población, aduciendo que el enunciado normativo que contiene justifica que este documento pueda ser utilizado para identificar a una persona. Tal precepto reza:

> "(…) Artículo 91.- Al incorporar a una persona en el Registro Nacional de Población, se le asignará una clave que se denominará Clave Única de Registro de Población. Esta servirá para registrarla e identificarla en forma individual (...)."

Una interpretación apresurada y aislada de esta disposición permitiría sostener que afirma lo sostenido por la fiscalía: la clave única del registro de población sirve para identificar a una persona.

Sin embargo, si acudimos a la interpretación sistemática y nos imponemos de los artículos 104 y 105 de esta misma ley, encontraremos que disponen:

> "(...) Artículo 104.- La Cédula de Identidad Ciudadana es el documento oficial de identificación, que hace prueba plena sobre los datos de identidad que contiene en relación con su titular.
>
> Artículo 105.- La Cédula de Identidad Ciudadana tendrá valor como medio de identificación personal ante todas las autoridades mexicanas ya sea en el país o en el extranjero, y las personas físicas y morales con domicilio en el país (...)."

Acá vemos, pues, que en sendas disposiciones especiales, la ley general de población indica cuál es el documento oficial que sirve a los fines de identificar a una persona. Ahora, no se soslaya que en este momento no se expide por la autoridad competente el documento del que habla ese artículo, sin embargo esta situación

no justifica que se acuda a cualquier otro instrumento previsto en esa ley para asignarle las funciones que solo cumple la cédula de identidad ciudadana.[83]

Se vio la necesidad de hacer esta precisión porque comenzó a ser recurrente que los testigos de las unidades de investigación de homicidios de la fiscalía del estado llevaran consigo su clave única de registro de población –y se redujo al absurdo en la resolución– por si llegaban a encontrarse con afortunados agentes de investigación criminal a quienes pudieran proporcionar información sensible de delitos que hubieren conocido.

En un artículo redactado con anterioridad, se visualiza el resultado de la consulta que realizó uno de mis alumnos de maestría luego de que discutimos el tema en clase, porque contiene la respuesta oficial de la entidad institucional encargada del registro de la población.[84]

83 Fuera de que los datos que requiere para su integración la Cédula de identidad Ciudadana para su confección, de acuerdo al artículo 107 de la Ley General de Población, los contiene la credencial que expide el Instituto Nacional Electoral a los ciudadanos del País, según dispone el artículo 156.1 de la Ley de Instituciones y Procedimientos Electorales.

84 Cfr. González Ramírez, Israel: Llegalidad de la entrevista de un testigo en el proceso penal acusatorio cuando se infringe el artículo 217 del Código Nacional de Procedimientos Penales. En Gaceta Judicial. Año 7. No. 3. Julio-Agosto 2025. Gilberto Martiñón Cano (director). Rafael Rosado Cabrera (coordinador). Editorial poder judicial del estado de Guanajuato – México. 2025


IMPUTACIÓN
CRITERIO 33

Caso 33.- Interpretación del tipo penal de operaciones con recursos de procedencia ilícita.
Toca 109/2021-O

En este asunto la apelante fue la fiscalía, pero la Sala consideró que no le asistió la razón al combatir un auto de no vinculación a proceso por el hecho que la ley señala como delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita.

La fiscalía expuso como conceptos de agravio, en lo medular, que la jueza incurrió en diversos yerros, como exigir la presentación de datos de prueba de tipo directo para establecer el hecho que la ley señala como delito de operación con recursos de procedencia ilícita; la interpretación que realizó del verbo típico *poseer*; la apreciación de los datos de prueba respecto a las actividades ilícitas a las que dice se dedicaban dos personas relacionadas con la inculpada; la cuestión atinente a su apreciación sobre la capacidad económica de la imputada, y finalmente, lo relativo a una supuesta reclasificación que hace la juez de la conducta atribuida a la inculpada. La Sala consideró los agravios inoperantes. Veamos por qué.

El tema que la Sala problematizó derivó de dos cuestiones que formaron un auténtico dilema en el discurso de la institución apelante: el ámbito de validez temporal de la ley penal, contenido en el artículo 4º del código penal del estado; y la actualización de la causa de exclusión del delito prevista por la fracción I del segundo párrafo del artículo 405 el código nacional de procedimientos penales relativa a la ausencia de conducta de la imputada.

Para entender lo que se acaba de afirmar es necesario exponer, de manera muy esquemática, el contenido de la imputación, que se redujo a lo siguiente: el diez de abril de dos mil diecinueve, la imputada adquirió en propiedad un inmueble que supuestamente fue entregado en pago como rescate por un secuestro, y la fiscalía pidió que se le reprochara penalmente el poseer desde entonces y a la fecha de la audiencia dicho inmueble, por constituir el producto de una

actividad ilícita, en términos de la fracción I del artículo 213-a del código penal del estado. Tal disposición estipula lo siguiente:

> "(...) Artículo 213-a.- Se le impondrá de cinco a quince años de prisión y de cincuenta a ciento cincuenta días multa, al que por sí o por interpósita persona:
>
> I.- Adquiera, enajene, administre, custodie, use, posea, altere, convierta, deposite, retire, dé o reciba por cualquier motivo, invierta, transporte o transfiera, dentro del territorio del estado o de fuera del territorio del estado hacia este, recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, con conocimiento de que proceden o representan el producto de una actividad ilícita. (…)."

Desde el origen del planteamiento la imputación de la fiscalía adoleció graves deficiencias técnico-jurídicas que resultaron insuperables de cara a la información que aportó. En primer lugar, lo relativo a la forma en que construyó su argumento para obtener la conjugación del verbo típico que invocó: *poseer*. En la audiencia que generó la decisión que se revisó, el fiscal expresamente dijo que la imputada *adquirió la propiedad, incluida la posesión* del inmueble que se dijo era producto de la actividad ilícita.

Ello ocurrió el diez de abril de dos mil diecinueve, pero resulta que el tipo penal de operaciones con recursos de procedencia ilícita no entró en vigor sino hasta el dos de agosto de ese mismo año, de modo que con la adquisición de la propiedad de dicho bien, la imputada no podría haber cometido el hecho que la ley señala como ese delito, pues tal no nacía aún a la vida jurídica en nuestro estado.

Ante ese obstáculo, el ministerio público optó por imputar a la inculpada la posesión de dicho inmueble, acudiendo a los artículos 828 y 1327 del código civil para el estado con el fin de definir esa posesión y poder incluir en su teoría del caso la denominada posesión jurídica. En esto estribó un error de interpretación de la ley por parte de la fiscalía que, además, redundó en la actualización de la causa de exclusión del delito que mencionamos líneas arriba. Veamos.

De inicio, la Sala invocó el principio hermenéutico de que donde la ley no distingue, no debemos distinguir; pero donde la ley distingue,

debemos estarnos a la distinción. En este caso, puso en juego la interpretación que doctrinariamente se denomina auténtica, que es la que hace el propio legislador para aclarar el sentido de la norma y facilitar su aplicación. Este tipo de ejercicio interpretativo es el que realizó la comisión de justicia del congreso del estado respecto a la iniciativa que presentó el gobernador del estado por la que, a través de la publicación en el periódico oficial del gobierno del estado del decreto número 87, se creó el tipo penal que aquí analizamos.

En ese documento, el órgano legislativo, en la página 13, definió lo que debe entenderse por el verbo poseer, que es típico de la fracción I del artículo 213-a del código penal del estado, diciendo que este "(...) se refiere a tener materialmente recursos o bienes procedentes de una actividad ilícita y disponer y disfrutar de ellos (...)." Es asaz claro que el legislador excluyó de esta forma de entender la posesión la que se conoce como posesión jurídica, al exigir que la que aquí tipifica la conducta debe constituirse materialmente, y además debe permitir la disposición y el disfrute de los recursos o bienes poseídos.

Por estas razones es obvio que no encuentra cabida la interpretación que hace la fiscalía del verbo *poseer* que ocupa nuestra atención, equiparándola a la que se hace en el resto de los tipos penales de naturaleza patrimonial que lo contienen, donde, al no hacerse distinción y al ser este un elemento normativo, se permite acudir a la fuente jurídica que lo define, como es el código civil para el estado.

Sentado lo anterior se tuvo después que, de acuerdo a sendos oficios de investigación por los cuales los agentes de investigación criminal a quienes se les encomendó el acto de investigación que contenían dieron cuenta de que, al constituirse en el inmueble al que se refieren estos hechos, lo encontraron abandonado, vandalizado, con las puertas rotas y dijeron que ahí no existía nadie, ello implicó que nadie estaba poseyendo materialmente ese inmueble, disponiendo y disfrutando de él.

Entonces, el cuadro procesal que quedó fue claro: el ministerio público no atribuyó a la inculpada el hecho que la ley señala como delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita por haber adquirido la propiedad del inmueble de que se trata, y si lo hubiera

hecho, sería jurídicamente improsperante, porque en la fecha en que aquella lo adquirió, el tipo penal que contiene el hecho que se le atribuyó aún no entraba en vigor. Por otra parte, los datos de prueba que acercó la fiscalía dieron cuenta de que la imputada no tenía en posesión material el inmueble, como exige la interpretación auténtica del verbo *poseer* del tipo penal en estudio, de tal suerte que al no ser así, se halla ausente la conducta típica que se le atribuye.

Así, el dilema en la argumentación de la fiscalía quedó nítidamente expuesto: si hubiera optado por imputar a la inculpada el hecho de haber adquirido el inmueble, la conducta no sería típica porque cuando lo adquirió, el multicitado tipo penal no había nacido a la vida jurídica; y respecto al verbo *poseer* por el que sí realizó la imputación, sus propios datos de prueba son los que impiden declarar que la imputada hubiera tenido materialmente el inmueble en su poder para disponer y disfrutar de él, por lo que no hay conducta típica qué imputarle. En cualquiera de los dos casos, no fue procedente imputarle el hecho que la ley señala como delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita por falta de tipicidad de su conducta.


INVESTIGACIONES
JURÍDICAS
AULA
5


CRITERIO 34

Caso 34.- Violencia Familiar. En Guanajuato no es necesario el daño psicológico para acreditarla.
Toca 29/2023-O

En este asunto, el juez de origen basó su determinación de no vincular a proceso al inculpado bajo la premisa de que debía aplicar la perspectiva de género, y ello le llevó a la interpretación y aplicación del artículo 6, fracción I de la ley general de acceso de las mujeres a una vida libre de violencia, la cual define la violencia psicológica como cualquier acto u omisión que dañe la estabilidad psicológica, que puede consistir en: negligencia, abandono, descuido reiterado, celotipia, insultos, humillaciones, devaluación, marginación, indiferencia, infidelidad, comparaciones destructivas, rechazo, restricción a la autodeterminación y amenazas, las cuales conllevan a la víctima a la depresión, al aislamiento, a la devaluación de su autoestima e incluso al suicidio.

Luego, al haber encontrado que en los informes periciales en materia psicológica rendidos por los peritos de la fiscalía se estableció que la afectación emocional que sufrían las pasivos derivaba de hechos diversos a los narrados por el fiscal en su solicitud de vinculación a proceso, determinó que al no existir el daño psicológico en los términos exigidos por el artículo 6, fracción I de la ley general de acceso de las mujeres a una vida libre de violencia, no podía hablarse de que hubiese existido violencia familiar en estos hechos.

Ante esto, las víctimas, quienes tuvieron la calidad de recurrentes, manifestaron como conceptos de agravio, en lo esencial, que fue vulnerado su derecho de acceso a la justicia al haber considerado que el juez, al establecer que de los hechos referidos a los días dieciséis y veintitrés de mayo de dos mil veintiuno, expuestos en los términos en que los narró el fiscal, no se desprendían datos que permitieran establecer un daño psicológico en ellas, entonces no era posible hablar del hecho que la ley señala como delito de violencia familiar en el supuesto de violencia psicológica.

Bajo este marco, lo primero que razonó la Sala al brindar la respuesta jurídica a la apelación de las víctimas fue que la perspectiva de género, en un sentido amplio, es una herramienta hermenéutica útil a los fines de identificar situaciones de desventaja estructural en que se encuentran grupos vulnerables por motivos de género, para efecto de garantizarles el acceso a la justicia en condiciones de equidad. Las mujeres constituyen uno de esos grupos, por lo que la finalidad de esa herramienta hermenéutica es la de garantizar que la aplicación de la ley en casos donde intervengan personas vulnerables por motivo de su género pueda llevar a esclarecer los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que se repare el daño, a fin de contribuir al aseguramiento del acceso a la justicia en la aplicación del derecho y la resolución del conflicto que surja con motivo de la comisión del delito; y en el específico caso de las mujeres, debe garantizar además su acceso a una vida libre de violencia que favorezca su desarrollo y bienestar conforme a los principios de igualdad y de no discriminación, tal como ordenan los artículos 1 de la ley general de acceso de las mujeres a una vida libre de violencia y 2º del código nacional de procedimientos penales.

En este sentido, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido los baremos a considerar para garantizar el acceso la justicia con perspectiva de género en la jurisprudencia con número de registro 2011430[85]. Utilizando estas herramientas analíticas, la alzada no encontró ninguna razón para sostener que existió un desequilibrio estructural motivado por razones de género respecto de las normas aplicables a este asunto que debiera ser remediado a través de la perspectiva de género, pues incluso no fue el hecho de que las ofendidas fueran mujeres lo que motivó la agresión que sufrieron, ya que, según la información disponible, esta derivó de conflictos netamente familiares, dado que incluso otro hermano de ellas también fue, de alguna manera, agredido en los mismos términos

85 Décima Época. Registro digital: 2011430. Instancia: Primera Sala. Tesis: 1a./J. 22/2016 (10a.). Materia(s): Constitucional. Tipo: Jurisprudencia. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 29, Abril de 2016, Tomo II, página 836

que ellas lo fueron, por cuestiones atinentes a convivencia familiar y bienes materiales de la familia.

Si no fue, entonces, el caso de acudir a la perspectiva de género para brindar la respuesta jurídica que las ofendidas buscaron al acudir a querellarse por la conducta que atribuyeron a su hermano, el inculpado, lo que debió revisarse fue si esa conducta era susceptible de engastar en el hecho que la ley señala como delito de violencia familiar previsto y sancionado por el artículo 221 del código penal del estado.

En este punto debemos decir que el juez natural incurrió en un uso incorrecto de la perspectiva de género, y a partir de esa su consideración, construyó un elemento típico que el delito de violencia familiar no exige, que es la existencia de un daño psicológico en las víctimas en el caso de que sufran violencia psicológica y sean mujeres.

Para entender mejor lo que se acaba de afirmar, es necesario precisar cuál es el bien jurídico tutelado por el delito de marras. Al respecto, resulta indispensable acudir al concepto que ha creado la misma Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis con número de registro 2015243,[86] cuando señala que el legislador, al incorporar a los ordenamientos penales el delito de violencia familiar

> "(…) sopesa adecuadamente la importancia de la integridad personal y la especial situación de vulnerabilidad de quienes conviven en relaciones afectivamente significativas, con el entendimiento de que el derecho penal debe configurar la última respuesta -recurso- de un estado democrático social de derecho como el nuestro, y reconoce la amplia realidad social de que en el entorno familiar, aunque pensado como un ámbito de solidaridad y ayuda mutua, ocurren actos de violencia, particularmente contra quienes están en desventaja por razones de sexo, género, discapacidad, edad, o padecen otras formas de opresión que también se manifiestan dentro de la familia. Estos actos de violencia demandan la intervención estatal en la forma de pretensión punitiva relacionada con los fines del derecho penal;

86 Décima Época. Registro digital: 2015243. Instancia: Primera Sala. Tesis: 1a. CXXXVI/2017 (10a.). Materia(s): Constitucional, Penal. Tipo: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 47, Octubre de 2017, Tomo I, página 500

entre otros, la protección de bienes jurídicos, la prevención general y la específica de las conductas que atentan contra éstos. Así, el legislador secundario reconoce a la familia como un bien valioso y las relaciones y arreglos que en ella se generan como un espacio de interés para el estado, no para justificar injerencias arbitrarias en la vida privada de las personas, sino por la necesidad de emprender acciones protectoras de la integridad de quienes conviven en ese ámbito. Así, el estado reconoce su responsabilidad de intervenir en el espacio privado para garantizar el bienestar y la seguridad de las personas sujetas a su jurisdicción; actitud consonante con las obligaciones de debida diligencia en materia del derecho a una vida libre de violencia dentro de la familia, surgidas del marco constitucional y convencional (…)."

Lo que desprendemos de esta lectura es que el bien jurídico tutelado por el tipo penal de violencia familiar es la familia, su orden, armonía y coexistencia pacífica. Debemos reconocer que en la legislación en la que se basa el criterio transcrito sí se exige el daño psicológico como elemento típico, pero no ocurre lo mismo con la disposición guanajuatense, donde el artículo 221 del código penal del estado lo que sanciona es la conducta a través de la cual se ejerce violencia en los términos que consigna, pero no exige de ninguna manera el daño psicológico como elemento típico.

En tal virtud, si lo que encontramos es que, como declaró establecido el A quo, los días en que sucedieron los hechos el inculpado se dirigió a sus hermanas imprecándoles insultos de toda laya y ralea, el primer día, incluso en presencia de la madre de todos ellos, mientras se hallaban en su domicilio, ello implicó que ejerció violencia moral en contra de sus ellas, al insultarlas como lo hizo, y aunque hasta el momento en que se verificó la audiencia inicial no se había establecido un vínculo entre la afectación emocional que estas presentaron y los hechos por los que se querellaron, ello no implica que el orden familiar en el que se hallaban insertas no se hubiera visto vulnerado con el actuar del inculpado, que es justo lo que exige el tipo penal de violencia familiar en nuestro estado.




CRITERIO 35

Caso 35.- Debido proceso y prueba ilícita.
Toca 45/2023-AU

Para una adecuada comprensión de lo decidido en este asunto, se consideró necesario presentar una visión sobre el paradigma constitucional que rige ahora mismo el orden jurídico mexicano, así como las implicaciones jurídicas derivadas de él, de las que la más importante, sin duda, es la obligación de respetar de manera absoluta e irrestricta los derechos humanos contenidos en la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos (la constitución), los tratados internacionales en materia de derechos humanos y las leyes, como ordena el artículo 1º de la constitución federal en sus tres primeros párrafos.

En el caso que ocupa la atención, se vieron comprometidos los derechos humanos del acusado atinentes al debido proceso en sus vertientes de legalidad y seguridad jurídica, derechos previstos por el artículo 14 de nuestra constitución y 8 de la convención americana sobre derechos humanos (la convención), debido a que la fiscalía realizó actos de investigación contrarios al tenor de la ley, de los que derivaron pruebas de cargo que fueron llevadas a la audiencia de juicio.

En esta virtud, resulta pertinente entender en primer lugar qué se entiende por *debido proceso* a partir de la convención. Así tenemos que

> "(...) (a) este respecto, la CIDH ha especificado que en los procesos que pueden culminar en aplicación de la pena capital se hace necesaria la estricta aplicación de las garantías fundamentales del debido proceso. Estos requisitos sustantivos básicos incluyen: el derecho a no ser condenado por acto u omisión alguno que no haya constituido un delito penal, de acuerdo con el derecho nacional o internacional en el momento en que fue cometido; y el derecho a no ser sometido a una pena más rigurosa que la aplicable en el momento en que se cometió el delito. *También incluyen protecciones procesales fundamentales del debido proceso, entre ellas, el derecho a la presunción de inocencia hasta que se pruebe la culpabilidad de*

acuerdo con la ley, el derecho a la notificación previa de los cargos; el derecho al tiempo y a los medios adecuados para preparar la defensa; el derecho a ser juzgado por un tribunal competente independiente e imparcial, establecido previamente por ley; el derecho del acusado a defenderse personalmente o con la asistencia de un asesor letrado de su propia elección y a comunicarse libre y privadamente con su asesor, y el derecho a no ser obligado a atestiguar en su contra ni a declararse culpable (...)." [87]

Entonces, "(...) (d)e acuerdo con la Corte IDH (la Corte), "cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal (...)."[88] De manera más precisa, la Corte ha definido el debido proceso legal como

> "(...) [el] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del estado que pueda afectarlos". De esta manera, para que en un proceso existan verdaderamente las garantías judiciales –también conocidas como garantías procesales–, es preciso que se observen todos los requisitos que "sirv[a]n para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho", es decir, las "condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial". De acuerdo con la Corte IDH, "[l]os principios y actos del debido proceso legal constituyen un conjunto irreductible y estricto que puede ampliarse a la luz de nuevos avances en el Derecho de los derechos humanos (...)."[89]

Así, este órgano Jurisdiccional internacional ha establecido que "(...) las garantías judiciales deben observarse en las instancias procesales con el fin de proteger el derecho de los individuos a que se resuelva su eventual

87 Cfr. Steiner, Christian y Fuchs, Marie-Christine, (ed.): Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario. 2ª ed. Konrad-Adenauer-Stiftung. Bogotá. Colombia. 2019. pp. 138-139

88 Vid. Steiner, Christian y Fuchs, Marie-Christine, (ed.): Convención Americana sobre... p. 264

89 Vid. Steiner, Christian y Fuchs, Marie-Christine, (ed.): Convención Americana sobre... p. 266

culpabilidad o inocencia, con la máxima justicia posible (...).", y que el artículo 8 de la Convención contempla

> "(...) un sistema de garantías que condicionan el ejercicio del ius puniendi del estado y que buscan asegurar que el inculpado o imputado no sea sometido a decisiones arbitrarias, toda vez que se deben observar 'las debidas garantías' que aseguren, según el procedimiento de que se trate, el derecho al debido proceso (...)."[90]

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por su parte, ha recogido sustancialmente estas ideas en la tesis con número de registro digital 2008940[91]. Luego, al relacionar el principio del debido proceso legal con el diverso de presunción de inocencia, se ha interpretado por la Corte que

> "(...) (e)n la medida que "la demostración fehaciente de la culpabilidad constituye un requisito indispensable para la sanción penal", dicho principio establece que "el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye", ya que la carga de la prueba (*onus probandi*) recae en la parte acusadora. En efecto, la presunción de inocencia "exige que el acusador deba demostrar que el ilícito penal es atribuible a la persona imputada, es decir, que ha participado culpablemente en su comisión". Precisamente por ello, si contra una persona obra prueba incompleta o insuficiente de su responsabilidad penal, "no es procedente condenarla, sino absolverla", en la medida que para una sentencia condenatoria debe existir prueba plena, o más allá de toda duda razonable, de dicha responsabilidad. En consecuencia, el principio de presunción de inocencia "acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme (...)."[92]

90 Vid. Steiner, Christian y Fuchs, Marie-Christine, (ed.): Convención Americana sobre... p. 267

91 Décima Época. Instancia: Primera Sala. Tesis: 1a. CXXXVI/2015 (10a.). Materia(s): Constitucional, Penal. Tipo: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 17, Abril de 2015, Tomo I, página 516

92 Vid. Steiner, Christian y Fuchs, Marie-Christine, (ed.): Convención Americana sobre... pp. 290-291

Al respecto, los Tribunales Colegiados del Poder Judicial Federal en el criterio con número de registro digital 2013588, que la alzada compartió e hizo suyo, determina que "(...) una sentencia condenatoria no debe apoyarse en conjeturas sustentadas en la creencia, suposición, presentimiento o suspicacia de quienes integran el cuerpo colegiado o el Tribunal Unitario correspondiente, sino fundamentarse en pruebas de cargo válidas, a fin de salvaguardar el principio de presunción de inocencia (...)."[93]

En tal virtud, apreciar la prueba "más allá de toda duda razonable", implica que la culpabilidad ha rebasado el grado de probabilidad que, en su momento, pudo construirse con una sospecha razonada; de ahí que ese principio se traduce en una doble garantía, ya que, por una parte, se trata de un mecanismo con el que cuenta el juzgador para calibrar la libertad de su arbitrio judicial, y por otra, para el acusado orienta una suficiente motivación que debe apreciarse reflejada en la sentencia. Asimismo, el objeto del proceso o esclarecimiento de los hechos, en el que juega un papel determinante la convicción de culpabilidad, no en todos los casos es susceptible de ser alcanzado, toda vez que la acusación no se construye a través de una argumentación sustentada en la presunción aislada o aparente, que no pueda enlazarse y conducir indefectiblemente al hecho probado, ya que bajo esta premisa se trastocaría el principio de presunción de inocencia. En este sentido, en el sistema procesal penal acusatorio y oral, tal prerrogativa no descansa en la verdad real del suceso, sino en aquella que ha sido determinada por diversos tratadistas como material, y que se caracteriza por ser construida en el proceso de acuerdo con lo que las partes exponen a través de su teoría del caso.

Ahora, obtengamos una idea propia a partir de las líneas transcritas. En los grupos sociales que hoy día conforman estados constitucionales democráticos de derecho, elevar normas de conducta a la calidad de jurídicas tiene una finalidad específica: garantizar que siempre que se dé el supuesto que contemplan, se aplicarán los principios y reglas que

93 Décima Época. Registro digital: 2013588. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis: XVII.1o.P.A.43 P (10a.). Materia(s): Penal. Tipo: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 38, Enero de 2017, Tomo IV, página 2724

en ellas se prevén. Esto adquiere especial importancia en tratando de normas que establecen garantías procesales, pues estas fijan los pasos que ineluctablemente deben seguirse para llegar a una decisión vinculante que puede, incluso, imponerse de manera coactiva a un gobernado. La importancia aumenta al tratarse de garantías procesales referidas a la materia probatoria, pues aquí lo que se busca es garantizar que la información que guíe el sentido de la decisión haya respetado los principios y las reglas establecidas para su recopilación, incorporación al proceso y valoración.

Por esta razón, cuando en su recopilación, incorporación al proceso o valoración alguna prueba no cumple los principios y las reglas constitucional y legalmente establecidos, es inatendible, no puede utilizarse en el proceso, y cuando la violación de dichos principios y reglas afecta, además, derechos humanos, se llega al extremo de que cualquier información derivada directa o indirectamente de ella es igualmente inutilizable en el proceso. Lo anterior ha sido establecido de manera clara y contundente por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la jurisprudencia con número de registro digital 160509.[94]

Sentado lo anterior, revisemos ahora la historia procesal que siguió la prueba principal ofrecida para demostrar la responsabilidad penal del sentenciado en los hechos que le atribuyó. Hablamos del reconocimiento del sentenciado a cargo de un testigo al que denominaremos testigo 1, que se derivó de un reconocimiento por fotografía y uno posterior en la cámara de Gesell, llevados a cabo en la etapa de investigación. Tomados como actos procesales independientes, ninguno de ellos adoleció deficiencias legales, pues ambos se hicieron respetando el contenido de los artículos 277 y 279 del código nacional de procedimientos penales (el código nacional). El problema fue cómo se llegó a la posibilidad de desahogar esos actos procesales.

94 Décima Época. Registro digital: 160509. Instancia: Primera Sala. Tesis: 1a./J. 139/2011 (9a.). Materia(s): Constitucional, Penal. Tipo: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 3, página 2057

En primer lugar, en la etapa de investigación inicial, cuando el ministerio público actuaba en carácter de autoridad, se verificó un acto que el fiscal que lo llevó a cabo denominó en la audiencia de juicio como *identificación de video*, pero que no se trató de otra cosa sino de la identificación de una persona a través de la exhibición de una videograbación. Si nos atenemos al sintagma utilizado por el fiscal, el acto de investigación habría tratado del reconocimiento de la videograbación en sí misma; es decir, al testigo que la realizó –al que llamaremos testigo 2– tendrían que habérsele preguntado cosas como si reconocía la videograbación que le estaban poniendo a la vista, las razones por las que la reconocía, dónde la había visto antes, etcétera. Sin embargo, lo que sucedió en ese acto fue que le reprodujeron la grabación con la finalidad expresa de que reconociera e identificara ahí a las personas que en ella aparecían, lo que se supone que hizo positivamente con dos de ellas.

En tal virtud, esa fue una diligencia de reconocimiento de personas, y tuvo que haber seguido las pautas normativas previstas por los artículos 277, 279 y 281 del código nacional de procedimientos penales, específicamente las previstas por este último dispositivo, pues no se aplicaron las reglas atinentes al reconocimiento de personas en el realizado por el testigo 2, ni se indicaron las razones por las que, en su caso, en este acto no resultaban aplicables. No se hizo así, y por esa sola razón, se constituyó en aquella etapa de investigación en un dato de prueba que no se desahogó en los términos establecidos en la ley, como ordena el artículo 263 del código nacional.

Existió otra irregularidad, pues el testigo 2 acudió a la diligencia de reconocimiento y en ella fue identificado con una clave única de registro de población (CURP).

Al respecto, como ya se vio en apartado anterior (caso 32), la Sala ha sostenido el criterio de que la clave única del registro de población no es un documento de identificación

Así, se tuvo entonces que en el acto de investigación del que hablamos no solo se vulneraron los artículos 277, 279 y 281 del código nacional, sino además su artículo 217, pues no se identificó legalmente a la persona que intervino en él junto al servidor público

que lo llevó a cabo. Estas razones bastan para que, con fundamento en el artículo 263 del código nacional, la información contenida en el acta de investigación en la que se consignó el reconocimiento a cargo del testigo 2 –es decir, el resultado de esa actuación procedimental– no pudiera ser incorporada al proceso, porque se trató de un acto de investigación ilegal por no cumplir con las formalidades que para su confección prevé el código nacional.

Ahora bien, de ese acto de investigación ilegal la fiscalía obtuvo información que le sirvió para imputar el delito que fue juzgado al sentenciado, pues se sostuvo que el testigo 2 dijo conocer al sentenciado desde que eran niños, dio su nombre y proporcionó datos para acceder a una red social pública donde se obtuvo una imagen fotográfica que después fue reconocida por el testigo 1.

Aquí es donde se verificó una violación a los derechos humanos de legalidad y seguridad jurídica del sentenciado, en razón de que para la obtención del elemento que dio pie a la principal prueba de cargo, consistente en una imagen fotográfica que lo relaciona de manera inmediata y directa con el evento en estudio, el ministerio público se condujo al margen de las exigencias legales, por haber utilizado información obtenida de un acto de investigación que violó las formalidades legales para su conformación.

En este punto, debemos traer a cuenta que la teleología ínsita en la institución jurídica de la exclusión de la prueba ilícita, desde su origen en el derecho anglosajón —prototipo de nuestro sistema de justicia penal— fue la de disuadir a los agentes de la ley de incurrir en actos ilegales para obtener información de cargo contra una persona penalmente imputada. Por esta razón los artículos 263 y 357 del código nacional prohíben incorporar al proceso pruebas desahogadas contra el tenor de sus normas.

Al respecto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió las tesis con número de registro digital 161221[95]

95 Novena Época. Registro digital: 161221. Instancia: Primera Sala. Tesis: 1a. CLXII/2011. Materia(s): Constitucional, Común. Tipo: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXXIV, Agosto de 2011, página 226

y 2003564[96], en el sentido de que la existencia de un delito y la responsabilidad de la persona a quien se imputa su comisión no pueden ser demostradas de manera arbitraria, sino que deben respetarse los cánones para su búsqueda, recopilación, obtención, incorporación, producción y valoración. Pensar lo contrario implica no tomar en serio los principios constitucionales de legalidad y seguridad jurídica.

Dicho lo anterior, recapitulemos. El ministerio público llevó a cabo un acto de investigación ilegal, que consistió en llevar a cabo un reconocimiento de persona a través de un supuesto testigo que ni siquiera fue debidamente identificado en ese acto, con lo que dejó de cumplir con las exigencias de los artículos 217, 277, 279 y 281 del código nacional. De ese acto obtuvo información que después utilizó para llevar a cabo un diverso acto de investigación que consistió en encomendar a dos peritos indagar en un perfil de una red social pública y obtener de ahí una imagen fotográfica. Desde luego, es perfectamente claro que sin la información obtenida en el acto de investigación ilegal, no le habría sido posible obtener la fotografía, por lo que válidamente podemos decir que el elemento principal de la prueba de reconocimiento por fotografía tuvo un origen ilegal, lo que contraviene el artículo 279 del código nacional que exige que el origen de la fotografía del reconocido sea legal.

Ahora, con ese elemento de juicio obtenido de manera ilegal, se llevó a cabo un reconocimiento de personas por fotografía, del que todavía derivó un reconocimiento en fila de personas. Pues bien, al haberse utilizado en el reconocimiento por fotografía una prueba obtenida ilegalmente, se vulneraron los derechos humanos de legalidad y seguridad jurídica del sentenciado, previstos en el artículo 14, segundo párrafo de la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, dado que la conformación de esta prueba no se hizo conforme a la ley al haber tenido origen en un acto ilegal. Luego, ese reconocimiento por fotografía del que luego derivó el reconocimiento en fila de personas del sentenciado, están afectados de nulidad por ilicitud y por ello carecen de cualquier valor probatorio.

96 Décima Época. Registro digital: 2003564. Instancia: Primera Sala. Tesis: 1a. CLXVII/2013 (10a.). Materia(s): Penal. Tipo: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XX, Mayo de 2013, Tomo 1, página 537

En este sentido el profesor Manuel Miranda Estrampes enseña que

"(...) (c)omo regla general, las normas procesales penales que regulan la forma de obtención y/o producción de la prueba son auténticas normas de garantía. El tratamiento que debe dispensarse a los supuestos de infracción de las normas procesales de garantía de la prueba debe ser, en principio, el mismo que los supuestos de pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, en atención precisamente a su esencialidad (...)."[97]

Y citando al tratadista Rafael Hinojosa Segovia, se indica que

"(…) aunque conceptualmente pueda distinguirse entre infracción constitucional e infracción de la legalidad ordinaria, estimamos que atendida la naturaleza de las normas procesales penales, su infracción producirá –a salvo las meras formalidades- el mismo efecto de la llamada prueba ilícita, esto es: su nulidad de pleno derecho (…)."[98]

Estas ideas han encontrado eco en los tribunales Colegiados del Poder Judicial Federal en la tesis con número de registro digital 2017766, y que dice lo siguiente:

"(...) PRUEBA IMPERFECTA. INAPLICACIÓN DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN Y EFECTO CORRUPTOR DE LA PRUEBA ILÍCITA. La obligación de excluir del conjunto de evidencias allegadas al proceso, únicamente las obtenidas o incorporadas contraviniendo en forma sustantiva derechos humanos, bien sea directa o indirectamente (regla de exclusión), se distingue del supuesto jurídico denominado efecto corruptor, conforme al cual, tanto el procedimiento como sus resultados se han contaminado ante una actuación viciada de la autoridad que provoca condiciones sugestivas en la evidencia incriminatoria, condicionando la fiabilidad no solo del acto originario, sino de

97 Vid. Miranda Estrampes, Manuel: Concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. Especial referencia a la *Exclusionary Rule* Estadounidense. Ubijus. México. 2013. pp. 139-140

98 Vid. Miranda Estrampes, Manuel: Concepto de prueba…, nota al pie p. 140

todo el caudal probatorio sobre el que ejerce un reflejo. La primera regla constituye un medio necesario para desincentivar la práctica de cualquier actuación que infrinja derechos humanos conforme a parámetros internacionales, por lo que su consecuencia es que no sean admitidas ni valoradas las evidencias ilícitas para fundar una decisión jurisdiccional, sin haber contaminado la validez del proceso, porque el juzgador puede valorar el resto de los datos no afectados, ya sea en ese momento procesal, o bien, en una potencial reposición del proceso, supuesto en el que el juzgador ha de ajustar su criterio a las normas legales para valorar el resto del caudal probatorio. En tanto que en el segundo caso, se encuentra impedido para pronunciarse sobre la responsabilidad del imputado, al excluir del proceso no solo aquella prueba obtenida directamente de manera ilegal, sino también las pruebas que deriven, aun indirectamente, de la primera ilegalidad, y en consecuencia, debe decretar su libertad, porque la actuación que afecta el derecho de defensa, ha contaminado la totalidad de las pruebas; su objeto entonces es desalentar prácticas viciosas cuyos frutos serían aprovechados por quienes las realizan, induciendo a que los tribunales participen de la conducta irregular al otorgarles eficacia; reglas inaplicables respecto de la prueba imperfecta (...)."

.




CRITERIO 36

Caso 36.- Violencia familiar en su vertiente de violencia psicológica. Su apreciación.
Toca 105/2022-O

En este asunto, una jueza de control excluyó del auto de vinculación a proceso que emitió un hecho de violencia narrado por la víctima. Veamos qué sucedió

Lo que se encontró al revisar la audiencia inicial fue que los datos de prueba expuestos permitían establecer que el sujeto activo sometía a violencia psicológica a la víctima, al grado de amenazarla de muerte, como quedó establecido respecto de lo que sucedió un veinticuatro de abril. Violencia que, entendida conceptualmente del modo que lo ha hecho la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el *Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género*, consiste en realizar, entre otros, actos que busquen o resulten en control o intimidación y que pueden consistir en amenazas, coacción, insultos, humillaciones, que se traducen en afectaciones a la estabilidad emocional, autoestima o cualquier otra estructura relacionada con la salud psicoemocional.[99]

Para la Sala resultó claro que el ingreso de manera furtiva por parte del inculpado al domicilio de la ofendida, sobre el que aquel tenía una orden de restricción, constituyó un acto intimidatorio y de control sobre esta. Expuesto en términos bastante coloquiales, pero, en la misma medida, asaz claros: es como si le estuviera gritando en el rostro que él podía acercarse a ella cuando le diera la gana y a la hora que le placiera, con órdenes de restricción o sin ellas, lo que, sin duda alguna, era un acto de violencia del que racionalmente se puede derivar como consecuencia psicológica, emocional, lo que la propia pasivo indicó que ese acto produjo en su ánimo: incertidumbre e inseguridad. Por esa razón se modificó el auto de vinculación a proceso emitido por la jueza para incluir el episodio en que el inculpado allanó furtivamente el domicilio de la pasivo.

99 Suprema Corte de Justicia de la Nación: Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género. Suprema Corte de Justicia de la Nación. México. 2020. p. 68


CRITERIO 37

Caso 37.- Desaparición forzada cometida por particulares, coautoría y testigo de referencia. Toca 26/2023-O

En este asunto, se discutieron cuestiones relativas a la coautoría esgrimida en forma de codominio funcional del hecho y otras relativas al valor probatorio de un testigo de referencia, y se concluyó que la información aportada en la audiencia inicial no sirvió para establecer la probable intervención de quien tuvo calidad de inculpado en estos hechos.

Para esto, la defensa del inculpado, que fue el apelante en este caso, expuso un agravio que la Sala consideró esencialmente fundado y suficiente para revocar el auto combatido, debido a que, contrario a lo que sostuvieron el fiscal y el asesor jurídico público en sus alegatos ante la alzada, en este asunto la jueza no realizó una adecuada valoración de los datos de prueba que le fueron expuestos, pues de ellos no era posible desprender que el inculpado hubiera intervenido con el carácter de coautor material en la ejecución del hecho que se le atribuye, ni mucho menos era posible construir el argumento que justificase la actualización de los elementos que se requerían para hablar del dominio funcional del hecho. Explicaremos por qué.

Al momento de la audiencia en que el ministerio público hizo al inculpado la específica imputación de su intervención en el hecho que la ley señala como delito de desaparición forzada de personas por particulares, indica que el inculpado y otros sujetos obligaron al pasivo a subir a un vehículo contra su voluntad y se lo llevaron hasta el domicilio de donde no se supo más de él.

Que el acuerdo previo entre los que intervinieron en la desaparición deriva de lo expuesto por un sujeto al que designaremos como Supuesto Presencial (SP), quien le habría dicho a su hermano, el sujeto a quien denominaremos Testigo de Referencia (TR), que el inculpado tuvo una reunión con quien dio la orden de desaparecer al pasivo, y ahí habrían acordado cómo iban a realizar los hechos, y que al perpetrarlos, este último sujeto y el inculpado realizaron actos de

intimidación hacia la víctima, pues el que ordenaba dio indicaciones de que nadie entrara ni saliera del negocio del pasivo y de que sacaran el mobiliario y luego se llevó a la víctima.

Ahora bien, con los datos de prueba que se expusieron en la audiencia fue posible establecer que el día de los hechos, poco después de las diecinueve horas, tres camionetas y un automóvil llegaron al negocio del pasivo y que luego de unos minutos un sujeto obligó a este a abordar una camioneta y luego se lo llevó hasta determinado domicilio, de donde ya no se supo más nada de él.

Lo que significa que quienes privaron de la libertad al pasivo luego tuvieron la finalidad de ocultar su suerte y su paradero, pues fue inhumado de manera clandestina en un inmueble en ruinas. Con ello, se tuvo por establecido el hecho que la ley señala como delito de desaparición forzada de personas cometido por particulares, previsto y sancionado por el artículo 34 de la ley general en materia de desaparición forzada de personas, desaparición cometida por particulares y del sistema nacional de búsqueda de personas.

Sin embargo, lo que no se pudo establecer fue que el inculpado hubiera tenido alguna intervención en los hechos en carácter de coautor.

Para explicar por qué, en primer lugar debemos definir la figura jurídica de la coautoría en términos de lo que dispone el artículo 20 del código penal del estado, lo cual no significa otra cosa, sino que una persona comete un delito actuando en común con otras. Ahora bien, se ha injertado en el orden jurídico mexicano la idea, desarrollada en latitudes germánicas e ibéricas, de que para poder atribuir en carácter de autoras a dos o más personas la perpetración de un hecho en común, todas las que intervienen en él deben contar con el dominio funcional del hecho, deben tener el curso del hecho en sus manos, lo que implica que si en un momento dado deciden dejar de actuar, el hecho ya no se lleva a término al hallarse ausente la aportación esencial de uno de los intervinientes para tal fin.

La doctrina ha establecido que, entonces, para que haya dominio funcional del hecho, deben existir nítidamente verificables tres elementos: un acuerdo previo entre los intervinientes; un reparto de tareas derivado de ese acuerdo, y que la tarea que a cada uno de ellos

corresponda sea a tal grado esencial para la perpetración del hecho, que en su ausencia este no se verifique. Estas ideas han sido recogidas por los Tribunales Colegiados del Poder Judicial de la Federación en criterios jurisprudenciales como los registrados con los números 197915[100] y 163505,[101]

Bajo este marco jurídico-doctrinario encontramos, sin embargo, que de los datos de prueba que fueron puestos en conocimiento de la A quo no es posible inferir que haya habido algún acuerdo entre el inculpado y otras personas para privar al pasivo de la libertad con la finalidad de ocultarlo, o su suerte o su paradero, es decir, de desaparecerlo; ni mucho menos es posible inferir de su específica conducta que lo que hizo haya resultado esencial para privar de la libertad y desaparecer el pasivo. Veamos.

Se cuenta con la entrevista de un sujeto quien, según se expuso, rentó mobiliario para fiestas que se dijo era propiedad del inculpado, el cual de inmediato ofreció en venta al pasivo, quien acudió ese mismo día a su domicilio a recogerlo.

Que al día siguiente, un empleado del inculpado fue a recoger el mobiliario, pero en razón de que no encontró al sujeto que lo había rentado y de que vía mensaje de texto este le insinuaba que ya había sido recogido lo que se rentó, decidió hablarle al inculpado; que por la tarde llegó este en compañía de dos sujetos que iban armados a reclamarle los muebles rentados, y los sujetos que le acompañaban le dieron de plazo hasta el día siguiente, a las 10:00 horas, para entregarlos.

Que este día volvió a llegar el inculpado y estando con él recibió una llamada telefónica que puso en altavoz y en la que un individuo le reclamó perentoriamente los muebles que había rentado y le ordenó

100 Novena Época. Registro digital: 197915. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis: I.1o.P. J/5. Materia(s): Penal. Tipo: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo VI, Agosto de 1997, página 487

101 Novena Época. Registro digital: 163505. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis: I.8o.P. J/2. Materia(s): Penal. Tipo: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXXII, Noviembre de 2010, página 1242.

que mintiera al sujeto al que se los había vendido diciéndole que tenía más muebles para venderle, a fin de que proporcionara su domicilio y así ir a recoger los que ya le había vendido; que en esos momentos volvieron a llegar los sujetos armados del día anterior y también le hicieron una llamada telefónica al que acababa de llamar, quien les dijo que ya había indicado lo que se debía hacer.

Que el día pactado, aproximadamente a las 15:30 horas, el inculpado llamó por teléfono al testigo del que hablamos para preguntarle cómo iba con la persona a la que le había vendido los muebles, a lo que respondió que *ya había quedado*, por lo que el inculpado le dijo que *ahorita se acercaban* y enseguida llegó a su domicilio con otras dos personas, conduciendo cada una de ellas una camioneta, además de que llegó también un vehículo sedán con cuatro sujetos a bordo.

Que estos sujetos le dijeron que iban a ir por el mobiliario, que ya sabían a dónde tenían que ir, e incluso que le enseñaron una fotografía de la persona a quien le había vendido las cosas; que se dirigieron todos hasta el domicilio del pasivo al que llegaron, aproximadamente a las 19:20 horas, los cuatro vehículos mencionados y además una camioneta que era conducida por el sujeto al que todos se dirigían como el que daba las órdenes; que al llegar al domicilio bajó el inculpado del vehículo en que llegaron y del domicilio salió la persona a quien el testigo había vendido los muebles, por lo que también este bajó del vehículo.

Que en ese momento bajó de la camioneta el que ordenaba y se dirigió con la persona que resulta ser el pasivo, a quien le reclamaba los muebles, mientras al testigo uno de los sujetos que iban en el sedán lo sometió y lo obligó a subir a la camioneta del que ordenaba, en la que se hallaba otro individuo al que le habrían indicado que *si se movía le diera un balazo*; que el que ordenaba indicó a los sujetos que iban en el vehículo sedán que no dejaran entrar ni salir a nadie y a quienes iban con el inculpado que subieran los muebles a una de las camionetas y luego le ordenó al pasivo que subiera a su camioneta (del que ordenaba); que incluso, como salió del domicilio una hija del pasivo, el que ordenaba le dijo a este que si no quería problemas con su hija, se fueran a arreglar *el problema* a otro lado.

Que entonces se retiraron del lugar, el inculpado con tres camionetas y los muebles y el testigo junto con el que ordenaba y el pasivo a bordo de la otra camioneta, en la que se dirigieron hasta un domicilio donde hicieron bajar al testigo de la camioneta y esta entró en el domicilio con el pasivo a bordo, a quien no se volvió a ver hasta que fue hallado su cadáver.

Como es posible apreciar, hasta aquí la información disponible no da más que para establecer que el sujeto al que denominamos testigo líneas arriba vendió mobiliario para fiestas que no era de su propiedad al aquí agraviado y que el inculpado, quien en un primer momento se ostentó como dueño de ese mobiliario, fue a reclamarle su devolución, acompañado de dos sujetos, quienes le dieron hasta el día siguiente para hacerla; pero como no la hizo en el tiempo en que se comprometió, el inculpado se comunicó con otro sujeto, quien también afirmó ser dueño del mobiliario, y le habría ordenado al testigo que le dijera a la persona a la que le vendió el mobiliario que tenía más muebles para venderle, a fin de que proporcionara su domicilio para ir a recuperar lo que había sido vendido, lo que terminaron haciendo aproximadamente a las 15:30 horas del día de la desaparición, cuando el inculpado y otras personas se dirigieron al domicilio del aquí agraviado.

Lo anterior implica –porque no hay ninguna otra información atendible al respecto– que el único posible acuerdo previo que pudo haber tenido el inculpado con el sujeto que daba las órdenes, fue el de desplazarse hasta el domicilio del pasivo para recoger el mobiliario que había sido vendido por el testigo. Incluso, una vez que el mobiliario ya había sido subido a una de las camionetas de la empresa del inculpado, este le avisó al que ordenaba, quien le indicó que se retirara.

Ahora bien, de esta misma información se desprende que el que ordenaba, cuando llegó al domicilio del ofendido, se dirigió directamente con él para increpar la devolución de los muebles, pero una vez que los obtuvo, le dijo a este que tenían que irse a *arreglar el problema a otra parte*, para lo que incluso lo amagó diciéndole que si no quería problemas para su hija se fueran a otro lugar. Fue este

sujeto el que le indicó al pasivo que subiera el vehículo y fue quien se lo llevó de aquel lugar.

En este contexto surge la siguiente pregunta: ¿cuál era el problema que tenían que ir a arreglar a otra parte el pasivo y el sujeto que ordenaba? Porque hasta donde sirve la información expuesta por la fiscalía, el problema era que el testigo había vendido al ofendido mobiliario propiedad del inculpado o del que daba órdenes –no está claro–, y para el momento en que este último le ordenó al pasivo que se fueran a otra parte a *arreglar el problema*, el inculpado ya había obtenido los muebles que el testigo había vendido y se retiró con ellos y con sus trabajadores. Pero, se insiste, fue el sujeto identificado como quien daba las órdenes quien se llevó al pasivo hasta el domicilio de dónde ya no se supo más de él hasta que fue hallado su cadáver.

Luego, lo que es posible inferir a partir de la información analizada es que el acuerdo –que podríamos incluso inferir que, más que acuerdo, se trató de una orden– entre el inculpado y el que ordenaba, fue solo el de desplazarse juntos hasta el domicilio del pasivo para recoger el mobiliario.

Ahora, ¿cuál fue la tarea que le tocó realizar al inculpado que pudiera relacionarse con la privación de la libertad con fines de desparecer al pasivo? Ni la fiscalía ni la A quo la pudieron precisar. ¿Fue la de conseguir el domicilio del pasivo? Pues no. Ese lo consiguió el que denominamos testigo. ¿Fue obligar a este a acompañarlos? Pues tampoco. A ese fin, en todo caso, habrían sido útiles los sujetos armados que fueron a buscarlo de parte del que ordenaba y que los acompañaron hasta el domicilio del pasivo, los cuales, por cierto, no se dijo que hubieran recibido órdenes del inculpado en ningún momento. ¿Fue, entonces, haber ordenado subir el mobiliario a una de las tres camionetas que llevó a ese lugar? Pues tampoco, pues esa orden la dio también quien se ha identificado como el que ordenaba.

Ahora bien, ¿esa tarea que hemos descrito, esa aportación, fue esencial para privar de la libertad al pasivo con la finalidad de desaparecerlo? Tomando en consideración que existe una videograbación aportada por la hija del pasivo, así como la entrevista de esta, datos de los que se desprende que no se hizo uso de violencia o fuerza física para

abordar al pasivo a la camioneta en la que se lo llevaron del domicilio de su negociación, entonces, el solo hecho de que el inculpado se haya llevado el mobiliario en una de sus camionetas, desde luego que no es una aportación esencial para la privación de la libertad con fines de desaparición. Y recuérdese que, en todo caso, fue el que ordenaba quien amagó al pasivo con evitarle problemas a su hija.

Es más, lo que está establecido que hizo el inculpado ni siquiera podría constituir un acto de auxilio doloso para los fines problematizados, pues no se puede afirmar que el cargar el mobiliario en su camioneta y llevárselo de donde estaba hubiera facilitado que el que ordenaba abordara al pasivo a la camioneta que conducía para llevárselo y luego desaparecerlo.

Aquí hay otro punto que no tiene una explicación y que está relacionado con los aspectos de la coautoría que estamos problematizando. Quien ha sido identificado como el que ordenaba habló con el pasivo de que tenían que ir a resolver *el problema a otro lado*, pero el problema que, al parecer, tenían, ya se hallaba resuelto.

Es decir, si en la llamada telefónica que realizó el inculpado esa mañana de la desaparición, en lo que se hizo énfasis fue en que el testigo tenía que procurar localizar al pasivo para que devolviera el mobiliario que este había comprado, y eso se logró por la tarde de ese mismo día, entonces ¿cuál problema tenían que ir a resolver a otra parte?

Lo anterior es sumamente relevante porque no hay datos que indiquen que, en todo caso, el inculpado estaba enterado de ese problema, y en esa tesitura, desde que se ordenó al testigo localizar al pasivo, ya supiera que no se trataba de recuperar el mobiliario, sino de privar de la libertad al agraviado para desaparecerlo, supuesto en el que, entonces, habría que haber aportado información en el sentido de que el acuerdo previo necesario para la coautoría incluía montar un escenario en el que al inculpado le correspondería ostentarse como dueño del mobiliario o fingir que era un cargador o trabajador de la empresa de alquiler para, de algún modo, de cualquier manera, facilitar el llevarse al pasivo.

Sin embargo, no es esto lo que se advierte de los datos de prueba que tuvo a su disposición la A quo. Es cierto que está claro que el

inculpado acompañó al que ordenaba hasta el domicilio del pasivo, pero estando ahí bastó al que ordenaba decirle al pasivo que si no quería problemas para su hija se fueran a arreglar el problema a otro lado, sin que se hubiera requerido la intervención de nadie más para llevárselo de ahí; es más, según expuso la hija del pasivo, su padre todavía estuvo en posibilidad de tomar fotografías a las placas de la camioneta del que ordenaba con su teléfono, de darle el teléfono y luego de pedírselo de vuelta, antes de partir. No se advierte, pues, que al momento en que pudiéramos ubicar jurídicamente la privación de la libertad en este asunto se hubiese requerido la actuación de nadie más que no fuera el que ordenaba.

Es relevante también que el testigo hubiera afirmado que cuando llegó la camioneta del que ordenaba, uno de los sujetos que iba en el sedán le obligó a subir a ella y le dijo a otro que se hallaba en su interior que *si se movía le diera un balazo*, lo cual quiere decir que si había algún entramado planeado para llevarse al pasivo, las tareas para ejecutarlo no le correspondieron al aquí inculpado, y si algo sabía de ello, ese aspecto subjetivo no alcanza a convertirse en un elemento que constituya una aportación esencial sin la cual no se hubiera podido llevar a cabo la privación de la libertad con fines de desaparición del pasivo, pues haber sabido lo que iba a pasar no constituye una tarea que le hubiese tocado desempeñar en un reparto acordado para la ejecución del hecho, cuya ausencia hubiese impedido su culminación.

Pero la información precisa en la que la fiscalía y la A quo fundaron la imputación a título de coautor de los hechos aquí investigados al inculpado resulta de un testimonio de referencia, es decir, del dicho de una persona que no fue entrevistada. Así es, se trata de la información que supuestamente TR habría escuchado de boca de su hermano, SP.

Este testigo relató, en lo que interesa, que una tarde se hallaba en la esquina de su domicilio, lugar donde, en la esquina, justo frente a donde vive, de igual modo, se encontraba un sujeto al que identifica como el que daba órdenes, también estaba estacionada la camioneta de una persona que había ido a buscar a su vecino, el testigo, por un tema de renta de mobiliario para fiestas; que en esos momentos

llegó su hermano SP y le dijo que iba a ir a avisar al que ordenaba, para quien supuestamente trabaja, de la presencia de esa camioneta y la persona que la tripulaba *para que no se le fuera a hacer raro*.

Que un rato después, la persona de la camioneta estaba alegando con su vecino acompañado de dos sujetos que también trabajan para el que ordenaba; que después volvió a llegar su hermano y le contó que él había contactado a la persona de la camioneta con el que ordenaba para obtener de vuelta los muebles que el testigo había vendido, que el testigo le *iba a poner un cuatro* a la persona que los compró para ir por ellos, y que como ya sabían que ese señor tenía más cosas, también se las iban a traer, incluso hasta al señor. Hasta aquí lo dicho por el SP.

TR sigue diciendo que al día siguiente llegó el señor de la camioneta, recogió a su vecino y se fueron; que ese mismo día, pero como a las 21:30 horas, vio llegar a quien identifica como el que daba órdenes a bordo de una camioneta en la que iba un señor y su vecino el testigo; que detrás iba el auto sedán; que al llegar al domicilio del que ordenaba bajaron a su vecino, lo encaminaron y lo amenazaron para que no dijera nada; que luego la camioneta y los sujetos del sedán entraron al domicilio del que ordenaba y ya no vio entra ni salir a nadie más, que luego su hermano el SP le dijo que habían desaparecido a la persona que había visto.

Como puede verse, el nexo entre el inculpado y el sujeto a quien aquí se ha identificado como el que daba las órdenes deriva del dicho de una persona que no compareció en la investigación. Fuera de ella, lo que resulta atendible del dicho de TR es su afirmación de haber visto llegar la camioneta propiedad de su vecino el que ordenaba, con su vecino el testigo a bordo y otro señor, quien, según el dicho del propio testigo, adminiculado con el resto de los datos de prueba que ya se reseñaron, se trató del pasivo.

Lo que sigue quedando claro, entonces, es que ese sujeto que ordenaba fue quien condujo al pasivo hasta el domicilio en que fue la última vez que se le vio con vida.

Recapitulando. Se cuenta con información, para lo que interesa, de que el inculpado estuvo una mañana con el testigo cuando a este

último un sujeto identificado como el que daba las órdenes le indicó por teléfono, informarle al pasivo que tenía mobiliario para fiestas que quería venderle, a fin de obtener su domicilio. Que, una vez obtenido el domicilio, el inculpado, el testigo, el que ordenaba y otros sujetos fueron hasta el que resultó ser el domicilio de la negociación del pasivo, y ahí el que ordenaba lo conminó a que se fueran a otro sitio *a arreglar el problema*; que lo hizo abordar una camioneta en la que lo condujo hasta el domicilio donde se le vio por última vez con vida.

Si hacemos la calificación jurídica de este escenario respecto a la intervención en él del inculpado, desde la perspectiva del hecho que la ley señala como delito de desaparición de persona cometida por particulares, encontramos que simple y sencillamente no se le puede atribuir ninguna.

En primer lugar, él no privó de la libertad al pasivo con la finalidad de ocultarlo, o su suerte o su paradero, es decir, de desaparecerlo; por otra parte, y como se ha dejado claro, no existe ningún dato objetivo que permita establecer que entre el inculpado y otros sujetos, entre los que se encuentra uno identificado como el que daba las órdenes, haya existido un acuerdo previo al hecho en el que se hubiera dispuesto un reparto de tareas para privar de la libertad al pasivo con las finalidades ya mencionadas, y que la que a él le hubiese correspondido fuese a tal grado esencial que en su ausencia el hecho no se hubiera llevado a cabo; ni tampoco existen datos que permitan establecer, siquiera, que el inculpado prestó ayuda dolosamente al sujeto que ordenaba para privar de la libertad al pasivo con las finalidades mencionadas.

Y aquí debe recalcarse que si el inculpado, en todo caso, sabía que el que ordenaba tenía la intención de privar de la libertad al pasivo con la finalidad de ocultarlo, o su suerte o su paradero, es decir, de desaparecerlo, en tanto no intervino de ninguna manera para llevar a término, para ejecutar, desde una perspectiva jurídico-penalmente relevante, ese designio criminoso, este no le es imputable.

En esta virtud tenemos que no le asiste la razón al fiscal cuando esencialmente dice que los datos de prueba para establecer la intervención en calidad de coautor del imputado en estos hechos fueron *sobrados*, pues como ya se vio, la información que básicamente unía en esa calidad al inculpado con los hechos resultó

ser un testimonio de referencia; ni al asesor jurídico público cuando de modo idéntico indica que los datos de prueba expuestos fueron abundantes y específicos para establecer la probable intervención del inculpado en estos hechos, razones por las que ambos consideran que los agravios expuestos por el recurrente son infundados e inoperantes.

En este punto, debe hacerse el análisis de lo que hemos llamado *testigo de referencia,* y lo primero que hay que decir es que esta no es una figura procesal propia y exclusiva de un sistema de justicia que contemple una valoración tasada de la prueba, como el anterior sistema inquisitivo mixto que regía en nuestro país. Es más, en el sistema de justicia penal anglosajón, esta figura ha sido usada de manera inveterada, y en todos los sistemas de justicia penal de corte acusatorio, por regla general, se le niega eficacia probatoria a la declaración de un testigo de referencia.[102]

Dicho lo anterior, enseguida debemos justificar por qué razón no cabría atender el testimonio de un testigo de referencia, por lo menos en lo que atañe a lo que no percibió por sus propios sentidos, sino que le fue referido por terceras personas. Bien. La razón lógica, siguiendo las reglas de valoración de los datos de prueba previstas en el artículo 265 del código nacional, es porque otorgarle eficacia convictiva a

102 Cfr. Peñaranda, Antonio: Hearsay, en Glosario de derecho procesal penal inglés-español Recurso digital disponible en https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Recursos%20Juridicos/00Glos%20Der%20Proc%20Penal%20Pegnaranda%20E-S.htm, consultado el 7 de diciembre de 2023; Almeida Idiarte, Rodrigo: La prueba testimonial y los testigos de oídas. Trabajo para obtener el Máster en Razonamiento Probatorio, Recurso digital disponible en https://dugi-doc.udg.edu/bitstream/handle/10256/21614/Almeidaidiarte.TFM.pdf?sequence=1, consultado el 7 de diciembre de 2023; Martínez Méndez, Nancy Jeanet del Pilar: La prueba de referencia y su afectación a los derechos de contradicción y confrontación (The hearsay evidence and its affectation to the rights of contradiction and confrontation). Recurso digital disponible en https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/cuadernos_de_derecho_penal/article/view/937, consultado el 7 de diciembre de 2023; Yeannes, María Inés, Danti, Fabiana y Giacomaso, Mauro: Afirmaciones de “segunda mano”: el valor probatorio del testimonio de referencia. Recurso digital disponible en https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/1345/valor_pbtorio_testimonioreferencial.pdf?sequence=1, consultado el 7 de diciembre de 2023.

una prueba o dato de prueba de esa naturaleza constituye la falacia de *petición de principio*. Veamos.

Incurre en esta falacia quien pretende dar por demostrado un punto precisamente a través de mencionarlo en las premisas que deberían soportar la demostración de dicho punto. Para ser más claros, en el caso concreto, las afirmaciones del posible acuerdo entre el inculpado y el sujeto identificado como quien daba las órdenes tendrían que establecerse, o bien porque cualquiera de los dos que se dice tuvieron el acuerdo lo hiciera saber, o bien por alguna persona que hubiera presenciado el acuerdo y pudiera dar cuenta de lo que en él dijeron cada uno de los que intervino.

Sin embargo, lo que trae el fiscal a la audiencia es la entrevista de una persona que dijo haber escuchado a otra persona decir que *conectó* al inculpado y al que ordenaba y que por ello éstos tuvieron un acuerdo para recuperar los muebles del inculpado. Su pretensión es lógicamente inválida porque su conclusión –que existió el acuerdo previo– se asume sin haberse establecido la premisa que debería precisamente soportar la conclusión; en este caso, afirma que debemos dar por establecido que el inculpado y el que ordenaba tuvieron un acuerdo previo respecto de estos hechos porque alguien escuchó a alguien más decir que había existido ese acuerdo. [103]

Aquí conviene también traer a cuenta que el denominado bajo estándar probatorio requerido para emitir un auto de vinculación a proceso no significa de ninguna manera un abandono de la racionalidad de la información; por el contrario, tal exigencia se incrementa, cuenta habida de que el juez no inmedia la producción de la información, por lo que la misma debe guardar un delicado equilibrio entre su congruencia y su consistencia.

Los datos de prueba deben constituir indicios razonables, lo que no significa otra cosa sino que esos indicios deben hallarse matizados de una potencial de demostrabilidad; es decir, debe existir la posibilidad

103 Para abundar en el tema de la falacia de petición de principio, vid. in extenso Vilanova Arias, Javier: *Petitio principii, ad ignorantiam* y fundamentación del conocimiento. Recurso digital disponible en https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-15032011000100027, consultado el 7de diciembre de 2023.

de que la información a la que se refieren sea demostrada en juicio con razones que derivan directa e inmediatamente de la propia información.

En este caso, tenemos que el potencial demostrativo de lo que señaló TR acerca de lo que dijo haber escuchado de su hermano SP, se reduce precisamente a eso, a la potencial demostración de que escuchó a su hermano decir lo que dijo; pero de ninguna manera se puede afirmar que por haber escuchado a su hermano decir lo que supuestamente dijo, eso que supuestamente dijo deba tenerse por demostrado. Ahí radica la petición de principio.

Entonces, aplicando las reglas de la lógica tenemos que esa parte de la entrevista de TR es inatendible; o dicho de otra manera, no es un indicio razonable y no sirve para establecer la probable intervención del inculpado en los hechos que se le atribuyeron; máxime que ni siquiera el ministerio público pudo aterrizar, precisar, concretar esa intervención del inculpado, lo que queda claro cuando al ocuparse de la calificación jurídica, y precisamente de su forma de intervención, en los momentos en que interviene las partes medulares las pone todas a cargo, en primer lugar, de los sujetos que lo acompañaron a la casa del testigo; y en segundo lugar, del sujeto que se identificó como el que ordenaba.

Efectivamente, sostiene que el inculpado, junto con otros, obligó al testigo a obtener los datos del ofendido, cuando quedó establecido que eso lo hicieron los sujetos que llegaron con él la tarde que lo visitó, no él; que los trabajadores del inculpado describieron la intervención del inculpado en estos hechos y dijeron que era quien los había guiado hasta el domicilio del pasivo, cuando lo que quedó establecido es que él conducía el vehículo que iba delante de los demás, pero en compañía del testigo, que es quien había obtenido los datos de localización del pasivo; cuando sostiene que TR dijo haber visto al imputado cuando fue al domicilio del testigo *para empezar a presionarlo*, cuando lo que quedó establecido es que esa presión y los amagos lo hicieron los sujetos que le acompañaban.

Por otra parte, cuando sostiene que el inculpado y otros sujetos obligaron al pasivo a subir a un vehículo contra su voluntad y se lo llevaron hasta el domicilio de donde no se supo más de él, cuando lo que quedó establecido es que esto lo hizo únicamente quien daba las órdenes. Y cuando señala que al perpetrar los hechos, este último y el

inculpado realizaron actos de intimidación hacia la víctima, pues el que ordenaba dio indicaciones de que nadie entrara ni saliera del negocio del pasivo y de que sacaran el mobiliario y luego se llevó a la víctima, preguntamos, y en esta última parte, ¿dónde actuó el inculpado? Obviamos la respuesta.

Por estas razones, a nuestro criterio, no existen datos de prueba que permitan establecer la intervención del inculpado en carácter de coautor en los hechos que le fueron atribuidos, pues el único con el que contó la fiscalía, la entrevista de TR, no es un indicio razonable en las partes donde refiere cosas que él no percibió a través de sus sentidos sino que le fueron platicadas por una tercera persona.




CRITERIO 38

Caso 38.- Violencia familiar. Desarrollo del concepto *orden familiar*. Toca 98/2023-O

En este asunto, fue necesario desarrollar el concepto orden familiar en relación con el tipo penal de violencia familiar, para averiguar si en el caso concreto se había actualizado, lo que resultó positivo. Para entender por qué, veamos lo que expuso como agravio el defensor del inculpado.

En lo esencial, manifestó que, aun cuando quedó establecido que entre el inculpado y la ofendida existía una relación de matrimonio, y que un día la golpeó con el puño en el rostro en presencia de la hija de ambos, al no haberse establecido que entre ellos existiera cohabitación, o por lo menos algún tipo de relación familiar o convivencia, no se vio afectado el bien jurídico que protege el tipo penal de violencia familiar, que es precisamente el orden familiar. La Sala consideró infundado el agravio.

De inicio, partió de una aserción que, en línea de principio, permitió desarrollar el concepto de orden familiar, problematizado por los recurrentes: solo en una familia ordenadamente constituida, la persona es capaz de lograr un nacimiento digno y una adecuada educación o desarrollo material y espiritual armónico.

Decimos que se afirma lo anterior en línea de principio en el sentido de que un principio es un mandato de optimización, es decir, una norma que busca brindar la mayor protección de acuerdo a las posibilidades materiales y jurídicas. Ahora, puestos a indagar en busca de la norma detrás del enunciado que acabamos de expresar, podemos formularla del siguiente modo: para que una persona pueda ser capaz de lograr un nacimiento digno y una adecuada educación o desarrollo material y espiritual armónico, su entorno familiar *debe* hallarse dispuesto de tal modo que en él prevalezca la mejor disposición de las cosas que lo componen entre sí.

Al encontrarnos frente a un concepto naturalmente indeterminado al que le hemos asignado la característica de principio, corresponde al operador de la norma –en este caso, esta alzada– abatir tal

indeterminación en el caso concreto, buscando que el ejercicio hermenéutico necesario para averiguar el significado de orden familiar arroje la mejor situación jurídica posible. Así, para abatir la indeterminación en busca de la respuesta jurídica al problema planteado por los recurrentes, consideramos necesario precisar la intensión y la extensión del concepto del que hablamos.

El primer punto ya lo hemos expresado: las características que dotan de contenido significativo al concepto de orden familiar consisten en que este debe materializarse en el mundo de relación social, inmerso en cualquiera de las diversas formas en que se encuentra reconocida jurídicamente la familia, dispuesto de tal modo que en él prevalezca la mejor disposición de las cosas que lo componen entre sí.

Por otro lado, para encontrar su extensión, debemos entonces precisar qué tipo de situaciones hacen que en un entorno familiar las cosas se hallen dispuestas entre sí de la mejor manera posible. Indudablemente, tales situaciones serán todas aquellas que mantengan a los miembros de una familia lejos de hechos o circunstancias que dificulten la consecución del fin esencial del orden familiar: la convivencia pacífica y armónica.

Ahora bien, la dinámica social ha superado en grado superlativo la concepción que vienen a exponer los inconformes en sus agravios, pues la relación familiar ya no la hallamos limitada a la cohabitación y a la diaria convivencia, ni mucho menos podemos reducirla a la existencia de lazos convencionales estáticos cuya formalidad no dice convivencia, como podría ser la institución del matrimonio.

Entiéndase esto. No demeritamos la existencia de tan importante institución como es el matrimonio; lo que decimos es que para entender el concepto de orden familiar no podemos exigir como presupuesto de su existencia el matrimonio. Mucho menos el de la cohabitación o exigir una determinada forma de convivencia. Si bien todas estas cuestiones forman parte del entramado típico del delito de violencia familiar en referencia al concepto de orden familiar, este no requiere del necesario concurso de todas ellas, pues no son las únicas situaciones de las que es posible derivar este tipo de relación. En

este entendido, cualquier hecho o situación que obstaculiza, dificulta, impide o hace nugatorio el fin perseguido por el orden familiar, desde luego lo vulnera. Si llevamos esta vulneración al ámbito del derecho penal, encontramos que una de sus disposiciones sustantivas, el artículo 221 del código penal del estado, prevé una consecuencia jurídica para quien vulnera el orden familiar. Es decir, el orden familiar es un bien, un valor jurídico penalmente tutelado.

Con todo lo anterior, ahora sí estamos en posibilidad de analizar si en este caso fue vulnerado el orden familiar.

Lo primero que se debe señalar es que el entorno familiar en el que se encuentran inmersos el inculpado y la ofendida es, ciertamente, frágil, pero no inexistente. Se encuentran separados, es verdad, pero siguen teniendo contacto debido a la convivencia que comparten con su hija. El lazo, el puente, digamos, de la relación familiar, es precisamente el contacto que ambos conservan por razón de la convivencia con su hija. Es indiscutible que es así, independientemente de que las situaciones personales entre inculpado y ofendida ya no permitan que vivan juntos.

¿Por qué decimos esto?

Bueno. Pues simple y llanamente porque tanto el inculpado como la ofendida siguen manteniendo ese lazo familiar que les une a través de su hija, y todos los actos que se verifican con motivo de la convivencia que tienen en concurso con su hija, desde luego que tienen naturaleza familiar. Si este es el caso, trayendo a cuenta las características intensionales y extensionales que aquí hemos construido respecto del concepto orden familiar, y adecuándolas al caso concreto, tenemos que aquí aparece en el mundo de relación social en el marco de un matrimonio cuyos cónyuges se separaron, es decir, no conviven ni cohabitan como matrimonio, pero que han llegado al acuerdo de una convivencia civilizada por causa de la hija de ambos. No hay duda de que existe un entorno familiar ordenado cuyo fin es la convivencia pacífica y armónica, tanto de los cónyuges entre sí, como entre ellos y su hija.

Solo podríamos llegar a conclusión contraria si reducimos al absurdo y afirmamos que el acuerdo para la convivencia que existe

entre inculpado, ofendida y la hija de ambos, tiene la finalidad del permanente conflicto.

Luego, si como ya hemos afirmado, el orden familiar se ve roto, trastocado, vulnerado, afectado, dañado o lesionado por cualquier acto o situación que aleja a los miembros de una familia la consecución de una convivencia pacífica y armónica, pues entonces tampoco cabe hesitar que el hecho de que un cónyuge ejerza violencia física en contra de otro desde luego rompe, trastoca, vulnera, afecta, daña o lesiona dicho orden.

Eso fue justo lo que aquí sucedió, pues una mañana el inculpado fue a recoger a la hija que procreó con la ofendida al domicilio de ella, pues iba a llevarla a recibir un tratamiento médico, lugar al que la regresó por la tarde, pero cuando su madre se acercó al vehículo de motor en el que habían llegado, él tomó de la mano a su hija y le impidió bajar, lo que provocó que la ofendida lo empujara y luego comenzara a forcejear con él para que la soltara, pero fue entonces que él decidió golpearla con un puñetazo en el rostro.

Ese acto violento desde luego que afecta el ya de por sí frágil entorno familiar en el que se venían desenvolviendo inculpado y ofendida, por vulnerar el orden familiar bajo el que venían conviviendo. De esta manera encontramos, pues, que contrario a lo que vinieron a sostener los recurrentes, el orden familiar y la armonía con la que venían conviviendo inculpado y ofendida, al menos para los temas relacionados con la hija de ambos, ha sido afectado.


1857
1860
CONSTITUCION
REFORMA


CRITERIO 39

Caso 39. Auto de vinculación a proceso inconstitucional por haber sido dictado fuera de plazo. Toca 106/2023-O

En este asunto, el juez de control emitió un auto de vinculación a proceso ocho horas con cuarenta y dos minutos después de que había fenecido el plazo constitucional para hacerlo. Veamos lo que resolvió la Sala.

Se comenzó sentando bases dogmáticas en materia constitucional, y se dijo que el paradigma iusfilosófico en el que nos hallamos insertos a partir del diez de junio de dos mil once se denomina constitucionalismo. Una de sus principales características es la de la constitucionalización del derecho, sintagma que en la dogmática jurídica responde a la idea de la consagración de los derechos humanos a nivel constitucional, lo que los coloca en dos dimensiones especiales: la de su jerarquía en el orden constitucional y la de la posibilidad de su judicialización directa.

Ambas dimensiones se encuentran consignadas en el artículo 1º de la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos (la constitución), en donde se pone, *lato sensu*, a la dignidad humana como el máximo valor constitucional, de ahí los principios de interpretación conforme y pro persona que establecen, respectivamente, que las normas relativas a los derechos humanos deben interpretarse de conformidad con la constitución y los tratados internacionales de la materia, y que esa interpretación debe favorecer en todo tiempo a las personas con la protección más amplia.

La interpretación conforme no se traduce en otra cosa sino en la búsqueda de la armonización de las normas del orden jurídico con la norma constitucional, pues de acuerdo a la dogmática del modelo jurídico que analizamos, cuando una norma es contraria a la constitución, debe ser expulsada del orden jurídico, y en un segundo nivel, cuando un acto de autoridad es contrario a la constitución, es nulo de pleno derecho, adolece de una nulidad absoluta, pues.

Por otro lado, la interpretación pro persona implica en la práctica que las normas que conceden derechos deben ser interpretadas de forma que se alcance la más amplia protección que pueda otorgar el derecho en juego, mientras que las normas que los restringen, deben ser interpretadas en su literalidad, de modo restrictivo, no ampliando su espectro restrictivo. Lo anterior encuentra concreción en la docena de obligaciones que contiene el tercer párrafo del citado artículo 1º de la constitución.

Lo destacable para efectos de esta resolución es la siguiente conclusión derivable del marco normativo reseñado: cualquier acto de autoridad que viole derechos humanos es nulo de pleno derecho y el estado mexicano está obligado a sancionar y reparar la violación.

Ahora bien, entre esos derechos humanos a los que se refiere la constitución, encontramos el del *debido proceso*, el de mayor entidad en tratando de procesos jurisdiccionales. El profesor Luis Gerardo Rodríguez Lozano dice de él que

> "(…) tiene una naturaleza de derecho humano, lo que implica advertir que es un componente principal de primera categoría del ordenamiento jurídico-político del estado mexicano, y que de manera progresiva ha ido perfilando su propia fuerza dentro de la normatividad jurídica y jurisprudencial, por lo que cualquier acto, norma u omisión que provenga de los órganos del estado, de particulares o de cualquier otro sujeto que cause una afectación a la esfera de derechos del justiciable, deberá ser sancionado, previa garantía de un proceso justo para las partes.
>
> El reconocimiento del debido proceso como un derecho humano hace que se constituya esta figura jurídica en un importante mecanismo que garantice los derechos de los justiciables dentro de un procedimiento frente a los órganos de poder estatal. Tan es así, que el debido proceso es el centro neuronal que se encarga de asegurar una correcta tutela de los derechos humanos. No se puede imaginar una buena salvaguarda jurídica efectiva de los derechos humanos de las personas por parte del estado sin el respeto al

debido proceso. la garantía del debido proceso es el fundamento principal y de primer orden del estado de derecho (...)."[104]

Indudablemente, el respeto a las formalidades constitucionales y legales del proceso, en este caso, penal, forman parte del derecho humano al debido proceso, en sus vertientes de legalidad y seguridad jurídica. Todas las ideas expuestas hasta aquí se relacionan de manera nítida e indisoluble con el auto de vinculación a proceso, y el profesor Alfonso Pérez Daza lo explica de modo claro y magistral cuando señala que

"(…) el Tribunal Supremo ha sostenido que la exigencia de resolver sobre el auto de vinculación a proceso se refiere a un derecho constitucional del debido proceso penal, que garantiza de manera más amplia la libertad personal no solo respecto a la restricción material en sentido estricto, como ocurre con la prisión preventiva, sino como certeza jurídica constitucionalmente protegida de que, al fenecer el término respectivo, ninguna persona puede ser sujeta o vinculada a proceso penal (con o sin medida cautelar adicional) a menos de que se cumplan los requisitos del comentado artículo 19 de la constitución (…)."[105]

Huelga decir que comulgamos con el profesor en su afirmación de que esta providencia debe ser necesariamente dictada dentro de los plazos que prevé la constitución; de ninguna manera luego de que hayan fenecido –sostenemos nosotros– so pena de su nulidad, por inconstitucionalidad.[106]

En el presente asunto tenemos que el imputado quedó a disposición del A quo a las 13:58 horas del dieciséis de agosto de dos mil veintitrés. Habida cuenta que se solicitó la duplicidad del plazo para resolver la solicitud de vinculación a proceso en su contra, dicho plazo fenecía el veintidós de agosto de dos mil veintitrés a las 13:58 horas. Sin embargo, el A quo resolvió vincularlo a proceso hasta las 22:40 horas de ese

104 Vid. Rodríguez Lozano, Luis Gerardo: Teleología del debido proceso neoconstitucional, en "El debido proceso. Una visión Filosófica" T. I. Acuña Zepeda, Manuel Salvador et al. (coord). Tirant Lo Blanch. México. 2016. p. 48

105 Vid. Pérez Daza, Alfonso: Plazo de 72 horas... p. 463

106 Vid. Pérez Daza, Alfonso: Plazo de 72 horas... p. 462

veintidós de agosto, es decir, ocho horas con cuarenta y dos minutos después de que había fenecido el plazo constitucional para resolver su situación jurídica, argumentando que, como no se hallaba detenido, podía exceder del plazo constitucional para emitir esa resolución.

El silogismo jurídico se construye prácticamente solo por su obviedad, por lo que solo enunciaremos la consecuencia: al haberse resuelto la situación jurídica del inculpado fuera del plazo constitucional previsto por el artículo 19 de la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, se produjo una violación a su derecho humano al debido proceso, en sus vertientes de legalidad y seguridad jurídica, contempladas en el artículo 14 de la constitución, por lo que, con fundamento en el artículo 1º, párrafo tercero de la misma carta magna, la Sala reparó esa violación en los términos del primer párrafo del artículo 97 del código nacional de procedimientos penales al declarar la nulidad absoluta del auto de vinculación a proceso de que se trató.

La parte ofendida acudió a impetrar la tutela de la autoridad federal, misma que concedió el amparo y protección de la justicia de la Unión y ordenó que se tomaran en consideración las siguientes circunstancias fácticas:

1. Que a petición del inculpado y de su defensor, se decretó la duplicidad del plazo constitucional para resolver la situación jurídica del inculpado en la audiencia que inició un dieciséis de agosto a las 13:45 horas, plazo que habría de fenecer un veintidós de agosto precisamente a las 13:45 horas.
2. Que la audiencia se reanudó a las 12:00 horas del día veintidós de agosto.
3. Que a las 12:10 horas la defensa expuso los datos de prueba que recabó en la duplicidad.
4. Que a las 12:16 el inculpado hizo uso de su derecho a declarar, lo que hizo por poco más de una hora.
5. Que a las 13:20 horas la fiscalía manifestó que el inculpado *había vertido mucha información y necesitaba revisarla*
6. En ese momento el juez expresamente señaló que la audiencia anterior había iniciado a las 13:45 horas y que el plazo constitucional fenecería justo a esa hora del día en que se actuaba;

que la defensa es un derecho fundamental del inculpado y que debido a la información mencionada era necesario mayor tiempo; que el código nacional de procedimientos penales hace referencia a las prórrogas de los plazos: que en el caso el inculpado se hallaba en libertad; ponderó si debía privilegiar los plazos o el derecho al litigio de las partes; destacó que la audiencia inició en tiempo, pero aún faltaba la intervención de la defensora, del asesor y de la víctima; y que tenía pendientes por despachar dos audiencias, por lo que cuestionó a la defensa y al inculpado si estarían conformes en que se decretara un receso, a lo que no se opusieron.

7. La audiencia volvió a reanudarse a las 16:30 horas, momento en el que el inculpado respondió a preguntas que le dirigió su defensa.
8. A las 16:38 inició el debate sobre la solicitud de la vinculación a proceso a cargo de la defensora del imputado, lo que concluyó a las 17:14 horas, a lo que contestó la fiscalía en exposición que terminó a las 18:08 horas. En este punto el juez decretó un nuevo receso.
9. La audiencia reanudó a las 18:16 horas con la participación del asesor jurídico, quien concluyó a las 18:31 horas.
10. La defensa y el imputado ejercieron la réplica y sus argumentos concluyeron a las 19:11 horas. El juez solicitó algunas aclaraciones y dio por concluido el debate a las 19:22 y volvió a decretar un receso.
11. Se reanudó por última vez la audiencia y a las 22:40 horas el juez dictó el auto de vinculación a proceso apelado.

Ante esa instrucción, la Sala consideró que las circunstancias fácticas reseñadas debían abordarse desde tres dimensiones para verificar si la construcción a la que se pretendía llegar era correcta. Esas dimensiones fueron

1. La naturaleza, contenido y alcance de las normas constitucionales en juego;
2. El cumplimiento por parte del juez de su obligación de respetar las normas constitucionales; y
3. Si hay alguna justificación jurídica derivada de las circunstancias fácticas reseñadas que sostenga la constitucionalidad del auto de vinculación a proceso apelado.

Comencemos el análisis. El primer párrafo del artículo 19 de la constitución contiene la previsión que regula la emisión del auto de vinculación a proceso, y en la parte inicial del párrafo cuarto de esta disposición se establece que *el plazo para dictar el auto de vinculación a proceso podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley,* plazo que, en términos del párrafo quinto del artículo 313 del código nacional de procedimientos penales (el código nacional), puede extenderse hasta ciento cuarenta y cuatro horas.

En este punto, es pertinente traer a cuenta lo que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció al resolver la contradicción de tesis 87/2016 respecto al plazo en que debe emitirse el auto del que hablamos. En el párrafo 64 de la ejecutoria de mérito dijo:

> "(...) *Los requisitos de forma se circunscriben a que debe dictarse a más tardar a las setenta y dos horas o de ciento cuarenta y cuatro, si se solicita la duplicidad, contados a partir de que el imputado fue puesto a disposición de la autoridad judicial* y en él deben expresarse el delito que se imputa, así como las circunstancias de su ejecución (...)."[107]

Desde la perspectiva de la alzada, la cuestión fijada por la Primera Sala de la Corte respecto al plazo para emitir un auto de vinculación a proceso no puede ser más clara, pero a fin de no dejar cabos hermenéuticos sueltos, averigüemos lo que significa la locución *a más tardar* que utilizaron los ministros. El Diccionario de la Lengua Española define la voz *tardar*, y relacionada con ella, la locución *a más tardar*, de la que dice que se trata de una locución adverbial utilizada *para señalar el plazo máximo en que ha de suceder algo*.[108]

Lo anterior significa, en términos bien llanos, que para la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la emisión del auto de vinculación a proceso no puede exceder de los plazos de setenta y dos o ciento cuarenta y cuatro horas, como máximo.

107 Décima Época. Registro digital: 27257. Asunto: CONTRADICCIÓN DE TESIS 87/2016. Instancia: Primera Sala. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 45, Agosto de 2017, Tomo I, página 325.

108 Real academia española: Tardar, en Diccionario de la Lengua Española. Recurso digital disponible en https://dle.rae.es/tardar, consultada el 9 de abril de 2025

Este es el contenido y alcance de la porción normativa constitucional que analizamos en la jurisprudencia de la Primera Sala de la Corte; pero esta consideración pone sobre la mesa cuestiones de interés respecto a la naturaleza de dicha porción normativa constitucional, pues, respecto al plazo para dictar un auto de vinculación a proceso, nos hallamos frente a una regla –por contraposición a un principio–[109] cuya aplicación se da de forma *todo o nada*, lo que en palabras muy sencillas quiere decir que si se actualiza en el mundo de relación social el supuesto que contiene la hipótesis normativa, operan sus consecuencias, y si no se da ese supuesto, la regla no cobra aplicación. Esto implica que todos y cada uno de los elementos típicos de la regla deben aparecer en el hecho concreto al que se pretende aplicar para que esta pueda aplicarse válidamente, pues si falta solo uno de ellos, por más nimio que pudiera considerarse, la regla no aplica, no opera.

En el caso que analizamos, la regla es muy sencilla: si se emite el auto de vinculación a proceso en el plazo que establece la constitución, el auto respeta la norma; si no es así, no la respeta, la quebranta, la vulnera, la infringe.

Pasemos al segundo punto a dilucidar y comencemos preguntando ¿cuál es la función primordial de un juez de control en el sistema de justicia penal acusatorio? Para ayudarnos a contestar esta pregunta, consideramos pertinente acudir al auxilio de la doctrina, y en primer lugar veamos lo que el tratadista Porfirio Luna leyva ha expuesto acerca de la institución que mencionamos.[110] Sostiene que

> "(...) El juez de control se encarga de velar por la legalidad y el respeto a los derechos fundamentales de las partes, y tiene la responsabilidad de impartir justicia de manera pronta, expedita, equitativa e imparcial en un marco de respeto irrestricto a la legalidad, garantizando en todo momento el estado de derecho,

109 Para mayor abundamiento sobre la distinción entre reglas y principios vid. Alexy, Robert: Teoría de los Derechos Fundamentales. Colección *El Derecho y la Justicia*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2002. pp. 81-135, y Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan: Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos. 4ª ed. Ariel. Barcelona. 2004. pp. 23-68

110 Vid. Luna Leyva, Porfirio: El juez de control. Recurso digital disponible en https://forojuridico.mx/el-juez-de-control/, consultado el 9 de abril de 2025.

y así como a contribuir y fortalecer el sistema de procuración y administración de justicia. Siempre con apego y estricta observancia a lo previsto por la constitución federal, Tratados Internacionales y código nacional de procedimientos penales (...)."

En una idea que hacemos nuestra, también señala que los jueces de control deben de actuar conforme a la interpretación lógica y sistemática de la constitución, y que deben asumirse como verdaderos garantes de derechos fundamentales en todo momento, ya que son considerados como depositarios de un nuevo mecanismo de regularidad constitucional, porque al garantizar derechos fundamentales como la libertad personal y la dignidad humana, entre otros, van a proteger no solamente esos derechos subjetivos públicos, sino el respeto a la propia carta fundamental, pues de lo contrario se incurre en un desacato constitucional.

Por otra parte, Salvador Castillo Garrido sostiene que el constituyente permanente, en el artículo 16, párrafo décimo cuarto constitucional, precisó que los jueces de control deben ser garantes de los derechos fundamentales de los inculpados, ofendidos y víctimas, al ser jueces creados *ex profeso* por el constituyente permanente para garantizar los derechos y prerrogativas de los intervinientes en el proceso penal, consignadas en los apartados B y C del artículo 20 constitucional.

Que, por tanto, la tutela jurisdiccional de los jueces de control no abarca solamente derechos procesales, sino derechos fundamentales, tales como la libertad y la dignidad humana y que la jurisdicción que directamente otorga la constitución a los jueces de control pretende actuar y hacer valer las situaciones jurídicas subjetivas del ciudadano, previamente constitucionalizadas, que redundan también en tutela y garantía de la norma constitucional. [111]

Al relacionar estas ideas directamente con el asunto que aquí se problematiza, nos queda claro que es una obligación constitucional de

111 Cfr. Castillo Garrido, Salvador: Los jueces de control en el sistema acusatorio. ¿Un nuevo órgano de control constitucional en México? en Cuestiones Constitucionales, no. 25, Ciudad de México, julio-diciembre 2011. Recurso digital disponible en https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932011000200002, consultado el 9 de abril de 2025

todo juez de control garantizar que el auto de vinculación a proceso se emita en un plazo máximo de setenta y dos o ciento cuarenta y cuatro horas.

Ahora bien, el juez de control, como director de los debates en las audiencias, es quien debe cuidar que sus resoluciones se dicten en los plazos constitucional y legalmente señalados y esta obligación debe conjugarla con el respeto a las garantías y derechos constitucionales de imputados, víctimas y ofendidos, conciliando de tal manera la interacción y participación de todos los sujetos procesales, que el ejercicio de sus derechos no desborde los plazos en que se deben realizar los actos procesales y emitirse las resoluciones. Así lo establecen los artículos 134, fracción I, del código nacional y 113, fracción IX, de la ley orgánica del poder judicial del estado de Guanajuato.

Sin embargo, en este asunto, lo que observamos es que el juez no solo dejó que lo desbordaran las participaciones de las partes procesales, sino que él mismo propició que su resolución sobre la vinculación a proceso fuera emitida mucho tiempo después de fenecido el plazo constitucional. En todo momento, desde que se solicitó la duplicidad del plazo constitucional, estuvo en sus manos *controlar* el tiempo de la audiencia para no exceder el plazo constitucional; y bien pudo haber llamado la atención del inculpado al ver que estaba exponiendo demasiada información para pedirle que la concretara, que fuera más preciso, sin que ello representara de ninguna manera acotar su derecho a la defensa material.

Lo que sucedió luego del receso decretado a las 13:20 horas del veintidós de agosto de dos mil veintitrés significó la pérdida absoluta del control de la audiencia por parte del juez, pues al haber dejado de gestionar adecuadamente sus tiempos, propició que se extendiera hasta las 22:40 horas, momento en que resolvió, ya de manera absolutamente extemporánea, la situación jurídica del inculpado, de modo que resulta irrelevante a los fines del control constitucional el tiempo que, luego del receso decretado a las 13:20 horas del día en que se emitió el auto apelado, hayan invertido la fiscalía y el asesor jurídico en argumentar en contra de los datos de

prueba incorporados por la defensa del inculpado, y luego el que estos invirtieron en contraargumentar, dado que la inconstitucionalidad ya estaba consumada.

Pero lo que es más grave es que el juez olvidó que el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales no está sujeto al principio dispositivo, pues el respeto de las autoridades a la constitución es la cuestión de orden público de mayor entidad en nuestro orden jurídico, y tiene como finalidad garantizar el estado de derecho, de modo que de ninguna manera el haber preguntado a la defensa y al inculpado si tenían inconveniente en que se rebasara el plazo para resolver la situación jurídica de este último, y ni siquiera el que hayan manifestado expresamente que no lo tenían, lo eximía de cumplir con su obligación constitucional de emitir el auto de vinculación a proceso en el plazo establecido por el artículo 19 de la constitución.

Aquí llegamos a la respuesta al tercero de los cuestionamientos que planteamos líneas arriba: ¿hay alguna justificación jurídica derivada de las circunstancias fácticas reseñadas que sostenga la constitucionalidad del auto de vinculación a proceso apelado dictado fuera del plazo constitucional? La respuesta es que no la hay, pues como ya vimos, la Primera Sala de la Corte estableció que ese auto debe dictarse en el plazo máximo de setenta y dos o ciento cuarenta y cuatro horas, es decir, no puede de ninguna manera exceder ese tiempo. En segundo lugar, la porción normativa constitucional relativa al pazo constitucional tiene naturaleza de regla, lo que significa que si se emite en tiempo el auto, es constitucional, y si no es así, pues es inconstitucional.


INVESTIGACIONES
JURÍDICAS
AULA
5
AULA 5


CRITERIO 40

Caso 40.- Asunción del criterio del Pleno Regional en Materia Penal de la región Centro-Norte sobre la prisión preventiva oficiosa. Toca 100/2023-O

En este asunto, el inculpado impugnó lo decidido en una audiencia de revisión de medida cautelar de prisión preventiva. Tras una revisión oficiosa de la audiencia, la Sala encontró una violación a los derechos humanos del imputado que ameritó ser reparada, la cual también se expuso esencialmente en los conceptos de agravio por él expresados. Veamos.

En lo medular, el inconforme se dolió de haber tenido una defensa técnica deficiente en la audiencia en la que se le impuso la medida cautelar que fue revisada, y afirma que así fue porque a pesar de que para esa fecha la corte interamericana de derechos humanos ya había emitido las sentencias en los casos Tzompaxtle Tecpile y García Rodríguez, ambas contra México, su defensora no las invocó para exigir que no se le impusiera la medida cautelar de prisión preventiva oficiosa, lo que constituye una violación a sus derechos humanos que debía ser reparada.

Por otra parte, dijo que la jueza faltó a su obligación constitucional de haber aplicado oficiosamente el control de constitucionalidad en su beneficio, derivada de las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el expediente varios 912/2010 y en la contradicción de tesis 293/2011, y que en lugar de realizar ese control adujo que si había estado inconforme con la medida cautelar que se le impuso, él y su defensa debieron haberla recurrido desde que se la impusieron.

Siguió diciendo que, contrario a lo sostenido por la jueza, las condiciones objetivas sobre las que se le impuso la prisión preventiva oficiosa sí habían variado, pues, en primer lugar, en la audiencia en la que se le impuso no contaba con una defensa técnica adecuada, y en la audiencia donde se tomó la decisión cuestionada sí la tenía; y en segundo lugar, "(...) ha variado el derecho vigente […] es decir, el derecho objetivo le ha concedido la oportunidad de que la prisión preventiva oficiosa sea inaplicable (...)." Señala que, incluso,

la Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de la nota informativa DGCSV/NI: 09/2023 de fecha catorce de julio de dos mil veintitrés, "(...) ha dado una directriz a los jueces nacionales (...)." –aunque el recurrente no dice cuál es o en qué consiste dicha directriz.

Así, lo primero que destacó la Sala en este asunto fue que hasta antes del pasado veintidós de septiembre de dos mil veintitrés, en el país se tenía una visión jurídica, que podemos calificar de global, en relación con las restricciones al ejercicio de los derechos humanos previstas en la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, la cual derivaba de la jurisprudencia con número de registro 2006224, generada a partir de lo resuelto por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la contradicción de tesis 293/2011, cuyo contenido es claro e indiscutible: si en la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos existe una restricción a un derecho humano previsto por ella, por un tratado internacional en derechos humanos o por ambos, se deberá estar a lo que dispone la constitución.

En el presente caso, la figura jurídica de la prisión preventiva oficiosa se encuentra prevista como restricción al derecho de libertad deambulatoria de las personas en el artículo 19, segundo párrafo, de la carta magna. Sin embargo, el viernes veintidós de septiembre de dos mil veintitrés, el pleno regional en materia penal de la región Centro-Norte, con residencia en la ciudad de México (Pleno Regional), resolvió la contradicción de criterios número 40/2023, de la que derivó la jurisprudencia con número de registro 2027280 –huelga referir su obligatoriedad para el estado de Guanajuato, en términos del artículo 217 de la ley de Amparo–, donde se destacó que "(...) toda vez que los pronunciamientos hechos por la Corte Interamericana de derechos humanos en las sentencias correspondientes a los casos ya señalados [...] se declaró la inconvencionalidad de la prisión preventiva oficiosa (...)."

El pleno regional no declaró expresamente la inconvencionalidad de la prisión preventiva oficiosa, pero ello se debe a que esta no era la materia de la contradicción que resolvió; sin embargo,

prácticamente la totalidad de la *ratio decidendi* de la resolución de la que hablamos[112] se fundamenta en la declaración de tal calidad de la medida cautelar en mención hecha por la corte interamericana de derechos humanos (Corte Interamericana).

Por otra parte, dicha resolución hace un estudio de relevancia superlativa para los órganos judiciales en materia penal de la región Centro Norte, y establece que todos tienen la obligación constitucional de hacer control convencional aplicando la jurisprudencia de la corte interamericana (párrafos 96, 108, 113, 114, 140, 143 y 149 de la sentencia) buscando la mayor optimización de los derechos humanos de los justiciables.

Expresamente señaló que

> "(...) atender al principio pro persona en su vertiente de criterio de preferencia de normas, implica que en caso de existir conflictos o contradicciones entre diferentes normas jurídicas, se debe preferir la interpretación y aplicación que resulte más favorable para la protección y garantía de los derechos humanos, es decir, se busca privilegiar la interpretación y aplicación que garantice el ejercicio pleno de los derechos en cuestión (...)."

Y que esas consideraciones dieron lugar a que

> "(...) el Tribunal Pleno, analizara el modelo mexicano de control constitucional en materia de derechos humanos y sus restricciones, respecto del cual se estimó que la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación no incluye disposiciones inalterables ni interpretaciones inflexibles de la constitución y del sistema legal mexicano (...)."

En ese examen, el Pleno Regional estableció que

> "(...) la disyuntiva interpretativa que originó la presente contradicción de criterios, surgió a partir de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de derechos humanos en las que se condenó

112 Undécima Época. Registro digital: 31778. Asunto: CONTRADICCIÓN DE CRITERIOS (ANTES CONTRADICCIÓN DE TESIS) 40/2023. Instancia: Plenos Regionales. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 29, Septiembre de 2023, Tomo IV, página 4568.

al estado Mexicano […] mismas que se agotan en la declaración de la inconvencionalidad de la prisión preventiva oficiosa, en los términos en que se ha realizado hasta ahora en nuestro país (...)"

y lo llevaron a concluir que

"(...)no se puede inadvertir que las sentencias de la Corte Interamericana de derechos humanos en las que se condenó a México, en particular, por considerar que la prisión preventiva oficiosa es inconvencional, son vinculantes y obligatorias para el estado Mexicano; además, deben ser acatadas y cumplidas de buena fe y que conforme a la jurisprudencia nacional e internacional, todos los operadores jurídicos estamos llamados a realizar un debido control de convencionalidad, a la luz de los estándares establecidos por el Tribunal Interamericano multicitado (...)"

En términos prácticos, el Pleno Regional encontró que el

"(...) nuevo entendimiento del artículo 19 constitucional, busca que la prisión preventiva ya no tenga efectos automáticos, sino que esta sea razonada en cada caso concreto, ya que la forma en que hasta la fecha ha sido entendida, es más una medida punitiva, que una medida cautelar pues el pronunciamiento hecho por la Corte Interamericana de derechos humanos, en las sentencias correspondientes a los Casos Tzompaxtle Tecpile y otros contra México y García Rodríguez y otro contra México […] condenó al estado Mexicano y […] declaró la inconvencionalidad de la prisión preventiva oficiosa (...)."

Lo que, en la materia de la contradicción que tuvo en sus manos, le llevó a considerar que tales aspectos

"(...) son elementos suficientes que permiten afirmar que en el caso, se actualiza de manera efectiva el principio de la apariencia del buen derecho, ya que se presume que hay probabilidades considerables para que el acto reclamado, en su momento, sea declarado inconstitucional (...)."

Y como resultado de ese hallazgo constitucional determinó que

"(...) por las particularidades del asunto, la presente ejecutoria no supone la inaplicación de algún precepto constitucional o secundario, desvirtuar la finalidad específica de los mecanismos jurídicos regulados en el orden jurídico nacional, la eliminación de cierta figura procesal, ni en absoluto el cuestionamiento del Texto constitucional, sino que implica el cumplimiento a la obligación constitucional de aplicar y hacer valer en todo momento el principio pro persona, mediante un examen de interpretación más favorable conforme a la misma disposición fundamental, únicamente por cuanto hace a los efectos de la suspensión provisional en el caso específico (...)."

De todo lo anterior, lo más destacable para la alzada fue la obligación de aplicar el control convencional de cara a la interpretación conforme y al principio *pro persona* en el tema de la prisión preventiva oficiosa como medida cautelar.

En este sentido, atendiendo al párrafo 218 de la resolución del Pleno Regional, donde se dijo que "(...) la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos es vinculante, y que ahí se resolvió categóricamente que es inconvencional la figura consistente en la prisión preventiva oficiosa (...).", lo procedente fue revocar la decisión que se apeló por la que se negó modificar la medida cautelar de la que hablamos, para efecto de reponer el procedimiento a fin de que de inmediato se convocara a una audiencia en la que dejara sin efecto la medida cautelar de prisión preventiva oficiosa que pesaba sobre el apelante, y se escuchara en debate a las partes sobre la eventual imposición de una o varias medidas cautelares diversas, entre las cuales podía hallarse la de prisión preventiva, siempre que la fiscalía justificara la necesidad de la cautela, en términos de los artículos 153 a 159 del código nacional de procedimientos penales.


CRITERIO 41
PODER JUDICIAL
SALA PENAL
Escritura 2012
Escritura 2016

Caso 41.- Interpretación del tipo penal de fraude procesal y valoración lógica de un informe pericial como dato de prueba. Toca 108/2023-O

En este asunto se realizó la suplencia de la queja deficiente en favor del inculpado. Los conceptos de agravio expresados por sus defensores, iban en el sentido de que los datos de prueba expuestos en la audiencia no servían para establecer el hecho que la ley señala como delito de fraude procesal. La Sala consideró que tanto la fiscal como la jueza incurrieron en un error al interpretar el tipo penal de fraude procesal de cara a los hechos que fueron puestos a su consideración jurídica, y la jueza incurrió en un incorrecto ejercicio de valoración de los datos de prueba. Expliquemos por qué.

De inicio, la Sala verificó el análisis del tipo penal del que hablamos, precisamente por lo que hace a uno de sus presupuestos, para lo que tuvo que acudir al método de interpretación histórica para ver cómo estaba confeccionado antes del que estaba en vigor al momento de los hechos imputados. Se trata del artículo 159 del código penal vigente antes de dos mil uno, que rezaba:

> "(...) Artículo 159. Se aplicará de tres meses a cinco años de prisión y de diez a cien días multa, al que simule escritos, títulos o cualquier acto u omisión que provoque una resolución judicial o administrativa, con objeto de aprovechar ilícitamente su eficacia jurídica, siempre que de tal resolución derive una ventaja indebida con perjuicio de tercero (...)."

La porción normativa que nos interesa, porque ha trascendido con el mismo sentido al código penal vigente en la época de la comisión de los hechos, es la que refiere la consecuencia de la simulación expresada en el sintagma *que provoque una resolución judicial o administrativa*, la cual se encuentra igualmente expresada en el artículo 266 código penal vigente en la época de comisión de los hechos, que reza

"(...) Artículo 266. A quien altere, falsee o simule documentos o actos *que provoquen una resolución judicial o administrativa,* se le aplicará de tres a nueve años de prisión y de treinta a noventa días multa (...)."

La única diferencia es que ahora la consecuencia se encuentra enunciada en plural, pero su operatividad sigue siendo sustancialmente la misma, y para el caso concreto, es la de que la simulación imputada al procesado tendría que haber provocado una resolución judicial. Esa tendría que haber sido su consecuencia inmediata. Esto significa que el elemento subjetivo, el dolo de este tipo penal, se traduce en la intención dañosa para la administración de justicia de hacer pasar por verdadero un acto o un documento que no lo es para provocar una resolución judicial o administrativa.

Así lo enseñaron los profesores Enrique Cardona Arizmendi y Cuauhtémoc Ojeda Rodríguez en su código penal comentado, al señalar que "(...) la simulación debe acarrear como consecuencia la emisión de una resolución judicial o administrativa (...)."[113] Esa, su interpretación, sigue siendo válida pues, como ya se dijo, la porción normativa que ellos interpretaron sigue siendo sustancialmente la misma.

Si esto es así, se vuelve clara la incorrección en que incurrieron la fiscal y la jueza, pues ambas esencialmente atribuyeron al imputado haber simulado una escritura pública el tres de diciembre de dos mil doce.

Sin calificar por ahora esa escritura, no es posible inferir claramente que cuando se confeccionó se haya tenido en mente utilizarla en el juicio que se inició el treinta y uno de mayo de dos mil diecisiete; es más, en puridad técnica, el contenido de esa escritura ni siquiera podría considerarse como el fundamento, por lo menos, del auto admisorio de dicho juicio ordinario mercantil en el que se demandó la nulidad de una asamblea y de los acuerdos tomados en ella, pues el fundamento de dicha pretensión fue el hecho de que

113 Cfr. Cardona Arizmendi, Enrique y Ojeda Rodríguez, Cuauhtémoc: Código Penal comentado para el Estado de Guanajuato. 4ª ed. Orlando Cárdenas Editores. México. 1998. p. 426

el allá demandante y acá inculpado se ostentó como accionista mayoritario de una persona jurídica, lo que sustentó en una escritura pública tirada el dieciséis de marzo de dos mil dieciséis, acto en el que su madre le trasmitió como dación en pago 374 acciones de la sociedad antes mencionada; escritura cuya veracidad, por cierto, no fue puesta en tela de juicio.

Lo anterior significa que, en todo caso, la escritura pública cuya falsedad se predica habría sido utilizada o usada como antecedente que justificaría históricamente la diversa en la que la madre del inculpado habría transmitido las acciones, pero sería esta última la que, también en todo caso, habría provocado las decisiones asumidas en el juicio en el que se presentaron ambos instrumentos. ¿Y por qué es importante hacer esta distinción? Pues porque no es lo mismo utilizar o usar un documento falso que simular un documento para provocar una resolución judicial o administrativa.

Veámoslo desde otra perspectiva. Si hemos entendido que entre el acto de simulación y su consecuencia, traducida en provocar la resolución, la relación debe ser inmediata, entonces lo que tenemos en el caso concreto es que, aun cuando se pudiera considerar como falsa la escritura de diciembre de dos mil doce, la relación entre el acto que se dice se simuló en ella y las resoluciones asumidas en el juicio mercantil donde se presentó, no es próxima, sino remota. Lo que se desprendió de los datos de prueba expuestos en la audiencia inicial es que esa escritura sirvió de base, poco más de tres años después, para celebrar un acto jurídico de dación en pago entre las mismas personas que, se supone, participaron en el reconocimiento de adeudo como deudora y acreedor.

Pero de ninguna manera podría decirse que cuando se confeccionó, alguna de las partes que en ella intervinieron haya tenido en mente utilizarla en un juicio que se promovió poco más de cuatro años después y para el que se presentó como documento base de la acción un instrumento notarial diverso. Ello elimina el dolo necesario para el hecho que la ley señala como delito de fraude procesal, pues como ya se vio arriba, la intención que, en este caso, debería haber perseguido la simulación del acto o del documento tendría que ser

la de instar al órgano judicial con base en él, para así provocar una resolución. Esto no ocurrió aquí.

Por otra parte, en relación con la falsedad que se predica de esa escritura pública, es conveniente precisar en qué consiste el ejercicio de valoración de los datos de prueba en la etapa de vinculación a proceso. El dato de prueba deriva de los actos de investigación que realizan el ministerio público y sus auxiliares, o el inculpado y su defensor, y tiene la finalidad de demostrarle al juzgador que existen elementos objetivos susceptibles de ser llevados a juicio para desprender de ellos elementos de convicción que sustenten la pretensión del órgano acusador, o de la defensa y el inculpado, en su caso.

De este modo, basta que la expresión de su existencia y contenido resulten lógicos y verosímiles para que cumplan su cometido de "*establecer*", de fijar las cuestiones que deberán ser plenamente demostradas en la audiencia de juicio. En el momento procesal en que aparecen expuestos, resultan útiles única y exclusivamente para declarar que aconteció un hecho con apariencia delictiva y que puede probarse que una persona lo cometió o intervino de cualquier modo en su comisión. Lo anterior no implica, desde luego, que no puedan ser desvirtuados por otros datos de prueba que les resten precisamente la verosimilitud y la credibilidad que, *prima facie,* otorguen; pero en tanto superen la criba de la racionalidad y razonabilidad, resultarán siempre suficientes e idóneos para fundar la decisión a la que son llamados, que no es otra sino el auto de vinculación a proceso.

Es justamente esa mínima intensidad probatoria, ese comúnmente llamado estándar probatorio disminuido, el que funda la exigencia de que los datos de prueba guarden entre sí un delicado e inalterable equilibrio racional, mismo que al aparecer quebrantado, resta cualquier eficacia demostrativa a los datos de prueba a los que afecta. Lo que en este asunto tenemos es que, precisamente, ese equilibrio racional apareció roto en la información aportada por la fiscalía.

Esto se debió a que en un informe pericial en materia de grafoscopía, el perito de la fiscalía afirmó que él se había encargado de recabar las impresiones de las firmas que sirvieron para realizar su examen, pero la defensa demostró que fue otra persona la que lo hizo.

Por otra parte, en el informe estuvo ausente la precisión de los rasgos y características en que eran distintas las firmas que comparó, ni tampoco hubo descripción y explicación de la metodología que utilizó, lo que la Sala consideró como buenas razones para restarle valor convictivo.

En estas condiciones, la juzgadora tomó el informe pericial recabado por la fiscalía como un dato determinantemente incontestable, a pesar de todas las deficiencias que en él reconoció, pero luego dijo que esas deficiencias tendrían que ser debatidas en otra etapa del proceso. Es decir, a pesar de ser un informe dogmático que no proporcionó la información elemental sobre el método que se siguió para llegar a las conclusiones que en él se plantearon, a pesar de que no se describieron los datos fundamentales que le permitieron al perito determinar por qué razones las firmas que comparó eran diferentes, y a pesar de su falta de probidad, la jueza decidió concederle eficacia convictiva para predicar la falsedad de la escritura pública de diciembre de dos mil doce.

En esta línea crítica, la Sala precisó que en la prueba pericial se concretan los conocimientos técnicos y científicos de la experiencia humana, que son puestos en juego de manera sistematizada por los expertos en la materia de que se trate, a fin de explicar en el proceso cualquier fenómeno problematizado, proporcionando la respuesta que permitirá adscribir consecuencias jurídicas a un hecho.

Por estas razones es que la credibilidad y la fiabilidad de un perito descansa, básicamente, en dos aspectos de su labor: el nivel de pericia del experto en su materia y la suficiencia explicativa de la respuesta que dé al problema que resuelve. Este último aspecto implica cuestiones sistemáticas y metodológicas, que son el sustento de los exámenes que se realizan en una prueba pericial. De esta suerte, cuando alguien que se ostenta como experto en una materia hace gala de su preparación, conocimiento y pericia en dicha materia y puede resolver y explicar con soltura, fluidez, claridad y suficiencia el problema sometido a su consideración, tenemos entonces una prueba pericial valiosa para el proceso.

Empero, fueron estas características las que se hallaron ausentes en el informe pericial presentado por la fiscalía.


CRITERIO 42
AGENCIA DEL
MINISTERIO PÚBLICO
POLICÍA

Caso 42.- Perspectiva de género y racionalidad de los elementos de juicio. Toca 114/2022-O

Este asunto revistió un interés especial debido a que la Sala nadó contracorriente, sostenida solo en la tabla de la racionalidad. Se trató de un caso en el que se imputó una tentativa de feminicidio, la A quo vinculó a proceso por violencia familiar, pero la Sala determinó que lo que se actualizaba eran lesiones graves. Veamos lo que ocurrió.

La alzada consideró que los agravios que se expusieron resultaron parcialmente fundados, suficientes para modificar el auto recurrido, aunque no para declarar establecido el hecho de tentativa de feminicidio, sino solo para reclasificar los hechos atribuidos al inculpado como los que la ley señala como delito de lesiones previstas por el artículo 146 del código penal del estado en el supuesto de causar la disminución en una función. Para explicar por qué consideró necesario fijar un indispensable baremo para la decisión que asumió.

La perspectiva de género –como ya se dijo antes en otro apartado (casos 19 y 40)–, en un sentido amplio, es una herramienta hermenéutica útil a los fines de identificar situaciones de desventaja estructural en que se encuentran grupos vulnerables por motivos de género, para efecto de garantizarles el acceso a la justicia en condiciones de equidad. Las mujeres constituyen uno de esos grupos. Sin embargo, en el tema probatorio no puede utilizarse para justificar la reducción del estándar de racionalidad de la información que se incorpora al proceso como soporte de la decisión judicial; es decir, no debe utilizarse como soporte de especulaciones ni de enunciados que rompan con la exigencia de racionalidad y razonabilidad propia de los asertos que fundan la motivación de una decisión judicial.

En ello radica la delicada tarea de ponderar los elementos de juicio desde la atalaya de la perspectiva de género para garantizar que la aplicación de la ley, en casos donde intervengan personas vulnerables por motivo de su género, pueda llevarnos, como acontece en el proceso penal, a esclarecer los hechos, proteger al inocente,

procurar que el culpable no quede impune y que se repare el daño, a fin de contribuir al aseguramiento del acceso a la justicia en la aplicación del derecho y la resolución del conflicto que surja con motivo de la comisión del delito, tal como ordena el artículo 2º del código nacional de procedimientos penales.

Lo anterior fue de la mayor relevancia de cara a las inconsistencias que presentaron tanto el relato que de los hechos acontecidos realizó la ofendida, como la investigación. Para comprender esta afirmación, comencemos por la reseña de aquello que, con base en los datos de prueba expuestos en la audiencia, pudo establecerse sin mayor dificultad dialéctica: el día de los hechos, entre las 04:00 y las 04:30 horas, la ofendida se hallaba en un domicilio conviviendo con el inculpado, lo que hacían desde aproximadamente las 21:00 horas del día anterior.

Habían estado consumiendo bebidas alcohólicas, y al calor de la convivencia, tuvieron una discusión en la que la ofendida arrebató un teléfono celular al inculpado y luego lo arrojó al piso; en ese espacio tiró unas botellas de vidrio que se hallaban sobre una mesa al centro del lugar donde departían, las que se rompieron. Luego de lo anterior el relato de la ofendida –que es el único con el que se cuenta para reconstruir lo que ahí sucedió– se vuelve confuso.

En un primer momento dice que el inculpado se enfureció cuando lanzó al piso su teléfono y comenzó a insultarla, por lo que ella optó por retirarse, así que se levantó y se dirigió a la salida de la casa, pero de pronto sintió un fuerte golpe en la pantorrilla izquierda y cuando volteó a ver qué había sucedido se percató de que el inculpado le había arrojado una botella de vidrio, la que al estrellarse en esa parte de su cuerpo, se rompió y le provocó una herida que comenzó a sangrar mucho. Esa versión la otorgó al llamar al número de emergencias 911, cuya grabación fue transcrita por un agente de investigación criminal; también se la dio a la doctora que la recibió y atendió en el área de urgencias del hospital general de la ciudad, y a la agente del ministerio público que le tomó su primer entrevista luego de acontecidos los hechos.

Sin embargo, en una segunda comparecencia ante el ministerio público en la que, según su propia voz, iba a *aclarar* lo que sucedió

aquella noche, la ofendida dio una versión completamente distinta de la parte medular de lo acontecido, pues indicó que luego de haber arrojado al piso el teléfono y haber tirado y roto las botellas, el inculpado fue por una escoba y un recogedor para recoger los vidrios rotos; que luego de hacerlo, el inculpado se sentó en un sillón frente al que ella, al salir, tendría que pasar, que ella se puso sus zapatos, se levantó para irse de la casa y pasó frente al inculpado, quien se agachó cuando lo hizo, y de pronto sintió ardor en la parte trasera de su pierna izquierda, pero siguió caminando hacia la puerta; que al ver que estaba cerrada volteó y vio sangre y al verse su pierna vio que sangraba y que tenía *un pedazo de carne colgada*. Respecto a su primera versión dijo que la agente del ministerio público que le tomó la entrevista la *debió haber entendido mal*, pues ella le dijo que el inculpado la había cortado con la botella, no que se la había lanzado.

En una tercera intervención narró que mientras discutían, el inculpado se levantó de donde estaba sentado y fue a *poner seguros* a la puerta de entrada y luego se dirigió a la cocina; que desde donde ella estaba pudo escuchar que algo se quebró, y fue que luego lanzó el celular al piso mientras el inculpado estaba sentado en un sillón, erguido con la mano izquierda flexionada y oculta detrás de su espalda y solo la observaba; que ella se dirigió a la puerta y al hacerlo sintió algo extraño en su pierna, volteó y vio una botella quebrada en el piso y su pierna sangrando de la que colgaba un pedazo de carne.

Estos tres escenarios se refieren a la parte medular del relato de la ofendida, a la parte donde se supone que el inculpado le infligió la herida. Como se ve sin mayor dificultad, no son relatos racionales. Bastó aplicarles los principios lógicos de identidad y contradicción para comprender que no eran útiles para establecer con ellos un escenario coherente de los hechos. Expliquemos. Se tuvieron tres versiones. Por el principio lógico de identidad decimos que dos cosas iguales a una tercera son iguales entre sí. De aquí obtenemos que para poder sostener que el relato de los hechos brindado en sus tres intervenciones por la pasivo guardaba relación de identidad, que se refería a hechos idénticos, los dos posteriores tendrían que haber sido esencialmente iguales al primero y así los tres hablarían de cosas idénticas. No fue el caso.

Por el principio de contradicción tenemos que una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo. En este caso, no puede ser que el inculpado haya arrojado una botella a la pasivo y no lo haya hecho; no puede ser que la haya lesionado al agacharse cuando pasó frente a él y no haya sido así; y no puede ser que haya estado sentado, erguido, con una mano oculta tras su espalda cuando la ofendida pasó frente a él y no haya sido así. Las tres versiones de la ofendida fueron excluyentes entre sí, y en estas circunstancias no fue posible establecer de modo concreto cómo fue que el inculpado le infligió las heridas que lastimaron la parte trasera de su pierna izquierda en las zonas del hueco poplíteo y el músculo gastrocnemio, porque, además, no existió una sola lesión, sino una lesión de gran extensión –de la cual no quedó precisado por parte de la fiscalía el lugar exacto en que se encontró– y además existieron otras lesiones menores cerca de esta.

Esto es, no quedó claro –e incluso así lo reconoció la propia fiscalía– qué fue lo que exactamente sucedió en el momento en que el imputado infligió las lesiones a la pasivo: no se supo si fue un arrebato de furia por el que le lanzó un objeto que las produjo; no se supo si aprovechó la oportunidad de que la pasivo pasó frente a él caminando para agacharse y tomar un objeto del piso para lesionarla, ni tampoco se supo si al tomar asiento luego de que la ofendida dañó su teléfono, ya llevaba un objeto en una de sus manos que ocultaba detrás de su espalda, y solo esperó el momento adecuado para lesionarla, que fue cuando pasó caminando frente a él. Y la imposibilidad de fijar en aquel momento procesal de la audiencia inicial la forma en que aquella fue lesionada no deriva de otra cosa sino de las diversas y contradictorias versiones que ella misma proporcionó de los hechos.

No se advirtió por parte de la Sala que en la recopilación de la información se hubiera colocado a la ofendida en alguna situación de desventaja estructural frente al inculpado; al contrario, desde que fue recibida en el hospital general se activaron los protocolos pertinentes a la protección de una mujer víctima de violencia y durante toda la investigación se garantizó su derecho de audiencia y de aportar información a la causa. Pero que esa información haya adolecido de deficiencias en su contenido no pudo atribuirse ni a la autoridad ni

al imputado, ni mucho menos tales deficiencias podían ser obviadas, ignoradas, tergiversadas o subsanadas bajo la justificación de apreciar los hechos a través de la mirada de la perspectiva de género.

En estas circunstancias, respecto al elemento subjetivo en la conducta desplegada por el imputado, la información atendible expuesta en la audiencia indicó que obró con ánimo de lesionar a la pasivo en la parte trasera de su pierna izquierda, pero sobre esa misma base probatoria no puede establecerse que ese ánimo haya llevado ínsita la intención de privar de la vida a la pasivo, mucho menos atendiendo a la información proporcionada por la víctima en el sentido de que el imputado en alguna ocasión habría hablado con un primo para preguntarle *cómo podría matar a una persona desangrándola*, a lo que este habría contestado que, entre otras formas, cortándola detrás de la rodilla, y ello se debió a que el propio primo del inculpado, al ser entrevistado, negó haber tenido alguna conversación de ese tipo con él y en presencia de la pasivo.

Por otra parte, a esta indeterminación se sumó que no quedó claramente establecido que la lesión de mayor envergadura hubiera sido en el hueco poplíteo, pues la doctora que atendió a la pasivo en el área de urgencias del Hospital General de la ciudad indicó que presentaba una lesión *justo debajo del hueco poplíteo*, y luego, un médico que rindió un informe por parte de la defensa señaló que la lesión mayor no se hallaba en el hueco poplíteo; incluso en el escrito recursal la fiscalía reconoció e invocó la ubicación de la herida proporcionada por la doctora del hospital general, pero no obstante ello, durante toda su exposición en la audiencia inicial, y aún ante esta instancia, insistió en señalar que dicha lesión se ubicó *específicamente en el hueco poplíteo*.

Se entiende ahora la insistencia de la fiscalía porque en su teoría del caso resultaba relevante que la perito médico legista de la fiscalía hubiera informado que en el hueco poplíteo se ubican la arteria poplítea y la vena poplítea, y que si estas resultan lesionadas es posible que una persona pierda la vida. Empero, en la audiencia inicial no pudo establecerse el sitio donde se ubicó la lesión mayor de la pasivo como para afirmar que, efectivamente, con ella su vida pudo haber corrido algún riesgo.

Una inconsistencia más del caso la encontramos en la afirmación de que la intención del inculpado de matar a la pasivo fue clara debido a que esperaba que se desangrara y no le prestó auxilio luego de lesionarla. Sin embargo, en la primera versión que otorgó la pasivo dijo que luego de que fue lesionada, se dirigió al baño de la casa y el inculpado fue detrás de ella, pero ella se negó a que la auxiliara, luego ambos salieron a la caseta de vigilancia del fraccionamiento donde se hallaban y desde ahí pidieron ayuda, pero antes que la ambulancia llegaron los padres de la ofendida y fueron quienes la llevaron al hospital general.

En la segunda versión dijo que el inculpado no la dejaba salir y no hacía nada para ayudarla, que incluso ella intentó quebrar el vidrio de la ventana de un baño para pedir ayuda; sin embargo, indicó que el inculpado terminó acompañándola hasta la caseta de vigilancia donde él y el guardia no hacían nada para ayudarla y que le habló por teléfono a sus padres para que fueran por ella; y en una tercera versión añadió que ya en el baño gritaba para que la ayudaran y el inculpado le decía que se callara y no hacía nada para ayudarla, que iba a quebrar un vidrio para que los vecinos la ayudaran, pero que optó por salir al jardín e intentó escalar una reja pero no pudo porque *sentía que se desmayaba*; sin embargo, nuevamente dijo que el inculpado terminó saliendo con ella del domicilio y acompañándola hasta la caseta de vigilancia donde pidieron ayuda al guardia.

La Sala justificó la inconsecuencia jurídica de invocar la tentativa de feminicidio sobre esta base fáctica del siguiente modo. Supongamos que, efectivamente, el inculpado lesionó a la pasivo con la intención de que se desangrara hasta morir. Si esto fuera así, ello aconteció al interior del domicilio que se hallaba, según dijo la ofendida en algunas partes de su versión, cerrado. Luego, como parte esencial de ese acto inequívocamente dirigido a privar de la vida a la pasivo, el inculpado tendría que haber procurado a toda costa que esta no saliera del domicilio y que ahí perdiera tal volumen de sangre que ello provocara su muerte.

Pero si lo que hizo el inculpado fue abrir el domicilio y salir con la ofendida hasta la caseta de vigilancia desde donde pidieron una

ambulancia –lo que confirmó el guardia de la caseta–, y desde donde la pasivo llamó a sus padres, entonces el inculpado habría desistido explícita y materialmente de su intención de privar de la vida a la pasivo en la forma que le fue imputada, pues no solo le permitió salir del domicilio sino que incluso la acompañó a pedir ayuda.

Ya desde el momento en que hubiese abierto el domicilio para acompañarla a pedir auxilio, la supuesta intención de hacerla morir desangrada habría sido desterrada de su ánimo para dar paso a la intención de que la ofendida recibiera auxilio, con lo que estaría contribuyendo a impedir el resultado que en un principio persiguió, lo que excluiría la tentativa del feminicidio en términos del último párrafo del artículo 18 del código penal del estado.

Por eso se concluyó que los elementos de convicción expuestos en la audiencia no alcanzaron para afirmar que el imputado tuvo la intención de privar de la vida a la pasivo el día de los hechos.

Ahora bien, la jueza del primer grado reclasificó jurídicamente los hechos y los encuadró en el segundo párrafo del artículo 221 del código penal del estado, pero la Sala encontró que dejó de aplicar el penúltimo párrafo del mismo artículo. Expliquemos a qué nos referimos.

El segundo párrafo del artículo del que hablamos estipula lo siguiente:

> "(...) Igual pena se aplicará cuando la violencia se ejerza contra quien haya mantenido una relación de las señaladas en el párrrafo (sic) anterior o no teniendo ninguna de las calidades anteriores cohabite en el mismo domicilio del activo (...)."

La juzgadora tomó como base de su decisión reclasificatoria el hecho de que la pasivo había cohabitado anteriormente por un lapso de dos meses con el inculpado, y por esa razón la agresión física que sufrió el día de los hechos habría constituido violencia familiar. Sin embargo, la A quo soslayó el tiempo en que está conjugado el verbo *cohabitar* en el enunciado normativo que fundó su decisión. Basta la simple lectura del párrafo para encontrar que

se encuentra conjugado en tiempo presente subjuntivo,[114] lo que significa que la exigencia típica de que pasivo y activo en el tipo penal de violencia familiar *cohabiten*, debe ser actual al momento de verificarse la conducta de violencia, lo que no acontece en la especie, pues inculpado y ofendida tenían poco más de un año con cuatro meses de haber dejado de cohabitar.

Por otro lado, el penúltimo párrafo del artículo que se analiza establece que "(...) (l)a punibilidad prevista en este artículo se aplicará siempre que el hecho no constituya otro delito de mayor gravedad (...)". En este asunto, se tuvo que las lesiones que fueron infligidas a la pasivo son de las que prevé el artículo 146 del código penal del estado, pues hasta aquel momento procesal pudo establecerse que dejaron en ella una disminución en la función deambulatoria. Luego, la pena de prisión para el delito de violencia familiar prevista por el artículo 221 del código penal es de uno a seis años, en tanto que la prevista para las lesiones a las que nos hemos referido va de dos a ocho años de prisión, lo que significa que es un delito más grave que el de violencia familiar; por lo tanto, la reclasificación jurídica tendría que haber sido para encuadrar los hechos en el que la ley señala como delito de lesiones previsto por el artículo 146 del código penal del estado en el supuesto de que las lesiones infligidas causaron disminución de la función deambulatoria.

114 Cfr. Real academia española: Cohabitar, en Diccionario de la lengua española. Recurso digital disponible en https://dle.rae.es/cohabitar y Concepto: Modo subjuntivo. Recurso digital disponible en https://concepto.de/modo-subjuntivo/ consultadas el 4 de enero de 2023.




CRITERIO 43

Caso 43.- Duda razonable y testigos de referencia. Toca 116/2022-O

Este asunto fue interesante porque la fiscalía –a la sazón, recurrente– sostuvo que la A quo incurrió en un *exceso en la libre valoración de la prueba*. Veamos.

El problema jurídico en este asunto tuvo que ver con la imputabilidad del resultado a una conducta desplegada por el sentenciado. En este sentido, la postura jurídica de la fiscalía naufragó en las procelosas aguas de la lógica y no superó el estándar probatorio de la duda razonable. La Sala encontró que el apelante planteó un tipo especial de la falacia de petición de principio denominada *círculo vicioso*. La petición de principio consiste en que "(...) la misma conclusión que hay que probar o alguna proposición que de ella depende, se toma como principio de la demostración, y toma la forma de circulo vicioso cuando una proposición se prueba por otra y esta, a su vez, por la primera (...)."[115]

Esta afirmación se demostró del siguiente modo. El recurrente solicitó que se otorgara valor probatorio a los testigos de cargo que presentó en juicio, aun cuando todos ellos eran testigos de referencia, pues ninguno de los que hicieron señalamientos en contra del sentenciado compareció a juicio.

¿Qué tuvo, entonces, el ministerio público en materia de imputación del resultado a la conducta del sentenciado? Bueno, pues tuvo a un grupo de testigos que habló de cosas que no presenciaron, sino que terceras personas les contaron, además de que –por si lo anterior no bastara– ninguna de las personas que les relataron esas cosas fue identificada en la investigación, ni se presentó en el juicio.

Sobre esta base, el ministerio público pretendía que se diera valor probatorio a lo que sus testigos dijeron que, a su vez, les habían dicho terceras personas, y sostuvo que esto debía ser así porque en el

115 Vid. Castillo Alva, José Luis et al.: Razonamiento judicial. Interpretación, argumentación y motivación de las resoluciones judiciales. 2ª ed. ARA Editores. Lima, Perú. 2006. pp. 356-357

juicio se produjo evidencia objetiva que corroboraba lo que quienes hablaron con los testigos narraron, como es la existencia de los cadáveres en el lugar donde murieron, el día en que murieron y la forma en que murieron, de donde debía partirse para declarar probada la intervención del sentenciado en los hechos.

Así, el recurrente pretendía que la alzada declarara demostrada la intervención del sentenciado en los hechos que le atribuyó, porque los relatos que hicieron las personas que hablaron con sus testigos tienen valor probatorio en los términos expuestos en el párrafo que antecede, y desde su perspectiva, la narración que hicieron esas personas a los testigos que sí comparecieron a juicio ameritaba valor probatorio porque se demostró que los aquí agraviados fueron atacados, como quedó demostrado que así fue.

La inconsecuencia lógica deriva de lo siguiente: la fiscalía tuvo una premisa demostrada consistente en las circunstancias específicas en que fueron atacados los agraviados, por la que fue posible sostener que once de ellos murieron y una más sobrevivió. Sobre esta premisa no hubo discusión. Quedó demostrado que el día de los hechos, entre las 00:30 y las 01:00 horas, todas las víctimas se hallaban en un bar cuando, al parecer, cuatro personas llegaron a ese sitio y accionaron cuatro distintas armas de fuego en su contra.

La fiscalía construyó una segunda premisa a partir de que, como ya se dijo, contó con un grupo de personas que, *grosso modo*, afirmaron que otras personas les dijeron quiénes habían perpetrado ese ataque, y el fiscal pretendía que se diera valor a esa información que fue recibida, pero no percibida por sus testigos, y quería que fuera de esa manera porque en el relato de los terceros a sus testigos se dice que el acusado y otras tres personas atacaron ese bar el día de los hechos, y en efecto, ese bar fue atacado el día de los hechos.

Esa segunda premisa sería que, en el tema de la imputación del resultado a la conducta del sentenciado, el relato de los terceros merece valor probatorio porque, efectivamente, el bar fue objeto de ataque el día de los hechos. Lo que permanece constante en las premisas es que el bar fue atacado.

En un tercer momento lógico el fiscal pretendió que la alzada declarara probada la intervención del sentenciado en el ataque al bar el día de los hechos –es decir, que sostuviera la imputación del resultado a una conducta atribuible al sentenciado–, porque fue demostrado que el bar fue atacado el día de los hechos en los términos en que narraron los terceros que se lo contaron a sus testigos. El enunciado que contendría esta premisa sería el siguiente: está probado que el acusado y otras tres personas perpetraron los hechos aquí juzgados porque así se lo contaron terceras personas a los testigos de cargo que comparecieron a juicio.

Aquí el ejercicio lógico. Quien ponga los ojos encima de estas premisas con las herramientas de la lógica en las manos, se percatará de que el fiscal sostenía lo siguiente: en la imputación que hace en contra del sentenciado, donde hubo personas que no comparecieron a juicio ni fueron identificadas, y cuya cadena de eventos fue expuesta en audiencia por los testigos de cargo que sí comparecieron a juicio, pero que sólo son meramente referenciales, es valiosa porque se condice con las circunstancias en que fueron atacados los ofendidos el día de los hechos.

El problema está en que para llegar a esta conclusión, la fiscalía sostuvo que el valor de la imputación hecha por personas que no comparecieron a juicio deriva de que las cosas que supuestamente narraron a quienes sí acudieron al juicio, se corresponden con la evidencia objetiva de los hechos; pero es precisamente esa imputación la que tendría que haber sido demostrada a través de su exposición en el juicio, sumada a la de la forma en que acontecieron los hechos, nuclear y periféricamente, y lo único que se probó es que doce personas fueron atacadas con armas de fuego en un bar, y que de ellas once murieron y una sobrevivió

Más claro. Lo único que, al final del día, se demostró en el juicio, más allá de cualquier duda razonable, fue que la mañana del día de los hechos, aproximadamente a las 08:11 horas, se tuvo conocimiento de que en un bar *había ocurrido un robo*, pues así lo informó la primer respondiente, una mujer policía vial municipal; pero que al llegar al lugar, esta persona y un compañero se percataron de que lo que había

acontecido era un ataque con armas de fuego en contra de las personas que se hallaban en aquel sitio, en el que resultaron fallecidas once y sobrevivió una de ellas.

La hora del ataque pudo ser precisada con la declaración en juicio de un vecino del lugar, quien informó que aconteció aproximadamente a las 01:30 horas del veintisiete de septiembre de dos mil veinte. Nada más. Es decir, en relación con la forma en que sucedieron los hechos y con quiénes los ejecutaron, el resto de lo que válidamente se supo derivó de la intervención de los terceros auxiliares del ministerio público encargados de fijar el lugar de los hechos y asegurar todo tipo de indicios relacionados con éstos. Huellas, vestigios, rastros, de lo que sucedió. Pero información que indicara quién o quiénes perpetraron el ataque y la forma en que lo hicieron, legalmente no existió.

Y no existió porque ninguno de los testigos de cargo que hablaron en el juicio sobre la imputación de estos hechos al acusado, vio lo que sucedió. Ninguno lo vio en el sitio donde ocurrieron; ninguno lo vio accionar algún arma de fuego; ninguno lo vio retirarse del lugar luego del ataque; ninguno lo vio antes o después en el lugar con algún arma en las manos; ninguno lo escuchó manifestar de alguna manera que perpetraría o perpetró el ataque; y las personas que supuestamente aportaron esa información, no comparecieron al juicio y ni siquiera fueron identificados en la investigación.

Este cuadro procesal permitió válidamente construir una duda bastante razonable sobre la existencia de los supuestos testigos y sobre si en realidad percibieron lo que se dijo que narraron, fuera de que, al no haber comparecido a juicio, ningún valor probatorio tiene la referencia a sus dichos.




CRITERIO 44

Caso 44.- Modificación de la prisión preventiva luego de exceder el plazo de dos años.
Toca 111/2023-O

En este asunto, el defensor de un procesado compareció a recurrir lo decidido en una audiencia de revisión de medida cautelar de prisión preventiva. Para la Sala, independientemente de que los agravios expresados por el recurrente fueron esencialmente fundados, existieron violaciones a los derechos humanos del acusado que debía reparar oficiosamente, al hacerse recaer el recurso sobre el tema de la prisión preventiva oficiosa.

En ese orden de ideas, la Sala detectó una violación a los derechos humanos de legalidad y seguridad jurídica del procesado, previstos en los artículos 14 y 16 de la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, porque las razones que expuso la A quo para prolongar la prisión preventiva del procesado carecieron de contenido y por ello no se ajustaron a las reglas constitucionales y legales que regulan la institución de la prisión preventiva. Veamos por qué.

Como primera premisa, se estableció que en la audiencia donde se tomó la decisión que se revisó se dejó establecido que a la fecha de la misma el procesado llevaba dos años, dos meses y veinte días en prisión preventiva. También quedó establecido que la única prórroga procesal que se solicitó de su parte para ejercer su defensa se tradujo materialmente en una dilación de un mes con cinco días. De modo que a la fecha de la audiencia y para los efectos de los artículos 20, apartado B, fracción IX, segundo párrafo, y 165, segundo párrafo, del código nacional de procedimientos penales, el procesado había pasado dos años, un mes y quince días en prisión preventiva.

Una siguiente premisa se construyó a partir del carácter operativo de los artículos recién citados, cuya redacción es idéntica y para cuya comprensión no hacen falta profundos análisis hermenéuticos. A continuación la trascribimos:

"(...) La prisión preventiva no podrá exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso *y en ningún caso será superior a dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado. Si cumplido este término no se ha pronunciado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso,* sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares (...)."

Esta porción normativa opera en calidad de regla, es decir, para encontrar si cobra o no aplicación en un caso concreto debemos acudir a un juicio de subsunción, para lo que basta con averiguar si los elementos normativos se hallan colmados en ese caso o si no es así: de darse el primer supuesto, la regla opera, si no, simple y sencillamente no opera. Y para dejar un ejemplo práctico, nada como la figura de la prescripción, que también opera como regla. Para que un delito prescriba, necesariamente debe transcurrir el tiempo que fija la ley para ese fin, así que si en un caso concreto dicho lapso no ha transcurrido en su completitud, la prescripción no opera, y si ya transcurrió, en el mismo momento que se completa, opera la prescripción.

Decíamos que el enunciado normativo que trascribimos, en la porción que estamos problematizando, no amerita mayores ejercicios hermenéuticos. La regla es clara: si una persona lleva dos años en prisión preventiva y esa dilación no se debe única y exclusivamente al ejercicio de actos para su defensa, la prisión debe cesar de inmediato. No se desconoce que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia con número de registro digital 2024608, estableció como parámetros para justificar la prolongación de la prisión preventiva tres elementos: la complejidad del asunto, la actividad procesal del interesado y la conducta de las autoridades. [116]

Así, en este asunto, la juzgadora sostuvo como razones para prolongar la prisión preventiva oficiosa que pesa sobre el acusado el que el juicio estaba próximo a celebrarse, que se trataba de un

116 Undécima Época. Registro digital: 2024608. Instancia: Primera Sala. Tesis: 1a./J. 32/2022 (11a.). Materia(s): Penal. Materia(s): Penal. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 13, Mayo de 2022, Tomo III, página 2839.

asunto complejo por ser un homicidio, y los homicidios son asuntos complejos porque hay que buscar a los testigos y a las víctimas; y que la prolongación de la prisión también garantizaría la presencia del acusado en el juicio.

Expuestas en esos términos, ninguna de ellas justificaba la prolongación de la citada medida cautelar, pues en ninguna de ellas se le dio contenido específico y racional a los baremos fijados en la jurisprudencia que se invocó, con lo que la decisión de la A quo se tornó arbitraria, y por ello la Sala ordenó que cesara de inmediato.


PERITO
FISCALÍA
1
2
CRITERIO 45

Caso 45.- Un robo de película y prueba ilícita. Toca 33/2024- O

La designación que se ha dado a este caso, lejos de mover a chanza, responde a lo que sucedió. Pasemos a su análisis.

En primer lugar, fueron las defensoras del inculpado las que acudieron a impugnar el auto de vinculación a proceso que se emitió en su contra, y expresaron, en lo medular, que los datos de prueba expuestos por la fiscalía no permitían establecer de manera probable la intervención de su representado en los hechos que se le atribuyeron, y tenían sobrada razón, lo que bastó para que la Sala revocara el auto que combatieron.

Ahora bosquejemos lo que sucedió en este asunto en el tema de los hechos: la madrugada del día que ocurrieron, un grupo de personas intentó acceder a las instalaciones de una empresa de custodia de valores a través de un túnel que se excavó de un domicilio ubicado en una calle aledaña, hasta un sitio denominado *antebóveda,* en las instalaciones de la citada empresa.

Fue posible inferir que se dirigían a la bóveda de la empresa en la que se guarda el numerario que custodia, pero fallaron por aproximadamente noventa centímetros, y como quiera, no lograron entrar porque fueron sorprendidos por uno de los guardias, quien al escuchar ruidos en la antebóveda fue a revisar y vio que se estaba levantando el piso, por lo que procedió a colocar encima diversos objetos con el fin de impedir que quien intentaba ingresar lo lograra, y además fue a poner sobre aviso a sus compañeros guardias.

También podemos inferir que quienes pretendían ingresar a la empresa se supieron descubiertos, por los gritos de alarma del guardia, y desistieron de su designio, pues para las 03:20 horas, que fue cuando llegó el superior de este último y entró en el sitio que se pretendía allanar, ya no había nadie intentando ingresar. Ese intento ocurrió, pues, entre las 02:48 y las 03:06 horas, que fue cuando se recibió el reporte de los hechos en la cabina de C4 de la dirección de seguridad pública municipal.

Pero no fue sino hasta las 09:41 horas del mismo día que se permitió la entrada a las instalaciones de la empresa a un perito de la fiscalía general del estado, pues antes de eso ni siquiera se le había permitido a los elementos de policía municipal que acudieron al reporte que transmitió la cabina de C4; de modo que transcurrieron poco más de seis horas entre el momento en que se intentó el ingreso y el en que el perito de la fiscalía entró a la empresa a fijar el túnel y los indicios que ahí se hallaban, de donde debemos destacar que ese mismo lapso transcurrió desde que no se supo más de los sujetos que pretendían entrar al lugar, sin que nadie los hubiera seguido luego de que desistieron del ingreso.

En estas condiciones, el perito fue fijando los hallazgos que localizó a lo largo de los 115.9 metros que tenía de largo el túnel, entre los que se contaron gatos hidráulicos, carretillas, herramienta, y botellas de refresco y agua. Cuando llegó al final del túnel, subió por una escalera y se dio cuenta que desembocaba a un inmueble, por lo que, según informó, dio aviso al fiscal a cuyo cargo estaba actuando, a quién le preguntó cómo proceder, y de él recibió la instrucción de ingresar al inmueble, lo que hizo a través de la escalera, que daba a un cuarto que protegía un aljibe. En ese cuarto, junto a una de sus paredes encontró algunas latas de cerveza; otras más en su puerta de acceso y unas últimas en un terreno frente a él.

Este hallazgo fue relevante porque en una de las latas se encontraron fragmentos lofoscópicos, que al ser analizados correspondieron con las huellas digitales del inculpado. Así las cosas, el enlace para vincularlo con los hechos imputados parecía estar resuelto; sin embargo, como desde la audiencia inicial hizo ver su defensora pública, la información derivada del hallazgo de las latas fue ilícita, porque para recopilarla se allanó un domicilio sin autorización judicial y sin que el perito que lo hizo se encontrara en cualquiera de los supuestos legales que lo permiten. Veamos.

La primera parte del primer párrafo del artículo 16 de la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos (la constitución) estipula que "(...) nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud

de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento (...).", y en su décimo primer párrafo establece que solo la autoridad judicial puede emitir una orden de cateo con los requisitos que ahí se consignan, y cuyas reglas operativas desarrollan los artículos 282 a 289 del código nacional de procedimientos penales (el código nacional).

Las únicas excepciones para que una autoridad pueda ingresar a un domicilio sin autorización judicial las contiene el artículo 290 del mismo código nacional y se limitan a dos supuestos: a) que sea necesario para repeler una agresión real, actual o inminente y sin derecho que ponga en riesgo la vida, la integridad o la libertad personal de una o más personas, o b) que se realice con consentimiento de quien se encuentre facultado para otorgarlo.

El juzgador del primer grado indicó que en este asunto se actualizó una agresión real, actual, inminente y sin derecho por parte de terceras personas que puso en riesgo la vida de los vigilantes, al haberse cavado un túnel, y que el allanamiento del domicilio se justificó precisamente por el hallazgo del túnel, lo que para él constituyó un delito flagrante; también dijo el juzgador que el allanamiento se justificó porque había qué repeler la agresión, pero que ni el personal de la empresa ni el de la secretaría de seguridad pública *se atrevieron* a entrar al túnel, a lo que sí *se atrevieron* el perito de la fiscalía y los agentes de investigación criminal que le acompañaban.

Sostuvo que cuando perito y compañía entraron al túnel, *la salida era incierta*, pues podían haber sido agredidos; pero enseguida afirmó que las personas que intentaban ingresar a la empresa habían escuchado al guardia de la antebóveda pedir auxilio y ya habían huido, pero que el perito tuvo que ingresar al domicilio ante el temor de que esas personas volvieran y los agredieran, y que además el túnel podía colapsar, lo que ponía en riesgo la vida del perito y los agentes de investigación criminal.

En un último punto, sostuvo que la flagrancia continuaba en el momento en que el perito ingresó al túnel, lo recorrió y llegó hasta el aljibe donde terminaba, lo que también justificó su ingreso sin autorización judicial al domicilio.

La Sala consideró que ninguna de estas razones tenía fundamento legal ni constitucional, además de que tampoco estuvo soportada en la información que se recopiló. En principio, porque un segundo perito de la fiscalía informó –y así lo expuso y valoró el propio juez– que el túnel fue construido de tal manera que se evitaba su colapso, y todavía once días después del intento de robo se expuso que el director de protección civil y bomberos informó que el túnel *podía* colapsar por pérdida de humedad. Esto significó que para ese día aún no había colapsado y que para el día de los hechos, cuando el primer perito ingresó en él, no había ningún riesgo de colapso.

Por otro lado, no se contó con elementos objetivos que permitieran sostener que los guardias de la empresa se hallaron frente a alguna agresión real, actual, inminente, sin derecho y que pusiera en riesgo su vida a partir de que los sujetos que pretendieron ingresar a la empresa donde laboraban cavaron un túnel. No se puede afirmar que las personas que lo cavaron iban dispuestas a agredir a quien encontraran en la bóveda –que, se infiere, es a donde se dirigían– porque no hay ningún elemento de juicio que lo permita; es más, lo que se pudo establecer es que cuando esas personas escucharon los gritos de auxilio del guardia, huyeron, lo que habla de que evitaron a toda costa una confrontación.

Ni riesgo de colapso ni agresión real, actual, inminente, sin derecho y que puso en riesgo su vida, pues.

Finalmente, por lo que hace a la flagrancia, la Sala estableció que esta es una figura jurídica cuyo contenido y alcances se refieren a la detención de una persona en el momento de estar cometiendo un delito o inmediatamente después de cometerlo, si huye y es perseguida material e ininterrumpidamente, o es señalada por la víctima u ofendido, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere intervenido con ella en la comisión del delito y tenga en su poder instrumentos, objetos, productos del delito o se cuente con información o indicios que hagan presumir fundadamente que intervino en el mismo, para lo que se requiere, además, que inmediatamente después de cometer el delito no se haya interrumpido su búsqueda o localización, según disponen los artículos 16, párrafo quinto de la constitución y 146 del código nacional.

Como puede verse, es insostenible afirmar que la flagrancia se extendió hasta más de seis horas después de que las personas que intentaban ingresar a la empresa de valores desistieron de ello, simple y sencillamente porque, aun cuando fueron sorprendidas intentando ingresar a la empresa a través del túnel, cuando desistieron de ello nadie fue tras ellas; y la flagrancia es una figura jurídica que opera en los casos de detención de personas, y en este no se detuvo a nadie, ni en flagrancia ni en ausencia de ella.

Por otra parte, el perito que ingresó al túnel actuó correctamente al reportar al fiscal a cuyas órdenes estaba que había llegado hasta un domicilio particular, pues lo siguiente era que ese fiscal solicitara una orden de cateo, sin que, dada la tecnología con la que cuenta la fiscalía, hubiese existido ninguna dificultad para saber qué domicilio era necesario catear. Pero el fiscal no lo hizo así, sino que ordenó al perito que ingresara al domicilio, con lo que tornó ilícito e inutilizable lo que se halló en ese inmueble.

Frente a este razonamiento lo primero que podría oponerse es que, en todo caso, la vulneración al derecho constitucional de la inviolabilidad del domicilio no recayó en la esfera jurídica del inculpado. Sin embargo, el discurso de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (la Corte) es el de que a nadie se le puede juzgar –, y aplicando extensivamente esta tutela constitucional en apego al principio *pro persona* contenido en el artículo 1º, segundo párrafo de la constitución, tampoco procesar penalmente– a partir de pruebas ilícitas, aun cuando la violación a derechos humanos que torna ilícita la información no se verifique en la esfera jurídica del inculpado.

Lo anterior se desprende pacífica y claramente de los siguientes criterios emitidos por la Primera Sala de la Corte y por Tribunales Colegiados del Poder Judicial Federal con números de registro 160509, 161221, 2028424 y 2013604.

En tal virtud, si tenemos que el principal dato de prueba sobre el que descansó la imputación, lo constituyó el hallazgo de diversas latas de cerveza al interior de un domicilio, pero que estas se recogieron a través de una intrusión inconstitucional de la autoridad en ese domicilio, entonces la recopilación de dicha evidencia fue ilícita y

toda la información que de ella derivó lo fue también, lo que alcanzó al dictamen pericial lofoscópico que se hizo sobre las latas.

Luego, ante la inutilizabilidad de dicha información, la fiscalía no contó con ningún de prueba que permitiera establecer la probable intervención del inculpado en los hechos que le fueron atribuidos, pues la huella digital encontrada en una de las latas ilícitamente obtenida era lo único que le vinculaba a estos hechos.




CRITERIO 46

Caso 46.- Control judicial de acto de investigación mal fundamentado. Toca 36/2024-O

En este asunto se solicitó autorización judicial para un acto de investigación que la fiscalía hacía consistir en la autorización para entrar en el domicilio de la inculpada, pero tanto el juez como la fiscal erraron al calificarlo jurídicamente. Veamos qué pasó.

La fiscal apelante señaló, en lo medular, que le causaba agravio el que la jueza no hubiera autorizado el acto de investigación cuyo control judicial solicitó, bajo el argumento de que la fiscalía tenía a su disposición medidas de apremio para obtenerlo. La sala consideró que el agravio era parcialmente fundado, porque, efectivamente, fue incorrecta la apreciación jurídica del juez; empero, tal agravio resultó ineficaz para revocar la decisión cuestionada porque adoleció de una deficiencia técnica en su planteamiento que no correspondía a la Sala enmendar, como fue haber fundamentado, tanto la petición de autorización en la primera instancia como su agravio ante la alzada, en la fracción IV del artículo 252 del código nacional de procedimientos penales, el cual establece lo siguiente:

> "(...) Artículo 252. Actos de investigación que requieren autorización previa del juez de control
>
> Con excepción de los actos de investigación previstos en el artículo anterior, requieren de autorización previa del juez de control todos los actos de investigación que impliquen afectación a derechos establecidos en la constitución, así como los siguientes:
>
> (…)
>
> IV. La toma de muestras de fluido corporal, vello o cabello, extracciones de sangre u otros análogos, cuando la persona requerida, excepto la víctima u ofendido, se niegue a proporcionar la misma (…)."

No puede ser más claro lo que fiscal y juez problematizaron de modo incorrecto. En primer lugar, la petición de autorizar

judicialmente la entrada al domicilio de la inculpada no puede llevarse a cabo a través de ninguna medida de apremio impuesta por la fiscalía, porque la inviolabilidad del domicilio es un derecho constitucionalmente protegido por el artículo 16, primer párrafo, de la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos. Por ello no le asistía la razón al juez al señalar que a fiscalía tenía medidas de apremio para obtener el ingreso al domicilio. Al respecto, los Tribunales Colegiados del Poder Judicial Federal han emitido el criterio bajo número de registro digital 2024226,[117] cuyo contenido, en lo conducente, la alzada compartió e hizo suyo.

Sin embargo, el fundamento legal del control judicial invocado por la fiscal fue incorrecto, pues tal porción normativa se refiere única y exclusivamente a la autorización judicial de la toma de muestras biológicas de una persona que se niega a proporcionarlas.

Por esta razón, no fue atendible el motivo de disenso expuesto por la apelante, y en consecuencia, se confirmó la decisión recurrida, aunque por las razones aquí expuestas.

117 Undécima Época. Registro digital: 2024226. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis: XIII.2o.P.T.1 P (11a.). Materia(s): Penal. Tipo: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 11, Marzo de 2022, Tomo IV, página 3182




CRITERIO 47

Caso 47.- Ofrecimiento extemporáneo de pruebas por la defensa. Toca 43/2024-O

En este asunto los asesores jurídicos victimales tuvieron calidad de recurrentes, y ellos sostuvieron que les causaba agravio la decisión del juez de haber admitido medios de prueba a la defensa del inculpado a pesar de que su ofrecimiento fue extemporáneo, bajo el argumento de no vulnerar el derecho humano del procesado a ofrecer prueba.

Se suplieron en su deficiencia los agravios por lo que hace a las fechas que los recurrentes señalaron en su escrito recursal, y se declararon fundados y suficientes para revocar la decisión apelada. Expliquemos por qué.

En primer lugar, se precisó que las fechas correctas de las actuaciones que invocaron los recurrentes son las siguientes: la acusación se presentó el cuatro de julio de dos mil veintitrés, fue notificada a defensores y asesores jurídicos el cinco del mismo mes y año; la asesoría pública presentó su solicitud de constituirse en coadyuvante el diez del mismo mes y año, y tal petición se notificó a las partes el once del mismo mes y año, por lo que el plazo de diez días para que el inculpado y su defensa ofrecieran pruebas empezó a correr el día doce del mismo mes y año, el cual feneció el veinticinco de julio de dos mil veintitrés, y la defensa del procesado presentó su escrito de ofrecimiento de pruebas hasta el cuatro de agosto de ese mismo año.

En segundo lugar, se reiteró algo que forma parte del discurso judicial de esta alzada: excepto el derecho a no ser torturado y el derecho a no ser esclavo, el resto de los derechos humanos no son absolutos, sino relativos, lo que significa que en el orden jurídico encuentran limitaciones y restricciones que no son arbitrarias, sino justificadas. Algunas de ellas tienen naturaleza normativa y otras derivan del juicio de ponderación que se verifica cuando nos enfrentamos al choque de dos derechos humanos, por el que uno ha de prevalecer sobre otro.

En el caso que ocupa nuestra atención, la limitación al derecho a ofrecer prueba por parte de una persona penalmente procesada tiene

naturaleza normativa, ya que la propia constitución política de los Estados Unidos Mexicanos (la constitución) la prevé en su artículo 20, apartado B, fracción IV, que estipula que la persona penalmente procesada tiene derecho a que se le reciban los testigos y demás pruebas pertinentes que ofrezca, para lo que debe concedérsele el tiempo que la ley estime necesario al efecto, y debe auxiliársele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, en los términos que señale la ley.

La ley, entonces, es el baremo temporal que enmarca la posibilidad de que a una persona sujeta a proceso penal se le reciban las pruebas de su intención. Ahora bien, desglosando la lógica operativa de esta disposición constitucional, encontramos que un presupuesto indispensable para recibir esas pruebas es que se ofrezcan, lo que incuestionablemente se encuentra sujeto a las disposiciones que al respecto se contengan en la ley.

En este sentido, el artículo 340 del código nacional de procedimientos penales (el código nacional) es bastante claro respecto a la oportunidad para hacer el ofrecimiento ordinario de pruebas –es decir, cuando no se trate de prueba nueva ni superveniente– y establece que el inculpado y su defensa cuentan con un plazo de diez días siguientes a que fenezca el plazo para la solicitud de coadyuvancia de la víctima u ofendido. Este es un plazo improrrogable y único.

Además de la anterior característica, esta disposición, no obstante tener la naturaleza de una garantía procesal de rango constitucional, opera en forma de regla, o sea, si el supuesto de hecho se ajusta a la hipótesis normativa, opera la disposición; si no se ajusta, la disposición no opera. Más claro para el caso concreto: se ofrecen los medios de prueba dentro del plazo previsto en la ley para tales efectos, los medios de prueba son admisibles; no se ofrecen dentro de dicho plazo, son inadmisibles por extemporáneos.

En este asunto no puede ser más clara la forma en que tendría que haber operado la regla si fue el propio A quo el que declaró que los medios de prueba ofertados por la defensa del inculpado fueron ofrecidos de manera extemporánea, sin que hubiese sido atendible el argumento del defensor en el sentido de que no había fenecido el plazo para ofrecer la prueba porque medió el periodo vacacional del

Poder Judicial del estado, pues acertadamente se le explicó que ese plazo no opera para los órganos judiciales de primera instancia en materia de oralidad penal.

Lo importante es que el juez reconoció y declaró que los medios de prueba habían sido ofrecidos de manera extemporánea; luego, dichos medios de prueba eran inadmisibles.

Tal criterio fue sostenido por los Tribunales Colegiados el Poder Judicial Federal en la tesis con número de registro digital 2020653, y evidentemente la Sala compartió el anterior criterio, pero por mor de claridad se considera pertinente traer a cuenta, en lo conducente, lo que resolvió el Noveno Tribunal Colegiado del Primer Circuito en el amparo directo en revisión del que derivó el criterio invocado, que fue lo siguiente:

> "(…) Por tanto, adujo que el ahora inconforme tenía la obligación de ofrecer las periciales y testimoniales que pretendía desahogar en juicio oral en el plazo de diez días siguientes a que se refiere dicha porción normativa; por lo que, si su defensor privado admitió que no se realizó de ese modo, porque el imputado había cambiado de defensores y éstos no lo realizaron en tiempo, es indudable que se incumplió con la obligación que impone el artículo señalado; y en consecuencia estimó legal la decisión de la autoridad responsable de confirmar la exclusión de los medios de prueba ofertados por la defensa del recurrente.
>
> Destacando que lo planteado por el revisionista en cuanto a permitirle ofrecer pruebas fuera de ese plazo, contravendría los principios de contradicción e igualdad procesal; ya que el primero está previsto en el artículo 20, apartado A, fracciones V y VI, de la constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y en el artículo 6o. del código nacional de procedimientos penales, de donde se desprende que en toda contienda judicial penal se debe respetar el derecho a la defensa contradictoria, por lo que, la defensa y la parte acusadora tienen la facultad de contradecir el alegato expuesto o la prueba aportada en igualdad de condiciones, por lo que, era dable afirmar que tal principio se identifica con

el denominado por el recurrente como de igualdad de armas y derecho de defensa.

Haciendo hincapié que la esencia del principio de contradicción es que las posturas del acusador y de la defensa tengan la posibilidad de rebatirse o contradecirse para restarles eficacia y valor probatorio, y así, se lleve al ánimo del juzgador la valoración plena de cada una de las posturas y pueda resolver en definitiva a favor de a quien la asista, no solo la razón, sino el derecho.

Por cuanto a hace al principio de igualdad procesal, el juez recurrido precisó que se encuentra contemplado en los artículos 10 y 11 del propio código adjetivo, que consiste en reconocer a todos los ciudadanos en idéntica situación los mismos derechos, es decir, igualdad de trato para todos los sujetos procesales que intervienen en una causa penal.

Principio que reconoce que las partes procesales tengan los mismos derechos para aportar pruebas, controlarse entre sí sobre la introducción de estas, debatir y contradecir, para que un tribunal imparcial decida sobre las teorías opuestas.

De ahí que, la materialización del principio de igualdad procesal se realiza también con la identidad en la aplicación de la ley, garantizando certeza en la aplicación del derecho.

En ese sentido, el juez recurrido señaló que era ineficaz lo alegado por el quejoso respecto a la exclusión de las pruebas que ofreció en la audiencia intermedia por no cumplir con los requisitos de plazo y forma establecidos para el período probatorio en el artículo 340, fracción II, del ordenamiento aplicable, ya que de brindársele la posibilidad de ofrecer los medios de prueba que estima necesarios para su defensa en la forma que refiere, se le daría un trato procesal diferente al órgano acusador y a la parte ofendida, lo cual está prohibido por el principio de igualdad procesal que impera en el sistema procesal penal acusatorio y oral, por lo que, es infundado lo alegado en el agravio 2.

Al respecto, debe decirse que la lectura del numeral 337 del código nacional de procedimientos penales, permite establecer que

el recurrente pierde de vista que en la primera fase de la etapa intermedia, es donde se lleva a cabo el ofrecimiento de los medios de prueba, esto es, por escrito ante el juez de Control en términos del numeral 340 del código nacional de procedimientos penales, lo que es diferente a lo que prevé el ordinal 337, es decir, el descubrimiento probatorio, mismo que deberán realizar las partes procesales durante la celebración de la audiencia intermedia, una vez que fueron ya ofrecidos ante la autoridad jurisdiccional en sus respectivas contestaciones a la acusación planteada por el ministro público; de ahí que, adverso a lo alegado es incuestionable que son momentos procesales diversos, pues los ordenamientos del código adjetivo de la materia hacen referencia a dos figuras jurídicas diferentes, la primera, sobre el ofrecimiento de los medios de prueba, que debe realizar en forma escrita y otra distinta, que es el descubrimiento de éstos durante la audiencia, en consecuencia es inexacto que se otorgue la concesión en el ofrecimiento de las pruebas en la forma que aduce el inconforme.

Además, el juez recurrido señaló que si bien, existe un margen de ofrecimiento y admisión de pruebas, la revisión sobre su incorporación debe ser puntual y estricta, esto es, debe sujetarse a los presupuestos procesales que rigen la función jurisdiccional dentro de los cuales están los plazos inscritos en la ley; por lo que, todas las partes deben sujetarse a las formalidades que establece la legislación aplicable sobre dicho tópico.

(…)

Finalmente, el juez de Amparo señaló que no debe perderse de vista que la razón principal de ofrecer los medios de prueba en un plazo fijado por la norma, es con la finalidad de que también tengan la oportunidad de rebatir o contradecir dichas pruebas para restarles eficacia y valor probatorio; sin que ello contravenga los principios de seguridad jurídica, tutela judicial efectiva y defensa adecuada, pues el que la autoridad responsable haya confirmado la exclusión de pruebas, no implica la denegación de justicia, ya que si bien, ello fue desfavorable para el recurrente, no significa que lo deje en estado de indefensión, puesto que deben cumplirse

ciertas formalidades en el procedimiento, en el caso, lo relativo a los plazos para ofrecer pruebas. [118]

En tal virtud, ante la clara ilegalidad de la admisión de los medios de prueba ofrecidos por el defensor del inculpado, se revocó la decisión combatida, y en su lugar se declaró que no se admitían los medios de prueba ofrecidos por la defensa particular del procesado, en virtud de ser extemporáneo su ofrecimiento, lo anterior con fundamento en los artículos 20, apartado B, fracción IV de la constitución, 340, fracción II y 346, fracción IV, éstos últimos del código nacional.

118 Amparo en revisión 138/2019, del índice del Noveno Tribunal Colegiado en materia penal del Primer Circuito, recuperado de http://sise.cjf.gob.mx/SVP/word1.aspx?arch=501/05010000250413440003003.docx_1&sec=Martin_Mu%C3%B1oz_Ort%C3%ADz&svp=1, pp. 66-75, consultado el 23 de abril de 2024


Poder Judicial
ESTADO DE GUANAJUATO
SUPREMO TRIBUNAL
DE JUSTICIA
CONSEJO DEL
PODER JUDICIAL


CRITERIO 48

Caso 48.- Prórroga constitucional y convencionalmente justificada de la prisión preventiva. Toca 49/2024-O

Este asunto trató de la justificación jurídica de la prórroga de la prisión preventiva. Me parece de los más interesantes que expongo por su novedad y alcances jurídicos. Veamos.

Quienes interpusieron el recurso fueron los ofendidos en un delito de extorsión. Los agravios que expresaron, en lo medular, se refieren a que fue ilegal la decisión de la A quo de decretar el cese de la medida cautelar de prisión preventiva que pesaba sobre el inculpado, debido a que se justificó la necesidad de que se prorrogara su plazo. Los mismos fueron esencialmente fundados y suficientes para revocar la determinación apelada según se verá a continuación, pero para una adecuada comprensión de lo que se decidió, es indispensable un preámbulo teórico reforzado debido a que nos encontramos frente a un franco choque de principios constitucionales materializados en sendas garantías procesales, que ameritan un juicio de ponderación para encontrar el derecho que debe ser protegido.

Los derechos en juego, uno de quien tiene calidad de inculpado en este asunto, y otro de quienes tienen la de víctimas, están previstos por las fracciones IX, segundo párrafo, apartado B, por lo que hace al primero; y V, segundo párrafo y VI, apartado C, todas del artículo 20 de la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos (la constitución). El del primero es el derecho a que cese la medida cautelar de prisión preventiva luego de transcurridos dos años sin que hubiere sido juzgado, y el de los segundos, el de que opere la medida cautelar de prisión preventiva para garantizar su seguridad e integridad.

En el asunto que aquí se resuelve no tenemos problema por el presupuesto temporal que supone el derecho del inculpado. El propio fiscal reconoció en la audiencia que ya habían transcurrido los dos años necesarios para solicitar el cese de la prisión preventiva del procesado. Empero, se torna problemático porque para justificar la

pretensión que elevó en la audiencia, el fiscal invocó el precedente obligatorio sentado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la jurisprudencia con número de registro digital 2024608,[119] donde, como puede advertirse, se armoniza la doctrina de la corte interamericana de derechos humanos con nuestro orden constitucional, y a partir de ahí se sientan baremos útiles a los fines de justificar la prolongación de la medida cautelar de prisión preventiva luego de transcurrido un lapso de dos años. Pero, como también se aprecia, una decisión de esa naturaleza exige una justificación reforzada, debido a que nos hallamos frente a lo que se denomina en la doctrina como *tragedia de los valores o dilema trágico*.[120] La denominación deriva de la conformación lógica de un dilema: cuando nos hallamos frente a esta figura significa que tenemos dos alternativas para elegir como solución a un problema, pero, elijamos la que elijamos, llegaremos a una misma conclusión.

En el caso de la doctrina que invocamos, el dilema es trágico porque implica el sacrificio, *lato sensu*, de un valor, y ya estrictamente ubicados en nuestro campo de acción, es el sacrificio de un valor jurídico de rango constitucional, y en la especie ya mencionamos cuáles son los que se hallan en juego. Lo que sigue, entonces, es proceder a la construcción del argumento que otorgue las razones por las que uno de ellos será sacrificado y el otro deba prevalecer, lo que se hará utilizando otra herramienta doctrinal, como es el caso del test de ponderación, para lo que acudiremos a las ideas que incluso la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha incorporado en su discurso: nos referimos a las de Robert Alexy.[121]

---

119 Undécima Época. Registro digital: 2024608. Instancia: Primera Sala. Tesis: 1a./J. 32/2022 (11a.). Materia(s): Penal. Materia(s): Penal. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 13, Mayo de 2022, Tomo III, página 2839.

120 Vid. in extenso Lariguet, Guillermo: Dilemas y conflictos trágicos. Una investigación conceptual. PALESTRA-TEMIS. Lima-Bogotá. 2008.

121 Al respecto pueden consultarse los siguientes documentos: Rodríguez Santibáñez, Iliana y Álvarez Bautista, Priscila: La ponderación de derechos de Robert Alexy en una decisión judicial del máximo tribunal en México, en Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, núm. 47, julio-diciembre de 2022. Recurso digital disponible en https://revistas.juridicas.unam.

Así, en primer lugar, debemos señalar que el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido expresamente que los derechos humanos no son absolutos, es decir, que admiten restricciones.[122] En esta tesitura, enseguida debemos traer a cuenta la disposición constitucional prevista por la fracción IX, segundo párrafo, apartado B del artículo 20, la cual estipula que

> "(...) la prisión preventiva no podrá exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso y en ningún caso será superior a dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado. Si cumplido este término no se ha pronunciado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares.

Operativamente nos hallamos frente a una regla –por contraposición a los principios–, *y prima facie*, su aplicación en el caso concreto no sería problemática si, como ya dijimos, hemos de tener por sentado que han transcurrido poco más de dos años desde que el aquí inculpado se encuentra en prisión preventiva sin que a la fecha se le haya juzgado y sentenciado.

Empero, justo frente a este derecho constitucional del inculpado se ha erigido otro, tanto en la audiencia en la que se asumió la decisión cuestionada como ante esta instancia, que es el derecho de quienes tienen calidad de víctimas a que se salvaguarde su indemnidad, así como que se preserve la información que sustenta la acusación que hicieron en contra del imputado a través de la medida cautelar más drástica, pretensión que, en términos del artículo 19, segundo párrafo de la constitución, lleva ínsitos los fines perseguidos por la medida cautelar de prisión preventiva.

mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/18053/18420 consultado el 2 de mayo de 2024; así como las páginas https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/transparencia/documentos/becarios/205michelle-lowenberg-lopez.pdf y https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/transparencia/documentos/becarios/195carmen-vergara-lopez.pdf, consultadas el 2 de mayo de 2024

122 Véase la jurisprudecnia Décima Época. Registro digital: 160267. Instancia: Primera Sala. Tesis: 1a./J. 2/2012 (9a.). Materia(s): Constitucional. Tipo: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro V, Febrero de 2012, Tomo 1, página 533

Aquí debemos acotar que por voz de la propia defensora del inculpado, sabemos que las circunstancias objetivas bajo las que se impuso esa medida, a la fecha no han variado. Sigamos.

Tenemos enfrente una situación jurídicamente delicada, pero asaz clara, la cual fue puntualmente argumentada por la fiscalía en la audiencia que se revisa y en su escrito de agravios. El inculpado forma parte de un grupo de personas a las que se les ha imputado haber extorsionado a un grupo de comerciantes –los ofendidos– a quienes hicieron objeto de múltiples amenazas de muerte para ellos y sus familiares, así como de dañar su patrimonio incendiando sus hogares si se atrevían a dejar de pagar las extorsiones, incluso uno de ellos fue privado de la vida, y el grupo de personas al que se sostiene pertenece el inculpado les dijo que había sido por negarse a cubrir lo que ilícitamente le era exigido.

No puede ser más claro el riesgo en que se hallan quienes tienen calidad de víctimas en este asunto, que a la vez son también los principales, los fundamentales órganos de prueba en la acusación presentada por la fiscalía, de tal suerte que su eventual ausencia, por cualquier motivo, implicaría el fracaso de la acusación.

En esta virtud, tenemos que la única forma jurídicamente válida para conjurar los riesgos mencionados la constituye la medida cautelar de la que hablamos, por lo que en estos términos se vuelve necesaria e idónea para tales fines. Veamos ahora si es proporcional. Como ya dijimos, el decantarnos por la protección de cualquiera de estos valores jurídicos constitucionales que hemos puesto en juego, implica que vamos a afectar el otro. Para ello vamos a contestar tres preguntas: ¿por qué razón tendría que seguir en prisión preventiva el inculpado si han transcurrido ya dos años de que se le impuso y no ha sido juzgado? ¿por qué tendrían las víctimas que asumir el costo de que el inculpado lleve más de dos años en prisión preventiva sin que se le haya juzgado? y la más importante ¿hay una solución jurídica válida para este problema?

Comenzamos respondiendo la última pregunta: sí hay una solución jurídicamente válida, y ella se desprende de la jurisprudencia que ha venido sosteniendo la corte interamericana de derechos

humanos (la corte interamericana) cuando ha tratado el tema del plazo razonable para que una persona penalmente procesada sea juzgada, en relación con la medida cautelar de prisión preventiva, de donde la idea más relevante para este asunto es la de que la pertinencia de aplicar los criterios para revisar si es justificado prolongar la medida cautelar consistente en la complejidad del asunto, la actividad procesal del interesado y la conducta de las autoridades depende de las circunstancias de cada caso.

Inmediatamente podría oponerse a esta premisa la de que la jurisprudencia interamericana habla del plazo razonable para ser juzgado. No obstante lo anterior, la corte mexicana ha armonizado y realizado una interpretación conforme de los parámetros consistentes en la complejidad del asunto, la actividad procesal del interesado y la conducta de las autoridades para utilizarlos en el tema de la justificación de la prórroga de la prisión preventiva, y aunque no lo hacen explícito, se infiere que lo hacen acudiendo al inveterado principio jurídico que establece que *donde opera la misma razón, opera la misma disposición*,[123] de la forma en que explicaremos más delante.

Pero sigamos. ¿Qué otra idea importante recogemos de la jurisprudencia interamericana? Bueno, pues la de que en el caso Anzualdo Castro Vs. Perú, la corte interamericana declaró expresa y tajantemente que el deber del estado de satisfacer plenamente los requerimientos de la justicia prevalece sobre la garantía del plazo razonable. Con esta idea en las manos, ya estamos en posibilidad de contestar las dos primeras preguntas hechas líneas arriba y de colmar la exigencia del juicio de proporcionalidad estricta necesario para la decisión que aquí se va a asumir.

Para ello, en primer lugar, debemos poner sobre la balanza los derechos en juego, y así, respecto al del inculpado a que cese la prisión preventiva tenemos un elemento especial como es que, no obstante que se presume su inocencia, hasta esta etapa procesal se

123 Principio que, incluso es expresamente reconocido por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como se desprende de la tesis Novena Época. Registro digital: 200037. Instancia: Pleno. Tesis: P. CXXXI/96. Materia(s): Común. Tipo: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo IV, Octubre de 1996, página 124

cuenta con datos que permiten establecer de manera probable que él es quien cometió las conductas que se le han atribuido, pero además que es también una de las personas que pone en riesgo la indemnidad de las víctimas y la información del proceso. Ese es un elemento que permanece constante. Entendemos, entonces, que de cesar la prisión preventiva que pesa sobre él, el riesgo se potencializa en grado superlativo.

Por lo que hace a las víctimas, respecto de ellas es que aumentaría drástica, sensible y materialmente el riesgo para su indemnidad y patrimonio en caso de que el inculpado abandonase la prisión preventiva en la que se encuentra. Y aquí hay que destacar con intenso énfasis que si todos ellos, si todas las víctimas, queremos decir, acudieron a impetrar el auxilio del estado por el delito del que venían siendo víctimas, por el que está documentado, además, que a uno de ellos se le incendió su casa y a otro se le privó de la vida, resulta de elemental justicia mantener garantizada su integridad personal y patrimonial.

Aquí es donde cobra sentido la idea de la corte interamericana de la obligación del estado de satisfacer plenamente los requerimientos de la justicia, haciéndolos prevalecer sobre la garantía del plazo razonable para que una persona penalmente procesada sea juzgada, y es también donde encontramos que la misma razón que llevó a la corte interamericana a relativizar los parámetros consistentes en la complejidad del asunto, la actividad procesal del interesado y la conducta de las autoridades para ese fin, es la que los hace utilizables para el diverso de justificar la prórroga de la prisión preventiva, y no es otra razón que la de hacer prevalecer –o, en clave del artículo 1º, párrafo tercero de la constitución, de satisfacer, procurar, proteger y garantizar– los requerimientos de justicia por encima del plazo límite en el que puede estar una persona penalmente procesada bajo medida cautelar de prisión preventiva.

Así, esta Sala coincide con la fiscalía en el sentido de que nos encontramos frente a un caso de alta complejidad por el hecho que será juzgado y sus circunstancias de comisión, el número de inculpados y de víctimas, y por el número de pruebas que serán llevadas a juicio; con la

defensa, por otro lado, se coincide en que es verdad que el inculpado no ha propiciado la dilación del proceso; y por lo que hace a la conducta de la autoridad judicial, debemos acudir nuevamente a las ideas de Robert Alexy.

En su obra *Teoría de los derechos fundamentales*, el profesor caracteriza los principios –entiéndase, en este contexto, a las normas jurídicas que contienen valores constitucionales, derechos fundamentales o derechos humanos– como normas que constituyen mandatos de optimización,[124] lo que significa que los estados nacionales están obligados a aplicarlas de la manera más óptima posible, buscando la mayor protección para el derecho en juego, con la única limitante de las posibilidades fácticas y jurídicas.

Más claro. Se debe buscar otorgar la mayor protección estatal a los derechos humanos dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas. En este punto, se debe reconocer que, debido a las cargas de trabajo que el propio fiscal expuso, sumado a que, por el momento, el poder judicial del estado enfrenta el reto de hallarse materialmente limitado en cuanto al número de juzgadores necesarios para atender los asuntos en trámite, ello provoca eventualmente retraso en los procesos.

Este problema no es atribuible a los inculpados, a las víctimas o a los actores procesales institucionales, pero ahí está, y constituye una limitación fáctica al mandato de optimización que aquí se analiza, en clave de la doctrina alexyana que invocamos. Ahora bien, que se esté enfrentando ese reto no implica la consecuencia de que deban sacrificarse –en palabras de la corte interamericana– los requerimientos de la justicia que asisten a quienes tienen calidad de víctimas en un proceso penal, en el altar de la garantía del límite del plazo razonable para que una persona penalmente procesada sometida a medida cautelar de prisión preventiva permanezca en ella en tanto sea juzgada.

Lo que significa, ya para el caso concreto, que en el entramado jurídico del bloque de constitucionalidad en el que se encuentra inserto el orden jurídico mexicano, es constitucionalmente válido sacrificar el derecho a que cese la medida cautelar de prisión preventiva a la

124 Vid. Alexy, Robert: Teoría de los derechos fundamentales. Trad. Bernal Pulido, Carlos. 2ª ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2014. pp. 63-94

que una persona penalmente procesada ha sido sometida por el lapso de dos años para decretar su prórroga por un plazo razonable, a fin de salvaguardar el derecho de las víctimas de un delito como el que aquí se va a juzgar –extorsión agravada–, a recibir justicia sin poner en riesgo su integridad física, su patrimonio ni la información que deberá ser llevada a juicio.

En este orden de ideas, lo que aquí se declara es que resulta proporcional prorrogar el plazo de prisión preventiva bajo la que se encuentra el inculpado, a fin de continuar garantizando los fines por los que esta se le impuso, los cuales, a la fecha no han variado.




CRITERIO 49

Caso 49.- Calificación incorrecta de la legalidad en el control de la detención.
Toca 53/2024-O

Este es otro asunto novedoso por la reciente reforma que estableció la posibilidad de recurrir la calificación de la legalidad de la detención. Veamos qué ocurrió.

Los recurrentes sostuvieron en sus conceptos de agravio, en lo esencial, que la A quo erró al considerar que la detención de los aquí inculpados fue ilegal porque no se justificó de ninguna manera que un agente de investigación criminal hubiera tenido algún motivo para acercarse a los inculpados y a través de comandos verbales les pidiera detenerse; por otro lado, que también es incorrecto que la A quo hubiera exigido que se justificara los extremos de la medida cautelar de prisión preventiva como presupuesto para judicializar esta causa con los inculpados detenidos.

Los agravios son fundados y suficientes para revocar la decisión apelada. Expliquemos por qué.

En primer lugar, la A quo compró el infundado argumento que hizo valer el defensor de los inculpados en la audiencia, en el sentido de que los agentes de investigación criminal –en número de seis y a bordo de dos unidades– que el día de los hechos desde las 11:00 horas montaban guardia en un domicilio no estaban facultados legalmente para ir más allá de aquella vigilancia; es decir, que apostados como se hallaban no podían hacer otra cosa sino vigilar de manera estática el domicilio.

No les asiste la razón a la jueza y al defensor por lo siguiente: los agentes de investigación criminal se hallaban vigilando ese domicilio porque se había verificado una denuncia anónima de que en él se expendía droga, e, incluso, en el momento en que lo hacían, un diverso fiscal se hallaba solicitando una orden de cateo para allanarlo, orden que, según se expuso en la audiencia, efectivamente fue otorgada.

Estas solas circunstancias son bastantes y suficientes para justificar que el agente de investigación criminal, ofendido y recurrente en este asunto, se acercara a los inculpados, y a través de

comandos verbales les pidiera detenerse cuando salieron del domicilio a bordo de una motocicleta, pues no hizo otra cosa más que actuar en cumplimiento a los dispuesto por el artículo 132, fracciones IV y X, del código nacional de procedimientos penales (el código nacional).

Pero además, como acertadamente sostuvo la recurrente en la audiencia y reiteró en esta instancia, ese tipo de intervención, de acercamiento, de una autoridad policial a un ciudadano ya ha sido calificado de legal por la Primer Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis con número de registro digital 2010961, donde se advierte que lo que hizo el agente, hasta donde la dinámica del hecho permitió, engasta perfectamente en el supuesto de control preventivo en grado menor, en que la Sala de la Corte ha determinado que los agentes policiales, en el ejercicio de sus funciones, se encuentran facultados para limitar provisionalmente el tránsito de personas y/o vehículos con la finalidad de solicitar información a la persona controlada, tal como su identidad, ruta, motivos de su presencia, y en el que además pueden efectuar una revisión ocular superficial exterior de la persona o del interior de algún vehículo.

No hay ninguna ilegalidad en lo que hizo, mucho menos incurrió en un actuar inconstitucional violatorio del artículo 16 de la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, pues si el citado policía y sus compañeros se encontraban vigilando el domicilio del que salieron los inculpados a la espera de una orden de cateo porque contaban con información legalmente válida de que en él se expendía droga –tan legalmente válida que la orden de cateo se otorgó–, lo menos que se esperaría de ellos es que en el cumplimiento legal de sus funciones se acercaran a quienes acababan de abandonar el domicilio en busca de alguna información útil para su investigación.

Lo que sucedió después justificó sin mayor dificultad la intrusión y el hallazgo que hicieron los elementos policíacos en el domicilio que vigilaban, pues al ver que se acercaba el recurrente y se identificaba como agente de investigación criminal, uno de los inculpados le indicó al otro que *le disparara*, por lo que este sacó un arma de fuego de entre sus ropas y la accionó en contra del agente de investigación, quien repelió la agresión y logró herir al que habría indicado al otro

que disparara, mientras que este último volvió a ingresar al domicilio, donde, cuando sus compañeros entraron tras él, descubrieron, además de él, a otras tres personas, así como armas de fuego, cartuchos, equipo táctico, droga y un vehículo de motor, por lo que los detuvieron a todos.

Como puede verse, la jueza incurrió en un yerro al considerar que no se justificó el acercamiento del apelante que detonó la detención. Fue perfectamente legal y constitucional.

La segunda razón que esgrimió la juzgadora, de nuevo de la mano de argumentos expuestos por el defensor, fue la de que la fiscal no justificó los extremos de la medida cautelar de prisión preventiva para haber judicializado la causa con los inculpados detenidos, pues en la interpretación que hizo del artículo 140 del código nacional, concluyó que era necesario que la fiscal justificara dichas exigencias al no haberles concedido la libertad a los inculpados por no tratarse de delitos que ameritasen prisión preventiva oficiosa.

Como bien se lo explicó la fiscal, en la etapa de control de detención no tiene que justificarse absolutamente nada relativo a ninguna medida cautelar. Y el primer párrafo del artículo 140 en el que la A quo fundó su decisión lo que contiene es una facultad potestativa para la fiscalía cuya enunciación no podría ser más clara. Lo que esta porción normativa indica es que en los casos de detención en flagrancia, que son aquellos en los que la fiscalía tiene también la potestad legal de revisar la legalidad de la detención material de un inculpado, en términos del artículo 149 del código nacional, si determina que la detención fue legal, pero que no va a solicitar la medida cautelar de prisión preventiva, podrá disponer de la libertad del imputado.

Pero en ninguno de los sintagmas que la conforman se establece que el ministerio público tenga que justificar los extremos legales de la prisión preventiva para que la detención que lleva a judicializar se califique de legal.

En estas circunstancias, se revocó la decisión de la A quo, junto con su declaración de ilicitud de la información que fue recopilada en la detención de los inculpados, pues como ya quedó claro, la misma fue legal.


DETENCIÓN
CRITERIO 50

Caso 50. Violación equiparada. Coautoría jurídicamente posible. Tocas 74/2023-O, 75/2023, 76/2023-O y 77/2023-O

Este asunto es interesante porque se trató de una violación cometida por varios elementos policiacos en agravio de un detenido. En razón de que los inculpados comparecieron a la audiencia en distintos momentos, fueron cuatro jueces de control distintos los que resolvieron la solicitud de vinculación a proceso, la que todos negaron, básicamente con el argumento de que no era posible cometer el delito de violación en coautoría, por tratarse de un delito *de propia mano*. La Sala no lo consideró así. Veamos las razones que expuso para ello.

Iniciaremos señalando que, a consideración de la Sala, no obstante que se puede caracterizar dogmáticamente al delito de violación como *de propia mano*, la evolución del derecho penal –básicamente en el ámbito de la autoría, en el tema de la teoría del dominio del hecho–, implica la aparición de una figura jurídica denominada coautoría, recogida en nuestro orden jurídico por el artículo 20 del código penal del estado.

Tal figura exige la reunión de determinados requisitos técnicos, como son un acuerdo previo, un reparto de tareas y que la aportación que hace cada persona que interviene en un hecho delictivo, sea en tal grado esencial que en su ausencia el hecho no pudiera llevarse a término. Si llevamos esto al terreno del delito de violación, encontramos que en su ejecución sí que pueden intervenir más de dos personas, aunque solo una de ellas sea la que consume la introducción del miembro viril o de cualquier objeto distinto de dicho órgano en cualquiera de las cavidades naturales del cuerpo. Por esa razón el artículo 184 del código penal del estado prevé como agravante la intervención de dos o más personas en su ejecución.

En esta tesitura, si es jurídicamente posible la intervención en carácter de coautores de más de dos personas en el delito de violación, lo siguiente es examinar si los datos de prueba permitieron concluir que en el hecho que se analizó intervinieron más de dos personas en calidad de coautoras. La respuesta es positiva y explicaremos por qué.

Quedó establecido en las audiencias, en lo medular, que el día de los hechos, entre las cero horas y la una de la mañana, siete elementos de policía municipal tripulaban una unidad de su corporación y en ella acudieron a atender un reporte de violencia familiar.

En el domicilio del reporte sitio se detuvo al ofendido. Luego de detenerlo, los policías que tripulaban la unidad mencionada, entre los que iba una mujer, en lugar de dirigirse al centro de detención municipal, se dirigieron con el pasivo y otras tres personas que también llevaban detenidas hacia un lugar despoblado, específicamente un camino de terracería.

En ese lugar un elemento masculino bajó de la unidad al ofendido, lo colocó al costado izquierdo de la patrulla con las manos esposadas sobre la caja de la unidad y le bajó el pantalón y el calzón hasta los pies; enseguida, todos los elementos masculinos empezaron a golpearlo con macanas en las costillas, nalgas y piernas para que después lo hiciera también la elemento femenina, quien le decía *no grites, aguántate hijo de tu puta madre*, que enseguida la mujer policía sacó un tolete retráctil y lo golpeó con él en las costillas mientras le decía *ándele perro, para que entienda.*

Que el ofendido lloraba y decía que no había hecho nada, y la mujer policía le decía *ah, no culero, no hizo nada*, y en ese momento le puso en medio de las nalgas el tolete retráctil y le dijo *ándele culero, no se la va a acabar ahorita por lo que hizo* y le metió la punta del tolete por el ano, con lo que se quejó fuertemente y la mujer policía le dijo *a ver culero, qué se siente hijo de tu puta madre*; que luego se le acercó un elemento masculino y le dijo *mira hijo de tu perra madre, ahorita que te llevemos con el juez, le vas a decir que te golpeó la gente, que no fuimos nosotros, porque si dices algo te va a ir peor, aquí la pareja te va a meter esto*, refiriéndose al tolete, a lo que la mujer policía contestó *no, mi coman, capaz que ya le gusta a este perro*.

Este cuadro fáctico deriva de las entrevistas que rindieron, en primer término, el propio ofendido, la que fue corroborada con las de dos de las tres personas que iban detenidas en la unidad policiaca en la que se trasladaba al pasivo y presenciaron cómo los condujeron a todos hasta un lugar despoblado y ahí bajaron al ofendido y lo

golpearon hasta que en un momento determinado se quejó muy fuerte, luego lo subieron otra vez a la patrulla y los llevaron a todos al centro de detención municipal.

Un juez calificador municipal lo recibió en ese lugar y ahí mismo lo revisó un médico legista, a quienes el pasivo habría informado que *le dolían las nalgas*; a una diversa jueza calificadora le correspondió otorgar la libertad al pasivo.

Finalmente, un médico legista aportó un dictamen proctológico en el que consta que el pasivo presentó, entre otras lesiones, equimosis en las nalgas y muslos además de alteraciones en la mucosa del esfínter anal y desgarro lineal en la zona perianal.

El cuadro fáctico debidamente sustentado con los datos de prueba referidos, los cuales, valorados de manera libre y lógica en términos de los artículos 259 y 265 del código nacional de procedimientos penales, desde luego permitió establecer que el día de los hechos los inculpados asumieron un acuerdo por el cual, en lugar de llevar al ofendido al centro de detención municipal, decidieron llevarlo a un paraje despoblado, donde fue abusado sexualmente, al habérsele introducido un tolete retráctil en el ano por medio de la violencia.

El acuerdo para que esta acción se realizara se infiere de la forma en que sucedieron los hechos ya desde que ese grupo de policías asumió la decisión de llevar al pasivo y a las personas que con él iban detenidas a un lugar despoblado en lugar de al centro de detención municipal, y la inferencia se robustece al destacar que apenas llegar al sitio despoblado, el único que fue bajado de la unidad fue el ofendido, lo que implica que todos los policías se pusieron de acuerdo específicamente para llevarlo hasta ese sitio; en segundo lugar, le bajaron pantalón y calzón hasta los pies sin que existiera una razón que justificara la necesidad de ese acto; en tercer lugar, primero fue golpeado por todos los elementos masculinos y hasta el final la mujer policía fue quien se encargó de introducirle el tolete retráctil en el ano advirtiéndole que *no se la iba a acabar por lo que hizo*.

Todo esto implica que el grupo de policías se puso de acuerdo para agredir sexualmente al ofendido por lo que ellos consideraban que había hecho, y existió un reparto de tareas en el que a uno de ellos

correspondió acomodar al pasivo de modo de tenerlo sometido; luego correspondió a todos los masculinos golpearlo para minar cualquier posible resistencia –con lo que en todo momento tuvieron dolosamente en sus manos el curso del acontecer delictivo–, y finalmente a la mujer policía le correspondió introducirle el tolete retráctil en el ano.

Desde luego todas las aportaciones fueron esenciales para llevar a cabo esta agresión sexual, pues si el pasivo no se hubiera hallado en esa posición de sometimiento en la que fue puesto sobre la caja de la unidad policiaca y si no hubiese sido ejercida violencia física sobre su persona a través de golpes por parte de los elementos policiacos masculinos, la mujer policía difícilmente podría haberle introducido el tolete en el ano.

Así, la dinámica de los hechos arrojó que el día que ocurrieron el pasivo iba esposado de sus manos y sometido a detención policial, que al llegar a la zona despoblada uno de ellos lo bajó de la patrulla, lo acomodó con los brazos al frente sobre la caja de la unidad, le bajó pantalón y calzón y enseguida seis de los siete policías que lo llevaban detenido lo golpearon con sus macanas en costillas, piernas y nalgas mientras lo insultaban soezmente, para que luego la responsable de la unidad hiciera lo propio con un tolete retráctil, al tiempo que le advertía que ahí vería lo que se sentía, que *no se la iba a acabar* por lo que había hecho y en ese momento le metió el tolete por el ano. Es claro que esto sí constituye violencia física y moral al momento de consumar la introducción de un objeto distinto del miembro viril en el ano del pasivo.

Por estas razones fue que se consideró que sí se actualizó el hecho que la ley señala como delito de violación equiparada atribuido a los inculpados y su intervención en carácter de coautores.

Bibliografía

Alex, y Robert: Teoría de los Derechos Fundamentales. Colección El Derecho y la Justicia. Centro de Estudios Políticos y constitucionales. Madrid. 2002.

- Teoría de los derechos fundamentales. Trad. Bernal Pulido, Carlos. 2ª ed. Centro de Estudios Políticos y constitucionales. Madrid. 2014.

Almeida Idiarte, Rodrigo: La prueba testimonial y los testigos de oídas. Trabajo para obtener el Máster en Razonamiento Probatorio, Recurso digital disponible en https://dugi-doc.udg.edu/bitstream/handle/10256/21614/Almeidaidiarte.TFM.pdf?sequence=1

Aristóteles: Ética a Nicómaco. Biblioteca clásica Gredos 89. Editorial Gredos. Madrid, España. 1985.

Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan: Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos. 4ª ed. Ariel. Barcelona. 2004.

Barak, Aharon: Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones. Trad. Villa Rosas, Gonzalo. Palestra. Lima. 2017.

Barrios González, Boris: Teoría de la sana crítica. Interpretación, valoración y argumentación de la prueba. UBIJUS. México. 2017.

Beltrán Ferrer, Jordi: Conferencia "Estándares de prueba para la adopción de medidas cautelares", impartida el cuatro de septiembre de dos mil veinte en el Ciclo de Conferencias sobre derechos humanos y Proceso Penal, celebrado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en https://www.youtube.com/watch?v=Wq6CSjsGhnA

Cardona Arizmendi, Enrique y Ojeda Rodríguez, Cuauhtémoc: código penal comentado para el estado de Guanajuato. 4a ed. Orlando Cárdenas Editores. México. 1998.

Castillo Alva, José Luis et al.: Razonamiento judicial. Interpretación, argumentación y motivación de las resoluciones judiciales. 2a ed. ARA Editores. Lima, Perú. 2006.

Castillo Garrido, Salvador: Los jueces de control en el sistema acusatorio. ¿Un nuevo órgano de control constitucional en México? en Cuestiones constitucionales, no. 25, Ciudad de México, julio-

diciembre 2011. Recurso digital disponible en https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932011000200002

Centro virtual Cervantes: Acto de habla. Recurso digital disponible en http://cvc.cervantes.es/ensenanza/biblioteca_ele/diccio_ele/diccionario/actodehabla.htm

Comanducci, Paolo: Estudios sobre constitución y Derechos Fundamentales. Instituto de Estudios constitucionales del estado de Querétaro. México. 2016.

Concepto: Modo subjuntivo. Recurso digital disponible en https://concepto.de/modo-subjuntivo/

Del Vecchi, Diego: Problemas probatorios perennes. Un análisis a la luz del nuevo proceso penal mexicano. Fontamara. México. 2018.

Dellepiane, Antonio: Nueva teoría de la prueba. 9ª ed. Temis. Bogotá. 1997.

Escoto Mora, Iván: El impacto de la argumentación jurídica en los juicios y la oralidad. UBIJUS. México. 2011.

Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy: Sobre los límites de la justicia constitucional. Instituto de Estudios constitucionales del estado de Querétaro. México. 2021.

Ferrajoli, Luigi: Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia. Trad. Greppi, Andrea. Trotta. 2ª ed. Madrid. 2009.

- Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Trad. Andrés Ibañez, Perfecto et al. 9ª ed. Trotta. Madrid. 2009.
- Derechos fundamentales y democracia. Trad. Carbonell, Miguel. IIJ-UNAM. México. 2014.
- La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político, trad. Andrés Ibañez, Perfecto. Trotta. Madrid. 2014.
- Principia Iuris, T. 1. Trad. de Andrés Ibáñez, Perfecto, Bayón Carlos, Gascón Marina; Prieto Sanchís, Luis y Ruiz Miguel, Alfonso. Trotta. Madrid. 2011.

García Figueroa Alfonso: La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo, en Neoconstitucionalismo(s). Miguel Carbonell, (coord.). Trotta. Madrid. 2003.

García Morente, Manuel: Lecciones preliminares de filosofía. Colección "Sepan cuántos…" 164, Ed. Porrúa. 19ª edición, México, 2014.

Garrido Montt, Mario: derecho penal. Parte General, T. I, 2ª ed. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2007.

Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Alfonso J.: La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales. Palestra. Lima. 2003.

González Lagier, Daniel: Quaestio facti. Ensayos sobre la prueba, causalidad y acción. Fontamara, México, 2013.

González Ramírez Israel: Tomarnos en serio la constitución, en Justicia Administrativa Ho, y Revista del Tribunal de Justicia Administrativa del estado de Guanajuato. Abril-Septiembre 2018, pp. 25 y ss., visible en https://tcagto.gob.mx/wp-content/uploads/2018/11/Revista_Justicia_Administrativa_Hoy_abril_septiembre_2018.pdf

Guastini, Riccardo: Interpretación y construcción jurídica, en Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, núm. 43, octubre 2015, Instituto Tecnológico Autónomo de México. Distrito Federal, México. Recurso digital disponible en http://www.redalyc.org/pdf/3636/363643925005.pdf

Hernández Barros, Julio A.: Aprehensión, detención y flagrancia, en Derechos humanos en la constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana. T. II. Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, José Luis Caballero Ochoa, Christian Steiner(Coords.) Recurso digital disponible en https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3568/22.pdf

Instituto Mexicano para la Competitividad, A.C.: ¿Cómo es el mexicano promedio? vía El País. Recurso digital disponible en https://imco.org.mx/como-es-el-mexicano-promedio-via-el-pais/

Jakobs, Gunther: derecho penal. Parte General. Trad. Cuello Contreras, Joaquín y Serrano González de Murillo, José Luis, Marcial Pons, 2ª ed. Madrid. 1997.

Jesheck, Hans-Heinrich y Weisgend, Thomas: Tratado de derecho penal. Parte General. Trad. Olmedo Cardenete, Miguel. Comares. 5ª ed. Granada. 2002.

L. Austin, John: Cómo hacer cosas con palabras, pp. 11-17. Recurso digital disponible en https://escrituradigital.net/wiki/images/Austin_-_Como_Hacer_Cosas_Con_Palabras.PDF

Lariguet, Guillermo: Dilemas y conflictos trágicos. Una investigación conceptual. PALESTRA-TEMIS. Lima-Bogotá. 2008.

Luna leyva, Porfirio: El juez de control. Recurso digital disponible en https://forojuridico.mx/el-juez-de-control/

M. Copi, Irving, y Cohen, Carl: Introducción a la lógica, trad. Rangel Sandoval, Jorge Alejandro, LIMUSA, 2ª ed., México, 2013, passim.

Martínez Méndez, Nancy Jeanet del Pilar: La prueba de referencia y su afectación a los derechos de contradicción y confrontación (The hearsay evidence and its affectation to the rights of contradiction and confrontation). Recurso digital disponible en https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/cuadernos_de_derecho_penal/article/view/937

Mir Puig, Santiago: derecho penal. Parte General. 9ª ed. Editorial Reppertor. Barcelona, 2011.

Miranda Estrampes, Manuel: Concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. Especial referencia a la Exclusionary Rule Estadounidense. Ubijus. México. 2013.

Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes: Derecho penal. Parte General. Tirant Lo Blanch. 8ª ed. Valencia. 2010.

Naciones Unidas y comité de los derechos del niño: Observación general Nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). Recurso digital disponible en https://ciudadesamigas.org/wp-content/uploads/2022/11/14_observacion-general-14-principio-interes-superior-2013-.pdf

Naciones Unidas: Observación General Nº 5 (2003): Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44) (CRC/GC/2003/5)

Naucke, Wolfgang: derecho penal. Una introducción. Trad. Germán Brond, Leonardo. 10ª edición. Astrea. Buenos Aires, 2006.

Ochoa Romero, Roberto A.: La detención en flagrancia y por caso urgente en el código nacional de procedimientos penales, en "El código nacional de procedimientos penales. Estudios". Sergio

García Ramírez y Olga Islas de González Mariscal (Coords.) Recurso digital disponible en https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4032/17.pdf

Ontiveros Alonso, Miguel: derecho penal. Parte General. Ubijus Editorial/INACIPE. México. 2017.

Palomino Amaro, Raúl M.: El delito Flagrante. Recurso digital disponible en https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20081006_04.pdf

Peñaranda, Antonio: Hearsa, y en Glosario de derecho procesal penal inglés-español Recurso digital disponible en https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Recursos%20Juridicos/00Glos%20Der%20Proc%20Penal%20Pegnaranda%20E-S.htm

Pérez Daza, Alfonso: Plazo de 72 horas y vinculación a proceso, en constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada, T. I. José Ramón Cossío Díaz (coor) et al. (editores). Tirant Lo Blanch. México. 2017.

Poder judicial de la federación: Amparo en revisión 138/2019, del índice del Noveno Tribunal Colegiado en materia penal del Primer Circuito, recuperado de http://sise.cjf.gob.mx/SVP/word1.aspx?arch=501/05010000250413440003003.docx_1&sec=Martin_Mu%C3%B1oz_Ort%C3%ADz&svp=1

- Décima Época. Instancia: Primera Sala. Tesis: 1a./J. 35/2017 (10a.). Materia(s): Penal. Tipo: Jurisprudencia. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 45, Agosto de 2017, Tomo I, página 360
- Décima Época. Instancia: Primera Sala. Tesis: 1a. CXXXVI/2015 (10a.). Materia(s): constitucional, Penal. Tipo: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 17, Abril de 2015, Tomo I, página 516
- Décima Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis: I.2o.P.49 P (10a.). Materia(s): Penal. Tipo: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 38, Enero de 2017, Tomo IV, página 2609
- Décima Época. Registro digital: 2015634. Instancia: Primera Sala. Tesis: 1a. CLXXXIV/2017 (10a.). Materia(s): constitucional,

Penal. Tipo: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 48, Noviembre de 2017, Tomo I, página 460.

- Décima Época. Registro digital: 2015634. Instancia: Primera Sala. Tesis: 1a. CLXXXIV/2017 (10a.). Materia(s): constitucional, Penal. Tipo: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 48, Noviembre de 2017, Tomo I, página 460.
- Décima Época. Registro digital: 2011880. Instancia: Primera Sala. Tesis: 1a. CLXXIII/2016 (10a.). Materia(s): Penal. Tipo: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 31, Junio de 2016, Tomo I, página 696
- Décima Época. Registro digital: 2008819. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis: I.9o.P.75 P (10a.). Materia(s): Penal. Tipo: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 17, Abril de 2015, Tomo II, página 1655
- Décima Época. Registro digital: 2013866. Instancia: Primera Sala. Tesis: 1a. XXVII/2017 (10a.). Materia(s): constitucional. Tipo: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 40, Marzo de 2017, Tomo I, página 443
- Décima Época. Registro digital: 2017169. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis: XXII.P.A.23 P (10a.). Materia(s): constitucional, Penal. Tipo: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 55, Junio de 2018, Tomo IV, página 3063
- Décima Época. Registro digital: 2011430. Instancia: Primera Sala. Tesis: 1a./J. 22/2016 (10a.). Materia(s): constitucional. Tipo: Jurisprudencia. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 29, Abril de 2016, Tomo II, página 836
- Décima Época. Registro digital: 2014125. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis: XXI.2o.P.A.1 CS (10a.). Materia(s): constitucional. Tipo: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 41, Abril de 2017, Tomo II, página 1752
- Décima Época. Registro digital: 2008545. Instancia: Primera Sala. Tesis: 1a. LXXIX/2015 (10a.). Materia(s): constitucional. Tipo: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 15, Febrero de 2015, Tomo II, página 1397

- Décima Época. Registro digital: 2021088. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis: I.7o.P.130 P (10a.). Materia(s): Penal. Tipo: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 72, Noviembre de 2019, Tomo III, página 2188
- Décima Época. Registro digital: 2014791. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis: I.7o.P.82 P (10a.). Materia(s): Penal. Tipo: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 44, Julio de 2017, Tomo II, página 1056
- Décima Época. Registro digital: 159897. Instancia: Primera Sala. Tesis: 1a./J. 25/2012 (9a.). Materia(s): constitucional, Civil. Tipo: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XV, Diciembre de 2012, Tomo 1, página 334
- Décima Época. Registro digital: 2000988. Instancia: Primera Sala. Tesis: 1a. CXXII/2012 (10a.). Materia(s): constitucional. Tipo: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro IX, Junio de 2012, Tomo 1, página 260.
- Décima Época. Registro digital: 2020945. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis: VI.2o.P.61 P (10a.). Materia(s): Penal. Tipo: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 72, Noviembre de 2019, Tomo III, página 2308
- Décima Época. Registro digital: 2010347. Instancia: Primera Sala. Tesis: 1a. CCCXXV/2015 (10a.). Materia(s): Común, Penal. Tipo: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 24, Noviembre de 2015, Tomo I, página 960
- Décima Época. Registro digital: 2019619. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis: XVII.1o.P.A.84 P (10a.). Materia(s): Común, Penal. Tipo: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 65, Abril de 2019, Tomo III, página 1990
- Décima Época. Registro digital: 2019633. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis: XVII.1o.P.A.86 P (10a.). Materia(s): Penal. Tipo: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 65, Abril de 2019, Tomo III, página 2043
- Décima Época. Registro digital: 2011430. Instancia: Primera Sala. Tesis: 1a./J. 22/2016 (10a.). Materia(s): constitucional. Tipo:

Jurisprudencia. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 29, Abril de 2016, Tomo II, página 836

- Décima Época. Registro digital: 2015243. Instancia: Primera Sala. Tesis: 1a. CXXXVI/2017 (10a.). Materia(s): constitucional, Penal. Tipo: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 47, Octubre de 2017, Tomo I, página 500
- Décima Época. Registro digital: 2013588. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis: XVII.1o.P.A.43 P (10a.). Materia(s): Penal. Tipo: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 38, Enero de 2017, Tomo IV, página 2724
- Décima Época. Registro digital: 160509. Instancia: Primera Sala. Tesis: 1a./J. 139/2011 (9a.). Materia(s): constitucional, Penal. Tipo: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 3, página 2057
- Décima Época. Registro digital: 2003564. Instancia: Primera Sala. Tesis: 1a. CLXVII/2013 (10a.). Materia(s): Penal. Tipo: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XX, Mayo de 2013, Tomo 1, página 537
- Décima Época. Registro digital: 27257. Asunto: CONTRADICCIÓN DE TESIS 87/2016. Instancia: Primera Sala. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 45, Agosto de 2017, Tomo I, página 325.
- Décima Época. Registro digital: 160267. Instancia: Primera Sala. Tesis: 1a./J. 2/2012 (9a.). Materia(s): constitucional. Tipo: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro V, Febrero de 2012, Tomo 1, página 533
- Novena Época. Registro digital: 202971. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis: XXI.1o.5 P. Materia(s): Penal. Tipo: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo III, Marzo de 1996, página 946
- Novena Época. Registro digital: 164506. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis: VII.3o.P.T.7 P. Materia(s): Penal.

Tipo: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXXI, Mayo de 2010, página 2141

- Novena Época. Registro digital: 165642. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis: V.2o.P.A.34 P. Materia(s): Penal. Tipo: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXXI, Enero de 2010, página 1999
- Novena Época. Registro digital: 199782. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis: V.1o.20 P. Materia(s): Penal. Tipo: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo V, Enero de 1997, página 572
- Novena Época. Registro digital: 197915. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis: I.1o.P. J/5. Materia(s): Penal. Tipo: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo VI, Agosto de 1997, página 487.
- Novena Época. Registro digital: 161221. Instancia: Primera Sala. Tesis: 1a. CLXII/2011. Materia(s): constitucional, Común. Tipo: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXXIV, Agosto de 2011, página 226
- Novena Época. Registro digital: 197915. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis: I.1o.P. J/5. Materia(s): Penal. Tipo: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo VI, Agosto de 1997, página 487
- Novena Época. Registro digital: 163505. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis: I.8o.P. J/2. Materia(s): Penal. Tipo: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXXII, Noviembre de 2010, página 1242.
- Novena Época. Registro digital: 200037. Instancia: Pleno. Tesis: P. CXXXI/96. Materia(s): Común. Tipo: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo IV, Octubre de 1996, página 124
- Undécima Época. Registro digital: 31778. Asunto: CONTRADICCIÓN DE CRITERIOS (ANTES CONTRADICCIÓN DE TESIS) 40/2023. Instancia: Plenos Regionales. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 29, Septiembre de 2023, Tomo IV, página 4568.

- Undécima Época. Registro digital: 2024608. Instancia: Primera Sala. Tesis: 1a./J. 32/2022 (11a.). Materia(s): Penal. Materia(s): Penal. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 13, Mayo de 2022, Tomo III, página 2839.
- Undécima Época. Registro digital: 2024226. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis: XIII.2o.P.T.1 P (11a.). Materia(s): Penal. Tipo: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 11, Marzo de 2022, Tomo IV, página 3182
- Undécima Época. Registro digital: 2024608. Instancia: Primera Sala. Tesis: 1a./J. 32/2022 (11a.). Materia(s): Penal. Materia(s): Penal. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 13, Mayo de 2022, Tomo III, página 2839.

Real academia española: Cohabitar, en Diccionario de la lengua española. Recurso digital disponible en https://dle.rae.es/cohabitar

- Razonar, en diccionario de la lengua española. Recurso digital disponible en https://dle.rae.es/razonar?m=form consultado
- Tardar, en Diccionario de la Lengua Española. Recurso digital disponible en https://dle.rae.es/tardar

Rodríguez Lozano, Luis Gerardo: Teleología del debido proceso neoconstitucional, en "El debido proceso. Una visión Filosófica" T. I. Acuña Zepeda, Manuel Salvador et al. (coord). Tirant Lo Blanch. México. 2016.

Rodríguez Santibáñez, Iliana y Álvarez Bautista, Priscila: La ponderación de derechos de Robert Alexy en una decisión judicial del máximo tribunal en México, en Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho constitucional, núm. 47, julio-diciembre de 2022. Recurso digital disponible en https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/18053/18420 https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/transparencia/documentos/becarios/205michelle-lowenberg-lopez.pdf

Roxin, Claus: derecho penal. Parte General. T. I, 2ª edición. Trad. Luzón Peña, Diego-Manuel, Díaz y García Conlledo, Miguel, y De Vicente Remesal, Javier, Civitas Ediciones, Madrid, 1997.

- derecho penal. Parte General. T. I. Ed. Thomson Reuters. Madrid. 2008.

- derecho penal. Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito. Civitas-Thomson Reuters. España. 2014.

Salazar Marín Mario: Teoría del delito. Grupo Editorial Ibañez. Bogotá. 2014. 1ª reimp.

Sánchez-Ostiz, Pablo, Íñigo, Elena, y Ruiz de Erenchun, Eduardo: Iuspoenale 1.3. Materiales docentes para la asignatura de concepto y fundamentos del Derecho penal. Departamento de Derecho penal. Universidad de Navarra.Recurso digital disponible en https://www.unav.es/penal/iuspoenale/index.html

Steiner, Christian y Fuchs, Marie-Christine, (ed.): Convención Americana sobre derechos humanos. Comentario. 2a ed. Konrad-Adenauer-Stiftung. Bogotá. Colombia. 2019.

Suprema Corte de Justicia de la Nación: Guía de apoyo para el estudio y aplicación del código nacional de procedimientos penales. Suprema Corte de Justicia de la Nación y CJF. México. 2014.

- https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/transparencia/documentos/becarios/195carmen-vergara-lopez.pdf, consultadas el 2 de mayo de 2024
- Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren niñas, niños y adolescentes. 2a ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación. México. 2014.
- Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género. Suprema Corte de Justicia de la Nación. México. 2020.

Vigo, Rodolfo Luis (Coord.): La injusticia extrema no es derecho. De Radbruch a Alexy. Fontamara. México. 2008.

Vigo, Rodolfo Luis: constitucionalización y judicialización del Derecho. Del estado de derecho Legal al estado de Derecho constitucional, Porrúa-Universidad Panamericana. México. 2013.

Vilanova Arias, Javier: *Petitio principii, ad ignorantiam* y fundamentación del conocimiento. Recurso digital disponible en https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-15032011000100027

Yeannes, María Inés, Danti, Fabiana y Giacomaso, Mauro: Afirmaciones de "segunda mano": el valor probatorio del

testimonio de referencia. Recurso digital disponible en https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/1345/valor_pbtorio_testimonioreferencial.pdf?sequence=1

Zagrebelsk, y Gustavo: El derecho dúctil. ley, derechos, justicia. Trad. Gascón, Marina. Trotta. 10ª ed. Madrid. 2011.

Cómo citar esta obra:

González Ramírez, Israel: (Nombre del artículo), en Mentes Penales. Año 8 | No. 4 | Octubre-Diciembre 2025. Gilberto Martiñón Cano (Director). Rafael Rosado Cabrera (Coordinador). Editorial Poder Judicial del estado de Guanajuato. Guanajuato, México. 2025. p (pp.)...

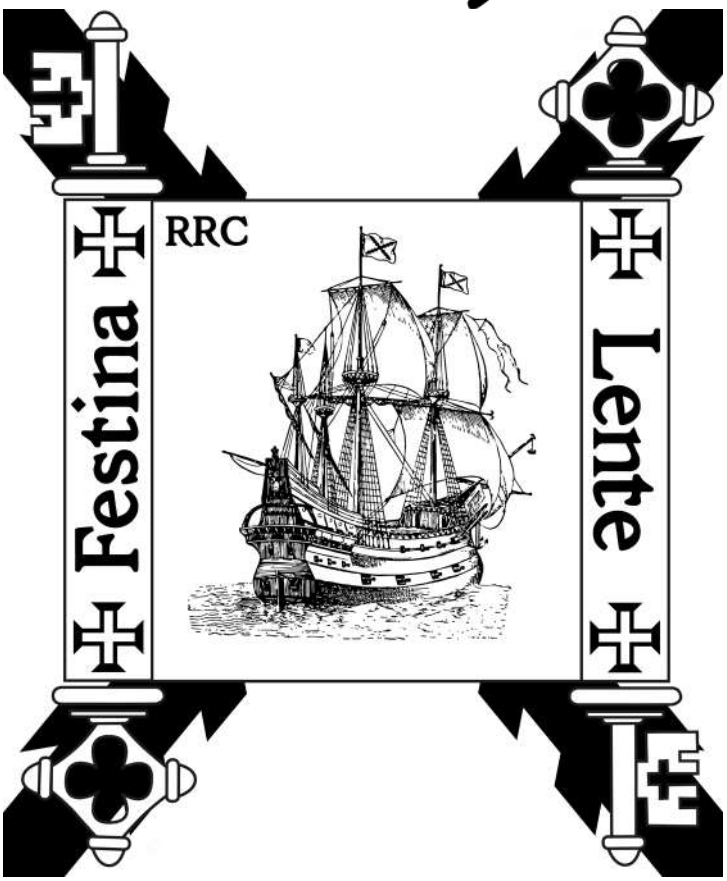


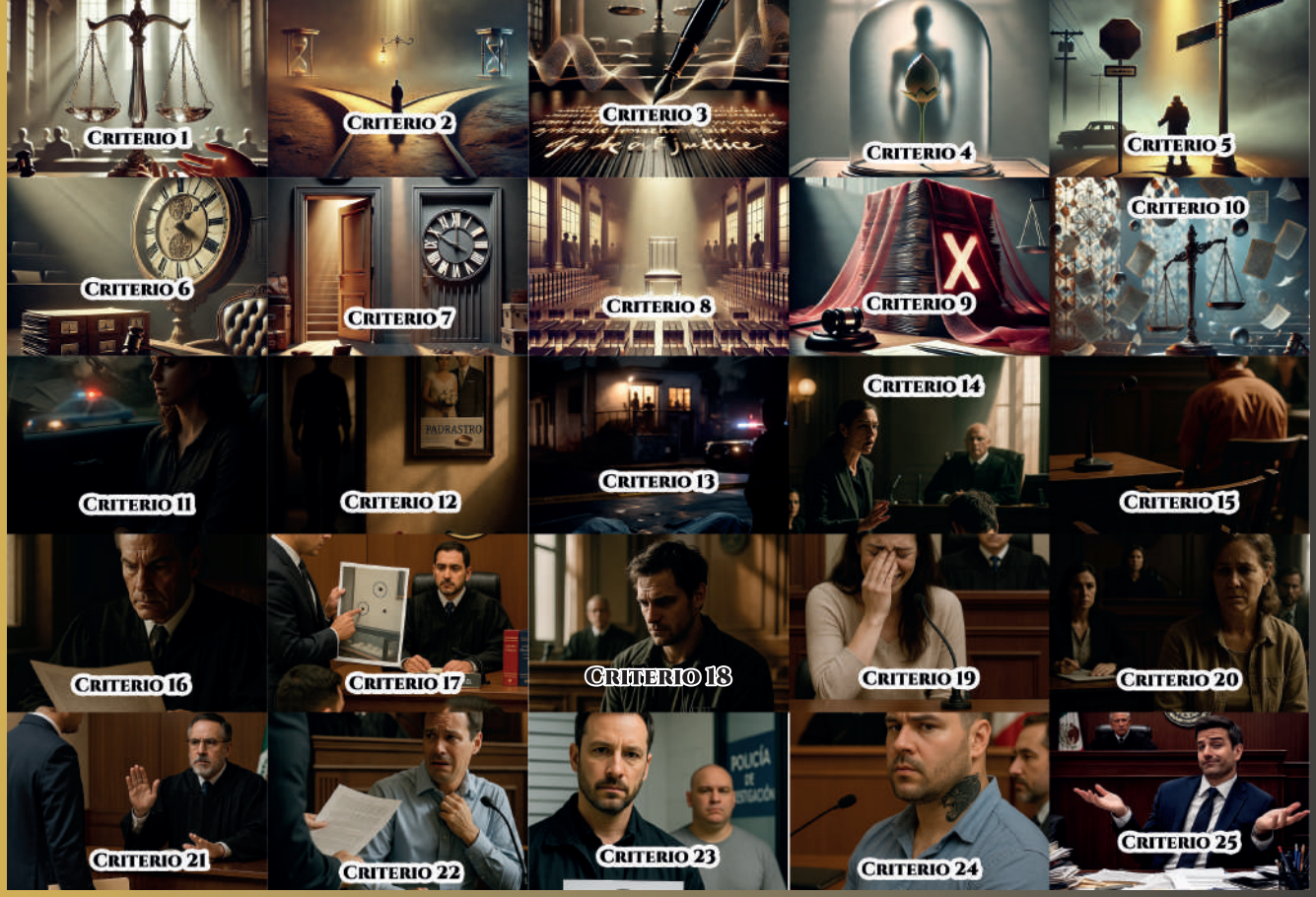




La presente revista, en su conceptualización y diseño digital, está a cargo de la unidad académica de investigaciones jurídicas, y se concluyó el 19 de septiembre de 2025.
Las letras capitales usadas en la presente edición —Chaneque capitals—, fueron diseñadas por Rafael Rosado Cabrera

Finit.
Fecit in
Terra
Metalli
Méxicus.
2025





Detrás del veredicto

Historias de justicia en apelación

