

Derechos del pueblo mexicano

México a través de sus constituciones



SECCIÓN SEGUNDA

V
TRANSVERSALIDAD
CONSTITUCIONAL CON
PROSPECTIVA CONVENCIONAL

Derechos del pueblo mexicano

México a través de sus constituciones



SECCIÓN SEGUNDA



CÁMARA DE DIPUTADOS
LXIII LEGISLATURA



Suprema Corte
de Justicia de la Nación



TRIBUNAL ELECTORAL
del Poder Judicial de la Federación



CNDH
MÉXICO



INE
Instituto Nacional Electoral



MAPorrúa
librero-editor • México

Derechos del pueblo mexicano

México a través de sus constituciones

V

SECCIÓN SEGUNDA

TRANSVERSALIDAD
CONSTITUCIONAL CON
PROSPECTIVA CONVENCIONAL

EDICIÓN CONMEMORATIVA
CENTENARIO DE LA
CONSTITUCIÓN

DE 1917

MÉXICO • 2016

342.72
M611d
2016

Derechos del pueblo mexicano : México a través de sus constituciones -- 9ª ed. -- Ciudad de México : Miguel Ángel Porrúa, 2016

XII vol. : 17 × 23 cm.

Coedición: Cámara de Diputados, LXIII Legislatura : Suprema Corte de Justicia de la Nación : Senado de la República, LXIII Legislatura : Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación : Instituto Nacional Electoral : Comisión Nacional de los Derechos Humanos

Contenido: Vol. V. Transversalidad constitucional con prospectiva convencional -- 1176 p.

ISBN 978-607-524-073-2 (Obra completa)

ISBN 978-607-524-078-7 (Vol. V)

1. Derecho constitucional -- México. 2. Historia constitucional -- México

Coeditores de la novena edición:

CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN,
LXIII LEGISLATURA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN
SENADO DE LA REPÚBLICA, LXIII LEGISLATURA
TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN
INSTITUTO NACIONAL ELECTORAL
COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS
MIGUEL ÁNGEL PORRÚA, librero-editor

© 1966-2016 CÁMARA DE DIPUTADOS
DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN

1966, primera edición, XLVI Legislatura, VIII volúmenes
1978-1979, segunda edición, L Legislatura, XIII volúmenes
1985, tercera edición, LII Legislatura, XIX volúmenes
1994, cuarta edición, LV Legislatura, XII volúmenes
1997, LVI Legislatura, actualización volumen XIII
2000, quinta edición, LVII Legislatura, XV volúmenes
2003, sexta edición, LVIII Legislatura, XVI volúmenes
2006, séptima edición, LIX Legislatura, XXV volúmenes
2012, octava edición, LXI Legislatura, VII volúmenes
2016, novena edición, LXIII Legislatura, XII volúmenes

La novena edición de *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, reproduce en su portada un fragmento de la obra de Jorge González Camarena: *Venustiano Carranza y la Constitución de 1917*, conservada en el Castillo de Chapultepec, sede del Museo Nacional de Historia. La obra representa al Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, don Venustiano Carranza, quien erguido y con gran firmeza en su mano diestra sostiene la pluma que sirvió para rubricar la nueva Constitución. Reproducción de la imagen fotográfica, autorizada por: Secretaría de Cultura-INAH-Méx. y Fundación Cultural Jorge González Camarena, A.C.

© 1985-2016 Por características tipográficas y de diseño editorial
MIGUEL ÁNGEL PORRÚA, librero-editor

Derechos reservados conforme a la ley
ISBN 978-607-524-073-2 OBRA COMPLETA
ISBN 978-607-524-078-7 VOLUMEN V

Queda prohibida la reproducción parcial o total, directa o indirecta del contenido de la presente obra, sin contar previamente con la autorización expresa y por escrito de los editores, en términos de lo así previsto por la *Ley Federal del Derecho de Autor* y, en su caso, por los tratados internacionales aplicables.

IMPRESO EN MÉXICO



PRINTED IN MEXICO

LIBRO IMPRESO SOBRE PAPEL DE FABRICACIÓN ECOLÓGICA CON BULK A 60 GRAMOS
www.maporrúa.com.mx
Chihuahua 34, Progreso-San Ángel, Álvaro Obregón, 01080, CDMX

Contenido | Sección segunda

Transversalidad constitucional
con prospectiva convencional

Volumen V

César Camacho	
Transversalidad de la convencionalidad.....	13
José Luis Caballero Ochoa y Daniel Antonio García Huerta	
El sistema de interpretación constitucional.	
Apuntes sobre la descripción y funcionalidad de la interpretación conforme presente en el artículo 1º de la Constitución.....	31
Luis Raúl González Pérez	
Aplicación del principio <i>pro persona</i> en el sistema mexicano.....	47
Sandra Serrano y Daniel Vázquez	
Universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.	
Apuntes para la aplicación práctica	61
Magdalena Cervantes Alcayde y Ricardo Alberto Ortega Soriano	
La transversalidad de los deberes de prevenir, investigar, sancionar y reparar.....	81
Julio César Contreras Castellanos	
La esclavitud.....	105
Imer B. Flores	
Principio de igualdad y no discriminación en México.....	123
Constancio Carrasco Daza	
El artículo 1º de la Constitución.	
La progresividad de los derechos en materia electoral.....	139
Pedro Esteban Penagos López	
El artículo 1º constitucional y la materia electoral.....	151

Elisa Ortega Velázquez Control de convencionalidad y derechos humanos de los migrantes.....	165
Aída Díaz-Tendero Dimensiones civil, política y social de la nueva Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas mayores	187
Carlos Ríos Espinosa Una mirada a los derechos de las personas con discapacidad a partir del nuevo régimen constitucional aprobado en junio de 2011.....	203
Santiago Corcuera Cabezut El derecho a no ser desaparecido como derecho humano constitucionalmente reconocido.....	219
Alonso y Luis René Guerrero Galván Consulta previa a los pueblos y comunidades indígenas	235
María de Jesús Medina Arellano Bioética y derecho a la salud.....	253
Fernando Cano Valle y Mónica Pantoja Nieves Violación de los derechos humanos ante el caso de discriminación influenza A (H1N1) 2009 en México.....	277
César Nava Escudero La cláusula de interpretación conforme en el caso del derecho a un ambiente sano en México.....	297
Rodrigo Gutiérrez Rivas El derecho humano al agua y al saneamiento.....	315
Luisa Paola Flores Rodríguez y Gilda María García Sotelo El derecho a la educación inclusiva de las personas con discapacidad.....	323
Leticia Bonifaz Alfonzo Derecho a la identidad.....	345
Jorge Sánchez Cordero Los derechos del pueblo mexicano. Artículo 4°, párrafo decimosegundo.....	357

Marisol Anglés Hernández	
Pobreza y exclusión social como factores determinantes para el acceso a la vivienda, al agua potable y al saneamiento	401
María de Montserrat Pérez Contreras	
Violencia familiar: una visión a través de los derechos humanos de las mujeres	415
Rosa María Álvarez	
Feminicidio	451
Mónica González Contró	
Temas constitucionales transversales con prospectiva convencional: el interés superior del niño	463
Alfredo Sánchez-Castañeda	
El derecho al trabajo: Un derecho con perspectiva convencional y de derechos humanos	479
Rodrigo Brito Melgarejo	
Libertad de pensamiento y de expresión	503
Benjamín Alejandro Cervantes Pérez e Issa Luna Pla	
El desarrollo del acceso a la información pública como derecho humano	519
Alejandro Rosas Martínez	
Reflexiones sobre el derecho a la verdad en México	535
Isabel Davara F. de Marcos	
Protección de datos personales	567
Julio Téllez Valdés	
Tecnologías de la información y ejercicio de los derechos humanos	583
Salvador Olimpo Nava Gomar	
Libertad de expresión en materia electoral. Artículo 6°	603
Felipe de la Mata Pizaña y José Antonio Pérez Parra	
Libertad de expresión y propaganda negativa	621
Salvador Olimpo Nava Gomar	
Libertad de prensa en materia electoral. Artículo 7°	637

Andrea Pozas Loyo y Julio Ríos Figueroa Jurisdicción militar y sus límites.....	655
Alfredo Islas Colín Ejecuciones extrajudiciales.....	667
Mauricio Padrón Innamorato Más allá del derecho y de las instituciones: los determinantes sociales del acceso a la justicia (civil) en México.....	685
Carlos Natarén Nandayapa Los medios alternativos de solución de controversias.....	707
Miguel Sarre y Gerardo Manrique López Derecho de ejecución penal. Antecedentes nacionales y referentes de fuente internacional.....	723
Alberto Abad Suárez Ávila Derecho a la defensa adecuada y defensoría pública.....	749
Patricia Lucila González Rodríguez Derechos de las víctimas u ofendidos en el proceso penal acusatorio.....	773
David Cienfuegos Salgado Seguridad pública y uso de la fuerza.....	789
Mónica Rocha Herrera Las obligaciones de México con la Corte Penal Internacional de conformidad al Derecho de los Tratados.....	811
Jorge Adame Goddard La libertad religiosa en los tratados de derechos humanos en vigor en México.....	831
Pauline Capdevielle Cien años de laicidad. El Estado laico mexicano en la Constitución de 1917.....	853
Pablo Larrañaga Constitucionalismo económico, políticas públicas y derechos humanos.....	871
Carlos H. Reyes Díaz Monopolios, concentración de riqueza y competencia económica.....	895

Eduardo de la Parra Trujillo	
Derechos de autor y propiedad industrial.....	911
Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Alfonso Herrera García	
La suspensión de derechos humanos y garantías. Una perspectiva de derecho comparado y desde la Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	925
Pedro Esteban Penagos López	
El artículo 35 constitucional y las candidaturas independientes.....	949
María del Carmen Alanís Figueroa	
El artículo 41 constitucional. Fundamento u obstáculo del ejercicio de los derechos humanos político-electorales en México.....	963
María del Carmen Alanís Figueroa	
La perspectiva de género en materia electoral.....	981
Constancio Carrasco Daza	
El redimensionamiento del derecho de participación política. Un enfoque a partir de la convencionalidad.....	995
María del Carmen Alanís Figueroa	
El desarrollo jurisprudencial de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas en materia electoral.....	1007
Felipe de la Mata Pizaña	
Procedimiento especial sancionador: una herramienta de control de regularidad constitucional y convencional.....	1023
Francisco Tortolero Cervantes	
Fuero constitucional: inmunidad de los parlamentarios.....	1033
Karina Ansolabehere	
Designación de los ministros de la SCJ en México.....	1051
Carlos Báez Silva y Karolina M. Gilas	
La convencionalidad en materia electoral y el artículo 99 constitucional.....	1067
Arturo Zaldívar	
La protección de los derechos humanos a través del juicio de amparo en el nuevo modelo constitucional.....	1087

Guillermo E. Estrada Adán	
Implicaciones de la justicia internacional: claves para una lectura jurisdiccional internacional en el siglo XXI.....	1099
Juan Manuel Acuña	
La Ley Suprema de la Unión ante el bloque constitucional de derechos humanos.....	1111
Hugo Alejandro Concha Cantú	
La reforma constitucional en México: ¿Flexibilidad o disfuncionalidad del modelo democrático constitucional? ...	1135
Salvador Olimpo Nava Gomar	
El artículo 134 constitucional. Apuntes desde la perspectiva electoral	1155

Derecho de ejecución penal. Antecedentes nacionales
y referentes de fuente internacional

Abreviaturas

- Convención - Convención Interamericana sobre Derechos Humanos.
- CIDH - Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- CP - Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- CorIDH - Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- DEP - Derecho de Ejecución Penal.
- DP - Derecho Penal.
- LNEP - Ley Nacional de Ejecución Penal.
- ppl* - persona(s) privada(s) de la libertad.
- SCJN - Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Evolución de la ejecución penal
en el ámbito interno

De la entrada en vigor de la Constitución mexicana a la fecha, el Derecho de Ejecución Penal (DPE) registra una evolución en la que se distinguen tres épocas marcadas por las reformas constitucionales en la materia, como se explica enseguida.

Primera época, la regeneración moral

Durante cerca de medio siglo, aunque escasamente se recuerde, el DEP, entonces denominado Derecho Penitenciario, estuvo marcado por el lenguaje original del artículo 18 constitucional. En su segundo párrafo se estableció: “Los Gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán, en sus respectivos territorios, el sistema penal —colonias penitenciarias o presidios— sobre la base del trabajo como medio de regeneración”.

Sumario

Abreviaturas	723
Evolución de la ejecución penal en el ámbito interno	723
El principio constitucional de la mayor protección a los derechos humanos y el DEP de fuente internacional	731
Estándares de fuente internacional e interamericana sobre la insuficiencia presupuestaria para satisfacer los derechos de las PPL	739
Consideraciones sobre la prisión preventiva	741
Consideraciones sobre la figura del arraigo	745
Bibliografía	748

En este estado primigenio de evolución del DEP —algunos de cuyos matices prevalecen—, se consideraba a quienes se hacían acreedores a una pena privativa de la libertad, como sujetos desvalidos y carentes de oficio. Podemos observar que el precepto tiene una enorme carga moral, como se hace patente al dar lectura al debate en el que participó el diputado constituyente José María Truchuelo: “el moderno castigo de un individuo no consiste precisamente en extorsionarlo, sino simplemente en privarlo de su libertad para que se regenere y se eduque”.¹

El Código Federal de Procedimientos Penales (CFPP), promulgado en 1934, recogió fielmente esta ideología al establecer:

Artículo 541. Recibida la solicitud se recabarán los datos necesarios acerca de la temibilidad del reo, de la conducta que haya observado durante su prisión, de las manifestaciones exteriores de arrepentimiento o de enmienda y sobre las inclinaciones que demuestre [...]²

Cabe, en justicia, señalar que este concepto era acorde con el pensamiento de la época. Precisamente, en el año de 1934, se aprobaron en la Liga de las Naciones las primeras *Reglas Mínimas para el Tratamiento de Prisioneros*. A guisa de ejemplo, en uno de sus preceptos se establecía:

Artículo 34. El principal propósito del tratamiento de prisioneros debiera ser acostumbrarlos al trabajo y fortalecer su carácter moral.³

¹Sergio García Ramírez, comentario al artículo 18 constitucional, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, tomo III, México, Cámara de Diputados, LVIII Legislatura-Miguel Ángel Porrúa, 2003, p. 735.

²Según la reforma publicada el viernes 8 de diciembre de 1978, este precepto utiliza un lenguaje más refinado, pero que encierra un contenido igualmente inquisitivo:

ARTÍCULO 541.- Recibida la solicitud, se pedirán informes acerca de los requisitos a que se refieren las fracciones I y II del artículo 84 del Código Penal, a la autoridad ejecutiva del reclusorio en el que el sentenciado se encuentre compurgando la condena, la cual deberá acompañar además el dictamen que en cada caso emita el Consejo Técnico Interdisciplinario.

[...]

En vista de estos informes y datos, se resolverá sobre la procedencia de la libertad solicitada y se fijarán las condiciones a que su concesión deba sujetarse.

La fracción II del artículo 84 del Código Penal Federal, que continúa formalmente vigente mientras no entre en vigor la Ley Nacional de Ejecución Penal, establece:

Art. 84. Se concederá libertad preparatoria al condenado [...] II.- Que del examen de su personalidad se presuma que está socialmente readaptado y en condiciones de no volver a delinquir, y [...].

Esta norma ha sido desaplicada por ejecutoria dictada por el magistrado Nabor González Ruíz. Primer Tribunal Unitario de Circuito. Centro Auxiliar de la Tercera Región, en expediente auxiliar 196/2013, al condiderar que “sigue acorde con el paradigma del derecho penal de autor y no con el derecho penal de acto el cual es el que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos acoge actualmente”. Véase resolución señera en <http://bit.ly/1TnrY1R>.

³Traducción libre. La versión íntegra del documento original en inglés puede consultarse en la liga: <http://bit.ly/1GprDp5>.

Segunda época, la readaptación social

En 1965 se reformó el artículo 18 constitucional para establecer la redacción que se habría de sostener durante más de cuatro décadas y que, en la parte conducente, estableció:

Los Gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente.

Como ejemplo de lo anteriormente expuesto, Sergio García Ramírez, en su *Manual de Prisiones*, explica el cambio del paradigma de la *regeneración* por el de la *readaptación social* en un apartado al que intitula “La génesis del crimen”:⁴

En una prisión italiana, Cesar Lombroso —no abogado, sino médico, como tampoco fueron juristas otros renovadores eminentes: Beccaria y Howard— exploraba la génesis del crimen y culminaba en planteamientos que pondrían en entredicho, de nueva cuenta, toda la teoría ética, la versión puramente moral, sobre la delincuencia.

A partir del positivismo criminológico italiano, de derivaciones, de importantes desarrollos, de choques esclarecedores, de una dialéctica feliz, en suma, se obtuvo una más precisa comprensión del fenómeno del crimen y se replanteó el papel de la pena y, sobre todo, de la privación de libertad. No más la retribución del mal con el mal, ni la intimidación generalizada —pura prevención social— ni la expiación de la culpa gracias al bien del sufrimiento: algo más, mucho más, la readaptación social —es decir, la llamada prevención especial— obtenida a partir de datos germinales del delito y mediante una acción científica, interdisciplinaria, coherente, que vaya a la raíz de las cosas y las explore y resuelva, si es posible con méritos médicos, sociales, psicológicos, laborales, pedagógicos, etc., es decir, con toda la riqueza y ampliación de visión que requiere la dilatada gama de generadores del crimen que en su propio espectro plantean o replantean la extensa riqueza, el abigarramiento, la heterogeneidad de la vida humana en el doble plano individual y social.

En línea con dicha reforma constitucional y con la corriente positivista apuntada, en 1971 se hicieron adecuaciones a los ordenamientos penales tanto sustantivos como adjetivos, y se promulgó la Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, en lo sucesivo, Ley de Normas Mínimas, que sirvió de modelo para las legislaciones de todas las entidades federativas.⁵

⁴Sergio García Ramírez, *Manual de prisiones*, México, Porrúa, 1970, p. 249.

⁵Esta Ley fue publicada en el DOF el 19 de mayo de 1971. Tanto la reforma constitucional de 1965 como la legislación federal apuntada recibieron la influencia de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos (*Reglas Mínimas*), que fueron adoptadas por el (Primer) Congreso de las Naciones Unidas para el Tratamiento de Prisioneros en 1955 y aprobadas en por el Consejo Económico y Social en 1957. Su antecedente directo se encuentra en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Prisioneros de la Liga de las Naciones de 1934. El 17 de diciembre de 2015, la Asamblea General, en la resolución A/RES/70/175, aprobó una versión revisada de las *Reglas Mínimas*, conocida como las *Reglas Nelson Mandela*. La traducción al español se puede consultar en http://www.penalreform.org/wp-content/uploads/1957/06/ESP_Nelson-Mandela-Rules-Third-Committee-Resolution-5-November-2015.pdf. Una versión en inglés en la que pueden apreciarse los cam-

Tercera época, la reinserción social

En esta época se pueden identificar cambios decisivos en cuanto a la consideración ontológica y el estatus jurídico de la persona privada de su libertad (PPL), como se expone a continuación:

Reforma relativa al sistema de seguridad y justicia, junio 2008

Se hicieron adiciones a los artículos 18 y 21 constitucionales:

a) Artículo 18

El sistema penitenciario se organizará sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, *la salud y el deporte* como medios para lograr *la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley.*

Si bien se adoptó un nuevo paradigma, el de la reinserción social, en forma incongruente con la presunción de inocencia incorporada expresamente al artículo 20 constitucional en la misma fecha, se mantuvo la porción normativa “que no vuelva a reincidir (*sic*)”, afirmación que indebidamente sugiere que la persona sentenciada por un delito abriga la tendencia que lo llevará a cometer nuevos delitos.⁶

b) Adición al artículo 21 constitucional

El texto vigente desde 1917 establecía: “La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial”. En 2008 se adicionó para disponer: “La imposición de las penas, *su modificación y duración* son propias y exclusivas de la autoridad judicial”.

Reforma al artículo 18 constitucional, junio 2011

Con la reforma en cuestión, se adiciona la parte resaltada enseguida:

El sistema penitenciario se organizará sobre la base *del respeto a los derechos humanos*, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley.

En sentido estricto, se estima que la exigencia del respeto a los derechos humanos constituye un agregado innecesario, puesto que se sobreentiende que todas las insti-

bios sustantivos introducidos por las *Reglas Mandela* está en <http://www.penalreform.org/wp-content/uploads/1957/06/PRI-Marked-version-of-Nelson-Mandela-Rules-3rd-Cmmttee-Resolution.pdf>.

⁶Véase la iniciativa de Decreto por el que se reforman los artículos 18, 19 y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, presentada por la senadora Angélica de la Peña para modificar el artículo 18 constitucional, por la que se suprime la expresión “que no vuelva a delinquir” para armonizar el texto constitucional en el sentido apuntado, disponible en http://www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/63/1/2015-10-27-1/assets/documentos/Ini_PRD_arts_18_19_y_21_Const.pdf, consulta realizada el 16 de noviembre de 2015.

tuciones del Estado han de organizarse y operar sobre la misma base de conformidad con el artículo primero constitucional. No obstante, la adición puede interpretarse como un mensaje político-constitucional para enfatizar que los derechos humanos no se quedan fuera de la prisión, lo cual obliga a todos los poderes públicos a conducirse con apego a los mismos, no sólo por lo que respecta a aquéllos elementales, como la prohibición de la tortura y los malos tratos, sino a elementos más sutiles como el principio *pro persona*, el de *progresividad* de los derechos humanos, el máximo respeto posible al proyecto de vida de las PPL, el acceso a la jurisdicción para todas las PPL, y todos los que tienen que ver con los bienes jurídicos propios de la reclusión.

El alcance normativo de los enunciados “lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad” y “procurar que no vuelva a delinquir” debe interpretarse en el sentido de someter al aparato estatal encargado de administrar el sistema penitenciario a los derechos humanos. De interpretarse literalmente dichas expresiones encontraríamos contradicciones insalvables dentro del texto constitucional. En el primer caso, ello implicaría “hablar de reinserción pero seguir pensando en readaptación”.⁷ En el segundo caso, se estigmatizaría a la persona, en contravención con el principio de presunción de inocencia, en su manifestación de *regla de trato*; la cláusula constitucional de no discriminación; el principio *non bis in idem*, y la prohibición de las marcas.⁸

Interpretación constitucional sobre el Derecho Penal de acto

En 2015 se aprobó la siguiente jurisprudencia de la Primera Sala de la Suprema Corte (SCJN) que vincula el DEP a principios constitucionales propios del Derecho Penal (DP) al establecer la vigencia del *Derecho Penal de acto* en el ámbito de la ejecución, con todas las consecuencias que de ello se derivan. Hasta la fecha, esta jurisprudencia constituye el *punto máximo de desarrollo* jurisprudencial vinculante en tanto que supera las contradicciones literales de la CPEUM.⁹ Bajo esta perspectiva se respeta la

⁷Palabras de Gabriel Delgadillo, secretario técnico de la Comisión de Derechos Humanos del Senado de la República en el Foro “El Sistema Penitenciario en México”, organizado por el Instituto Nacional de Ciencias Penales el 18 de septiembre de 2015.

⁸En este sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos se ha pronunciado al resolver el caso *Del Río Prada vs. España*. Demanda 42750/09. (“Doctrina Parot”) Sentencia. Estrasburgo, 21 de octubre de 2013. La Gran Sala de la Corte determinó la aplicabilidad del régimen jurídico más benigno, que regulaba los reductivos de la pena en el momento en que tuvieron lugar los hechos y no cuando entró en vigor, con posterioridad a su condena, debido a un cambio en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España, disponible en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["Inés del Río"\],"documentcollectionid2":\["grandchamber","chamber"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)

⁹Esta Ley fue publicada en el DOF el 19 de mayo de 1971. Tanto la reforma constitucional de 1965 como la legislación federal apuntada recibieron la influencia de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos (*Reglas Mínimas*), que fueron adoptadas por el (Primer) Congreso de las Naciones Unidas para el Tratamiento de Prisioneros en 1955 y aprobadas por el Consejo Económico y Social en 1957. Su antecedente directo se encuentra en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Prisioneros de la Liga de las Naciones de 1934. El 17 de diciembre de 2015, la Asamblea General, en la resolución A/RES/70/175, aprobó una versión revisada de las *Reglas Mínimas*, conocida como las *Reglas Nelson Mandela*. La edición traducción al español se puede consultar en http://www.penalreform.org/wp-content/uploads/1957/06/ESP_Nelson-Mandela-Rules-Third-Committee-Resolution-5-November-2015.pdf. Una versión en inglés en la que pueden apreciarse los cambios sustantivos introducidos por las *Reglas Mandela* puede consultarse en <http://www.penalreform.org/wp-content/uploads/1957/06/PRI-Marked-version-of-Nelson-Mandela-Rules-3rd-Committee-Resolution.pdf>.

autonomía de las personas privadas de la libertad ante las autoridades administrativas, asumiéndolas como personas normales y no como individuos *per se* carenciados:

Derecho Penal de acto. Razones por las cuales la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se decanta por dicho paradigma (interpretación sistemática de los artículos 1º, 14, tercer párrafo, 18, segundo párrafo, y 22, primer párrafo).¹⁰

A fin de determinar por qué el paradigma del derecho penal del acto encuentra protección en nuestro orden jurídico, es necesario ubicar aquellos preceptos constitucionales que protegen los valores de los que tal modelo se nutre. Para ello, en primer lugar, es imprescindible referir al artículo 1o. constitucional, pues como ha sostenido esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, la dignidad humana por él protegida es la condición y base de todos los derechos humanos. Además, al proteger la autonomía de la persona, rechaza cualquier modelo de Estado autoritario que permita proscribir ideologías o forzar modelos de excelencia humana a través del uso del poder punitivo. Por ende, el derecho penal no puede sancionar la ausencia de determinadas cualidades o la personalidad, porque está limitado a juzgar actos. Afirmación que necesariamente debe ser enlazada con el principio de legalidad, protegido por el artículo 14, tercer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al establecer que en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata. Esta disposición es la que revela, del modo más claro y literal posible, que el derecho penal únicamente puede prohibir la comisión de conductas específicas (no la personalidad); es decir, sólo aquel acto prohibido por una norma penal, clara y explícita, puede dar lugar a una sanción. Por otro lado, también debe considerarse el actual contenido del segundo párrafo del artículo 18 constitucional. El abandono del término “readaptación” y su sustitución por el de “reinserción”, a partir de la reforma constitucional de junio de 2008, prueba que la pena adquiere nuevas connotaciones. El hecho de que la Constitución haya eliminado la posibilidad de que el sistema penal opere bajo la premisa de que alguien es desadaptado, fundamenta la convicción de que nuestro sistema se decanta por un derecho penal sancionador de delitos, no de personalidades. Así, el abandono del término “delincuente” también exhibe la intención del constituyente permanente de eliminar cualquier vestigio de un “derecho penal de autor”, permisivo de la estigmatización de quien ha cometido un delito. Esta conclusión se enlaza con la prohibición de penas inusitadas contenida en el artículo 22, primer párrafo, constitucional, la cual reafirma la prohibición de que cualquier consideración vinculada con etiquetas a la personalidad tenga incidencia en la punición.

El sentido de esta tesis implica que, si se admitiera que el sistema de ejecución penal tiene por finalidad crear “modelos de excelencia humana”, no habría razón para limitar su alcance y debería entonces utilizarse la prisión como un mecanismo educativo para alcanzar metas en distintos campos del desarrollo humano.

En el mismo sentido, la Primera Sala también aprobó la jurisprudencia de la que se reproduce únicamente el rubro: *Derecho penal del autor y derecho penal del acto. Rasgos caracterizadores y diferencias*.¹¹

¹⁰SCJN. Primera Sala. Décima Época. Tesis de jurisprudencia por reiteración aprobada el 5 de marzo de 2014, bajo el número 21/2014. Registro: 2005918.

¹¹SCJN. Primera Sala. Décima Época. Tesis de jurisprudencia por reiteración aprobada el 26 de febrero de 2014 bajo el número 19/2014. Registro: 2005883.

Esta jurisprudencia señera confirma la ruptura con las categorías morales y psicológicas previas; se detiene el trasvase de las características del delito a su autor, y se pone al DEP en línea con el Derecho Penal *de acto*. De esta forma, se eliminan vestigios del Derecho Penal *de autor* en nuestro sistema jurídico que ya habían sido abandonados en el derecho sustantivo y procesal, pero continuaban vigentes en el ámbito de la ejecución penal.¹²

Reforma al artículo 73, fracción XXI constitucional

Se faculta al Congreso de la Unión para promulgar la legislación única (nacional) en materia de ejecución penal, la LNEP, que implicará la abrogación de la legislación federal y local en la materia, así como la derogación de disposiciones penales con contenido relativo a la ejecución penal.

Interpretación constitucional sobre la naturaleza jurídica de las controversias en materia de ejecución penal

En octubre de 2012 el Pleno de la Suprema Corte aprobó jurisprudencia obligatoria por medio de la cual reconoce que las controversias surgidas en la ejecución penal son de naturaleza penal, no administrativa, y delimita las funciones del Poder Ejecutivo en auxilio al Poder Judicial.¹³

La tesis referida es trascendente, puesto que reafirma el control de los poderes judiciales en el cumplimiento de resoluciones privativas de la libertad. De ahí que las controversias en materia de ejecución en todo el país, incluyendo con mayor razón las que se presenten durante la prisión preventiva, se someterán a los principios, leyes y tribunales del orden penal, con lo que se consolida el nacimiento de un DEP con órganos propios (jueces y tribunales de ejecución penal; defensa pública y fiscalía especializadas en materia de ejecución penal), contenidos propios (derechos sustantivos en la ejecución penal) y procedimientos específicos para dirimir las controversias en este ámbito.

La misma tesis plenaria limita el papel del Ejecutivo en la administración de las prisiones. En efecto, las autoridades administrativas intervienen en la Ejecución Penal en cumplimiento del mandato constitucional de “Facilitar al Poder Judicial los auxilios

¹²Una de las últimas expresiones del derecho penal de autor en la legislación sustantiva de la ahora Ciudad de México fue invalidada recientemente en la jurisprudencia por contradicción de la Primera Sala del SCJN, bajo el rubro: “Individualización de la pena tratándose de delito no culposo. El juzgador no debe tomar en consideración los dictámenes periciales tendentes a conocer la personalidad del inculcado (Legislación del Distrito Federal) [interrupción de la jurisprudencia 1a./j. 175/2007]”. Tesis de jurisprudencia 20/2014 (10a.). Aprobada por la Primera Sala. Registro: 2005884.

¹³Modificación de las penas. La determinación relativa al traslado de sentenciados de un centro penitenciario a otro está reservada al Poder Judicial, conforme al artículo 21, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. SCJN. Primera Sala. Décima Época. Amparo en revisión 151/2011. 12 de enero de 2012. Tesis Aislada. Unanimidad de once votos. Ponente: Sergio Valls Hernández. 1º de octubre de 2012. Registro: 160693.

que necesite para el ejercicio de sus funciones”. Este fundamento, frecuentemente ignorado, se sustenta en la fracción XII del artículo 89 de la CPEUM.

Síntesis de la evolución de la ejecución penal en México: de la regeneración a la reinserción social (1917-2015)

	PRIMERA ÉPOCA, A PARTIR DE 1917	SEGUNDA ÉPOCA, A PARTIR DE 1965	TERCERA ÉPOCA, A PARTIR DE 2008
Concepción de la PPL.	Persona imputable pero regenerada. Objeto de enmienda.	Persona imputable con carencias bio-psico-sociales que favorecen su tendencia a delinquir. Es objeto de corrección o readaptación a partir de su condena.	Persona imputable y normal: vinculada a consecuencias de Derecho, ya sea por una acusación o por una pena impuesta. Sujeto de derechos y obligaciones.
Relación entre la autoridad administrativa y la PPL en la ejecución penal.	Relación de supra y subordinación entre la autoridad administrativa y la PPL. Se consideraba propia del Derecho Administrativo sin que existiera un marco jurídico para resolver controversias en forma ordinaria entre ambas en un plano de igualdad procesal (salvo la posibilidad del procedimiento contencioso-administrativo, que fue mínimamente utilizada, y el juicio de amparo, de difícil acceso).	La autoridad administrativa interviene como auxiliar del juez del proceso. Cuando una controversia se judicializa durante la ejecución, la autoridad administrativa es contraparte del interno/a y ambos quedan sometidos al juez de ejecución.	La autoridad administrativa interviene como auxiliar del juez del proceso. Cuando una controversia se judicializa durante la ejecución, la autoridad administrativa es contraparte del interno/a y ambos quedan sometidos al juez de ejecución.
Objeto de la ejecución penal respecto de la PPL.	Lograr el arrepentimiento y enmienda de la persona sentenciada.	Aplicar un tratamiento correctivo mediante la educación y otras medidas.	Imponer una sanción, vista como privación o restricción coactiva de bienes jurídicos en condiciones de vida digna y segura.
<i>Ratio decidendi</i> de la reducción de las penas.	Alcanzar la <i>enmienda del reo</i> .	Lograr la <i>evolución o progreso</i> del <i>reo</i> a partir de un <i>tratamiento</i> medible con estudios de personalidad.	La gobernabilidad del Centro se ha favorecido como apoyo en incentivos de libertad anticipada.
Destinatarios principales de las normas en la materia.	La PPL, objeto de regeneración.	La <i>ppl</i> objeto del <i>sistema progresivo</i> .	La autoridad, objeto de facultades y deberes. La PPL sujeta a derechos y obligaciones.
Naturaleza jurídica de las normas aplicables.	Administrativa (con el apoyo de disciplinas conductuales).		Constitucional y Penal. ¹⁴
Referencia temporal.	La regeneración y la readaptación constituyen un proceso progresivo en forma de <i>tratamiento en internación</i> —que puede continuar en el periodo en externación que inicia con la (pre)liberación de la persona— y concluye con la extinción de la pena.		La reinserción social es un estatus jurídico que se alcanza cuando se extinguen la pena o la prisión cautelar.

¹⁴Las normas administrativas únicamente regulan la parte orgánica de las entidades públicas intervinientes en la ejecución penal. De igual manera, son de naturaleza administrativa las normas que regulan las sanciones administrativas a las

De acuerdo con lo expuesto, la reinserción social ya no denota una calificación moral (1917), ni un cuadro clínico-social (1965), sino una categoría jurídico-constitucional (2008) consistente en la plena restitución del goce de los derechos y las libertades de la persona al concluir su restricción penal.

La interdependencia y progresividad de los derechos humanos, aunadas al principio *pro persona*, obligan a armonizar los conceptos correccionales que subsisten en la literalidad del artículo 18 constitucional con el resto de la Constitución, especialmente si se toma en consideración que, en 2011, este precepto fue adicionado para establecer que el sistema penitenciario “se ordenará sobre la base del respeto a los derechos humanos”, así como instaurar la obligación de los jueces de velar por el cumplimiento de este precepto a la luz de la tesis reciente sobre el control de constitucionalidad y convencionalidad aprobada por la SCJN. Por ello, se faculta a los jueces federales y locales a “emitir pronunciamientos en respeto y garantía de los derechos humanos reconocidos por la Constitución Federal y por los tratados”.¹⁵

El principio constitucional de la mayor protección a los derechos humanos y el DEP de fuente internacional

Las disposiciones de corte correccional en el ámbito interno se han superado casi en su totalidad gracias a la jurisprudencia de la SCJN, que seguramente será secundada por la LNEP; sin embargo, éstas aún continúan en vigor en el ámbito internacional.

Ante la mayor o menor protección que cada uno de los sistemas normativos —de fuente interna y de fuente internacional— ofrece en el ámbito de derechos humanos, cobra especial relevancia la identificación y selección de la norma más protectora a raíz del reciente desarrollo constitucional mexicano en torno a los derechos humanos.

En efecto, el alcance del artículo 18 constitucional, en el aspecto que vincula expresamente al sistema penitenciario a la observancia de los derechos humanos, obliga a considerar la evolución del derecho de ejecución interno no sólo a la luz de las disposiciones directamente dirigidas a regularlo, sino a la forma en que éste es impactado por las disposiciones generales relativas a los derechos humanos. Por lo anterior, resulta indispensable recurrir al *aparato interpretativo*, desarrollado por la SCJN y los tribunales de amparo para alcanzar el *punto máximo* de dicho desarrollo que culmina concediendo a la persona la protección más amplia.

Los fragmentos de la Resolución dictada por el Tribunal Pleno de la SCJN en el Expediente varios 912/2010, que se retoman en seguida, desarrollan el modelo de control difuso de constitucionalidad:

PPL, aunque se incorporen a la LNEP y queden sujetas a control judicial. En cuanto a la prestación de servicios en la ejecución penal, tales como los educativos y laborales, si bien éstos se proporcionan por autoridades administrativas, las controversias sobre su acceso y satisfacción se ventilan en la jurisdicción de ejecución penal en razón de que el título para su prestación proviene de una resolución penal judicial en ejecución.

¹⁵SCJN. Control de constitucionalidad y de convencionalidad (reforma constitucional de 10 de junio de 2011). Contradicción de tesis 259/2011. Entre las sustentadas por el Primer y Segundo Tribunales Colegiados, ambos del Trigésimo Circuito. 30 de noviembre de 2011. mayoría de tres votos. Disidentes: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia y José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretario: Jesús Antonio Sepúlveda Castro.

[...] se determinó que el modelo de control de convencionalidad y constitucionalidad que debe adoptarse a partir de lo establecido en el párrafo 339 de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, y en los artículos 1º, 103, 105 y 133 de la Constitución Federal, propuesto por el señor Ministro Cossío Díaz, es en el sentido de que:

- 1) Los jueces del Poder Judicial de la Federación, al conocer de controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y de amparo, pueden declarar la invalidez de las normas que contravengan la Constitución Federal y/o los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos;
- 2) Los demás jueces del país, en los asuntos de su competencia, podrán desaplicar las normas que infrinjan la Constitución Federal y/o los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos, sólo para efectos del caso concreto y sin hacer una declaración de invalidez de las disposiciones, y
- 3) Las autoridades del país que no ejerzan funciones jurisdiccionales deben interpretar los derechos humanos de la manera que más los favorezca, sin que estén facultadas para declarar la invalidez de las normas o para desaplicarlas en los casos concretos.¹⁶

A continuación se reproduce una parte del cuadro incluido en la propia resolución, referido a los jueces ordinarios:

Modelo general de control de constitucionalidad y convencionalidad

	A) ÓRGANO	FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL	POSIBLE RESULTADO	FORMA
<i>Control Difuso</i>	ResTribunales a. a) Federales: Juzgados de Distrito y Tribunales Unitarios de proceso federal y Tribunales Administrativos. b. b) Locales: Judiciales, administrativos y electorales.	Artículos 1º, 133 y 104.	No hay declaración de inconstitucionalidad, sólo inaplicación....	Incidental. ¹⁷
<i>Interpretación más favorable</i>	Todas las autoridades del Estado mexicano.	Artículo 1.	Interpretación aplicando la norma más favorable a las personas sin inaplicación ni declaración de inconstitucionalidad.	Fundamentación y motivación.

¹⁶SCJN. Pleno. Novena Época, sentencia Ejecutoria. 14 de julio de 2011. mayoría de siete votos de los señores ministros Cossío Díaz, Franco González Salas, Zaldívar Lelo de Larrea, Valls Hernández, Sánchez Cordero de García Villegas, Ortiz Mayagoitia y presidente Silva Meza, votaron en contra los señores ministros Aguirre Anguiano, así como los señores ministros Pardo Rebolledo y Aguilar Morales por estimar que ésta no es la instancia adecuada para realizar este análisis. 4 de octubre de 2011.

¹⁷Esta forma incidental de ningún modo implica la apertura de un expediente por cuerda separada, sino que debe entenderse como la posibilidad de inaplicación durante el proceso correspondiente (asterisco de la SCJN).

Este esquema presentado por la SCJN permite comprender con claridad dos tareas a cargo de las y los impartidores de justicia, incluyendo obviamente, a quienes imparten justicia de ejecución penal:¹⁸

1. Interpretación de las normas (independientemente de que sean de fuente nacional o internacional) de manera que, entre dos o más interpretaciones razonables, se elija la que otorgue la mayor protección a la persona, *pro persona* (*Interpretación conforme*).
2. Desaplicación de las normas (o de porciones de las mismas), cuando no se puede sostener una interpretación que armonice la norma en cuestión con los referentes constitucionales y convencionales aplicables: como se dijera en lenguaje llano: “no hay forma de forzar el significado de precepto para que diga lo que no dice bajo ningún parámetro interpretativo admisible”. Entonces es necesario asumir la función que distingue a los jueces de otros servidores públicos y justificar la desaplicación de la norma general al crear una norma individualizada.

La relevancia de esta tarea judicial se ha hecho evidente desde antes de la reforma de 2008 en materia de derechos humanos en los casos en que una reforma a la Constitución hacía que las normas ordinarias fuesen desaplicadas por haber *devenido* inconstitucionales en razón del principio de supremacía constitucional. Este fue el caso de las normas del Derecho Civil que contradecían la igualdad del hombre y la mujer.

Hoy día, de acuerdo con los parámetros de interpretación constitucional recogidos en el esquema reproducido, todas las autoridades judiciales ordinarias de la República pueden y deben ejercer el control difuso de la constitucionalidad mediante la *desaplicación para mantener la conformidad* con la Constitución, sin perjuicio que los órganos competentes realicen la respectiva *declaración de inconstitucionalidad* mediante el control concentrado en materia de amparo, así como en las controversias y acciones de inconstitucionalidad.

No obstante, salvo las disposiciones constitucionales que admiten excepciones a los derechos relativos a la ubicación de las *ppl* y permiten restricciones en sus comunicaciones (dos últimos párrafos del artículo 18 constitucional), no existen otras limitaciones constitucionales expresas en este ámbito, que pudieran invocarse a la luz de la conocida jurisprudencia por contradicción en la materia:¹⁹

La Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establecen garantías propias de los procesos penales como la exigencia de trato digno a las *ppl* y la separación entre menores y adultos, así como de

¹⁸Gabriela Rodríguez Huerta *et al.*, *Interpretación conforme; metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, coedición de la Suprema Corte de Justicia de la Nación *et al.*, México, 2013, pp. 30-33.

¹⁹Derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales. Constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, pero cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquéllos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional. SCJN. Contradicción de tesis 293/2011. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. 3 de septiembre de 2013. mayoría de diez votos; votó en contra: José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcena Zubieta. El Tribunal Pleno, el dieciocho de marzo en curso, aprobó, con el número 20/2014 (10a.), la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a dieciocho de marzo de dos mil catorce. Registro: 2006224.

procesados y sentenciados en reclusión; sin embargo, no prevén la exigencia de órganos, ni de procedimientos judiciales para hacer valer dicho trato digno en el ámbito de la ejecución penal. Esta circunstancia tiene que ver con la perspectiva correccional con que fueron elaborados ambos instrumentos.

Entre los órganos de Naciones Unidas, el Subcomité Contra la Tortura dio un paso significativo al reconocer la falta de protección jurídica para las personas en reclusión, la falta de respeto a las garantías procesales específicas de las *ppl* (condenadas o en prisión preventiva) y, específicamente, la necesidad de un control judicial en la materia:

55. En el caso concreto de las prisiones, existen diversos factores culturales, como la idea de que los presos están “fuera de la sociedad” o de que son personas “peligrosas”, así como las reacciones de los medios de información ante la inseguridad pública, que favorecen el abandono y la vulnerabilidad de las personas condenadas o en prisión preventiva.

56. Desde una perspectiva jurídica, la insuficiencia de la protección que se da a los reclusos queda reflejada en el hecho de que no estén claramente establecidos los derechos sustantivos que, como norma general, los reclusos conservan incluso mientras permanecen en prisión. Desde que se inicia la privación de libertad, debe quedar claro que sólo se suspenden o se restringen algunos de los derechos de los reclusos. Además, es preciso definir y garantizar los derechos que las autoridades penitenciarias deben respetar.

57. La inexistencia de un marco jurídico, tanto orgánico como procesal, facilita y propicia la impunidad, más violaciones de los derechos humanos y la ausencia de las garantías necesarias para que los reclusos disfruten de sus derechos. Esas garantías incluyen la existencia de órganos y salvaguardias procesales. Se suele decir que “las leyes son buenas, pero lo que hace falta es cumplirlas”. Sin embargo, el problema no es exclusivamente práctico, sino que también guarda relación con las deficiencias de las normas que deberían garantizar la disponibilidad de los órganos procesales y de los recursos necesarios para hacer valer los derechos de los reclusos. En realidad, las personas privadas de libertad tienen “derechos sin garantías”.²⁰

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en el documento “Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas”,²¹ reivindica, como Principio V, un debido proceso legal para hacer valer los derechos de las *ppl* ante malos tratos y condiciones inadecuadas de reclusión e internamiento. El citado principio prevé un proceso desahogado ante autoridades “competentes, independientes e imparciales”, sin comprender expresamente a las autoridades judiciales ni incorporar otras garantías judiciales previstas en el artículo 8º de la Convención, como el derecho a un defensor y a los medios adecuados para la preparación de su defensa y a un traductor, entre otros. En el subsecuente Principio VI sí se prevé la intervención judicial pero tampoco comprende las garantías judiciales; se le concibe como un forma de “control periódico” sobre la legalidad en los actos de la

²⁰Naciones Unidas. Quinto informe anual del Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Ginebra. 19 de marzo de 2012. 48º periodo de sesiones del Comité contra la Tortura.

²¹Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Resolución 1/08, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp>

administración penitenciaria y las condiciones de detención, con lo que diluye la función judicial al asemejarla a un medio de inspección o al control limitado propio del *ombudsman*, del Ministerio Público o de los jueces de vigilancia penitenciaria.

De acuerdo con el citado Principio VI de la CIDH, los jueces pueden intervenir *motu proprio* para identificar problemas y dar solución a controversias entre las *ppl* u otros actores procesales, por un lado, y las autoridades penitenciarias, por el otro. Ello es contrario a la división de poderes en menoscabo de la independencia e imparcialidad de los tribunales de ejecución. La enorme disparidad entre el poder de la administración y el de las *ppl* no se elimina desnaturalizando la función del juez, sino favoreciendo la igualdad procesal entre las partes, propia de un sistema adversarial, del que no debe sustraerse a la justicia penitenciaria. En la medida que el modelo acerque al juez a una de las partes —así sea la débil— se distorsiona el triángulo procesal equilátero.

En vez de parcializar al juez, convirtiéndolo en vigilante, lo que lo debilitaría institucionalmente, se precisa un diseño procesal adecuado con mecanismos de acceso a la jurisdicción en este ámbito, como la legitimación a terceros para promover acciones ante los tribunales de ejecución penal, asimismo la garantía orgánica de la defensa pública respecto de la ejecución penal, tanto en el ámbito federal como local, y el poner los servicios periciales al alcance de la defensa.

Recientemente, la CIDH ha publicado un amplio informe temático sobre la situación de las personas privadas de la libertad en el que remite a los principios citados. A su vez, dicho informe aborda la necesidad de un control judicial al prever que las *ppl* “[...] o terceros que actúen en su representación, tengan acceso a los órganos jurisdiccionales encargados de tutelar sus derechos. Que éstos se pronuncien sobre el fondo dentro de un plazo razonable y de acuerdo con las normas generales del debido proceso”.²²

No obstante, el DIDH mantiene inercias ideológicas de cuño correccional. En las *Reglas Mínimas*, en su numeral 59, se establecía que, para cumplir con el tratamiento, eran admisibles “todos los medios curativos, educativos, morales, espirituales y de otra naturaleza”. En las nuevas *Reglas Mandela*, que reemplazan a las anteriores, se establece que:

[...] las administraciones penitenciarias y otras autoridades competentes deberán *ofrecer* educación, formación profesional y trabajo, así como otras formas de asistencia apropiadas y disponibles, incluidas las de carácter recuperativo, moral, espiritual y social y las basadas en la salud y el deporte. Todos esos programas, actividades y servicios *se ofrecerán en atención a las necesidades de tratamiento individuales de los reclusos*.²³

²²Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas. 31 de diciembre de 2011. Párrafo 248. <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/PPL2011esp.pdf>

²³Regla 4.2. Obsérvese que si bien en la primera parte de esta sub regla el verbo *ofrecer* denota que los servicios respectivos serían voluntarios, en la parte final se vinculan estos servicios con *las necesidades de tratamiento individual*, lo que le menoscaba su carácter voluntario dado que la autoridad se considera no sólo legitimada, sino obligada a dar un tratamiento a las personas privadas de la libertad sentenciadas.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁴ dispone en su artículo 5º, numeral 6: “Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la *reforma y readaptación social de los condenados*” (énfasis añadido).

En el ámbito universal, el artículo 9º, numeral 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁵ utiliza un lenguaje similarmente obsoleto: “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será *la reforma y la readaptación social de los penados*” (énfasis agregado).

En el mismo sentido, la Comisión refrenda sin matices un pensamiento no secular, pronunciándose por la “reforma y readaptación social de los condenados”, “la reforma y rehabilitación social de los condenados”, “la reforma, la rehabilitación personal de los condenados, la resocialización y reintegración familiar (*sic*)”, o simplemente su “rehabilitación”.²⁶

Luigi Ferrajoli explica las raíces de la extendida inspiración correccional como consecuencia de:

[La convergencia de] las tres corrientes políticas y culturales que han contribuido a la formación del texto constitucional y a la subsiguiente reforma penitenciaria: la católica, portadora de la concepción de la pena como enmienda del reo; la liberal-conservadora, autora de la función terapéutica e integracionista de la pena; la comunista, en sus vertientes leninistas y gramscianas, inspirada en proyectos penales de tipo pedagógico y resocializante.²⁷

David Garland, por su parte, ofrece elementos para identificar algunas de las causas que sostienen la permanencia de las posturas correccionalistas:

[...] los profesionales que administran el sistema conforman el grupo de interés más grande y, quizá sea al que se presta más atención y el de mayor influencia en la política penitenciaria y la práctica institucional [ellos son identificados como] “un profesional que ayuda”, que tiene estatus, una imagen pública y una carrera pública acorde con ese papel... una razón por la que el *ethos* rehabilitador fue tan favorecido por los funcionarios públicos de casi todos los países.²⁸

En la región latinoamericana, la sobrevivencia del *sistema rehabilitador* tiene una explicación adicional: si bien numerosos críticos de los sistemas penitenciarios durante las décadas pasadas advirtieron la quimera que significa *re-socializar*, toleraron *sotto voce* el discurso paternalista-correctivo como recurso de contención de daños ante la amenaza latente de un sistema punitivo que reprimiese sin máscaras. Se pensaba que

²⁴Adoptada en 1969 y en vigor desde 1978.

²⁵Adoptado en 1966 y en vigor desde 1976.

²⁶Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe sobre la situación de derechos humanos en México*, 1998. Prefacio y párrafos 3, 25, 119, 330, 446, 454, 460, 605, 609, 610, 612, 613, 624 y 630, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/PPL2011esp.pdf>.

²⁷Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal*, Madrid, 1995, p. 720.

²⁸David Garland, *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de la teoría social*, México, Siglo XXI Editores, 2006.

su matriz humanista serviría como dique a las corrientes declaradamente autoritarias, particularmente tratándose de las dictaduras militares.

Los resultados de semejante estrategia resultaron atroces; así lo muestran tanto las violaciones a los derechos humanos como el abandono que se observan en las prisiones de Latinoamérica.

Las dictaduras se fueron del Cono Sur al tiempo que la *dictadura perfecta* mexicana evolucionó hacia una democracia electoral (no necesariamente sustantiva) y gobiernos populistas arribaron al poder en varios países de América del Sur; sin embargo, los graves problemas en las prisiones continúan.

En el caso de la interpretación de las normas de origen internacional, ésta se sujeta al principio de interdependencia de los derechos humanos recogido en la *cláusula de salvedad* inserta en los instrumentos convencionales en congruencia con el artículo 30 de la Declaración Universal,²⁹ así como al principio de progresividad inherente a los derechos humanos. En el siguiente ejemplo se conjuga la aplicación de ambos principios:

Reglas Nelson Mandela

Desarrollo del derecho al proyecto de vida en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Integración del criterio orientador del DIDH, de acuerdo con la interdependencia y la progresividad de los DDHH.

“Regla 3. La prisión y demás medidas cuyo efecto es separar a una persona del mundo exterior son afflictivas por el hecho mismo de que despojan a esa persona de su derecho a la autodeterminación al privarla de su libertad.

En los párrafos 88 y 89 de la sentencia de la CorIDH en el caso de *Gutiérrez Soler versus Colombia*, de fecha 12 de septiembre de 2005,³⁰ se adopta el concepto de afectación al proyecto de vida, hecho valer en este caso por la CIDH. Su formulación, por el juez Antônio A. Cançado Trindade, al emitir su voto particular concurrente en dicho caso, ha adquirido carta de naturalización en el sistema interamericano.³¹

El hecho mismo de la prisión restringe a la PPL de su derecho a la autodeterminación; no obstante, en la medida en que sea compatible con la imposición de la prisión, las PPL conservan su proyecto de vida. Toda afectación coactiva al proyecto de vida que no obedezca a las necesidades de gobernabilidad del centro constituye una forma de agravar la prisión preventiva o retributiva.

Las Reglas Nelson Mandela mantienen la inercia de equiparar la privación de la libertad con la pérdida del derecho a la autodeterminación. El desarrollo jurisprudencial del DIDH de fuente interamericana supera dicha inercia al limitarse a restringir el

²⁹ Artículo 30. “Nada en esta Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración”.

³⁰ CorIDH. Caso *Gutiérrez Soler vs. Colombia*, sentencia de 12 de diciembre de 2005. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_132_esp.pdf

³¹ Véase: CorIDH, *Familia Barrios vs. Venezuela*, sentencia de 24 de noviembre de 2011, fondo, reparaciones y costas. Numeral 296, disponible en http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_237_esp.pdf. Consulta realizada el 20 de julio de 2015.

derecho a la autodeterminación respetando, en lo posible, el proyecto de vida de las PPL. Paradójicamente, durante su prolongada reclusión, Nelson Mandela reivindicó el valor de la autodeterminación de las personas presas, cuyo despojo se acepta sin reservas en el mismo instrumento que utiliza su nombre.

A pesar que en el ejemplo anterior el Sistema Interamericano representó el estándar más amplio frente a otras normas de *soft law* de origen internacional, en otros casos, el desarrollo de nuestro sistema regional de protección a los derechos humanos es más limitado, como se puede apreciar en el reciente Informe temático de la CIDH³² que, pese a sus avances, limitó la función del juez de ejecución al dejar el control sobre las condiciones de internamiento de las personas procesadas en manos de los jueces de las causas respectivas, aun cuando los *presos sin condena* están sujetos a las mismas o mayores condiciones de vulnerabilidad que las personas sentenciadas y que ésta es la principal razón de ser de una jurisdicción especializada.³³

Asimismo, hay situaciones en que, en un mismo tema, la CIDH ofrece avances parciales. Este es el caso que se presentó a raíz de su visita *in loco* a México en 1998, en el que consideró que los *estudios de personalidad* aplicados en el sistema penitenciario de nuestro país contravienen disposiciones de la Convención cuando se aplican a personas procesadas; sin embargo, en ese momento, no llegó a establecer lo mismo respecto de las personas sentenciadas.³⁴

En un aspecto relacionado, en el Informe temático citado, la CIDH desplazó el sentido terapéutico de la pena a un segundo lugar respecto de “la obligación institucional del Estado de dar a las personas condenadas la asistencia y las oportunidades necesarias para desarrollar su potencial individual”. Señaló asimismo la Comisión que “cualquier expectativa de rehabilitación personal y readaptación en sistemas penitenciarios” es imposible sin condiciones de vida digna y gobernabilidad en los mismos.³⁵ Como se observa, en este punto, la CIDH no representa el estándar más alto en tanto no ha *secularizado* plenamente su concepción del DEP, puesto que asume que con condiciones de vida digna y gobernabilidad sería legítimo *rehabilitar* o *readaptar* en vez de *reinsertar* en el sentido meramente jurídico del concepto, es decir, restablecer plenamente al individuo en el goce de sus derechos y libertades.

En síntesis, la facultad de los jueces federales y locales de “emitir pronunciamientos en respeto y garantía de los derechos humanos reconocidos por la Constitución Federal y por los tratados”³⁶ implica la exigencia de identificar el estándar más alto

³²CIDH. Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas, *op. cit.*, nota 6, párr. 608. Año 2011, página 229.

³³La idea de dotar de competencia a los jueces de ejecución a partir de la sentencia y no desde el internamiento, o de distinguir entre jueces de vigilancia y jueces de ejecución, obedece a la tradición correccional, según la cual, el juez es un contralor del *tratamiento*, que empieza con la sentencia. Esto pierde sentido cuando se sustituye el modelo terapéutico por un sistema regido por derechos y obligaciones, en el que la situación jurídica de la persona procesada o sentenciada no cambia la naturaleza de los servicios médicos, educativos y de otra índole que reciben las *ppl*, como tampoco modifica sus obligaciones.

³⁴Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe sobre la situación de derechos humanos en México*, 1998. Párrafos 270 a 274 y 715. Consultada en <http://www.cidh.org/countryrep/mexico98sp/indice.htm> el 16 de septiembre de 2010.

³⁵*Ibidem*, párr. 611.

³⁶SCJN. Control de constitucionalidad y de convencionalidad (reforma constitucional de 10 de junio de 2011). Contradicción de tesis 259/2011. Entre las sustentadas por el Primer y Segundo Tribunales Colegiados, ambos del Trigésimo Cir-

aplicable, teniendo siempre en cuenta, en el centro del debate, los bienes jurídicos propios de la ejecución penal.

Estándares de fuente internacional e interamericana sobre la insuficiencia presupuestaria para satisfacer los derechos de las PPL

De acuerdo con el sistema de derechos humanos mexicano, tanto constitucional como convencional, el Estado no puede alegar dificultades económicas para eximirse del cumplimiento de sus obligaciones en la materia.

Derecho de fuente interna

El sistema de Ejecución Penal se encuentra supeditado al sistema judicial y constituye un elemento esencial para la existencia política del Estado mexicano, por lo que, tanto a nivel federal como a nivel de las entidades federativas, los gobiernos tienen la obligación fundamental de proveer lo necesario para el funcionamiento de sus funciones básicas, como lo son la judicial, la legislativa y la administrativa. Lo contrario colocaría a sus titulares en desacato franco con su promesa de cumplir y hacer cumplir la CPEUM.

En efecto, el artículo 17 constitucional garantiza expresamente el derecho a la plena ejecución de las resoluciones judiciales como la cara opuesta del derecho de acceso a la justicia. Así lo ha resuelto el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto del acatamiento de las sentencias de amparo y ello es aplicable a la justicia ordinaria en la medida en que en nuestro sistema jurídico todas las sentencias, y no solo las dictadas en los juicios de amparo, deben cumplirse. La tesis lleva el siguiente rubro:

Sentencias de amparo cuyo cumplimiento implica un pago. Aun cuando las autoridades puedan solicitar una ampliación del presupuesto para acatarlas también están obligadas a instrumentar simultáneamente, para ese fin, mecanismos de transferencias y adecuaciones de las partidas que lo integran.³⁷

Ámbito convencional

En los siguientes casos, entre otros, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorIDH) ha determinado la invalidez del argumento de la insuficiencia de recursos del Estado para satisfacer los derechos de las personas privadas de la libertad:

cuito. 30 de noviembre de 2011. mayoría de tres votos. Disidentes: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia y José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretario: Jesús Antonio Sepúlveda Castro.

³⁷SCJN. Pleno, Novena Época. Jurisprudencia. Incidentes de inejecución 542/2008, 599/2009. 623/2009, 624/2009, 656/2009, todos ellos resueltos por unanimidad. 14 de marzo de 2011. Registro: 162469.

- *Vélez Loor vs. Panamá*: “El Estado se encuentra en una posición especial de garante de los derechos de toda persona que se halle bajo su custodia”.³⁸
- *Boyce et al. vs. Barbados*: se hace efectiva la obligación específica de proteger la salud y el bienestar de las personas privadas de la libertad.³⁹
- *Montero Aranguren et al. (Retén de Catia) vs. Venezuela*: establece que el respeto a la integridad física, psíquica y moral de las *ppl* forma parte del núcleo inderogable de derecho de conformidad con el artículo 27.2 de la Convención Americana, “pues se encuentra consagrado como uno de los que no pueden ser suspendidos en casos de guerra, peligro público u otras amenazas a la independencia o seguridad de los Estados Partes”.⁴⁰
- *Raxcacó Reyes vs. Guatemala*: reitera la postura del Comité de Derechos Humanos de la ONU, en el sentido de que “mantener detenida a una persona en una celda reducida, veintitrés horas al día, aislada de los demás presos, en oscuridad, sin tener en qué ocuparse y sin que se le permita trabajar ni estudiar, constituye una violación a su derecho a ser tratado humanamente y con el debido respeto a la dignidad inherente al ser humano”,⁴¹ lo que no puede justificarse por la escasez de recursos.

Derecho comparado

Lo anterior muestra un enorme desfase entre la reforma al proceso penal que se instrumentó en Chile para garantizar los derechos humanos de las personas penalmente procesadas desde principios de la misma década y la falta de protección a los derechos de las mismas personas ya en prisión. Al resolver el recurso respecto del Centro de Detención Preventiva Santiago Sur, la CorIDH constató que los internos:

[...] se encontraban durmiendo a la intemperie, sin un techo que los cobijara, en improvisadas carpas de plástico y frazadas hechas por ellos, sin catres ni frazadas que los protegieran del frío, en condiciones paupérrimas de salubridad e higiene y con un espacio físico que les impedía cualquier posibilidad de desplazamiento, [...]

La citada Corte expresó las razones que enseguida exhibe Claudio Nash y que hacen patente la necesidad de un control de convencionalidad:⁴²

Además [de algunos otros argumentos de forma], la Corte Suprema rechaza el recurso atendido el hecho que “las situaciones denunciadas, en concepto de esta Corte, exceden el ámbito propio del recurso de protección que contempla el artículo 20 de la Constitución Política de la República”. Si bien la situación deficitaria al interior de las cárceles es real, “no es coyuntural, se arrastra de épocas pasadas y si bien corresponde al Estado velar por

³⁸CorIDH, sentencia de Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. 23 de noviembre de 2010. Serie C. No. 218, párr. 198.

³⁹CorIDH. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia 20 de noviembre de 2007, serie C, núm. 169, párr. 88.

⁴⁰CorIDH, sentencia de 5 de julio de 2006, serie C, núm. 150, párr. 85.

⁴¹CorIDH, sentencia de 15 de septiembre de 2005, serie C, núm. 133, párr. 96.

⁴²Claudio Nash Rojas, *La concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica*, México, Fontamara, 2010, p. 195.

mejorar esas condiciones, debe tenerse en cuenta que las condiciones de un país en vías de desarrollo son múltiples y los recursos son siempre limitados, de modo que son muchas las áreas que requieren de mayores inversiones, lo que ciertamente es atribución del Gobierno en conjunto con el Congreso, priorizar y fijar como política general o sectorial”. Por tanto, a juicio de la Corte “no es posible referir las señaladas situaciones que originan estos recursos, a un acto u omisión preciso y determinado que, por tanto, pueda dar lugar a la adopción de medidas judiciales concretas tendientes a superarlas [sic].

La *judicialización* de la ejecución penal, con un andamiaje jurídico como el que ahora ofrece la LNEP,⁴³ podrá conseguir la gobernabilidad y las condiciones de vida digna en reclusión buscadas por los humanistas del penitenciarismo en América Latina.

La LNEP, junto con las tesis de jurisprudencia de la Primera Sala de la SCJN sobre Derecho Penal de acto y de autor, constituyen el estándar más alto del derecho de fuente interna e internacional.

Consideraciones sobre la prisión preventiva

La problemática constitucional y convencional de la prisión preventiva rebasan el objetivo de este ensayo, centrado en la ejecución más que en la determinación de las distintas formas de prisión.

Si bien el tratamiento de la prisión preventiva, en tanto medida cautelar, no es el objeto de estas páginas, se hace imprescindible una referencia mínima tanto sobre la naturaleza de la prisión preventiva desde el DEP, como de la prisión preventiva oficiosa incorporada en la reforma constitucional de 2008 en materia de seguridad y justicia.⁴⁴

La prisión preventiva como pena equiparada en el DEP

La prisión preventiva puede asimilarse a las dos caras de una moneda, una de ellas constituye una medida cautelar, decretada por los jueces de instancia de acuerdo con los fines del proceso; la otra, es la prisión material, impuesta a cuenta de la pena privativa de la libertad, instrumentada por la autoridad administrativa y sujeta a la protección del juez de ejecución penal. Ambas, la prisión previa y la prisión posterior a la sentencia se imponen a partir de resoluciones judiciales que se dictan en momentos distintos y obedecen a supuestos también distintos. No obstante lo anterior, ambas tienen la misma naturaleza fáctica en cuanto a privación coactiva de la libertad. Así lo entendió el Pleno de la SCJN hace cerca de un siglo:⁴⁵

⁴³Publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, 16 de junio de 2016, edición vespertina.

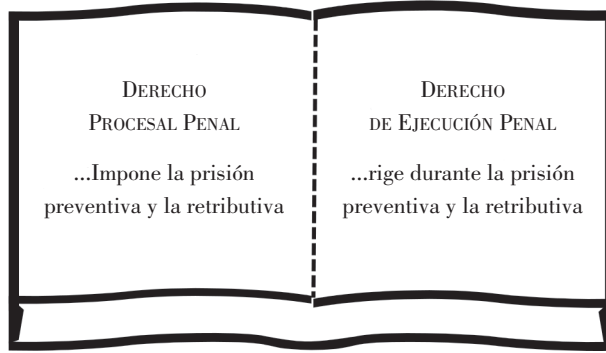
⁴⁴Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf>.

⁴⁵SCJN Pleno, tesis aislada. Amparo penal en revisión. 14 de agosto de 1918. mayoría de ocho votos en cuanto al primer punto y por unanimidad de once votos respecto al segundo. Disidentes: José M. Truchuelo, Enrique Cruz y Enrique M. de los Ríos. La publicación no menciona el nombre del ponente. Registro 290298.

Prisión preventiva

Aun cuando técnicamente no es una pena corporal, está equiparada a ella y produce su principal efecto, que es la privación de la libertad.

Prisión preventiva como medida cautelar y como pena equiparada



Para los efectos del DEP: la prisión preventiva *es prisión*, por ello el tiempo transcurrido en prisión preventiva se abona al de la pena. En consecuencia, cuando se impone la prisión, sea cautelar o condenatoria, deben aplicarse también todos los medios de protección, entre ellos la jurisdicción especializada en cuestiones de reclusión, es decir, la de ejecución penal. De lo contrario, se caería en un contrasentido: que la situación de los presos en espera de sentencia sea peor que la de quienes ya vieron derrotada su presunción de inocencia.

En este orden de ideas, cabe mencionar que la presunción de inocencia no se defiende:

1. Al simular un trato de inocentes hacia las personas presas sin condena.
2. Cuando se niega o maquilla el carácter de medida coactiva privativa de la libertad de la prisión preventiva.
3. Si se desconoce que estas y estos internos cumplen con una pena equiparada que se les impuso sin sentencia condenatoria de por medio.

Por el contrario, una postura a favor de la presunción de inocencia implica:

1. Admitir que la prisión preventiva se equipara a la pena privativa de la libertad definitiva.
2. Garantizando el acceso a la defensa pública y al investigador al servicio de la defensa pública para restringir su aplicación y reducir su duración.⁴⁶
3. Reparando el daño causado por su indebida imposición.

⁴⁶Figura vigente en Costa Rica, Colombia y Chile. En México, en los estados de Guanajuato y de Zacatecas. Véase Asociación Mexicana para las Naciones Unidas, *El investigador al servicio de la defensa pública. Manual para favorecer la equidad procesal*, México, 2008.

La prisión derivada de una medida cautelar no constituye una medida procesal meramente *limitativa o restrictiva* de la libertad (como sería la prohibición de acercarse a un domicilio), sino *privativa* de la misma. Toda prisión preventiva es privativa de la libertad y ello implica que, para el legislador, la presunción de inocencia, como *regla de trato*, cede ante otros fines de la justicia penal,⁴⁷ como son: asegurar la presencia del imputado en el proceso, preservar la seguridad de la víctima, testigos o peritos, o preservar la integridad de la investigación.

La tarea del DEP es partir de una situación jurídica o *dato dado*, para (al menos) dotar de una protección equiparada a las personas en prisión preventiva y a quienes cumplen una pena de prisión; ambas se encuentran en situaciones distintas por su causa y denominación, pero similares en cuanto a la aflicción y la vulnerabilidad en que se coloca a toda persona encerrada. Negar la protección de las leyes y de los tribunales a las PPL en prisión provisional alegando que deben ser tratados como inocentes constituye un *falso garantismo*.

En efecto, la única forma de tratar como *no culpable* a la persona en prisión preventiva sería ponerla en libertad; por lo tanto, la prisión preventiva implica, inevitablemente darle un trato de culpable a quien es inocente. En ese sentido, y a manera de ejemplo, Julián López Masle explica que el artículo 150 del Código Procesal Penal chileno establece que la prisión preventiva ha de imponerse “de manera que no provoque otras limitaciones que las necesarias para evitar la fuga y para garantizar la seguridad de los demás internos y de las personas que cumplieren funciones o por cualquier motivo se encontraren en el recinto”.⁴⁸

El cuidadoso lenguaje empleado por el legislador chileno no es suficiente para quitarle el carácter de “presos” y “presas” a las personas que, privadas de la libertad, esperan una sentencia. Las limitaciones que se le reconocen a la prisión preventiva son igualmente aplicables a la continuación de la prisión tras la sentencia. En otras palabras, ambas son privativas del mismo derecho fundamental a la libertad, sin que ninguna deba agravarse injustificadamente. Asimismo, los dos tipos de prisión se distinguen por su título o causa legal que las genera, así como por la ubicación de las prisiones en que se ejecutan y, en algunos casos por la vestimenta de las PPL, o por otros elementos afines, pero no por su contenido esencial: el encierro de la persona.

La razón por la cual las personas en prisión preventiva son tratadas como culpables en detrimento de su presunción de inocencia está en el resultado de una ponderación entre la libertad personal y los derechos de las víctimas y de la colectividad. En materia constitucional, la ponderación entre dos derechos humanos es la forma de resolver

⁴⁷La Primera Sala de la SCJN ha dictado jurisprudencia por la que señala el carácter *poliédrico* del derecho a la presunción de inocencia como regla de trato procesal, regla de prueba y estándar probatorio. Véase tesis con los registros números 206091, 206092 y 206093. En este sentido, la prisión preventiva impacta directamente la primera acepción de este derecho e, indirectamente, la segunda y la tercera, en tanto que, en el primer caso, la PPL recibe un trato opuesto al de una persona inocente, mientras que, en el segundo, tendrá más dificultades para aportar medios de prueba; asimismo, en el tercero, como consecuencia de las afectaciones previas, tendrá más dificultades para mantener la presunción de inocencia ante el caudal probatorio que aporte la acusación.

⁴⁸María Inés Horvitz Lennon y Julián López Masle, *Derecho procesal penal chileno*, tomo I, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 390, nota al pie núm. 55.

los conflictos que surgen entre ambos. Un caso análogo es el del derecho a la libertad de expresión y el derecho a la intimidad.

Señalar que las personas en reclusión provisional pueden ser tratadas como inocentes constituye una afrenta al sentido común que redundará, paradójicamente, en la proliferación de la prisión preventiva. Si en la conciencia colectiva se asume el discurso de que las personas bajo prisión cautelar “serán tratadas aplicando el principio de inocencia”, el resultado es una legitimación de esta práctica. Mientras más suave se considere la prisión cautelar, menos moderación habrá en su imposición; por el contrario, si se le considera como una privación del derecho a la libertad equiparada a la pena, se aplicará con mayor mesura.

Negar el carácter coactivo de la prisión preventiva debilita los derechos de las PPL en vez de favorecerlos porque impide el acceso a las prestaciones propias de la ejecución penal y a la justicia de ejecución, que es precisamente uno de los derechos denominados *derechos-llave*. Se le asigna este término ya que constituye un prerrequisito para ejercer otros derechos —en este caso, el derecho a condiciones de vida digna y segura en reclusión, así como el derecho a la protección judicial ordinaria—. En Argentina, por ejemplo, así como en muchos otros países latinoamericanos, es habitual que las PPL no tengan acceso a los servicios durante la prisión preventiva y que, incluso, se les segregue.⁴⁹

En la medida en que la pena de prisión se *secularice*, despojándola de finalidades morales o *metalegales*, se hace más evidente la semejanza entre la prisión cautelar y la retributiva, con la sola distinción de título y no de contenido. Esto no significa darle un carácter más represivo a la prisión preventiva, sino asimilar las condiciones de la prisión definitiva en la preventiva, quitándoles toda carga intrusiva en tanto ninguna persigue la “transformación moral del condenado” ni “reeducar, redimir, recuperar, resocializar u otras ideas semejantes”, a la vez que ambas requieren de derechos y garantías.⁵⁰

La prisión preventiva oficiosa

La prisión preventiva oficiosa se impone *motu proprio* por los jueces al considerar la gravedad del delito cuya comisión será objeto de investigación, a partir del listado del segundo párrafo del artículo 19 constitucional, a saber: delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos por medios violentos como armas y explosivos, así como los delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de su salud.

Por definición, esta modalidad de prisión preventiva excluye el análisis de la necesidad de cautela, elemento central de su justificación excepcional en el Sistema Interamericano, por lo que su validez tarde o temprano se decidirá por la CorIDH.

⁴⁹Informe sobre la visita a Argentina del Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes CAT/Op/Arg/1 27 de noviembre de 2013, disponible en http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CAT%2fOP%2fARG%2f1&Lang=en.

⁵⁰Véase Luigi Ferrajoli, *op. cit.*, p. 223.

Mientras tanto, en este punto México mantiene una *capitis diminutio* frente a los estándares convencionales; un *subsidio* injustificado a los fiscales y la policía (que los aleja de la necesidad de profesionalizarse), y una disrupción a nuestro incipiente sistema de justicia acusatorio.

Afortunadamente, el nuevo sistema de justicia penal en México tiende a hacer un uso más restringido de la prisión preventiva. Ello no basta, se hace indispensable eliminar la prisión preventiva oficiosa para realizar una ponderación entre libertad y seguridad sin finalidades preventivas o punitivas extraprocesales y sin adelantar el proceso mediante la reencarnación de la *averiguación previa* que caracterizó al sistema inquisitivo mexicano. Mientras tanto, lo mínimo que se puede hacer es otorgarle la misma protección que a la pena.

Consideraciones sobre la figura del arraigo

Al igual que en el caso de la prisión preventiva, las siguientes líneas se centran en el análisis de la ejecución del arraigo y no de su naturaleza en tanto medida cautelar que tiene por finalidad detener a la persona para investigar su conducta con el propósito de determinar si la misma puede ser objeto de una imputación penal. Cabe señalar que su constitucionalidad depende de la admisibilidad de sus fines y la legitimidad de su propósito de acuerdo con la naturaleza misma de las medidas cautelares dentro de un sistema de justicia penal acorde con todo el entramado de principios constitucionales y convencionales, y no meramente de su ubicación en el texto constitucional que no la hace válida *per se*, de la misma manera que si por algún desvarío legislativo se incluyese la esclavitud en nuestra Carta Magna, ello no le prestaría legitimación.

Al igual que la prisión preventiva oficiosa, el arraigo constituye un *subsidio* a las fiscalías y policías, con la diferencia de que su imposición tiene lugar sin un sustrato probatorio mínimo y sin discutir la necesidad de cautela. La imposición de cualquier medida cautelar en esas condiciones viola el principio democrático que subyace en el sistema acusatorio mismo, como se ha reconocido en las siguientes resoluciones de la Corte Interamericana:

- Caso “Acosta Calderón *vs.* Ecuador”, sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C. No. 129. Párrafos 74 y 135.
- Caso “López Álvarez *vs.* Honduras”, sentencia de 01 de febrero de 2006. Serie C. No. 141. Párrafos 67 a 69 y 81.
- Caso “Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez *vs.* Ecuador”, sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C. No. 170. Párrafos 93 y 103.
- Caso “Barreto Leyva *vs.* Venezuela”, sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C. No. 206. Párrafos 111, 119, 121 y 122.

Es una constante que los sistemas políticos autoritarios producen figuras y sistemas jurídicos inquisitivos, con el mismo tinte autoritario. En cambio, los sistemas políticos

democráticos producen sistemas jurídicos acusatorios adversariales, en donde las decisiones son producto de las posturas contradictorias y en igualdad de circunstancias de las partes.

Resulta ajeno a la lógica del sistema acusatorio que antes de iniciar la investigación preliminar respecto de la conducta de una persona (en el caso de *vinculación a proceso con prisión preventiva*), se le someta a semanas o meses de detención sin que en este periodo pueda aportar elementos de descargo, no sólo por las limitaciones que le impone su encierro, sino porque todavía no se le ha formulado ninguna imputación. Si bajo el sistema inquisitivo el arraigo era injustificable, ahora es, además, innecesario.

El derecho de ejecución penal durante el arraigo

La naturaleza de la figura del arraigo en el Derecho mexicano se puede entender como una “pre prisión preventiva” en sede de la Fiscalía o Ministerio Público y no en centros de reclusión administrados por autoridades ajenas a la investigación del delito.

En efecto, como se desprende de lo antes visto, la prisión preventiva tiene lugar antes de que inicie la investigación y antes de que se decrete el inicio de la investigación preliminar o *no formalizada* bajo el nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales. En otras palabras, se trata no sólo de “detener para investigar”, sino de “detener para investigar si se va a investigar”.

Con independencia de los cuestionamientos que han sido referidos sobre la constitucionalidad y convencionalidad de la figura del arraigo, así como de la pérdida de su razón de ser bajo el nuevo sistema acusatorio, lo que interesa aquí —desde la perspectiva del Derecho de ejecución penal— no es la legitimación del título, sino el régimen mismo de la privación de la libertad con los derechos y obligaciones que entraña, así como el funcionamiento de los órganos y la regulación de procedimientos administrativos y judiciales ordinarios para su protección y salvaguarda.

De no atenderse a la situación fáctica del arraigo por considerar que la figura carece de legitimidad, se caería en una situación similar a la que hemos denunciado en la prisión preventiva, donde el debate se ha centrado en su validez e imposición en tanto medida cautelar, mientras que sus condiciones materiales y jurídicas de ejecución han permanecido en una especie de limbo.

En el sentido apuntado, estimamos que si la LNEP, como se prevé, no regula expresamente la ejecución material del arraigo, dada la similitud de la situación de las personas bajo arraigo con la que presentan las personas en prisión preventiva, deberá aplicarse esta Ley por lo menos en todo lo que concierne al régimen de reclusión; a la aplicación de los días bajo arraigo a la duración de la pena, así como en el acceso a recursos administrativos y judiciales para la protección de sus derechos y solventar las controversias que se presenten con las autoridades administrativas responsables de auxiliar en su aplicación.

Las razones a favor de jueces de ejecución especializados para resolver las cuestiones propias de la reclusión, y particularmente de la reclusión preventiva, son igualmente aplicables a la condición de arraigo, por lo que deben ser dichos jueces y no los de control los competentes para intervenir en las controversias planteadas, ya que si bien los jueces de control impondrán ambas medidas, ellos están centrados en el examen de los méritos para determinar su procedencia y no cuentan con las herramientas, ni el tiempo, ni los antecedentes para resolver las controversias propias de la ejecución misma como una cuestión principal y no meramente accesoria.

Por otra parte, el hecho de que la autoridad interviniente como auxiliar de la justicia en el arraigo pertenezca al Ministerio Público, autoridad distinta a la que participa con el mismo carácter auxiliar durante la ejecución de la prisión cautelar o definitiva, no tiene por qué obrar en demérito de la competencia de los tribunales de ejecución penal para garantizar el pleno cumplimiento de resoluciones judiciales en la esfera administrativa; por el contrario, las personas bajo arraigo se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad debido a los apremios de las agencias investigadoras por obtener resultados. Ello amerita el control de una autoridad distinta a la que investiga, con la especialización necesaria para cumplir con sus atribuciones sin distraerse en funciones distintas, como ocurriría con los jueces de control.

La necesidad de un control judicial respecto de la ejecución del arraigo debe extenderse al periodo de retención constitucional, en el que la persona permanece igualmente bajo la responsabilidad material (no “a disposición”) de la misma autoridad que le persigue, colocándosele en un estado de extrema vulnerabilidad.

Régimen jurídico de la ejecución del arraigo

Al igual que la prisión preventiva y que la pena de prisión, la ejecución del arraigo no obedece a fines propios, sino al cumplimiento de una resolución judicial que constituye el título jurídico para encerrar a las personas por periodos determinados o determinables, por lo que su régimen jurídico es similar al de la prisión y puede definirse a partir de la categorización de los derechos que se restringen, que se adquieren y que se conservan durante su imposición.⁵¹ Notoriamente, la duración del arraigo implica adecuaciones respecto de la prisión. Así, por ejemplo, el derecho de acceso a la educación de la persona arraigada tendrá una dimensión más limitada que el de la persona que cumple una pena de prisión o se encuentra bajo prisión preventiva.

Del mismo modo que en el caso de la prisión preventiva oficiosa, es previsible que, pese a la interpretación de la SCNJ respecto de los límites de la convencionalidad definidos en la Contradicción de tesis 293/2011 antes citada, el Sistema Interamericano de Justicia decreta la violación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y que, como consecuencia de ello, se elimine finalmente la figura del arraigo en México.

⁵¹Véase al respecto el “Tríptico de los Derechos en Ejecución Penal”, disponible en <http://bit.ly/1TzukNh>.

Bibliografía

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la situación de derechos humanos en México*, 24 de septiembre de 1998, disponible en <http://www.cidh.org/countryrep/mexico98sp/indice.htm>.
- , “Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas”, Resolución 1/08. 3-14 marzo 2008, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp>.
- , *Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas*, 31 de diciembre de 2011, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/PPL2011esp.pdf>.
- , *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en Las Américas*, 30 de diciembre de 2013, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf>.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal*, Madrid, 1995.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, comentario al artículo 18 constitucional, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, tomo III, México, Cámara de Diputados-LVIII Legislatura/Miguel Ángel Porrúa, 2003.
- , *Manual de prisiones*, México, Porrúa, 1970.
- GARLAND, David, *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de la teoría social*, México, Siglo XXI Editores, 2006.
- HORVITZ LENNON, María Inés y Julián Masle López, *Derecho procesal penal chileno*, tomo 1, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2008.
- NASH ROJAS, Claudio, *La concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica*, México, Fontamara, 2010.
- RODRÍGUEZ HURTA, Gabriela *et al.*, Interpretación conforme; metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, coedición de la Suprema Corte de Justicia de la Nación México, 2013.