

EL DERECHO DE ACCESO A LA JURISDICCIÓN EN MÉXICO Y OTROS PAISES DE AMERICA LATINA

Miguel Sarre

Volume 11, Number 1, 1998

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1100694ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1100694ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)

2561-6994 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Sarre, M. (1998). EL DERECHO DE ACCESO A LA JURISDICCIÓN EN MÉXICO Y OTROS PAISES DE AMERICA LATINA. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 11(1), 115–128. <https://doi.org/10.7202/1100694ar>

Article abstract

"The American Declaration of Rights and Duties of Man (ADRDM) and subsequent declarations outline a list of unsatisfied expectations for the American people" affirms in its introduction the author, in this effective analysis dealing with the concrete application of the concept of access to justice protected by a number of complementary provisions of the ADRDM. The author examines six aspects of this protection which he opposes to the reality of the penal justice in Mexico and in other Latin American countries. These aspects, pivoting around the most basic rights of the Declaration, are as follows: 1) the right for all accused to a fair trial; 2) the right to due process of law, that is to be judged by courts previously established in accordance with pre-existing laws, and 3) to be presumed innocent and to be given an impartial and public hearing; 4) the right to a simple, brief procedure, in the nature of a writ of Habeas corpus in order to protect any person from acts of authority that violate any fundamental constitutional rights; 5) the rights for the accused not to receive cruel, infamous or unusual punishment and to humane treatment during the time he is in custody; and, finally, 6) the right for victims to resort to the courts to ensure respect for their legal rights, be it with respect to the States or individuals. The article is focusing on legal procedure and daily practice in Mexico and demonstrates how recent developments in that country have promoted an inquisitorial penal system rather than an accusatory system which result, according to the author, in a loss in terms of the full respect of individual rights and, particularly, of those of the accused.

EL DERECHO DE ACCESO A LA JURISDICCIÓN EN MÉXICO Y OTROS PAISES DE AMERICA LATINA

Par Miguel Sarre*

«La *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme* (DADDH), et les déclarations subséquentes, représentent une liste d'attentes insatisfaites pour les peuples d'Amérique». C'est ainsi que s'ouvre cette efficace analyse de l'auteur portant sur l'application concrète de la notion d'accès à la justice dans le domaine pénal, situation protégée par plusieurs dispositions complémentaires de la DADDH. L'auteur jette un regard sur six aspects de la protection à cet égard qu'il confronte à la réalité de la justice pénale au Mexique et dans quelques autres pays de l'Amérique latine. Ces aspects, qui pivotent autour des droits les plus fondamentaux reconnus dans la *Déclaration* sont dans l'ordre: 1) le droit à la justice, qui permet à toute personne accusée de recourir aux tribunaux pour faire valoir ses droits, 2) le droit à un procès régulier, c'est-à-dire d'être jugé par des tribunaux antérieurement établis en vertu des lois déjà existantes, et 3) le droit à la présomption d'innocence comme celui de pouvoir se faire entendre lors d'une audience impartiale et publique, 4) le droit à une procédure simple et rapide, de la nature du recours «de amparo» ou de *Habeas corpus*, établie afin de permettre à la justice de protéger toute personne contre les actes de l'autorité violant certains droits fondamentaux reconnus par la Constitution; 5) le droit de ne pas se voir condamner à des peines cruelles, dégradantes ou inusitées comme celui de bénéficier d'un traitement humain au cours de sa détention; et enfin 6) le droit pour les victimes de la commission d'un délit de faire également valoir leurs droits autant à l'égard de l'État que de particuliers devant les tribunaux. L'article se concentre sur les procédures et la pratique quotidienne en rapport avec ces droits au Mexique et démontre comment les développements récents dans ce pays conduisent le système pénal mexicain vers un système inquisitoire plutôt qu'accusatoire et ce, au détriment, selon l'auteur, d'une pleine protection des droits individuels, comme de ceux plus spécifiques des accusés.

"The *American Declaration of Rights and Duties of Man* (ADRDM) and subsequent declarations outline a list of unsatisfied expectations for the American people" affirms in its introduction the author, in this effective analysis dealing with the concrete application of the concept of access to justice protected by a number of complementary provisions of the ADRDM. The author examines six aspects of this protection which he opposes to the reality of the penal justice in Mexico and in other Latin American countries. These aspects, pivoting around the most basic rights of the Declaration, are as follows: 1) the right for all accused to a fair trial; 2) the right to due process of law, that is to be judged by courts previously established in accordance with pre-existing laws, and 3) to be presumed innocent and to be given an impartial and public hearing; 4) the right to a simple, brief procedure, in the nature of a writ of *Habeas corpus* in order to protect any person from acts of authority that violate any fundamental constitutional rights; 5) the rights for the accused not to receive cruel, infamous or unusual punishment and to humane treatment during the time he is in custody; and, finally, 6) the right for victims to resort to the courts to ensure respect for their legal rights, be it with respect to the States or individuals. The article is focusing on legal procedure and daily practice in Mexico and demonstrates how recent developments in that

* Mexicano, Abogado, Profesor-investigador del Departamento de Derecho del Instituto Tecnológico Autónomo de México, fue durante dos años Procurador de Protección Ciudadana en el estado de Aguascalientes, lo que constituyó la primera experiencia del *ombudsman* en la vida pública del país. Fungió también como Secretario Técnico y, posteriormente, Tercer Visitador General, responsable de la materia penitenciaria a la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México.

country have promoted an inquisitorial penal system rather than an accusatory system which result, according to the author, in a loss in terms of the full respect of individual rights and, particularly, of those of the accused.

«La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, (DADDH) y las declaraciones subsecuentes, representan un catálogo de expectativas insatisfechas para los pueblos de América». Así empieza este eficaz análisis del autor sobre la aplicación concreta de la noción del acceso a la jurisdicción en el campo penal, situación protegida por muchas disposiciones de la DADDH. El autor observa seis aspectos de esta protección que confronta con la realidad de la justicia penal en México y en algunos otros países de América latina. Esos aspectos, que giran en torno a ciertos derechos mas fundamentales reconocidos en la DADDH son, en el orden : 1) El derecho de justicia o sea el derecho de toda persona acusada de hacer valer sus derechos, 2) El derecho a proceso regular, o sea, a ser juzgado por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes pre-existentes, y 3) De gozar de la presunción de inocencia así como de ser oído en forma imparcial y pública, 4) El derecho a disponer de un procedimiento sencillo y breve, de la naturaleza del recurso de amparo o de Habeas corpus, por el cual la justicia lo ampare contra actos de autoridad que violen algunos de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente; 5) el derecho de no verse imponer penas crueles, infamantes o inusitadas así como de gozar de un tratamiento humano durante su privación de libertad y, en fin, 6) el derecho para las víctimas de la comisión de un delito de ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos tanto con lo que respecta al Estado como lo que respecta a los particulares. El artículo se concentra sobre los procedimientos legales y la práctica cotidiana en México y demuestra como los desarrollos recientes en ese país conducen el sistema penal mexicano hacia un sistema inquisitorial más bien que acusatorio, y eso, en detrimento, según el autor, de una plena protección de los derechos individuales, como, de forma más específica, los derechos de los acusados.

I. Introducción

La *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, en lo sucesivo *Declaración*, representa un catálogo de aspiraciones insatisfechas para los pueblos de América. En las próximas líneas se hace un análisis de algunas de las asignaturas pendientes en lo referente al derecho de acceso a la jurisdicción. El trabajo se centra en la situación de México, con algunas referencias al estado de cosas en otros países de América Latina.

II. El derecho de acceso a la jurisdicción en el campo del derecho penal

La *Declaración* incorpora el derecho de acceso a la jurisdicción como el derecho de toda persona a ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos» (art. XVIII). Además de comprenderse en este concepto el derecho del individuo para acudir como peticionario ante los tribunales de cualquier materia, en el campo del derecho penal, este derecho tiene seis manifestaciones complementarias que, al celebrarse el 50° aniversario de la *Declaración*, es pertinente analizar y confrontar con la realidad de México y América Latina.

A. La persona inculpada hará valer sus derechos – frente a una acusación enderezada en su contra – ante los tribunales (art. XVIII)

En la medida en que la jurisdiccionalidad es una condición previa para el ejercicio del resto de los derechos procesales, resulta fundamental detenerse en el análisis de este derecho que parecería algo obvio e indiscutible.

Para poder decir que en un país las personas son «juzgadas por los jueces», no basta que éstos sean quienes dictan las sentencias, sino que es necesario que, por una parte, ellos instruyan la causa desde el principio, de manera que exista un control jurisdiccional de todos los medios de prueba y, por la otra, que todos los actos que constituyan una afectación de derechos durante el proceso, como la aprehensión o el cateo, estén sometidos a su autoridad.

La defensa ante un órgano distinto del juez – práctica todavía aceptada por numerosos juristas en México – motivó que en el siglo XIX el jurista alemán Gustavo Radbruck afirmara «el que tiene a su acusador por juez, necesita a Dios por defensor».

El sistema de *citación directa* es ahora una exigencia legal de los países americanos signatarios de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, en lo sucesivo la *Convención*, cuyo artículo 7, numeral 5 establece lo siguiente: «Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales [...]». No obstante

ello, en numerosos países latinoamericanos existe un período previo a la instrucción judicial en el que la persona puede estar físicamente a disposición del órgano acusador. La consagración legal de este periodo, que en Guatemala es de 6 horas, mientras que en otros países, como México es de 48 horas, y en casos de delincuencia organizada, de 96 horas, en clara contradicción con la *Declaración* y la *Convención*, constituye el preámbulo para otras graves violaciones a los derechos humanos, como es el caso de la tortura¹.

El arraigo de este periodo previo al juicio en el que, no obstante, tienen lugar diligencias probatorias presididas por el fiscal y que posteriormente serán incorporadas al proceso con pleno valor probatorio, guarda estrecha relación con la protección de la libertad personal reconocida en el artículo XXV de la *Declaración*: «Nadie podrá ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes». En efecto, fuera de los casos de flagrancia, cuando se procede a la detención sin acudir al juez para obtener una orden formal, es porque no se cuenta con los elementos necesarios para motivar dicha orden, por lo que es frecuente que se detenga a la persona de manera extrajudicial para coaccionar al acusado a fin de que aporte los datos que justifiquen su enjuiciamiento y, en buena medida, su condena.

En la cultura jurídica de muchos países no se hace una distinción que resulta fundamental para fortalecer la protección efectiva a la libertad personal. Ésta podría formularse así: «una cosa son los supuestos legales para detener a una persona y otra distinta los datos que acreditan su responsabilidad». Lejos de hacerse semejante distinción, cuando tras una detención ilegal se acredita la responsabilidad – real o supuesta – de una persona, los tribunales mismos olvidan que todo partió de un acto ilícito, lo que contrasta con los criterios que aplican los jueces en materia civil, para quienes es práctica común nulificar procesos enteros en razón de defectos formales en la notificación inicial.

La ausencia de reglas de exclusión de evidencias obtenidas ilícitamente obedece a una concepción generalizada en el sentido de que ante el problema de la inseguridad ciudadana, deben conocerse algunas ventajas a la parte acusadora. La gravedad de este problema ha hecho que los más fervientes demócratas suelen olvidar los principios del estado de derecho.

B. Estos tribunales estarán «anteriormente establecidos, de acuerdo con leyes preexistentes» (art. XXVI)

La garantía del juez natural

significa, precisamente, tres cosas distintas, aunque relacionadas entre sí: la necesidad de que el juez sea preconstituido por la ley y no constituido *post*

¹ Entre las propuestas que ha formulado Amnistía Internacional para acabar con la práctica de la tortura está la separación entre las autoridades que custodian al detenido y las responsables de su investigación.

factum; la inderogabilidad e indisponibilidad de las competencias; la prohibición de jueces extraordinarios y especiales².

Si bien la *Declaración* sólo se refiere explícitamente al primero de los tres significados apuntados, los dos restantes son consecuencia inevitable del mismo principio en tanto que su violación hace nugatorio el primero. De hecho, son excepcionales los casos en que los tribunales se erigen *post factum*, mientras que la mayor afrenta al derecho al *juez natural* proviene de las causas señaladas en segundo y tercer lugares, según se refiere a continuación.

La prohibición para modificar las reglas de competencia se viola cuando los órganos jurisdiccionales superiores asignan discrecionalmente, «a dedo», los procesos y, con mucha mayor gravedad, cuando el propio órgano acusador el que realiza la elección del juez. Como lo afirma Eugenio R. Zaffaroni, «[...] es mucho más fácil presionar políticamente o seleccionar con sentido político a un grupo minoritario de jueces, que a todos los miembros de la magistratura»³.

En el tercero de los sentidos indicados tiene particular importancia en nuestro tiempo dada la proliferación del derecho penal de excepción

es decir, aquél que obvia garantías fundamentales, mediante la introducción de normas sustantivas, adjetivas y orgánicas especiales, so pretexto de que las herramientas tradicionales del derecho penal ordinario no son suficientes para combatir fenómenos como el de la delincuencia organizada (con lo que se) vuelve inoperante la coherencia del sistema de garantías constitucionales⁴.

C. Además de ser presentada ante un juez natural, toda persona acusada «es inocente hasta que se pruebe que es culpable» (art. XXVI, párrafo primero), y «tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública» (párrafo segundo)

Ambas características forman parte del proceso debido. La postura de la *Declaración* en favor de la presunción de inocencia se enfrenta nuevamente a una cultura adversa en una América Latina influida notoriamente en su legislación procesal y en su doctrina por el *Código Rocco*, promulgado en Italia en 1930 por el ministro de justicia Alfredo Rocco, quien fuera considerado por el propio Mussolini como «El legislador de la revolución fascista»⁵ quien rechaza «la absurda presunción de inocencia que algunos querrían reconocer al imputado [...] una extravagancia

² L. Ferrajoli, *Derecho y razón; teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995 a la p. 590.

³ E. R. Zaffaroni, *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina* (Informe final de la investigación desarrollada por el Instituto interamericano de Derechos Humanos en 1982-1986), Buenos Aires, Depalma, 1986 a la p. 129.

⁴ Concepto del profesor Carlos Ríos E. elaborado en un texto que no ha sido publicado. Vale recordar que el profesor Ríos es el Director del Programa de Justicia, Seguridad pública y Derechos Humanos de la Fundación Rafael Preciado Hernández, A.C., en México.

⁵ D. M. Smith, *Mussolini*, Londres, George Weinfeld and Nicholson, 1981; traducción al español, México, F.C.E., 1989 a la p. 149.

derivada de los antiguos conceptos, nacidos de los principios de la Revolución Francesa, que llevan a las garantías individuales a los más exagerados e incoherentes excesos»⁶.

En México, numerosos alumnos y profesores de las escuelas de derecho continúan estudiando en libros de autores con continuas referencias acriticas a Rocco⁷. En este contexto, no es de extrañar que la presunción de inocencia no esté explícitamente reconocida en la Constitución mexicana.

De igual forma, es necesaria una breve referencia histórica que explica la amplia supervivencia del sistema procesal denominado *inquisitorio moderno* o *mixto clásico* en América Latina. Éste proviene del mismo *Código Rocco*, que a su vez retoma el pensamiento del Código Napoleónico de 1808,

predominantemente inquisitivo en la primera fase, escrita, secreta, dominada por la acusación pública y exenta de la participación del imputado, privado de la libertad durante la misma; tendencialmente acusatorio en la fase sucesiva del enjuiciamiento, caracterizada por el juicio contradictorio, oral y público con intervención de la acusación y de la defensa, pero destinado a convertirse en mera repetición o escenificación de la primera fase⁸.

La *Declaración*, por el contrario, adopta un sistema de enjuiciamiento compatible con «las justas exigencias del desenvolvimiento democrático» (art. XXVIII). Al reconocer el derecho de la persona «a ser oída en forma imparcial y pública», se identifica con el sistema denominado *acusatorio* o el *adversary system* anglosajón, esto es, un modelo

que concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción⁹.

En algunos sistemas inquisitorios de la región, como el mexicano, se aprecia la ausencia de imparcialidad y de publicidad en la fase inicial previa al juicio, denominada de *averiguación previa*. Esta etapa es presidida por el ministerio público, quien realiza funciones propias de un juez, tales como desahogar y valorar los medios de prueba que, como antes se apunta, se incorporaran de plano al proceso judicial. Ahora bien, considerando que el ministerio público es el representante de la sociedad y/o de la parte ofendida, y que, necesariamente es parcial en cuanto se identifica, o se debe identificar con esa *parte*, se ha recurrido a una entelequia que es transmitida de

⁶ Citado por Ferrajoli, *supra* nota 2 a la p. 551.

⁷ Véase al respecto la obra de G. C. Sánchez, *Derecho mexicano de procedimientos penales*, Decimosexta edición, México, Porrúa, 1997. Al tratar el tema de la prisión preventiva dice: «Presunción de inocencia. Como resabio de la ideología liberal individualista, en los últimos años, algunos grupos ingenuamente, luchan por hacer prevalecer la inocencia, en favor del supuesto sujeto activo del delito, mientras no se haya dictado sentencia» (p. 226).

⁸ Ferrajoli, *supra* nota 2 a la p. 566.

⁹ *Ibid.* a la p. 564.

generación en generación de abogados, según la cual, el ministerio público, durante esa etapa es una autoridad imparcial, mientras que una vez que ejercita la acción penal se convierte en parte. Es decir, sufre una especie de metamorfosis que no resulta creíble.

En cuanto a la publicidad, que es una condición no sólo para el respeto a los derechos humanos de los acusados, sino para la credibilidad y confianza en el sistema de justicia penal, resulta igualmente ilustrador, siguiendo el mismo ejemplo de la Constitución mexicana, que al reformarse la misma para supuestamente introducir diversas garantías procesales en la fase probatoria de la averiguación previa, lo que técnicamente es imposible en tanto no se cuente con la garantía de jurisdiccionalidad, no se hizo extensiva la garantía de publicidad a esta etapa, con lo que prácticamente se garantizan condiciones de impunidad para la práctica de la tortura.¹⁰

A lo largo de este siglo, se han realizado diversos esfuerzos para dotar de imparcialidad y transparencia a nuestros procesos penales. En 1917 la Constitución mexicana estableció un sistema acusatorio que sin embargo no llegó a aplicarse en la práctica debido a la ausencia de una legislación ordinaria que lo regulara, hasta que en 1993 la misma Constitución consagró un sistema procesal inquisitorio.

En el estudio comparativo entre los países de América Latina, Portugal y España por la investigadora brasileña Ada Pellegrini¹¹, se lista entre los países en los que tiene presencia el sistema mixto clásico – inmersos en los principios inquisitorios – a los siguientes: Chile, Colombia, México, Venezuela, Uruguay y en algunas provincias de Argentina.

En el mismo estudio comparativo se establece un segundo grupo de países que son aquellos que han adoptado un sistema procesal al que se denomina mixto con instrucción contradictoria, lo que representa un avance notorio respecto del anterior, ya que si bien subsiste una etapa de instrucción y otra de juicio, la primera abandona las características inquisitorias propias del mixto clásico en cuanto que sus actos son presididos por un juez instructor, quien actúa con más o menos restricción en cuanto a la publicidad de sus actos. Entre estos países menciona a: España, Costa Rica, Perú, los procesos federales en Argentina, algunos procesos en Brasil y el proyecto uruguayo.

¹⁰ En 1994 se reformó el artículo 20 de la Constitución de México para establecer que las garantías previstas en las fracciones I (derecho a la libertad provisional), II (derecho a no autoinculparse), V (derecho a ofrecer testigos y demás pruebas), VII (derecho a que se le soliciten los datos para su defensa) y IX (derecho a una defensa adecuada), «también serán observadas durante la averiguación previa». Sin embargo, no se señala la garantía de publicidad contenida en la fracción III, que dispone que el acusado declarara «en audiencia pública».

¹¹ A. Pellegrini, «El modelo acusatorio de instrucción procesal penal como garantía de los derechos humanos», Documentos de trabajo del Departamento de Derecho del Instituto Tecnológico Autónomo de México, n° 4, 1998. (Traducción del original en portugués, publicado en *Temas de Derecho Procesal, Memorias del XIV Congreso Mexicano de Derecho Procesal (de noviembre de 1994)*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1996).

Un tercer grupo de países cuenta con un sistema acusatorio sin juzgados de instrucción, esto es con características que garantizan de manera más plena las garantías de independencia y publicidad que proclamó la *Declaración*. Estos son Brasil, en algunos tipos de procesos, Guatemala y el proyecto de Costa Rica.

Cabe advertir que en el lustro transcurrido desde la realización de dicho estudio se han presentado algunos cambios, entre los cuales se puede señalar, sin ser exhaustivos, el importante impulso que desde la Secretaría de Justicia se ha dado al sistema acusatorio en Chile. Por lo que toca a Costa Rica, en enero de 1996 entró en vigor su nuevo Código Procesal Penal de orientación acusatoria¹².

Finalmente, los tribunales en los países de Latinoamérica encuentran un obstáculo en la jurisdicción militar, donde se presenta una contradicción insalvable entre el principio de independencia y el de subordinación jerárquica, lo que nulifica por completo la garantía de jurisdiccionalidad. Esta grave irregularidad no se ve superada cuando en los consejos de guerra que realizan funciones judiciales intervienen magistrados provenientes de entidades militares distintas a las del inculpado, puesto que existe un *espíritu de cuerpo* entre los miembros de las diversas armas¹³.

En diversos países existe un hilo muy delgado de control civil sobre la justicia militar mediante la jurisdicción extraordinaria de amparo. Sin embargo, ello no basta para cumplir con las exigencias de la *Declaración*, que prevé el acceso a la jurisdicción ordinaria y extraordinaria. En efecto, está visto que la justicia extraordinaria no puede suplir la ausencia de la ordinaria, y por ello, al establecer la *Declaración* el acceso a un medio de protección extraordinario de los derechos señala: «Asimismo debe (toda persona) disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente»¹⁴.

El Procurador General de Justicia Militar de México, al ser cuestionado sobre la falta de independencia «del Poder Judicial Militar» (sic), responde¹⁵:

Yo sostengo que es totalmente autónomo e independiente. Por su naturaleza, los órganos del fuero de guerra actúan con total autonomía e independencia. Y yo diría algo más, que de todas las resoluciones de los órganos del fuero de guerra, el 95 por ciento van a los tribunales civiles, mediante el juicio de amparo.

Entonces, no es cierto que se resuelva todo dentro del seno militar. Van a los tribunales civiles. [...]

¹² Cabe destacar que, a diferencia de otros países de la región se niega todo valor probatorio para fundar la condena del acusado a las actuaciones de investigación preparatoria (art. 276).

¹³ M. Sarre «The right to a fair trial (in Mexico)» en A. Frowein, R. Wolfrum y D. Weissbrodt, dir., *The Right to a fair trial*, Berlin, Springer, 1997.

¹⁴ Esta fue una aportación de los juristas mexicanos que participaron en la redacción de la *Declaración*, precisamente en Chapultepec, México, quienes de esta forma incorporaron al ámbito internacional el juicio de amparo, de origen mexicano, como instrumento protector de los derechos fundamentales.

¹⁵ *Diario Reforma [de México]* (28 de marzo de 1999) 6A.

[...] del 95 por ciento que va, más del 90 por ciento falla a favor de los tribunales militares, por que ahí se busca la equidad, la justicia, la transparencia de los órganos. Un tribunal que no actúa con imparcialidad difícilmente podría sostener una resolución ante los tribunales civiles, ante los tribunales constitucionales, como yo les llamo.

Cabe, de acuerdo con la apuntada necesidad de una auténtica jurisdicción ordinaria y otra extraordinaria, preguntarse si el alto grado de confirmación por parte de los tribunales constitucionales civiles respecto de las resoluciones emanadas de las cortes militares obedece a su apego a derecho, o más bien a la dificultad de corregir procedimientos viciados de origen tanto por la falta de jueces independientes e imparciales, como por que los procesos del fuero militar se siguen bajo normas aún más inquisitivas que las aplicables a los juicios ordinarios, y porque el contenido de las leyes penales sustantivas contiene preceptos vagos y valorativos, contrarios al principio de legalidad¹⁶.

D. La persona sentenciada a la privación o restricción coactiva de su libertad u otros bienes, hará valer sus derechos – frente a la administración penitenciaria o las autoridades que correspondan – ante los tribunales (art. XVIII)

La distinción antes precisada entre la jurisdicción ordinaria y la extraordinaria por medio de procedimientos como el juicio de amparo o el *habeas corpus* es esencial para poder fundamentar una jurisdicción ordinaria en materia penitenciaria con base en el artículo aquí invocado.

En efecto, si toda persona debe poder hacer valer sus derechos ante tribunales ordinarios, los presos deberán estar en posibilidad de hacer valer sus derechos en su calidad de tales ante una jurisdicción ordinaria, lo que equivale a los jueces de vigilancia penitenciaria o jueces de ejecución penal.

El derecho de acceso a la jurisdicción en la fase de ejecución penal, que de acuerdo con lo señalado se encuentra implícito en el art. XVIII de la *Declaración*, ha tenido muy escasa vigencia en la mayor parte de los países de la zona. Así, en México, como en numerosos países, la ejecución de la pena permanece prácticamente fuera de un control jurisdiccional en aspectos tan importantes como son el otorgamiento de beneficios de libertad anticipada y los traslados de una cárcel a otra, por no mencionar aspectos de la vida cotidiana en la prisión, tales como las condiciones materiales y los servicios educativos.

La necesidad de cumplir con el espíritu de la *Declaración* mediante el establecimiento de los jueces de vigilancia penitenciaria constituye una tarea urgente

¹⁶ De acuerdo con los artículos 523 y 603 del Código de Justicia Militar, se atribuye a la confesión pleno valor probatorio. Igualmente, de acuerdo con el art. 601, una vez probada la autoría de un hecho delictivo, se presume que este fue intencional. «Comete el delito de insubordinación – y no una falta administrativa – el militar que con palabras, ademanes, señas, gestos o de cualquier otra manera falte el respeto o sujeción debida a un superior» (art. 283 del Código de Justicia Militar).

en los países latinoamericanos. Las frecuentes revueltas en nuestras prisiones, que se presentan como luces rojas que se encienden regularmente en el subcontinente, constituyen una llamada de atención para establecer el imperio de la legalidad como garantía de orden en las mismas. En este sentido, la jurisdicción penitenciaria ordinaria terminaría con un vicio estructural que aqueja a casi todos los sistemas de ejecución y sanciones penales en la región: las autoridades carcelarias son, al mismo tiempo, juez y parte respecto de los internos.

En los años recientes, algunos países latinoamericanos han establecido consejos de la judicatura, con funciones de administración, vigilancia y disciplina en los respectivos poderes judiciales. Básicamente, la contribución de estos órganos ha consistido en sustraer de los Tribunales las funciones que no son materialmente jurisdiccionales, para permitirles dedicarse a esta tarea de manera más plena y profesional. Para asegurar la jurisdiccionalidad en el ámbito de la ejecución de las penas procede realizar exactamente lo contrario, esto es, sustraer de las esferas administrativas encargadas de la operación de las prisiones, aquellas funciones que son de contenido materialmente jurisdiccional, en tanto que resuelven conflictos entre el administrado (preso) y la administración pública, o modifican algunos aspectos de las penas impuestas por los jueces y que, por lo tanto, sólo debieran ser decididas también por jueces.

La jurisdicción penitenciaria implica el difícil reconocimiento de que el sistema de administración de las prisiones constituye una función auxiliar de los órganos jurisdiccionales, y no entidades autónomas.

Entre los países que registran los mayores avances en la región en cuanto al control jurisdiccional de la pena están Argentina, donde la jurisdicción criminal se extiende de manera natural hacia la fase de ejecución de la pena, aunque no siempre con criterios afortunados¹⁷. Por su parte en el nuevo Código Procesal Penal de Costa Rica se regulan las atribuciones de los jueces de ejecución de la pena, dotándoles de mayores atribuciones a las que tenían estos funcionarios antes de 1980, con lo que se ha puesto fin a las amplias facultades discrecionales que tenía el poder ejecutivo para modificar la duración de las penas. En México se discute actualmente un proyecto legislativo para el Distrito Federal en el que se incorporan los jueces de vigilancia penitenciaria.¹⁸

¹⁷ Resulta célebre la resolución de un Tribunal de apelación que, en 1987, rechazó la petición de un interno para tener relaciones sexuales con su esposa argumentando que «de admitirse la petición [...] se daría el absurdo de entender que todos los actos que puede ejecutar un hombre libre también puede efectuarlos un hombre legalmente detenido, lo cual constituiría un verdadero dislate y desvirtuaría por completo el sentido y el objeto del derecho penal y penitenciario. Hoy serían las relaciones sexuales con su esposa y mañana el resto de los derechos individuales, comerciar, transitar libremente, permanecer y salir del país [...]». J. M. Miller, M. A. Gelli y S. Cayuso, *Constitución y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Astrea, Tomo I a la p. 312. No obstante ello, el *habeas corpus* ha permitido corregir resoluciones como ésta. En 1989, la Sala correspondiente prohibió el traslado de presos cuando con ello se imposibilitan las visitas regulares con su familia (p. 303).

¹⁸ Iniciativas de Ley de Ejecución de Sanciones Penales para el Distrito Federal; de reformas y adiciones a la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal y, reforma y adiciones a la Ley de Defensoría de Oficio del Distrito Federal. De acuerdo con estas normas los nuevos jueces

E. La persona no puede ser condenada a penas «cruelles, infamantes o inusitadas» (art. XXVI, última parte), y «Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de la libertad» (art. XXV, última parte)

La *Declaración* asume una postura indudablemente humanista frente a la pena de prisión. Su lenguaje es, además, respetuoso del principio de presunción de normalidad del interno, en tanto que señala su derecho «a un tratamiento humano», más no lo considera como objeto de tratamiento correctivo, en el sentido utilizado por la criminología clínica ampliamente difundida en América Latina.

Es obvio que la protección de sus derechos no puede quedar confiada a las autoridades administrativas. Los internos se encuentran en una situación de vulnerabilidad que sólo puede ser contrarrestada mediante el escrutinio público de las prisiones, complementado con procedimientos de supervisión externa como puede ser el *ombudsman*, por una parte, y por los controles jurisdiccionales ordinarios (jueces penitenciarios) y extraordinarios (*habeas corpus*, amparo).

Entre los derechos a un trato humano, además de las condiciones básicas de alojamiento, alimentación, recreación, servicios educativos y de protección a la salud, que resulten obvios, es pertinente resaltar la importancia de que las condiciones de reclusión no restrinjan indebidamente otros derechos que no sean necesarios limitar como consecuencia inevitable de la condición de detención, incluyendo la inviolabilidad de la conciencia, derecho que en reclusión se vuelve más fundamental, en la medida que se le han restringido severamente al interno otros ámbitos de su privacidad.

La intimidad psíquica del interno es frecuentemente vulnerada como consecuencia de la ideología del tratamiento correccional, según el cual se requiere de la aplicación de estudios de personalidad a los internos para estar en posibilidad de aplicarles medidas correctivas individualizadas, puesto que se parte del supuesto de que el delito es la manifestación de la patología que presenta el preso-paciente¹⁹.

Existe una clara vinculación entre el derecho a un trato humano, exento de injerencias en la conciencia del individuo con el propósito de lograr su corrección moral, y el derecho a la jurisdicción. Esta vinculación deriva de la función del órgano jurisdiccional como garante, entre otros derechos no restringidos al interno, del de su libre forma de ser, mientras no realice conductas lesivas a los demás.

penitenciarios conocerán de las materias relativas a la reducción de la pena; impugnación respecto a las faltas graves; modificación y revocación de las penas sustitutivas de prisión; peticiones de traslados presentadas por los internos y controversias sobre traslados forzados, entre otras materias, con lo que se pretende someter a esta jurisdicción especializada las decisiones administrativas que afecten la legalidad y otros derechos fundamentales.

¹⁹ En una visita reciente de alumnos del Instituto Tecnológico Autónomo de México al Reclusorio Norte del Distrito Federal se preguntó a su director si los internos podrían rehusarse a la práctica de estudios de personalidad. La respuesta fue significativa: «no podemos tener aquí a nadie sin saber quién es».

Por otra parte, debe apuntarse la manifiesta incompatibilidad entre las legislaciones correccionalistas que atribuyen efectos jurídicos a la calificación que – con base en dichos estudios de personalidad – realizan respecto del grado de readaptación de una persona, y el derecho a la jurisdicción reconocido por la *Declaración*, puesto que la personalidad del individuo no es algo que pueda ni que deba ser jurisdiccional. No puede ser objeto de un proceso judicial, en tanto que las categorías que definen al individuo no son verificables ni refutables jurídicamente, esto es, mediante medios de prueba sobre hechos que pueden percibirse por medio de los sentidos. Por otra parte, aún cuando se pudieran demostrar objetivamente las características personales de un determinado individuo, no es admisible que las mismas afecten la esfera jurídica de los individuos al impedirles obtener determinados beneficios, retenerlos más tiempo en prisión o trasladarlos a centros con condiciones de vida más difíciles.

La jurisdiccionalidad penal sólo puede hacerse efectiva cuando rige un derecho penal de acto y no de autor, en el que la persona es juzgada por lo que hace, y no por lo que es. Ahora bien, para que esta jurisdiccionalidad proteja también derechos durante la ejecución penal, es necesario que los criterios de dicha ejecución se rijan asimismo por el derecho penal de acto, esto es, que consideren lo que el interno sentenciado hace o no hace, y no lo que es o no es, de acuerdo con los estudios de personalidad que se le apliquen. La coexistencia de un sistema penal sustantivo basado en el derecho penal de acto y, consecuentemente, en el principio de legalidad, con un sistema penitenciario que continua inspirándose en las fórmulas correccionalistas del derecho penal de autor, es contraria no sólo a la *Declaración*, sino a la lógica.

F. La víctima u ofendido por la comisión del delito podrá asimismo hacer valer sus derechos – frente al estado o los particulares – ante los tribunales (art. XVIII)

Un presupuesto de la jurisdiccionalidad es la indisponibilidad de la acción penal. El acceso a la justicia no sólo es derecho de los inculpados, sino de las víctimas y ofendidos de los delitos.

En el caso de México, las víctimas y ofendidos por la comisión de los delitos, durante muchos años no tuvieron un medio jurisdiccional ordinario y extraordinario para obligar a los órganos del estado a realizar su persecución. Apenas en 1993 se introdujo una reforma constitucional que prevé un medio de protección ordinario, mismo que hasta la fecha sólo ha sido reglamentado en dos entidades federativas, como tampoco lo ha sido a nivel federal. Ante esta situación la Suprema Corte recientemente ha dispuesto que en tanto no se reglamente dicho procedimiento, procederá el juicio de amparo²⁰.

²⁰ Suprema Corte de Justicia de México, Pleno, Amparo en revisión 961/97, 21 de octubre de 1997.

El reconocimiento de este derecho es de vital importancia, ya que el mismo rompe con el mito del monopolio del ministerio público en la persecución de los delitos, entendido como poder omnímodo para ejercitar sus atribuciones exento de controles externos y, por lo tanto, expuesto no sólo a errores y limitaciones, sino a la corrupción política o económica. Dicho mito creció al amparo de la interpretación constitucional de una Suprema Corte complaciente con el sistema político. Los argumentos utilizados para ello se reducen a tres:

- a. En el caso de que la abstención del ministerio público en el ejercicio de la acción penal fuese indebida, lesionaría, en todo caso, intereses sociales (por lo tanto no intereses individuales tutelables mediante el juicio de amparo).
- b. Cuando el ministerio público ejercita la acción en un proceso – o cuando se niega a hacerlo – tiene el carácter de parte y no de autoridad, por lo que no procede el juicio de amparo.
- c. Obligar, mediante el juicio de amparo a ejercer la acción penal, equivaldría a dejar al arbitrio de los tribunales federales la persecución de los delitos.

En estos argumentos se advierte una filosofía social de orientación colectivista, donde el sistema de justicia penal se justifica en la tutela del estado y no del individuo.

Respecto al carácter de parte y no de autoridad, la supuesta metamorfosis del ministerio público, según la cual durante la averiguación previa éste es autoridad, y al ejercitar la acción penal se convierte en parte es una teoría ya superada. El ministerio público es parcial por naturaleza en cuanto que se debe identificar con el interés de la parte ofendida y no es ajeno a ella como lo debe ser el juez.

Finalmente, respecto del tercero de los argumentos entonces aducidos anteriormente por la Suprema Corte de México, en cuanto que el control de la Justicia Federal sobre las atribuciones del ministerio público, Rafael Matos Escobedo precisa que con ese criterio los órganos de control constitucional no podrían conocer de las ilegalidades atribuidas a las autoridades municipales porque se afectaría la libertad municipal, y así sucesivamente²¹.

La ausencia de un control judicial externo respecto de la función persecutoria del delito, que en realidad constituye una forma subrepticia de adoptar la libre disposición del proceso por parte no del ofendido, sino del *representante social*, impide la vigencia de un sistema acusatorio, puesto que éste supone la existencia de medios de control para que tanto las partes como el propio juez cumplan su función. No hay verdadera justicia cuando la acusación, la defensa o la intervención judicial actúan con deficiencia. La relación procesal que debe conformar un triángulo equilátero inevitablemente se distorsiona cuando

²¹ R. M. Escobedo, *El juicio de amparo en contra de la debida inercia del Ministerio Publico*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991.

[...] esta discrecionalidad y disponibilidad – que en los Estados Unidos se manifiestan sobre todo en la negociación entre acusador público e imputado (*plea bargaining*) de la *Declaración* de culpabilidad (*guilty plea*) a cambio de una reducción de la gravedad de la acusación o de otros beneficios penales – representan una fuente inagotable de arbitrariedades por omisión, ya que no cabe ningún control eficaz sobre los favoritismos que puedan sugerir la inercia o el carácter incompleto de la acusación; arbitrariedades por acción, al resultar inevitable, como enseña la experiencia, que el *plea bargaining* se convierta en la regla y el juicio en una excepción, prefiriendo muchos imputados inocentes declararse culpables antes que someterse a los costes y riesgos del juicio²².

* * *

Como se aprecia en esta breve revisión del ideal de la *Declaración* respecto del acceso a la jurisdicción, la distancia entre el pensamiento progresista de quienes intervinieron en su redacción y la práctica cotidiana de México, como de los países de la región es todavía muy grande. Entre las causas que pueden explicar esa distancia está, sin duda, la falta de una cultura jurídica que permite el funcionamiento de las instituciones, cuyos operadores frecuentemente desconocen la importancia del derecho internacional de los derechos humanos.

²² Ferrajoli, *supra* nota 2 a las pp. 568-569. Aún cuando no obra constancia documental de ello, en una visita a México organizada por el «Minnesota Lawyers International Human Rights Committee» en el año de 1989, el «Attorney General» del Estado de Minnesota, Hubert Humphrey III, manifestó que en los Estados Unidos de América, el *plea bargaining* cumple el mismo papel que el empleo de la tortura en otros países.