

## ASISTENCIA MUTUA EN MATERIA PENAL EN EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

Javier DONDE MATUTE\*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Estructura y materia de regulación de la AJIMP en el CNPP.* III. *Consideraciones sobre violaciones a derechos humanos.* IV. *Conclusiones.*

### I. INTRODUCCIÓN

En las siguientes líneas se expondrán diversos comentarios con respecto al Título XI del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP) titulado “Asistencia Jurídica en Materia Penal”.

De inicio es importante hacer algunas aclaraciones. Este apartado del CNPP regula la comunicación entre autoridades nacionales y extranjeras para el desahogo de pruebas que se encuentren en México a solicitud de autoridades extranjeras, así como otros trámites procesales. Lo que se denomina asistencia jurídica internacional en materia penal (AJIMP) pasiva.

Claramente, en este ordenamiento jurídico no se podría regular la AJIMP activa, cuando las autoridades mexicanas hacen esta solicitud, puesto que corresponderá a cada Estado regular el trámite interno. No obstante, el artículo 80 prevé que los exhortos al extranjero serán tramitados a través de los consulados o agentes diplomáticos, presumiblemente de conformidad con los requisitos del tratado aplicable. Incluso se prevé que las autoridades consulares en el extranjero puedan practicar las diligencias solicitadas directamente. A pesar de ello, el trámite interno en el extranjero corresponde al marco jurídico de cada país.

También está excluida la extradición internacional la cual está regulada por la Ley de Extradición Internacional y versa exclusivamente sobre la

\* Profesor-Investigador Titular “C” del Inacipe, doctor en Derecho penal internacional y comparado por la Universidad de Aberdeen, Escocia.

entrega de personas, ya sea en cumplimiento a una orden de aprehensión dictada en el extranjero o una sentencia condenatoria que deba ser cumplida, también, emitida por un tribunal extranjero.<sup>1</sup>

De este Título XI también están excluidas las formas cooperación internacional con tribunales internacionales. Destaca el caso de la Corte Penal Internacional, para la cual se ha enviado, por parte del Ejecutivo Federal, una iniciativa de ley de cooperación que no ha sido aprobada por el Congreso de la Unión.<sup>2</sup> Aunque también hay diversos tribunales internacionalizados con los que pudiera haber cooperación como el Tribunal Especial para Líbano y las Salas Extraordinarias para Camboya, en México existe un vacío legal pues no existe siquiera un proyecto de ley que permita asistir jurídicamente a estos órganos jurisdiccionales.

Una vez delimitado el alcance de este Título XI es importante establecer el esquema de análisis que se empleará. En un primer apartado se describirá la estructura de esta parte del CNPP simplemente señalando lo que regula. No obstante, se harán algunos comentarios globales que resultan de interés.

En el segundo apartado se harán algunas observaciones puntuales sobre aspectos que se consideran inconstitucionales.

## II. ESTRUCTURA Y MATERIA DE REGULACIÓN DE LA AJIMP EN EL CNPP

El Título correspondiente a la AJIMP a su vez se subdivide en tres Capítulos. El primero se denomina “Disposiciones Generales”. En el mismo se regulan aspectos básicos como el alcance de la regulación de estos preceptos, la designación de la Procuraduría General de la República como Autoridad Central, la supletoriedad de la ley con respecto a los tratados, los principios rectores de la AJIMP, las causales de denegación o aplazamiento, las solicitudes y sus requisitos, el trámite ante la Autoridad Central y la confidencialidad de la información derivada de las solicitudes.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Véase Ley de Extradición Internacional, artículo 5o., “Podrán ser entregados conforme a esta ley los individuos contra quienes en otro país, se haya incoado un proceso penal como presuntos responsables de un delito o que sean reclamados para la ejecución de una sentencia dictada por las autoridades judiciales del Estado solicitante.”

<sup>2</sup> Véase, “Proyecto de decreto, que expide la Ley Reglamentaria del Párrafo Octavo del Artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y adiciona la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación” que el Senado remitió la iniciativa a la Cámara de Diputados en diciembre de 2009, publicada en la *Gaceta* parlamentaria el 2 de febrero de 2010. <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/61/2010/feb/20100202-II.html>.

<sup>3</sup> Véase Benavente Chorres, Hesbert e Hidalgo Murillo, José Daniel, *Código Nacional de Procedimientos Penales – Guía Práctica y Comentarios desde el Sistema Acusatorio Mexicano*, México, Flores Editor, 2014, pp. 1031-1039.

El Capítulo II denominado “Formas Específicas de Asistencia” simplemente señala cuáles son las pruebas y demás diligencias que se pueden llevar a cabo con base en la regulación del CNPP. Así como señalar que los gastos de cumplimiento corren a cargo de la autoridad solicitante extranjera.

El Capítulo III regula, en un solo artículo, la Asistencia Informal que según señala es aquella que no requiere de mayor trámite. Por exclusión, se puede asumir que las mencionadas en el apartado anterior son medias formales de AJIMP.

Es importante destacar la mera existencia de este Título XI ya es un avance con respecto a la legislación anterior. En el Código Federal de Procedimientos Penales no existía una regulación completa sobre la materia<sup>4</sup>. La AJIMP activa estaba regulada en los artículos 58 y 59 y preveía un trámite engorroso que incluía solicitar autorización a la Suprema Corte de Justicia de la Nación para obtener el apoyo de las autoridades extranjeras, lo cual no parecía tener mucho sentido.<sup>5</sup>

Por su parte, solamente el artículo 60 decía algo sobre la AJIMP pasiva estableciendo dos condiciones para su cumplimiento, que se cubrieran los requisitos de las legislaciones estatales y los tratados internacionales y que los consulados mexicanos legalizaran la solicitud.<sup>6</sup>

Ello significaba que el grueso de las normas que regulaban la AJIMP se encontraba en los tratados internacionales. Esto parece no haber cambiado puesto que, como ya se mencionó, el Título XI es supletorio de los tratados en la materia. Consecuentemente, de existir un tratado estas disposiciones no serían aplicables.

Donde se percibe un cambio sustancial es en la ejecución. Ante la falta de regulación federal, la Procuraduría General de la Republica, como Autoridad Central, simplemente recibía la información, a través de sus oficinas centrales, y la remitía a las autoridades federales, estatales y municipales para su ejecución.<sup>7</sup> Con el nuevo esquema, la Autoridad Central es la que directamente analiza la procedencia de la solicitud y desahoga la misma de

<sup>4</sup> Anteriormente todos los estados y el Distrito Federal contaban con un código procesal penal propio, con disposiciones particulares para la materia, por lo que habría que revisar cada uno de ellos para una comparación más detallada.

<sup>5</sup> Dondé Matute, Javier, *Cooperación Internacional en Materia Penal*, México, IJJ-UNAM-IFP-PGJDF, 2014, colección Juicios Orales, vol. 14, pp. 35-68.

<sup>6</sup> Código Federal de Procedimientos Penales, artículo 60, “Los exhortos de los tribunales extranjeros deberán tener, además de los requisitos que indiquen las legislaciones respectivas y los tratados internacionales, la legalización que haga el representante autorizado para atender los asuntos de la República en el lugar donde sean expedidos.”

<sup>7</sup> Véase Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, artículos. 35, 36 y 64.

forma directa. Esta es una consecuencia de la centralización del proceso penal en un código único.

Efectivamente, el CNPP no prevé un trámite para la AJIMP pasiva, al centralizar el análisis de la petición del extranjero y la ejecución de la solicitud no parece necesario regular un procedimiento pues todo recae en la misma instancia.

Como ya se adelantaba, es importante destacar el carácter subsidiario de este Título. El artículo 435 señala que estas disposiciones son aplicables solamente cuando no haya un tratado internacional que regule la AJIMP. Es importante hacer notar que no son disposiciones destinadas a llenar lagunas que pudieran existir en los tratados internacionales suscritos por México. Entonces la aplicación de estas disposiciones resulta limitada, puesto que hay un número considerable de tratados en la materia. Hay 30 tratados bilaterales de AJIMP suscritos por México que regulan este trámite en términos generales y 37 tratados bilaterales sobre cooperación con relación a delitos particulares como fraude tarifario, delincuencia organizada y narcotráfico; igualmente hay 5 tratados multilaterales que regulan la AJIMP para delitos transnacionales, notoriamente la Convención de Palermo sobre delincuencia organizada transnacional y la Convención de Viena sobre estupefacientes y sustancias sicotrópicas.<sup>8</sup> En realidad es un número considerable de tratados si se compara con la extradición donde escasamente hay 30 suscritos por México.

En un primer momento pudiera pensarse que serían aplicables las disposiciones del Título XI cuando no existe un tratado, pero sí un acuerdo interinstitucional.<sup>9</sup> Sin embargo, del listado de formas específicas de AJIMP no parece que pudiera haber alguna que estuviera regulada en los acuerdos interinstitucionales suscritos por la Procuraduría General de la República, pues normalmente versan sobre temas como el intercambio de información (no vinculada a una investigación penal), tecnología, experiencias de los operadores y capacitación.<sup>10</sup> Tampoco podría tratarse de la asistencia infor-

<sup>8</sup> Dondé Matute, Javier, "Report on Mexico", en Rugeri, Stefano (comp.) *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings*, Berlin, Springer, 2013, p. 460.

<sup>9</sup> El artículo 2o., fracción II de la Ley de Celebración de Tratados define el acuerdo interinstitucional como: "...el convenio regido por el derecho internacional público, celebrado por escrito entre cualquier dependencia u organismo descentralizado de la Administración Pública Federal, Estatal o Municipal y uno o varios órganos gubernamentales extranjeros u organizaciones internacionales, cualquiera que sea su denominación, sea que derive o no de un tratado previamente aprobado".

<sup>10</sup> Dondé Matute, Francisco Javier, *Cooperación Internacional en Materia Penal*, op. cit., nota 5, pp. 88-96.

mal, pues el artículo 455 expresamente señala que deben estar previstas en “un convenio o Tratado internacional”.

Por último, es importante aclarar que hay varios tratados internacionales que prevén la obligación de AJIMP para perseguir diversos delitos como el terrorismo<sup>11</sup> y violaciones a los derechos humanos como la tortura.<sup>12</sup> En estos casos, para dar cumplimiento a la obligación internacional deberán aplicarse estas disposiciones del CNPP. Estos tratados establecen la obligación de cooperar, pero no establecen un procedimiento para ello; consecuentemente, la frase “Tratado internacional” empleada en el artículo 435 debe entenderse como los acuerdos en materia de AJIMP, no cualquier tratado. Esta interpretación impediría que se creara una laguna, por falta de procedimiento aplicable. Interpretar este precepto de forma restrictiva, irónicamente, le da un alcance mayor compatible con las demás obligaciones adquiridas por el Estado mexicano.

### III. CONSIDERACIONES SOBRE VIOLACIONES A DERECHOS HUMANOS

Hay varios artículos del título relativo a la AJIMP que a primera vista y en abstracto resultan violatorios de derechos humanos y, por ende, inconstitucionales.<sup>13</sup> En este apartado se analizarán los aspectos más relevantes.

#### 1. *Prohibición del uso de AJIMP por el imputado y su defensa*

Quizá el caso más sonado es el relativo al artículo 434 en su último párrafo que señala “La asistencia jurídica sólo podrá ser invocada para la obtención de medios de prueba ordenados por la autoridad investigadora, o bien la judicial para mejor proveer, pero jamás para las ofrecidas por los imputados o sus defensas, aun cuando sean aceptadas o acordadas favorablemente por las autoridades judiciales.”

La Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) ha impugnado este precepto vía acción de inconstitucionalidad. Según este órgano consti-

<sup>11</sup> Véase Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil (Convenio de Montreal).

<sup>12</sup> Véase Convención de las Naciones Unidas Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, artículo 9o.

<sup>13</sup> Para una visión más global de los problemas de técnica legislativa y violaciones a los derechos humanos del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP) véase Hernández-Romo Valencia, Pablo, *Errores e inconstitucionalidades del código nacional de procedimientos penales*, México, Tirant Lo Blanch, 2014, colección Reformas.

tucional autónomo hay una violación a la legalidad, seguridad jurídica, así como a la supremacía constitucional. Esto ocurre en virtud de que se amplían las causales de denegación de la solicitud a los supuestos en los que la petición proviene de un particular. Lo anterior en contravención a la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal.<sup>14</sup>

Lamentablemente, se detectan varios errores en este razonamiento. Para empezar ya se ha dicho que las disposiciones del Título XI son supletorias a los tratados, por lo que un régimen se aplica cuando existe un tratado, por ejemplo la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal, y otro muy distinto cuando no existe tratado, en cuyo caso operan las disposiciones del CNPP. Consecuentemente, no hay un problema de jerarquía constitucional entre un tratado y el CNPP, dado que estos son utilizados en circunstancias distintas.

Por otro lado, como ya se vio existen un gran número de tratados de AJIMP suscritos por México, por lo que no resulta lógico pensar que estas disposiciones solamente contravienen un tratado. En dado caso, habría que analizar cada uno de los tratados para ver si existe la contradicción.

La CNDH pudo haber señalado que se trata de un tratado con disposiciones de derechos humanos y que estas se violan con esta limitación prevista en el CNDH. Este razonamiento, pudo haber tenido mejores resultados, sin embargo en la acción de inconstitucionalidad no se alegó en estos términos la inconstitucionalidad.

Adicionalmente, el tratado invocado por CNDH prevé la exclusión de los particulares en el empleo de la AJIMP. El artículo 2o. en su último párrafo señala: “Esta Convención se aplica únicamente a la prestación de asistencia mutua entre los Estados Partes; sus disposiciones no otorgan derecho a los particulares para obtener o excluir pruebas, o para impedir la ejecución de cualquier solicitud de asistencia.” Consecuentemente, el razonamiento de la CNDH no tomó en cuenta todas las disposiciones del tratado que argumenta se ve contravenido por el título XI del CNPP.

Efectivamente, este artículo del CNPP es inconstitucional, pero no por los motivos expresados en la acción de inconstitucionalidad mencionada. Más bien porque viola el derecho de defensa. El artículo 20, Apartado B, fracción IV dispone como derecho de la persona imputada que: “Se le recibirán los testigos y demás pruebas pertinentes que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener

<sup>14</sup> Véase CNDH, Demanda de acción de inconstitucionalidad, promovida por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, pp. 216 y 217, [http://www.cndh.org.mx/sites/all/fuentes/documentos/CorteInteramericana/accion\\_20\\_2014.pdf](http://www.cndh.org.mx/sites/all/fuentes/documentos/CorteInteramericana/accion_20_2014.pdf)

la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, en los términos que señale la ley...”.

Así, en caso de que las pruebas que quisiera ofrecer la defensa se encuentran en el extranjero, la Autoridad Central estaría obligada a auxiliar en su obtención y desahogo. Un artículo que impida el ejercicio de este derecho es claramente inconstitucional.

Aunque pudiera alegarse que este derecho es aplicable solamente para el caso de los testigos, en virtud de la redacción restrictiva del precepto constitucional, entonces resultaría aplicable el artículo 8 (2) (c) de la Convención Americana de Derechos Humanos que no prevé limitación alguna a este derecho, pues prevé que se le concederá: “al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa...” La redacción más amplia e incluyente del tratado internacional tendría que ser aplicable preferentemente en virtud del principio pro persona establecido en el artículo 1o., párrafo 2 de la Constitución Federal.

Cabe notar que este derecho, al parecer, si lo tienen las víctimas, pues a diferencia de la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal que usa un término más amplio “particulares”, el CNPP excluye del ejercicio de la AJIMP sólo al imputado y su defensa. Entonces, este artículo sería además inconstitucional por limitar el acceso a la justicia de las víctimas, en contravención al artículo 20, Apartado C, fracción II que señala que éstas pueden: “Coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la investigación como en el proceso, a que se desahoguen las diligencias correspondientes, y a intervenir en el juicio e interponer los recursos en los términos que prevea la ley.” Cabe notar que todos los tratados de AJIMP que prevean una disposición similar son igualmente inconstitucionales.

## 2. *Reciprocidad*

El tema de la reciprocidad internacional es bastante controvertido,<sup>15</sup> pero a la luz del artículo 1o. constitucional se trata de una práctica que resulta violatoria de derechos humanos.

<sup>15</sup> El principio de reciprocidad se refiere a los intercambios de valores no equivalentes mediante los cuales las acciones de una de las partes son consecuentes con las acciones previas de la otra parte de tal forma que la bondad se regresa con bondad y la maldad con maldad. De igual forma, en el derecho internacional este principio cobra vital importancia puesto que no existe una autoridad como tal facultada para sancionar en caso de incumplimiento.

## El artículo 438 del CNPP señala:

En ausencia de convenio o Tratado internacional, los Estados Unidos Mexicanos prestarán ayuda bajo el principio de reciprocidad internacional, la cual estará subordinada a la existencia u ofrecimiento por parte del Estado o autoridad requirente a cooperar en casos similares. Dicho compromiso deberá asentarse por escrito en los términos que para tales efectos establezca la Autoridad Central.

Este precepto y todo el concepto de reciprocidad es violatorio de los derechos humanos pues establece una obligación internacional en virtud de la cual los intereses del Estado prevalecen sobre los de los individuos.<sup>16</sup> Esto se reitera en el artículo 436, fracción IV que define la reciprocidad como “la colaboración internacional entre Estados soberanos en (*sic*) los que priva la igualdad.”

Según esta regla, una solicitud de AJIMP debe cumplirse independientemente de los intereses o derechos de la persona. Lo cual viola el artículo 1o, párrafo 3 de la Constitución Federal que obliga a las autoridades, en este caso a la Autoridad Central, entre otras cosas, a respetar,<sup>17</sup> proteger<sup>18</sup> y garantizar<sup>19</sup> los derechos humanos; y consecuentemente prevenir la violación de los mismos. Así, la reciprocidad no debe otorgarse de forma lisa y llana para favorecer la colaboración entre Estados. Ésta debe realizarse de conformidad con los tratados o, en su defecto, con las

miento de los acuerdos. Véase, Kehoane O., Robert, “Reciprocity in international relations”, *International Organization*, vol. 40, núm. 1, invierno, MIT Press, 1986, p. 8; véase también, Parisi, Francesco and Ghei, Nita, “The Role of Reciprocity in International Law”, *Cornell International Law Journal*, vol. 36, núm. 1, primavera 2003, George Mason Law & Economics Research Paper, No. 02-08, p. 93.

<sup>16</sup> Shaw, Malcolm N, *International Law*, 5a. ed., Reino Unido, Cambridge University Press, 2003, pp. 7 y 8. Explicando que la reciprocidad es parte de una estrategia de los Estados para conseguir sus fines y objetivos a largo plazo, sacrificando el corto plazo.

<sup>17</sup> Véase Derechos humanos. Obligación de respetarlos en términos del artículo 1o., párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Tesis: XXVII. 3o.1 CS (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, ubicada en publicación semanal el 3 de octubre de 2014.

<sup>18</sup> Véase Derechos humanos. Obligación de respetarlos en términos del artículo 1o., párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Tesis: XXVII. 3o.3 CS (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, ubicada en publicación semanal el 3 de octubre de 2014.

<sup>19</sup> Véase Derechos humanos. obligación de garantizarlos en términos del artículo 1o., párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Tesis: XXVII. 3o.2 CS (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, ubicada en publicación semanal el 3 de octubre de 2014.

disposiciones del CNPP, siempre y cuando no impliquen una violación a los derechos humanos. De esta forma y en este contexto se cumpliría con el mandato constitucional.<sup>20</sup>

Según los criterios de la interpretación conforme,<sup>21</sup> estas disposiciones del CNPP resultarían constitucionales únicamente si se interpretan en el sentido de que la reciprocidad tiene como límite el debido proceso.

También dentro de las causales para negar la solicitud hay disposiciones que pudieran ayudar a corregir esta situación. En términos más particulares en el CNPP se prevé la prohibición de cooperar cuando se violen diversos derechos humanos como imponer la pena de muerte<sup>22</sup> o en violación al derecho, al *ne bis in ídem*.<sup>23</sup> De igual forma, se establece como regla general que la solicitud se negará si se contravienen “las obligaciones internacionales adquiridas por los Estados Unidos Mexicanos”.<sup>24</sup> Dentro de estas obligaciones figuran las contraídas en los tratados internacionales de derechos humanos.

Estas causales y los mecanismos de regularidad constitucional establecidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación llevan a la conclusión de que la reciprocidad no puede interpretarse sin excepciones, como se desprende de las disposiciones del CNPP que la regulan,<sup>25</sup> sino a la luz de las propias limitaciones que prevé el Título XI y, desde luego, la Constitución Federal.<sup>26</sup> Quizá estos comentarios pudieran resultar evidentes, pero ante

<sup>20</sup> Véase Pasos a seguir en el control de constitucionalidad y convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos. Tesis: P LXIX/2011(9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro III, t. I, diciembre de 2011, p. 552.

<sup>21</sup> Véase Interpretación conforme. Naturaleza y alcances a la luz del principio pro persona. Tesis: 1a. CCCXL/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro I, t. I, diciembre de 2013, p. 530. Según esta jurisprudencia las disposiciones legales no son inconstitucionales de forma automática, sino que si se les da una interpretación acorde con el texto constitucional no será necesario declarar su invalidez. Sin embargo, solamente con esta interpretación pueden salvarse de ser declaradas inconstitucionales.

<sup>22</sup> CNPP, art. 440, fracción VI.

<sup>23</sup> *Ibidem*, fracción VII.

<sup>24</sup> *Ibidem*, fracción III.

<sup>25</sup> Véase Derechos humanos reconocidos tanto por la constitución política de los estados unidos mexicanos, como en los tratados internacionales. para determinar su contenido y alcance debe acudirse a ambas fuentes, favoreciendo a las personas la protección más amplia. Tesis: 1a. CCCXLI/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, ubicada en publicación semanal el 17 de octubre de 2014.

<sup>26</sup> Para un recuento de los criterios de la Suprema Corte en materia de control de regularidad constitucional véase Montoya Ramos, Isabel, *Los principios de la suspensión de derechos a la luz del derecho internacional y el artículo 29 constitucional*, México, Inacipe, 2015, pp. 60-62 (en prensa).

los términos absolutos en los que está redactado el precepto comentado es importante hacer la aclaración.

### 3. *Doble criminalidad*<sup>27</sup>

Este es un concepto que se ha desarrollado principalmente en el contexto de la extradición. En ese ámbito se puede definir como la exigencia de que las conductas (*acts*), materia de la extradición, sean consideradas delictivas en el país requerido como en el requirente.<sup>28</sup> Poco se ha dicho al respecto en el ámbito de la AJIMP. El artículo 436, fracción III habla de un principio de identidad de normas que se asemeja mucho a la doble criminalidad

Se prestará la asistencia con independencia de que el hecho que motiva la solicitud constituya o no delito según las leyes del Estado requerido. Se exceptúa de lo anterior el supuesto de que la asistencia se solicite para la ejecución de las medidas de aseguramiento o embargo, cateo o registro domiciliario o decomiso o incautación, en cuyo caso será necesario que el hecho que da lugar al procedimiento sea también considerado como delito por la legislación del Estado requerido...

Como se puede observar, la regla general es prestar la asistencia aunque no se verifique la doble criminalidad. Esta norma incluso va mucho más allá del deterioro del principio de doble criminalidad en materia de extradición, donde ya solamente es necesario que el delito motivo de la solicitud sea considerado grave o corresponda a categorías genéricas como “delitos contra la salud”.<sup>29</sup>

No exigir la identidad de las conductas delictivas va en detrimento del principio de legalidad penal. Con la doble criminalidad se verifica la existencia de un tipo penal que da sustento a la AJIMP y sirve para obstaculizar los procesos por conductas que no tienen una ilicitud universalmente reconocida. Con esta cláusula se podría estar coadyuvando en la investigación o proceso de conductas que son perfectamente legales en México. Si bien la violación al principio de legalidad penal no es tan contundente como en

<sup>27</sup> Algunas de las ideas mencionadas aquí se expusieron por primera vez en el contexto de la extradición en Dondé Matute, Javier, *Extradición y Debido Proceso, México*, México, Tirant Lo Blanch, Inacipe, 2011, pp. 63-74.

<sup>28</sup> Tigar, Michael E., “The Extradition Requirement of Double Criminality in Complex Cases: Illustrating the Rationale of Extradition”, *Revue Internationale de Droit Penal*, Francia, Nueva Serie, año 62, 1er. y 2do. trimestre 1991, p. 163.

<sup>29</sup> Dondé Matute, Javier, *Extradición y Debido Proceso*, op. cit., nota 27, pp. 69 y 70.

los casos de extradición, no por esto deja de verse vulnerado dicho derecho humano.

La excepción a la llamada identidad de normas se verifica en casos donde la intromisión estatal es más fuerte, pues están en juego la propiedad y la privacidad de los individuos. En estos casos también pudiera haber una violación al principio de legalidad penal, en la medida en la cual se adopten los criterios flexibles que actualmente imperan en los procesos de extradición.<sup>30</sup> No identificar adecuadamente la conducta materia de la AJIMP solicitada aplicando criterios genéricos, como las mencionadas líneas arriba, pueden tener las mismas consecuencias negativas que en la extradición. El CNPP no indica los criterios para la identificación de conductas, por lo que no sería extraño que se recurriera, por analogía, a los procesos de extradición para adoptar los mismos conceptos ambiguos a este otro ámbito de la cooperación internacional.

Una interpretación pro persona exigiría como mínimo que la misma conducta fuera delictiva en ambos Estados, el requerido y el requirente. No es necesaria una identificación exacta, elemento por elemento, sino que en términos generales la conducta sea delictiva aunque se adecúe a un tipo penal diverso con elementos divergentes. En otras palabras, que desde una óptica político-criminal el legislador de ambos países la considere merecedora de sanción penal.

#### 4. *Traslado de personas detenidas*

Una de las disposiciones más difíciles de entender es el traslado de personas detenidas, previsto en el artículo 451 del CNPP. Para su mejor comprensión resulta conveniente transcribirlo:

Cuando sea necesaria la presencia de una persona que está detenida en el territorio de la parte requerida, el Estado o la autoridad requirente deberá manifestar las causas suficientes que acrediten la necesidad del traslado a efecto de hacer del conocimiento, y en caso de que resulte procedente, obtener la autorización por parte de la autoridad ante la cual la persona detenida se encuentra a disposición.

Igualmente, para los efectos de traslado es requisito indispensable contar con el consentimiento expreso de la persona detenida; en este caso, el Estado o la autoridad requirente se deberá comprometer a tener bajo su custodia a la persona y tramitar su retorno en cuanto la solicitud de asistencia haya culminado, por lo que deberá establecerse entre la autoridad

<sup>30</sup> *Ibidem*, pp. 64-69.

requerida y la autoridad requirente un acuerdo en el que se fije una fecha para su regreso, la cual podrá ser prorrogable sólo en caso de no existir impedimento legal alguno.

La primera pregunta que surge es ¿bajo qué figura puede estar detenida la persona? De inicio se puede descartar que esté detenida para fines de extradición puesto que para eso precisamente se inicia ese proceso.<sup>31</sup> Por las mismas razones, se puede excluir la extradición temporal o definitiva pues, aunque son pocos tratados los que regulan esta figura, normalmente se exige que la persona ya haya sido condenada en México.<sup>32</sup> En todo caso, esta es la forma adecuada para trasladar a una persona detenida en México, para que posteriormente sea devuelta. Es importante que se ponga como requisito la condena, pues con ello se asegura que se le esté dando prioridad a los procesos penales que se llevan a cabo en los tribunales nacionales y, sólo después de concluidos se pueden atender las solicitudes del extranjero.

Por exclusión, pudiera tratarse de una persona detenida en flagrancia<sup>33</sup> o urgencia<sup>34</sup> ante el agente ministerial. Si bien es posible que esto ocurra aunque el tiempo es limitado, más aun en los casos de delincuencia organizada donde el plazo de detención se duplica a 96 horas, el problema se presenta en la constitucionalidad de la medida. No parece lógico pensar que en este tipo de detención ante la autoridad ministerial, en donde lo que se busca es perfeccionar la investigación para lograr una consignación, sea viable entregar a la persona a una autoridad extranjera. Lo mismo se puede decir si la persona se encuentra detenida en virtud de una orden de arraigo,<sup>35</sup> pues precisamente lo que se busca con este tipo de detención es obtener una orden de aprehensión. En ambos casos se estaría entorpeciendo una investigación llevada a cabo en México.

La conclusión es similar si la persona se encuentra en prisión preventiva. Como ya se mencionaba, una de las razones por las cuales la extradición temporal solamente se puede llevar a cabo una vez dictada la sentencia condenatoria es para darle prioridad a los procesos en México y una vez resueltos estos asuntos podría cooperarse con las autoridades extranjeras. Este precepto del CNPP rompe con la lógica de las relaciones internacionales en materia de extradición temporal y antepone los intereses extranjeros a los nacionales.

<sup>31</sup> Véase, Ley de Extradición Internacional, artículos 16 a 18.

<sup>32</sup> Véase Tratado de Extradición México-EUA, artículo 15, párrafo 2.

<sup>33</sup> Véase Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo. 16, párr. 5.

<sup>34</sup> *Ibidem*, párr. 6.

<sup>35</sup> *Ibidem*, párr. 7.

Otra opción es que la persona esté detenida en virtud de un proceso migratorio. La Ley de Migración autoriza este tipo de detenciones en la fracción VII del artículo 20, donde expone que es facultad del Instituto Nacional de Migración “presentar en las estaciones migratorias o en los lugares habilitados para tal fin, a los extranjeros que lo ameriten conforme a las disposiciones de esta ley, respetando en todo momento sus derechos humanos”.<sup>36</sup>

La siguiente pregunta que surge es ¿para qué? Claramente no podría ser para que la persona detenida rinda una declaración, dado que para esto están los artículos 446 y 450 del CNPP que regulan incluso las videoconferencias para el desahogo de testimoniales.

Al parecer hay dos posibles explicaciones. En los sistemas de corte acusatorio es indispensable cumplir con el principio de inmediación, lo cual constituiría una violación a la garantía de audiencia<sup>37</sup>. Consecuentemente, quizá no sea suficiente contar con mecanismos como las videoconferencias. Otro supuesto serían los careos, que a diferencia de las testimoniales, implica una confrontación cara a cara, lo cual sería imposible a distancia o mediante una videoconferencia.<sup>38</sup>

En estas condiciones, el potencial para el uso de esta medida parece muy limitado, en comparación con el potencial para el abuso de la misma; si bien, no se podría alegar una violación a los derechos humanos, dado que la persona solicitada tienen que consentir su entrega al Estado requirente.

En materia de extradición, la cual parece más afín con esta medida que la propia AJIMP, se pueden detectar varias medidas destinadas a evitar los procesos de extradición como los secuestros transfronterizos, y las expulsiones.<sup>39</sup> Esta podría ser otra medida destinada a ello.<sup>40</sup> No sería impensable que

<sup>36</sup> Véase también, Ley de Migración, artículos 99 a 111.

<sup>37</sup> Véase Procedimientos penales. El artículo 145 del código federal relativo, al autorizar al juzgador federal para no repetir las diligencias de la policía judicial local y de los tribunales del orden común, no viola el principio de inmediación. Tesis: 1a. CCVI/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXX, noviembre de 2009, p. 411.

<sup>38</sup> Sobre la naturaleza de los careos véase Careos constitucional y procesal, su naturaleza, finalidad y diferencias sustanciales. Tesis: I.2o.P.150 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVI, agosto de 2007, p. 1551.

<sup>39</sup> Al respecto véase Dondé Matute, Javier, *Extradición y debido proceso*, *op. cit.*, nota 27, pp. 103-115.

<sup>40</sup> Extradición internacional. El hecho de que el sujeto reclamado continúe privado de su libertad después de que el Estado requirente presenta en tiempo la solicitud formal relativa, no implica prolongación de la detención ni violación directa al artículo 119, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Tesis: P./J. 25/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVII, febrero de 2008, p. 7.

la persona acceda a su entrega a un Estado que le ofrezca ser testigo protegido o que se le procese por un delito menor del que se le acusa en México.

Está como antecedente el caso de las personas que han sido extraditadas a los Estados Unidos por delitos contra la salud. Presumiblemente se trata de extradiciones temporales y deberían ser entregadas a México para continuar con sus procesos, pero eso no ha sucedido. Con antecedentes como estos no parecerían extraño que una persona fuera entregada con fundamento en este precepto del CNPP y nunca regresara al territorio nacional. Incluso, bajo los supuestos mencionados le resultaría conveniente sustraerse de los procesos que pudiera tener en México.

Líneas arriba se comentaba que no hay una violación a los derechos humanos de la persona que sería entregada dado que se contaría con su consentimiento. Sin embargo, podría haber un problema con las víctimas de los delitos que se pudieran haber cometido en México. Como ejemplo, está nuevamente el caso de las personas que están acusadas de delitos contra la salud en Estados Unidos y que son entregadas a éste país. Otros delitos que pudieron haber cometido en México como homicidio, extorsión, violación o, incluso, crímenes de lesa humanidad, quedarían impunes.<sup>41</sup> En este supuesto, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el derecho de acceso a la justicia de las víctimas y familiares en su caso debe verificarse en todas las etapas del proceso penal.<sup>42</sup> De no hacerse posible la investigación o proceso ante los tribunales mexicanos por la entrega de la persona se estaría violando este derecho humano.

Las conclusiones a las que aquí se llegan pueden parecer exageradas, sin embargo, debe insistirse que aunque el artículo 451 establece salvaguardas para que la persona sea regresada a México, la experiencia en materia de extradición muestra que el panorama es diferente, por lo que ésta parece ser una medida para evadir los procesos de extradición en detrimento del derecho de acceso a la justicia de las víctimas.

## 5. *La autoridad central como garante de los derechos humanos en el extranjero*

Como ya se adelantaba al momento de hablar de la reciprocidad, la Autoridad Central tiene la obligación constitucional de salvaguardar los de-

<sup>41</sup> Dondé Matute, Javier, “Delincuencia Organizada y Terrorismo en México”, en Ambos, Kai *et al* (coords.), *El delito de terrorismo. Perspectivas latinoamericana y europea*, Colombia, Konrad Adenauer Stiftung, CEDPAL, 2015 (en prensa).

<sup>42</sup> Véase, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C No. 220, párr. 192.

rechos de todas las personas, dentro del ámbito de su competencia, que en este caso se concreta en la AJIMP.

Un caso concreto en el que se tendría que poner en práctica esta situación, se da con relación al artículo 453 del CNPP, que prevé la presencia de autoridades extranjeras como observadores al momento del desahogo de la prueba solicitada. En ninguna parte del texto aparece la posibilidad de que la defensa esté presente. El párrafo 1 de este precepto señala que es facultad discrecional de la Autoridad Central otorgar la autorización para que los representantes del Estado requirente acudan al desahogo de la diligencia.

En consideración de las obligaciones que tiene la Autoridad Central para proteger y respetar los derechos humanos en el ámbito de su competencia, se tendría que negar la autorización cuando no sea posible que la persona imputada o su defensa estén presentes en el momento del desahogo. Contar con la presencia exclusiva del órgano acusador extranjero (que presumiblemente es quien tendría interés en asistir a la diligencia) crea una situación de desigualdad procesal, pues aunque se encuentre de observador, puede influir en la forma de desahogo, posibilidad que no se le da a la defensa.<sup>43</sup> Ya la Corte Interamericana de Derecho Humanos ha señalado que las condiciones fácticas de desigualdad entre la defensa y el órgano acusador son violaciones al derecho de defensa.<sup>44</sup>

Se podría objetar que la violación, en todo caso, se da en el extranjero y por autoridades extranjeras. Sin embargo, la Autoridad Central se encuentra en una posición extraordinaria cuando coadyuva en el desahogo de pruebas que serán utilizadas en el extranjero, pues normalmente las autoridades y sus actos se circunscriben al territorio nacional. Con relación a la reciprocidad ya se señaló que el artículo 1o. constitucional establece las obligaciones de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos *en el ámbito de su competencia*. No puede negarse que la Autoridad Central desahoga la prueba, tomando en cuenta que los representantes del Estado extranjero son meros observadores; consecuentemente es responsable, de conformidad con la Constitución Federal, de que estas diligencias se realicen en apego a los derechos humanos, sin importar que la violación se concrete en el extranjero.

<sup>43</sup> Véase Principios de contradicción e igualdad de armas previstos en el derecho internacional de los derechos humanos. Rigen el procedimiento del juicio de amparo indirecto. Tesis: I.15o.A.2 K (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro X, T. 3; julio de 2012, p. 2035.

<sup>44</sup> Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 141.

En este caso, se debe respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, incluso cuando la violación se concrete en el extranjero. La obligación de prevenir violaciones a los derechos humanos en el extranjero, sobretudo en el contexto de la cooperación internacional, ya es una noción firme en el Derecho internacional de los Derechos Humanos.<sup>45</sup>

Si bien la posible violación al derecho de defensa en virtud del repudio a la igualdad de armas es el caso más evidente de los señalados en el CNPP, la argumentación anterior es aplicable en general a otros supuestos. El artículo 440, fracción III, leído en conexión con el artículo 1º constitucional establece la regla de que la Autoridad Central debe negar toda forma de AJIMP que derive en violaciones a derechos humanos, pero la obligación va más allá. Ésta implica no asistir a los Estados que hayan cometido violaciones a derechos humanos en el caso particular. Por ejemplo, si la persona en contra de quien se sigue el proceso fue torturada se tendrá que negar la asistencia, cuando el juicio se lleve a cabo en ausencia, la conducta ya esté prescrita o el tribunal extranjero no sea independiente e imparcial (de forma evidente cuando se trate de tribunales militares que procesan por delitos que no son estrictamente contra la disciplina castrense).

#### IV. CONCLUSIONES

La elaboración de disposiciones detalladas en materia de AJIMP representa un gran avance del CNPP con respecto a la legislación anterior. Las disposiciones del Código Federal de Procedimientos Penales eran confusas y escasas, lo cual se prestaba a una desmedida discrecionalidad por parte de la autoridad. Esa situación no es extraña dado que la cooperación internacional, en términos generales, es una de las formas de ejercer el poder punitivo estatal que se encuentra en abandono por parte de la doctrina. Esto a su vez crea un campo fértil para la violación de derechos humanos.

De esta advertencia no está exento el CNPP, pues contiene diversas disposiciones que invitan a una interpretación no propia para el respeto al debido proceso. Esto podría implicar problemas de inconstitucionalidad e inconventionalidad de diversos preceptos del Título XI. Estas posibles violaciones se dan en abstracto y están sujetas a la posibilidad de que se haga una interpretación pro persona como ordena la Constitución Federal. La AJIMP es un buen ámbito para estudiar el comportamiento de las instancias administrativas de gobierno cuando tienen un amplio margen de dis-

<sup>45</sup> Véase Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Soering vs Reino Unido*, Sentencia de 7 de julio de 1989, solicitud no. 14038/88.

crecionalidad, pero también la posibilidad de que ejerzan un autocontrol, tal como establece el artículo 1o. Constitucional.

De hecho, la posible compatibilidad con los derechos humanos de los preceptos analizados depende en gran medida de la forma en la que se entiendan. Es posible hacer una interpretación conforme que permita el respecto a los derechos humanos, lo cual solamente se podrá verificar una vez que se pongan en la práctica estas disposiciones y haya pronunciamientos por parte de los órganos de control constitucional.