

LOS JUICIOS ORALES EN MÉXICO

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Serie DOCTRINA JURÍDICA, Núm. 536

OBRAS DE INVESTIGADORES DEL INSTITUTO
PUBLICADAS POR EDITORIAL PORRÚA

- Colección de escritos jurídicos*, Demófilo de BUEN, 2008.
- Control de proporcionalidad en el derecho tributario mexicano*, Gabriela RÍOS GRANADOS, 2009.
- Derecho administrativo del Distrito Federal*, Jorge FERNÁNDEZ RUIZ y Germán CISNEROS FARIAS, 2009.
- Derecho administrativo del estado de Guerrero*, Jorge FERNÁNDEZ RUIZ y David CIENFUEGOS SALGADO, 2009.
- Derecho administrativo del estado de Nuevo León*, Jorge FERNÁNDEZ RUIZ y Germán CISNEROS FARIAS, 2009.
- Derecho constitucional*, 6a. ed., Jorge CARPISO y Miguel CARBONELL, 2009.
- Derecho constitucional mexicano y comparado*, 6a. ed., Héctor FIX-ZAMUDIO y Salvador VALENCIA CARMONA, 2009.
- Derecho penal*, 3a. ed., Sergio GARCÍA RAMÍREZ, 2007.
- Diccionario de derecho constitucional*, 2 ts., Miguel CARBONELL, (coord.), 2009.
- Diccionario de derecho fiscal y financiero*, 2 ts., Gabriela RÍOS GRANADOS (coord.), 2007.
- Didáctica aplicada al derecho*, Ma. del Pilar HERNÁNDEZ, 2008.
- El amparo directo en México*, Julio Gabriel BUSTILLOS CEJA, 2008.
- El sistema federal mexicano, un análisis jurídico*, José María SERNA DE LA GARZA, 2009.
- Estudios sobre la interpretación jurídica*, 8a. ed., Ricardo GUASTINI, 2009.
- Fundamentos de imputación objetiva*, Kai AMBOS, 2009.
- La propiedad intelectual en transformación*, Manuel BECERRA RAMÍREZ, 2009.
- Lecciones de derecho internacional privado mexicano, parte especial*, Nuria GONZÁLEZ MARTÍN (coord.), 2008.
- Los derechos fundamentales en México*, 3a. ed., Miguel CARBONELL, 2009.
- Los derechos humanos en el constitucionalismo mexicano*, 4a. ed., Rodolfo LARA PONTE, 2007.
- Metodología, docencia e investigación jurídicas*, 15a. ed., Héctor FIX-ZAMUDIO, 2009.
- Notas sobre derecho tributario*, Gabriela RÍOS GRANADOS, 2009.
- Poder Ejecutivo*, Jorge FERNÁNDEZ RUIZ, 2008.
- Principio de igualdad, alcances y perspectivas*, 4a. ed., Karla PÉREZ PORTILLA, 2009.
- Prontuario electoral procedimiento administrativo sancionador*, Macarita ELIZONDO GASPERÍN, 2009.
- ¿Qué son y para sirven los juicios orales?*, 4a. ed., Miguel CARBONELL y Enrique OCHOA, 2009.
- Solución de controversias y antidumping en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, 2a. ed., Óscar CRUZ BARNEY, 2007.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO



INSTITUTO DE INVESTIGACIONES
JURÍDICAS

Coordinadora académica: Elvia Lucía Flores Ávalos

MIGUEL CARBONELL

LOS JUICIOS ORALES EN MÉXICO



EDITORIAL
P O R R Ú A
AV. REPÚBLICA
ARGENTINA, 15



MÉXICO, 2010



UNIVERSIDAD
NACIONAL
AUTÓNOMA
DE MÉXICO

Derechos reservados, 2010 por
Miguel CARBONELL
IIJ-UNAM, Circuito Mario de la Cueva s/n,
Ciudad Universitaria
C. P. 04510, México D.F.

Las características de esta edición son propiedad de
EDITORIAL PORRÚA, S.A. de C.V. — 8
Av. República Argentina, 15, 06020 México, D.F.

Queda hecho el depósito que marca la ley

ISBN 978-607-09-0374-8

IMPRESO EN MÉXICO
PRINTED IN MEXICO

*A la eterna memoria de mis abuelos,
Miquel Carbonell Duch y
Rosa Carol Planas.*

PRIMERA PARTE
INTRODUCCIÓN Y DIAGNÓSTICO

CAPÍTULO PRIMERO

¿PORQUÉ UNA REFORMA EN MATERIA DE JUICIOS ORALES?

1. INTRODUCCIÓN

La reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008 nos suministra la base para realizar una profunda transformación del sistema penal mexicano. Sus disposiciones tocan varios de los ámbitos sustantivos de dicho sistema, dado que abarcan temas como la seguridad pública (cuerpos policíacos y prevención del delito), la procuración de justicia (el trabajo del ministerio público, el monopolio de la acción penal que desaparece al menos en parte), la administración de justicia (a través de la incorporación de elementos del debido proceso legal y de los llamados juicios orales) y la ejecución de las penas privativas de la libertad. Es importante mencionar que algunas de las disposiciones de la citada reforma van mucho más allá de la materia penal y pueden ser proyectadas hacia el conjunto del sistema jurídico mexicano; tal es el caso, por citar un ejemplo evidente, de la reforma al artículo 17 de la Carta Magna que ordena al legislador prever medidas alternativas al proceso, mandato que se aplica no solamente a la materia penal, sino a todas las demás.

Se trata de una de las reformas más importantes de los últimos años; a partir de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación* abre una serie de perspectivas y retos que habrá que calibrar con detenimiento, si queremos que no se quede como puro papel mojado, tal como ha sucedido con otras reformas constitucionales recientes.

Aunque se ha debatido con intensidad acerca de su contenido y sobre las ventajas y riesgos que ofrece, lo cierto es que casi todos los que la han comentado reconocen que se trata de una reforma que no solamente era necesaria, sino también urgente.

El procedimiento penal mexicano está en completa bancarrota: es muy caro y no satisface ni garantiza los derechos de las víctimas, de los procesados y de los agentes de la autoridad que intervienen en su desarrollo.¹

Las diferentes etapas que integran el proceso penal, las cuales abarcan desde la prevención de los delitos a cargo de las policías locales principalmente, pasando por la integración de las averiguaciones previas que realizan los ministerios públicos, el desarrollo de la etapa de juicio que corresponde a los jueces penales, y la ejecución de las sentencias privativas de libertad que se lleva a cabo en las cárceles y reclusorios de la República, presentan enormes problemas y, en términos generales, están marcadas por una notable ineficacia: la policía no previene los delitos, los ministerios públicos no saben investigar y en consecuencia integran muy mal las averiguaciones previas, los jueces son indolentes y casi nunca están presentes en las audiencias, y en los reclusorios lo menos que se hace es atender el mandato constitucional que ordena que se logre la "readaptación social" de los sentenciados.²

En ese contexto, consideramos que la reforma penal se presentaba como una necesidad urgente y su atención por parte de los legisladores está más que justificada. Otra cosa es que el contenido de la reforma haya dejado descontentos a muchos, debido al intento de conciliar los intereses del gobierno para contar con mayores elementos jurídicos en su lucha contra la criminalidad organizada, por un lado, y los propósitos de la sociedad civil por modernizar nuestro sistema penal y hacerlo compatible con las mejores prácticas internacionales, por el otro. No son dos propósitos que puedan convivir pacíficamente, pero los legisladores se las ingeniaron para meterlos juntos en la reforma.

¹ Los datos estadísticos que avalan esta afirmación pueden verse en CARBONELL, Miguel y OCHOA REZA, Enrique, *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?*, 5a. ed., México, Porrúa, RENACE, UNAM, 2009, capítulo 1.

² Como es obvio, el problema no es exclusivo de México. A finales de marzo del 2009 el influyente periódico "The New York Times" dedicaba uno de sus editoriales a pedir apoyo para una iniciativa legislativa que proponía crear una comisión encargada de revisar en profundidad el fracaso monumental del sistema penal en los Estados Unidos ("Reviewing criminal justice", *The New York Times*, 30 de marzo de 2009; consultable en http://www.nytimes.com/2009/03/30/opinion/30mon1.html?_r=1). El periódico citaba, entre otros datos espeluznantes, el siguiente: mientras que el gasto en prisiones había crecido un 127% en las dos últimas décadas, el gasto en educación lo había hecho en un modesto 21%; es decir, el gasto en prisiones había crecido seis veces más que el gasto educativo. Se trata de un dato que dibuja de cuerpo entero las prioridades de una sociedad y de unos gobiernos que han llevado a que uno de cada 100 habitantes del país se encuentre encarcelado, cifra sin paralelo en ningún otro país del mundo (para un análisis detallado de este dato véase más adelante el capítulo dedicado al diagnóstico del sistema penal).

2. INSEGURIDAD PÚBLICA Y MIEDO

El análisis de la reforma constitucional y del correspondiente nuevo sistema penal que surge de su texto no puede dejar de tomar en consideración la profunda crisis de seguridad pública por la que está atravesando el país desde hace unos años. En un capítulo posterior aportaremos la evidencia empírica que nos servirá para contar con una visión más o menos clara del alcance y profundidad de esta crisis, la cual sin duda alguna ha terminado incidiendo en los contenidos de la reforma constitucional y en la construcción de todo el sistema penal mexicano.

La crisis de seguridad pública también ha influido en la percepción social alrededor del derecho penal. Los habitantes de México se preguntan: ¿para qué debe servir el derecho penal? ¿qué tipo de castigos merecen los responsables de cometer crímenes atroces? ¿cómo lograr que las autoridades sean eficaces en su combate contra la delincuencia organizada, sin que por alcanzar dicha eficacia terminen violando derechos fundamentales? ¿qué autoridades deben participar en la lucha contra el delito? ¿requiere el Estado mexicano tomar medidas excepcionales, como la suspensión de derechos, para frenar la ola de delincuencia que afecta a una parte considerable del país?

Todas estas preguntas se intentan responder en la actualidad desde un contexto social y político marcado por el miedo. No es algo del todo nuevo, aunque quizá sí lo sea por lo que respecta a la dimensión del fenómeno dentro de la sociedad mexicana, que ha presenciado actos de una brutalidad inusitada en los tiempos recientes. La historia de la humanidad ha estado marcada por el miedo, como lo han reconocido destacados pensadores entre los que se suele citar a Hobbes. El miedo está presente en nuestras vidas desde la infancia. Ha incidido en el rumbo de algunas de nuestras decisiones desde tiempos remotos y, de alguna manera, lo sigue marcando en la actualidad.)

De hecho, nunca como en nuestro tiempo ha existido una estrategia tan obvia y tan deliberada para extender el miedo entre la población y contribuir de esa manera a determinar la forma en que vivimos y las decisiones que tomamos.

El miedo de nuestra época se ha vuelto disperso, omnipresente y además es multicausal, pues lo mismo proviene de los riesgos que derivan del cambio climático que de factores vinculados con la inseguridad pública. Y por eso mismo es más efectivo, pues como señala Bauman, "El miedo es más temible cuando es difuso, disperso, poco claro; cuando flota libre, sin vínculos, sin anclas, sin hogar ni causa

nítidos; cuando nos ronda sin ton-ni-son; cuando la amenaza que deberíamos temer puede ser entrevista en todas partes, pero resulta imposible de ver en ningún lugar concreto"³.

El miedo determina nuestra conducta, afecta a la libertad al ejercer influencia sobre el uso que le damos a nuestra autonomía personal y, en esa medida, se proyecta sobre el ejercicio de nuestros derechos fundamentales. Las decisiones que tomamos en nuestra vida cotidiana están condicionadas por el miedo. En esa virtud, el miedo tiene que ser un componente explicativo de cualquier análisis moderno sobre el derecho penal.

Es obvio que el más elemental de todos nuestros miedos tiene que ver con nuestro propio cuerpo, con la integridad física de cada uno de nosotros como personas. ¿Porqué en las sociedades contemporáneas tenemos preocupaciones relacionadas con nuestro cuerpo? Hay muchas dimensiones que se pueden citar para dar contestación a esta pregunta. Y aquí, como en otros asuntos relacionados con la conducta humana, el contexto importa mucho.

Mientras que en algunos países la gente se preocupa por su supervivencia física, puesto que no consiguen la cantidad de alimentos que necesitan o su calidad es muy baja, o bien su salud está severamente dañada, en otros las preocupaciones son por razones opuestas, ya que les atemoriza no poder controlar su peso e incurrir en patrones (bien estudiados) de obesidad y riesgos cardiovasculares. La salud física, por tanto, suministra en uno u otro sentido un primer riesgo generador de miedos en las sociedades contemporáneas.

Pero existen muchos otros en relación al cuerpo. La posibilidad de ser torturado, que no es nada remota todavía hoy en día en muchos países, de ser sometido a vejaciones y abusos por parte de los agentes de la autoridad, es otro factor de miedo. En este caso el miedo es generado y soportado desde el gobierno, responsable en última instancia, por acción o por omisión, de que sucedan atrocidades en forma de torturas y malos tratos.

Este miedo a ser detenido y torturado también es graduable en función del contexto social y económico en el que se vive. Esto es así ya que no son pocos los países que practican la tortura y que además tienen un alto grado de corrupción policiaca. De hecho, la corrupción de la policía y la tortura podrían ser dos caras de la misma moneda. Por eso es que las personas que tienen cierto nivel económico o que viven en determinados barrios acomodados de las gran-

³ BAUMAN, Zygmunt, *Miedo líquido. La sociedad contemporánea y sus temores*, Barcelona, Paidós, 2007, p. 10.

des ciudades están menos preocupadas que otras personas que responden a un cierto perfil de criminalización: personas jóvenes, de bajo nivel económico, que viven en barrios marginales, sin empleo y con escaso nivel educativo. Esos jóvenes saben que la arbitrariedad policiaca se puede cebar en ellos y que la tortura o el maltrato en las dependencias oficiales no es algo que se pueda descartar, sino más bien todo lo contrario. Viven con mayor temor y su trato con los agentes de la autoridad siempre es más lejano y marcado por la desconfianza; es del todo probable que nadie les haya preguntado sobre la necesidad de hacer una reforma a nuestro sistema penal, pues su exclusión y marginación sociales se reflejan también en la falta de representantes políticos que puedan hacer visibles sus inquietudes ante las cámaras legislativas.

A todos sus problemas se añade el riesgo de no poder pagar una buena defensa jurídica, lo que dificulta enormemente el salir bien librado de una detención arbitraria o incluso el poder acusar a algún agente oficial de haberse extralimitado en sus funciones. En México hay suficientes datos empíricos que acreditan la "focalización" del sistema penal en personas de bajos recursos económicos, susceptibles de sufrir incontables abusos a manos de la policía.⁴

Un tercer factor de miedo en relación al propio cuerpo deriva de la penalización de ciertas prácticas que nos obligan a sufrir consecuencias corporales no deseadas. Es el caso de la penalización del aborto o de la falta de regulación legal de la eutanasia.⁵ En ambos casos se utiliza a nuestro cuerpo para fines que le son ajenos, obligándonos a asumir consecuencias que no deseamos. Con el agravante, como en el caso de las detenciones arbitrarias y de las torturas, de que las peores consecuencias son para las personas que tienen menos recursos, pues para las demás es relativamente fácil dar con la vía idónea para lograr su objetivo, ya sea la interrupción de su embarazo o el terminar con su vida cuando toda esperanza ha dejado de existir o cuando ya no se tienen ganas de seguir sufriendo por una enfermedad incurable.

La instrumentalización del cuerpo de las mujeres como efecto de la consideración penal del aborto no es nueva. Como lo ha escrito Luigi Ferrajoli, "el cuerpo de las mujeres, a diferencia del de los hombres, ha sido siempre un campo de conflictos y de discursos pú-

⁴ Algunos de estos datos pueden verse en CARBONELL, Miguel y OCHOA REZA, Enrique, *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?*, cit., capítulo I, así como en el diagnóstico que aparece más adelante.

⁵ Sobre ambos aspectos debe verse la muy completa exposición de CARPIZO, Jorge y VALADÉS, Diego, *Derechos humanos, aborto y eutanasia*, México, IJ-UNAM, 2008.

blicos —jurídicos, éticos, políticos— así como de prácticas médicas, intervenciones pedagógicas, reglas, disciplinas, controles. En suma, ha sido... objeto de derecho y de derechos de otros, como cuerpo no autónomo, sino sometido a poderes heterónomos: maritales, jurídicos, morales, religiosos, sanitarios".⁶

Aunque la reforma penal no trata, directamente, de todos estos temas, no cabe duda que hay que tenerlos presentes para poder comprender el contexto en el que surge, los alcances que se propone y los resultados que cabe esperar de su aplicación.

3. MIEDO Y TORTURA

Quizá el tema de la tortura, como riesgo para nuestra integridad corporal y detonante de nuestros miedos, merezca en un texto como el presente un análisis más detenido en alguno de sus aspectos. En particular, debemos llamar la atención sobre el hecho de que en muchos países tradicionalmente considerados como democráticos (es el caso de los Estados Unidos o de Inglaterra, por poner solamente dos ejemplos) se está discutiendo una cuestión que debería estar ya superada: la de la legitimidad de la tortura en los interrogatorios realizados a personas detenidas por ser sospechosas de cometer actos terroristas. Se trata de un tema que afecta radicalmente, creemos, nuestra comprensión de lo que debe ser el derecho penal y la dignidad humana, pues sin que todos estemos protegidos frente al abuso que significa la tortura será muy poco lo que podamos hacer como seres dotados de autonomía.

Lo cierto es que, desde hace unos años, publicaciones de gran prestigio le han dedicado editoriales al tema, y lo mismo ha sucedido con espacios de debate en la televisión y en la radio, tanto dentro como fuera de los Estados Unidos. Incluso hay series de televisión, seguidas por millones de telespectadores en muchos países, en las que se justifica la tortura como medio para arrancar información a presuntos terroristas.

Las discusiones comenzaron luego de los atentados del 11-S, cuando la sociedad norteamericana todavía estaba en shock por lo acontecido y cuando todavía no se tenía certeza sobre la capacidad de ataque de los asesinos que actúan bajo las órdenes de Osama Bin Laden. A muchos analistas e intelectuales les preocupaba la posibili-

⁶ FERRAJOLI, Luigi, "Las libertades en el tiempo del neoliberalismo", *Este País. Tendencias y opiniones*, número 203, México, febrero de 2008, pp. 9-10; FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2008, pp. 110 y ss.

dad de un nuevo atentado en una gran ciudad de los Estados Unidos, utilizando esta vez no aviones comerciales como proyectiles, sino quizá "bombas sucias" o incluso bombas nucleares. La presión de la ciudadanía era grande y los gobernantes reaccionaron (ahora lo tenemos muy claro) con precipitación y sin fundamento. Pero la duda acerca de la legitimidad "social" de la tortura quedó instalada en el corazón del debate público de muchas democracias. La pregunta, de nuevo, toca la columna vertebral de nuestras concepciones del derecho penal y del poder del Estado: ¿deben las autoridades torturar a personas detenidas como una forma de prevenir crímenes atroces?⁷

Con el paso del tiempo, conforme la administración del presidente George W. Bush era exhibida internacionalmente por haber cometido toda clase de atrocidades en su combate al terrorismo, la discusión fue haciéndose más sutil y se centró no ya propiamente en la legitimidad de aplicarle métodos de tortura a un detenido, sino en la definición de lo que se debía entender por tortura.⁸

Algunos abogados del gobierno federal de los Estados Unidos defendieron que ciertas prácticas que podrían ser consideradas crueles o agresivas no entraban en el concepto de tortura y por tanto debían ser admitidas en el curso de los interrogatorios, sobre todo en el caso de los detenidos bajo sospecha de terrorismo que permanecían en esa especie de limbo legal que fue durante años la base estadounidense de Guantánamo.⁹

Lo peor de todo es que la discusión no se quedó en el terreno teórico, sino que las nuevas "técnicas" de interrogatorio fueron puestas en práctica no solamente por las autoridades de Estados Unidos, sino también por la policía de otros países. México es uno de ellos. El problema es tan serio y de tanta gravedad que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos le tuvo que dedicar su recomendación general número 10 (expedida el 17 de noviembre de 2005), referida

⁷ CARBONELL, Miguel, "Defensa de la Constitución y estados de emergencia: breves reflexiones contextuales" en *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, IIJ-UNAM, Marcial Pons, IMDPC, 2008, t. IV, pp. 153-168; CARBONELL, Miguel, "Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales en tiempos de emergencia", *Estudios constitucionales*, año 6, número 1, Santiago de Chile, 2008, pp. 249-263. Una perspectiva general sobre el tema, enfocada a la suspensión de derechos en caso de emergencias, puede verse en TYLER, Amanda, "Suspension as emergency power", *The Yale Law Journal*, vol. 118, núm. 4, enero de 2009, pp. 600 y ss.

⁸ Las publicaciones sobre el tema, en el terreno estrictamente académico, son muy abundantes; para una primera revisión pueden verse las siguientes obras: GREENBERG, Karen J. (editora), *The torture debate in America*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006; LEVINSON, Sanford (editor), *Torture. A collection*, Nueva York, Oxford University Press, 2004.

⁹ Véase el análisis que hace David Cole en su ensayo "The man behind the torture", *The New York review of books*, vol. LIV, núm. 19, 6 de diciembre de 2007, pp. 38-43.

precisamente a la cuestión de la tortura.¹⁰ Se trata de un documento del mayor interés para comprender el tema de la crisis del sistema penal.

(El punto de partida que señala la Comisión no puede ser más preocupante: la tortura sigue siendo un método empleado por la policía mexicana para investigar la comisión de algún delito. Esta afirmación, por si sola, debería ser un escándalo, pero hay algo todavía peor. En las decenas de quejas que ha recibido la Comisión en los últimos años sobre el tema de la tortura está apareciendo un fenómeno nuevo: la evolución de los métodos con que se practica el suplicio y con que se infligen daños corporales y psicológicos.)

Tal parece, de acuerdo con la Comisión, que la mayor capacitación que hoy en día tienen los miembros de los cuerpos de seguridad del Estado, se ha correspondido con una mayor "diligencia" (por llamarla de alguna forma) al momento de torturar.

(Las técnicas se han vuelto tan sofisticadas que ya no dejan huellas visibles sobre el cuerpo de los detenidos. En muchas ocasiones se emplean métodos de tortura psicológica. Por ejemplo, se detiene a una persona de forma violenta, sin que sepa que la detención la practican oficiales de policía, puesto que nunca se le muestra una orden oficial de detención; el sujeto es "paseado" durante horas sin que tenga claro si está en manos de secuestradores o de agentes de la autoridad. Luego es llevado a una casa de seguridad, donde se le mantiene encerrado, sin alimentos y sin poder dormir durante varios días. Al final se le somete a un interrogatorio en el que confiesa lo que quieren oír sus captores, pues a estas alturas ya es presa de una angustia psicológica insuperable.

En ocasiones, cuando en vez de una persona son detenidas varias, se practican "ejecuciones simuladas" en habitaciones contiguas, como una forma de asustar al detenido y obligarlo a que confiese antes de que "sigan con él". Incluso hay casos en los que se detiene también a familiares para obligar a un sujeto a confesar su participación en algún delito.

Otra práctica común, dice la Comisión en su recomendación general, es obligar a un detenido a estar durante varias horas en posiciones incómodas (por ejemplo en cuclillas o parado con la espalda doblada hacia atrás o hacia los lados). También se ha constatado la aplicación de fuertes golpes con tablas en oídos, espalda y glúteos. La idea es hacer que el detenido pierda su resistencia física o psicológica y quede a merced de sus captores. Todo esto no siempre deja

¹⁰ El texto completo del documento puede encontrarse en www.cndh.org.mx.

huellas exteriores visibles, pero puede ser causa de enormes dolores —en el corto plazo— y de diversos grados de discapacidad física o psíquica en el futuro.

Los ejemplos de ese tipo de prácticas se podrían multiplicar hasta sumar docenas. Lo importante es denunciar el hecho de su existencia y exigir a las autoridades que actúen para evitarlas. Varios relatores de derechos humanos de la ONU han señalado en sus visitas a México que junto con la preocupación por la persistencia de la tortura, lo que reviste mayor gravedad es la total impunidad que existe para quienes la cometen. Los torturadores casi nunca son detenidos y las víctimas no reciben las reparaciones e indemnizaciones a las que tienen derecho.

Para erradicar o al menos disminuir la presencia de estas modalidades de tortura en las investigaciones penales es necesario adecuar las leyes (sobre todo las de las entidades federativas) al marco de lo que establece el derecho internacional de los derechos humanos, así como dotarnos de instrumentos más avanzados que nos permitan detectarla no solamente cuando deje huellas en el cuerpo, sino también cuando se practique mediante terror psicológico o suplicios invisibles en un primer momento.

(Luigi Ferrajoli nos indica, acertadamente, que “En ninguna otra materia como en esta las normas penales tienen un valor educativo y, por así decirlo, performativo del sentido moral, del espíritu cívico y de la deontología profesional de las fuerzas de policía”.¹¹ No hay que olvidar que las leyes son también instrumentos que envían mensajes a sus destinatarios y que, en esa virtud, aspiran a jugar un cierto papel pedagógico.)

Además, es necesario que los peritos médicos que revisan el estado físico de los detenidos que la policía pone a disposición del Ministerio Público tengan independencia orgánica respecto a las procuradurías o fiscalías, pues de otra forma es común que los propios policías presionen a los doctores a fin de que asienten en las actas de reconocimiento que los detenidos no presentan lesiones o que se las hicieron solos. Los médicos, según ha podido verificar la Comisión Nacional, muchas veces son cómplices en la tortura.

También es importante el papel de los jueces, que deben ser muy estrictos al momento de darle valor probatorio a las declaraciones del inculcado (el cual es mayor cuando se trata de las rendidas al poco tiempo de ser detenida una persona, incluso por encima de las que hubiera realizado con posterioridad, pues se entiende que durante

¹¹ FERRAJOLI, Luigi, “Las libertades en el tiempo del neoliberalismo”, *cit.*, p. 8.

las declaraciones iniciales no había sido “aleccionada” o sugestionada por su abogado, como si no fuera precisamente esa la tarea de un abogado defensor) o a la denuncia que el mismo haga sobre las condiciones en que fue detenido. Si entre el momento de la detención y la puesta a disposición ante el Ministerio Público o ante el juez pasa un tiempo demasiado largo sería suficiente motivo para presumir la comisión de actos de tortura; ese debería ser el criterio jurisprudencial de nuestros jueces penales.

(Y si una detención es practicada violando la ley, aunque luego aparezcan pruebas contundentes en contra del detenido, todo el proceso penal debe declararse nulo, pues estaría afectado por un vicio de origen no reparable en forma alguna.¹² Esto supondría una presión muy importante para que la policía cuidara en extremo las condiciones en que una persona es detenida.)

Lo relevante es no dejar que el tema pase como si fuera uno más en el enfervorizado escenario público nacional. La tortura es una violación suprema a los derechos fundamentales y a nuestras libertades; su práctica nos lastima y nos ofende a todos. Aunque no es un consuelo, por lo menos en México la CNDH reconoce sin ambages que las prácticas que se han mencionado constituyen en efecto tortura. En otros países siguen discutiendo su consideración legal.

En las páginas que siguen haremos un recorrido por el proceso de aprobación de la reforma, los principales puntos de discusión dentro del mismo y los elementos más novedosos que ofrecen las modificaciones incorporadas a la Carta Magna. También nos detendremos someramente en los aspectos más importantes relativos a su implementación y puesta en práctica, así como en la descripción de la manera en que se proyectará hacia las entidades federativas, dada la división de competencias y funciones que señala la Constitución mexicana.

¹² No hay que confundir este tipo de nulidad procesal con el principio de nulidad de pruebas ilícitamente obtenidas. Lo primero sirve para proteger los derechos fundamentales de las personas que enfrentan un proceso penal y que deben estar en todo momento protegidas de acuerdo a lo que señale la Constitución. El segundo principio tiene por objeto que las pruebas rendidas en juicio hayan sido obtenidas sin violar derechos fundamentales; si no cumplieran con ese requisito simplemente no podrían ser tomadas en cuenta por la autoridad judicial, pero el proceso podría seguir adelante si es que hubieran elementos adicionales para tal efecto. Sobre el principio de “exclusión de pruebas ilícitamente obtenidas” puede verse, de entre la mucha literatura existente al respecto, FIDALGO GALLARDO, Carlos, *Las “pruebas ilegales”: de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ*, Madrid, CEPC, 2003.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA RUTA DE LA REFORMA: LA SOCIEDAD CIVIL EN MARCHA

Cuando se realiza una reforma de la dimensión de la publicada el 18 de junio de 2008 de inmediato son muchos los actores políticos que quieren colgarse la medalla por su consecución. Lo cierto es que en el caso de la reforma que estamos analizando, el impulso inicial provino de la sociedad civil. En efecto, en noviembre de 2006 un grupo de más de 60 organizaciones sociales fue al Senado de la República por invitación de la Comisión de Puntos Constitucionales (presidida por el Senador Pedro Joaquín Coldwell) e hizo entrega de un proyecto de iniciativa de reforma constitucional en materia de juicios orales y debido proceso legal.

Los senadores recibieron el documento y se comprometieron a convertirlo en iniciativa en pocos días, sin embargo fue el Diputado César Camacho Quiroz quien tuvo la sensibilidad y el talento necesarios para tomar el texto, presentarlo como una iniciativa formal y arrancar con ello los trámites necesarios para verla aprobada.¹³

Camacho era Presidente de la Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados y fue el principal protagonista de la reforma, así como uno de sus más decididos defensores. A él se le debe en buena medida el que la reforma exista y que se hayan podido mantener sus partes más garantistas e innovadoras, pese a la oposición de algunos de sus colegas legisladores y a la actitud reticente de distintas instancias del gobierno federal que fueron consultadas.

La iniciativa de la sociedad civil tenía una clara orientación garantista y buscaba alcanzar dos objetivos fundamentalmente: permitir que las dependencias públicas tuvieran incentivos para hacer mejor su trabajo, de forma transparente, rindiendo cuentas y abatiendo los insoportables niveles de impunidad que existen, por un lado; por otra parte perseguía introducir en la normatividad constitucional

¹³ La iniciativa en cuestión fue suscrita por el Diputado Camacho y por otros destacados legisladores de diferentes partidos políticos, los cuales también decidieron hacerla suya.

mexicana los estándares internacionalmente reconocidos del debido proceso en materia penal.¹⁴

La citada iniciativa tuvo que competir con otras provenientes del poder ejecutivo federal y de algunos legisladores del Congreso de la Unión que abordaban la misma temática.¹⁵ De entre las iniciativas presidenciales destacan dos que tuvieron gran influencia y que contribuyeron decisivamente a delinear la discusión y a configurar el contenido definitivo de la reforma. Me refiero a la iniciativa del Presidente Vicente Fox del 29 de marzo de 2004 y la iniciativa del Presidente Felipe Calderón del 9 de marzo de 2007.

La iniciativa del año 2004 destaca por ser muy completa y por haber sido acompañada desde un inicio por los respectivos proyectos de reforma legislativa. De esa manera, el Presidente Fox permitió que la sociedad mexicana y los legisladores tuvieran a la vista no solamente el primer paso de la reforma (es decir, la propuesta de modificación constitucional), sino también su complemento normativo, lo que sin duda vino a enriquecer la discusión y el análisis de los méritos de la iniciativa.¹⁶

De hecho, desde un punto de vista de la técnica legislativa, se tendría que procurar que las iniciativas de reforma constitucional se acompañasen siempre con las respectivas iniciativas de cambio legal, ya que de esa manera los órganos decisores y quienes siguen el debate público nacional podrían medir de manera más objetiva y certera el alcance completo de la reforma que se propone.

Pese a contener varios aciertos, la iniciativa de Fox no fue aprobada más que en una mínima parte, referida a la justicia para adolescentes que supuso una importante modificación al artículo 18 constitucional.¹⁷

¹⁴ Para una primera aproximación a tales estándares puede verse GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, "El debido proceso. Concepto general y regulación en la Convención Americana de Derechos Humanos", *Boletín mexicano de derecho comparado*, número 117, México, 2006. Una perspectiva histórica desde el derecho norteamericano se encuentra en ORTH, John V., *Due process of law. A brief history*, Lawrence, University of Kansas Press, 2003. También resulta de interés la información contenida en MELÉNDEZ, Florentín, *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a la administración de justicia. Estudio constitucional comparado*, México, M. A. Porrúa, 2004.

¹⁵ FIX ZAMUDIO, Héctor, "Aproximación al estudio de la oralidad procesal, en especial en materia penal", *Estudios jurídicos en homenaje a Cipriano Gómez Lara*, México, Porrúa, UNAM, 2007, pp. 254 y ss.

¹⁶ Un estudio muy completo de la iniciativa en cuestión puede verse en GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, "La iniciativa de reforma constitucional en materia penal del 29 de marzo de 2004", *Boletín mexicano de derecho comparado*, número 111, México, 2004, pp. 1085 y ss.; reproducido en GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La reforma penal constitucional (2007-2008)*, México, Porrúa, 2008, pp. 455 y ss.

¹⁷ ISLAS, Olga y CARBONELL, Miguel, *Constitución y justicia para adolescentes*, México, UNAM, 2007; VASCONCELOS MÉNDEZ, Rubén, *La justicia para adolescentes en México*, México, UNICEF, UNAM, 2009.

Entre otras virtudes, la iniciativa de Fox acertaba al ofrecer un tratamiento de dos partes centrales del procedimiento penal: la referida al procedimiento propiamente dicho (es decir, a las diferentes etapas a través de las que se estructura la función pública encargada de la procuración y de la administración de justicia en materia penal) y la referida a los órganos encargados de llevarlo a cabo, tema en el cual se proponía avanzar hacia un esquema de relativa autonomía del Ministerio Público, incluyendo incluso un cambio en su denominación.¹⁸

La iniciativa del Presidente Calderón, de marzo de 2007, estaba enfocada hacia los temas vinculados con la seguridad pública y contenía medidas que no pocos analistas consideraron como regresivas en materia de derechos fundamentales. Por ejemplo, proponía facultar constitucionalmente al Ministerio Público para dictar todo tipo de medidas cautelares, sin supervisión judicial; constitucionalizar el arraigo y hacerlo aplicable a todo tipo de delitos por un plazo de hasta 30 días, mismo que podría duplicarse cuando se tratara de delincuencia organizada; permitir la entrada de la policía en un domicilio sin orden judicial; ampliar considerablemente las facultades del Ministerio Público cuando estuviera investigando presuntos delitos de delincuencia organizada, etcétera.

El Presidente Calderón intentaba traducir por medio de su iniciativa la preocupación del gobierno federal sobre el deterioro de las condiciones de seguridad pública en buena parte del país (deterioro al que nos referiremos con detalle en el siguiente capítulo). La situación se había venido descomponiendo de manera importante a lo largo del sexenio anterior y Calderón dedicó los primeros años de su administración a encarar el desafío de la criminalidad organizada y, en particular, de los grandes cárteles de la droga.¹⁹ La idea del gobierno era recuperar parte del territorio nacional que había sido "privatizado" de hecho por los cárteles y permitir el ejercicio de las libertades más básicas dentro de cualquier Estado constitucional.

Se trata de un propósito que comparte la enorme mayoría de los ciudadanos mexicanos, los cuales secundan el interés del gobierno para mejorar la seguridad pública. En lo que existen profundas dis-

¹⁸ Algunos aspectos de la iniciativa, en referencia al tema del Ministerio Público, han sido analizados en CARBONELL, Miguel, "Cuando la impunidad es la regla. Justicia penal y derechos fundamentales en México", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, número 116, México, mayo-agosto de 2006, pp. 351-369; una versión previa puede verse en CARBONELL, Miguel, *La construcción de la democracia constitucional*, México, Porrúa, 2005, pp. 117-132.

¹⁹ Ver sin embargo los argumentos en sentido contrario, muy críticos hacia la política de seguridad del Presidente Felipe Calderón, que nos ofrecen AGUILAR, Rubén y CASTAÑEDA, Jorge C., *Narco: la guerra fallida*, México, Punto de Lectura, 2009.

crepancias es en torno al método para lograr ese objetivo común. Calderón optó por sacar de sus cuarteles a los militares, mientras que una parte de la sociedad se puso a trabajar en la confección de un marco jurídico que añadiera transparencia, certeza y eficacia a la actuación del Estado mexicano contra la criminalidad. De ahí surgió la iniciativa ciudadana a la que ya se ha hecho referencia.

Calderón ha subrayado y repetido el argumento de que la lucha contra el narcotráfico debe darse para evitar que la "droga llegue a nuestros hijos". Lo cierto es que las encuestas sobre adicciones no demuestran que se haya incrementado sustancialmente el consumo de drogas. No es cierto, según lo que dicen las estadísticas, que nuestro país se haya convertido en un país de consumidores, en lugar de un país de tránsito de sustancias ilícitas. Todavía más: si nos comparamos con otros países, nos encontramos dentro de las naciones que son calificadas por la ONU o la OEA como de "bajos niveles de consumo". El consumo se ha mantenido estable durante los últimos diez años, respecto de las mediciones levantadas para los drogas más conocidas (marihuana, cocaína, inhalantes, sustancias alucinógenas, heroína).

Lo cierto es que, como sucede también con lo que podríamos llamar la "geografía del delito", hay una "geografía" muy determinada del consumo de drogas. Ciudades como Tijuana, Ciudad Juárez, el Distrito Federal, Guadalajara y Matamoros triplican o duplican el índice promedio de consumo que existe a nivel nacional. El total de personas que consumen drogas en México se estima en 465,000, que son relativamente pocas para un país de casi 110 millones de habitantes.²⁰

Pero volvamos a los temas legislativos que dieron lugar a la gran reforma constitucional publicada el 18 de junio de 2008.

Además de las iniciativas de reforma que se han mencionado, existieron otras que se fueron sumando y que, en conjunto, suministraron insumos valiosos para que los legisladores pudieran encontrar una fórmula balanceada entre los distintos puntos de vista.

Tales iniciativas, como ya se apuntaba, dieron lugar a un procedimiento legislativo en el Congreso de la Unión que ha sido objeto de críticas por varias razones: unas de forma y otras de fondo. Respecto de las observaciones de forma, ha llamado la atención de algunos observadores la celeridad del trámite ante el Congreso de la Unión y en particular del procedimiento que se desarrolla a partir

²⁰ Todas las cifras de este párrafo y de los anteriores provienen de datos tomados de AGUILAR, Rubén y CASTAÑEDA, Jorge G., *Narco: la guerra fallida*, cit., pp. 18-31.

de que se presenta el dictamen de las comisiones legislativas competentes en la cámara de origen, que fue la de diputados.

Sergio García Ramírez, con su acostumbrada acuciosidad, ha documentado los pasos del trámite parlamentario.²¹ El 10 de diciembre es presentado el dictamen de las comisiones y el día 12 de ese mismo mes es aprobado por el Pleno de la Cámara, con una votación favorable muy importante: 366 votos a favor, 53 en contra y 8 abstenciones. Votaron a favor todos los diputados del PAN menos uno, así como los diputados del PRI, PVEM, Convergencia, PT y Panal, además de un diputado del PASC. Los votos en contra fueron de legisladores del PRD (52) y de un diputado del PAN. Se abstuvieron 5 diputados del PRD y 3 del PASC. En la votación en particular de artículos reservados en el dictamen la votación fue de 301 diputados a favor y 94 en contra (lo que pone en evidencia que el proyecto tenía aspectos puntuales que suscitaban dudas o rechazo entre los legisladores). En concreto, respecto de la inclusión del arraigo en el artículo 16 constitucional (tema que había suscitado fuertes críticas en los medios de comunicación), la votación fue de 272 votos a favor y 114 en contra.

Una vez aprobada por la cámara de origen, fue turnada a la legisladora el 13 de diciembre; ese mismo día los senadores fueron capaces de redactar el dictamen correspondiente y ponerlo a consideración del Pleno. En un solo día, en pocas horas de hecho, el Senado votó a favor de la iniciativa. La votación en lo general fue de 79 senadores a favor, 27 en contra y 4 abstenciones. Hubo distintas votaciones específicas, pero en todos los casos se mantuvieron los votos necesarios para ver aprobada la reforma según los requisitos que, para esta parte del procedimiento, fija el artículo 135 de la Constitución. Algunos aspectos específicos fueron devueltos a la Cámara de origen.

Quienes critican la celeridad de la reforma tienen razón. Tomarse menos de una semana para despachar el trámite de dictaminación y votación ante el Congreso de la Unión puede parecer muy apresurado. Hacerlo además durante los últimos días del periodo de sesiones, cuando la mayor parte de los ciudadanos se estaban disponiendo a salir de vacaciones, no le añadía elementos para confiar en el trabajo realizado por los legisladores federales. Por otro lado, a esa desconfianza abonaban experiencias anteriores, en donde se han utilizado fechas muy específicas o circunstancias propicias para darle un "bajo perfil" a ciertas reformas.

²¹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La reforma penal constitucional (2007-2008)*, cit., pp. 13 y ss.

Pese a todo, lo cierto es que el proceso estuvo acompañado de una intensa discusión entre diversos actores involucrados, si bien buena parte de ella no discurrió por los canales más conocidos en México (organización de foros de consulta, seminarios, etcétera). De hecho, la sociedad civil —a través de distintas organizaciones— tuvo interlocución permanente, en distinto grado, con los personajes clave que perfilaron la reforma dentro y fuera del poder legislativo. Pero es igualmente cierto que la última etapa (la de aprobación) pudo haberse cuidado un poco más.

Pasemos ahora al estudio de los datos y cifras disponibles para ofrecer un diagnóstico básico de la situación del procedimiento penal mexicano.

CAPÍTULO TERCERO

DIAGNÓSTICO

Una de las críticas que se le han hecho a la reforma tiene que ver con la deficiencia o inexistencia del diagnóstico que la genera. En efecto, en los documentos que figuran y dan fundamento al proceso legislativo necesario para su aprobación no se tuvo el cuidado de incluir indicadores empíricos, datos estadísticos, puntos de vista de los expertos, anotaciones de derecho comparado, etcétera, los cuales hubieran podido iluminar el proceso de toma de decisión y además podrían haber servido para que algunos de los lectores de la reforma compartieran el punto de partida que justifica su necesidad y pertinencia.

La falta de realización de un diagnóstico supone, como lo sugieren algunos autores, un punto débil de la reforma; dicha omisión permite que sus críticos, con buenas razones, se pregunten si en efecto la respuesta adecuada a la inseguridad pública, a la impunidad, al mal funcionamiento general de la justicia penal, se tenía que resolver partiendo de una reforma constitucional. Algunos opinamos que haber comenzado de otra forma no era posible ni deseable, ya que el régimen constitucional anterior no contenía los incentivos necesarios para que las partes involucradas hicieran bien su trabajo. Pero lo cierto es que se trata de una apreciación tan válida como cualquier otra y que no tenemos elementos para contrastarla con la realidad si nos limitamos a revisar lo que consta en los documentos del proceso legislativo que da vida a la reforma.

Ahora bien, que no se haya hecho un diagnóstico por parte de los autores de la reforma no significa que los trabajos académicos puedan prescindir de su realización. Sobre todo porque si se cuenta con tal diagnóstico se podrán enfocar mejor los esfuerzos que se tendrán que realizar a partir de la propia reforma constitucional. Recordemos que la modificación de la Carta Magna es solamente un primer paso dentro de una ruta compleja y larga que habremos de recorrer en los próximos años. Por tanto, el diagnóstico nos permitirá ubicar los problemas del sistema penal en su justa dimensión y

advertir tantos sus fortalezas como sus debilidades. Hubiera sido mejor tenerlo antes de reformar la Constitución, pero de cualquier momento resulta de utilidad, incluso para contar con las herramientas que nos permitan medir el éxito o el fracaso de las modificaciones necesarias.

En una investigación publicada a inicios del año 2008, cuando la reforma todavía estaba en curso de aprobación, ofrecimos algunos datos que daban cuenta del estado de desastre que asolaba a nuestra justicia penal.²²

En ese trabajo dimos a conocer cifras que son del todo conocidas por los especialistas en la materia y que causaron gran impacto cuando fueron difundidas entre la opinión pública nacional. Pudimos constatar, por ejemplo, que 85% de las víctimas no acuden a denunciar los delitos; 98% de los delincuentes no terminan condenados; 92% de las audiencias en los procesos penales se desarrollan sin la presencia del juez; 80% de los mexicanos cree que se puede sobornar a los jueces; 80% de las órdenes de aprehensión no se cumplen; 40% de los presos no ha recibido una sentencia condenatoria que los declare culpables de haber cometido un delito;²³ el 80% de los detenidos nunca habló con el juez que lo condenó.²⁴

Los estudios más serios coinciden en señalar que se castigan en torno al 1% de los delitos cometidos.²⁵ Según Guillermo Zepeda, autor del más amplio estudio sobre la impunidad y la ineficacia del sistema penal en México, la posibilidad de que el presunto autor de un delito llegue ante la autoridad judicial (ojo: solamente que llegue ante el juez, no que sea condenado) es del 3.3% del total de delitos denunciados, lo que equivale a decir que la impunidad se da al menos en el 96.7% de los casos.²⁶ Veamos ahora con mayor detalle algunos elementos estadísticos que nos permiten tener una imagen aproximada del sistema penal mexicano.

²² CARBONELL, Miguel y OCHOA REZA, Enrique, *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?*, cit., capítulo primero.

²³ CANALES, Ernesto, "Los juicios orales ante el sistema actual", *Metrópoli* 2025, octubre de 2006, p. 3.

²⁴ BERGMAN, Marcelo (coord.), *Delincuencia, marginalidad y desempeño institucional. Resultados de la encuesta a población en reclusión en tres entidades de la República mexicana*, CIDE, 2003, p. 47 (hay una segunda encuesta levantada entre finales de 2005 e inicios del 2006 por el mismo grupo de investigadores; cuando se cite se hará referencia específica a que se trata de la segunda y no de la primera encuesta, pues ambas tienen el mismo título).

²⁵ BERGMAN, Marcelo (coord.), *Delincuencia, marginalidad y desempeño institucional. Resultados de la encuesta a población en reclusión en tres entidades de la República mexicana*, cit., p. 32.

²⁶ ZEPEDA LEGUONA, Guillermo, *Crimen sin castigo. Procuración de justicia y ministerio público en México*, México, CIDAC, FCE, 2004, p. 220.

I. VIOLACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

La mayoría de las detenciones realizadas por la policía con motivo de la comisión de un hecho delictivo son practicadas en el mismo momento de cometerse el hecho o durante las siguientes tres horas. Según una encuesta realizada entre población penitenciaria en el 2002, el 48% de los encuestados declaró haber sido detenido a escasos minutos (menos de 60) de la comisión del delito. Otro 22% fue detenido entre la segunda hora (minuto 61 en adelante) y las 24 horas siguientes.²⁷ Es decir, el 70% de los detenidos lo fueron con menos de 24 horas de distancia respecto a la comisión del delito. Esto significa que la posibilidad de que la policía pueda detener a una persona cuando ha pasado más tiempo desde que cometió el delito es muy baja; a partir de este dato podemos concluir que la policía mexicana sabe, si acaso, vigilar, pero no investigar.

El asunto de las detenciones arbitrarias o sin causa es tan grave que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos tuvo que dedicarle su Recomendación General 2/2001 al tema.²⁸

En su Recomendación, la CNDH precisa que "las detenciones arbitrarias constituyen una práctica común de los agentes de la Policía Judicial y de los elementos que integran los diversos cuerpos policíacos"; también se señala que "la práctica recurrente de las quejas que se reciben consiste en que los agraviados fueron detenidos por dichos agentes, cuando éstos últimos efectuaban recorridos de "revisión y vigilancia rutinarios" en aras de salvaguardar la seguridad pública y detectar la comisión de algún ilícito o bien, porque habían recibido en la guardia de agentes denuncias "anónimas", siendo que al atenderlas, "casualmente", los agraviados fueron encontrados en "actitud sospechosa" y/o "marcado nerviosismo", además de que, en todos los casos, los elementos de la Policía Judicial dijeron haber solicitado a los agraviados que se les permitiera efectuarles una "revisión de rutina", quienes accedieron de "manera voluntaria".

En sus conclusiones la Comisión establece que "ni los agentes de la Policía Judicial Federal, del fuero común o sus equivalentes, ni los agentes del Ministerio Público pueden, bajo ningún concepto, instrumentar operativos preventivos ('revisión y vigilancia'), ya que dicha actividad rebasa el ámbito de su competencia" y que "no obstante que las autoridades de la policía preventiva tengan precisamente di-

²⁷ BERGMAN, Marcelo (coord.), *Delincuencia, marginalidad y desempeño institucional*, cit., p. 45.

²⁸ Para el análisis teórico del tema conviene remitir al muy completo trabajo de CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María, *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación*, Madrid, CEPC, 1998.

chas facultades (prevención del delito), esto tampoco les permite detener a persona alguna por encontrarse en 'actitud sospechosa' y/o 'marcado nerviosismo'; siendo que tienen el deber de proteger los derechos y garantías fundamentales de las personas".

Es importante señalar que, en el criterio de la Comisión, no importa que de la detención ilegal y arbitraria o de la revisión que efectúen los policías se desprenda que la persona está en posesión de algún elemento del delito (como por ejemplo alguna sustancia psicotrópica), ya que la vulneración de sus derechos se da desde el momento de la detención; la Recomendación General que se comenta menciona que "En este contexto resulta irrelevante si, como consecuencia de la revisión corporal, los agentes de la Policía Judicial encuentran o no algún objeto del delito, pues la trasgresión a los derechos fundamentales y a las garantías constitucionales enunciadas, se consumó cuando se dio la detención sin fundamento legal".

Por otro lado y de forma estrechamente relacionada con lo que se acaba de señalar, el tema de la libertad de tránsito y su vulneración a través de las detenciones arbitrarias en México han sido objeto de un interesante informe rendido ante la Comisión de Derechos Humanos de la ONU; se trata del "Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria acerca de su visita a México", de fecha 17 de diciembre de 2002.²⁹ Lo que más preocupa al Grupo de Trabajo es la impunidad para los responsables; en el informe se afirma que

Existe una impunidad notoria con relación a algunos responsables de las detenciones arbitrarias. Muchos mecanismos de control no gozan todavía de una independencia suficiente al estar supeditados jerárquicamente a la autoridad administrativa y por tanto no tener la credibilidad necesaria, además de ser toleradas algunas prácticas por los superiores. Un gran número de personas son presentadas ante tribunales habiendo sido detenidas arbitrariamente y sus casos pueden ser conocidos, mientras que otro número igual o quizá mayor son puestos en libertad luego de haberseles detenido fuera de los supuestos legales permitidos, sin haber tenido acceso a un juez. Este segundo grupo de personas no siempre denuncia, aunque el Grupo de Trabajo ha conocido diferentes casos en que, después de las denuncias presentadas, no se ha investigado ni castigado a los agentes por este tipo de violaciones.

El 71% de los detenidos en el Distrito Federal no tuvo asistencia de abogado mientras estuvo privado de su libertad ante el Ministerio

²⁹ Figura en el documento E/CN.4/2003/8/Add.3.

Público;³⁰ del 30% que sí tuvo asistencia de abogado, la gran mayoría (70%) no pudo hablar con él a solas. Ya ante el juez que conoció de la acusación en su contra, el 60% de los detenidos no fueron informados de que tenían derecho a no declarar. Durante su declaración preparatoria ante la autoridad judicial uno de cada cuatro detenidos no estuvo asistido de abogado.³¹

El derecho a la defensa ha tenido una configuración muy precaria y un desarrollo práctico desastroso, por decirlo suavemente. Algunas estimaciones sugieren que los detenidos no fueron advertidos de la diferencia entre la fase de acusación y la de juicio (92%), nadie les dijo —estando ante el Ministerio Público, a diferencia del dato que se cita en el párrafo anterior— que tenían derecho a no declarar (72%), un porcentaje relevante se declaró culpable ante el MP (28%) y a muchos no les fue informado el derecho que tenían de realizar una llamada (70%).³²

Recordemos que, como ya se apuntaba, el 80% de los detenidos nunca habló con el juez que lo condenó; el juzgador no estuvo presente durante la declaración del detenido (ya en sede judicial) en el 71% de casos.³³

Un porcentaje considerable de personas detenidas manifiestan haber sido golpeados o lastimados por la policía:³⁴ un 21% cuando la detención la efectúa la policía preventiva y un 35% cuando la hace la policía judicial; estos resultados fueron acreditados, con porcentajes muy semejantes, tanto en estudios del año 2002 como a finales de 2005 e inicios de 2006.³⁵

2. DENUNCIAS

Cuando se analiza la justicia penal mexicana (entendida en sentido amplio, de forma que comprenda los distintos eslabones que van

³⁰ MACALONI, Ana Laura e IBARRA OLGUÍN, Ana María, "La configuración jurisprudencial de los derechos fundamentales. El caso del derecho constitucional a la defensa adecuada", *Cuestiones constitucionales. Revista mexicana de derecho constitucional*, número 19, México, julio-diciembre de 2008, p. 116.

³¹ ZEPEDA, *Crimen sin castigo*, cit., pp. 252-253; también MACALONI, Ana Laura e IBARRA OLGUÍN, Ana María, "La configuración jurisprudencial de los derechos fundamentales. El caso del derecho constitucional a la defensa adecuada", cit., p. 117.

³² MACALONI, Ana Laura e IBARRA OLGUÍN, Ana María, "La configuración jurisprudencial de los derechos fundamentales. El caso del derecho constitucional a la defensa adecuada", cit., p. 116.

³³ BERGMAN, Marcelo (coord.), *Delincuencia, marginalidad y desempeño institucional*, cit., p. 47.

³⁴ Ver, en el capítulo uno del presente libro, las reflexiones dedicadas al tema de la tortura.

³⁵ BERGMAN, Marcelo y otros, *Delincuencia, marginalidad y desempeño institucional. Resultados de la segunda encuesta a población en reclusión en el Distrito Federal y el Estado de México*, México, CIDE, 2006, p. 55.

desde el ámbito de las policías preventivas, hasta el de las cárceles y reclusorios), existe un primer elemento de distinción que hay que tomar en cuenta. Nos referimos a la separación entre el llamado “fuero común” (es decir, lo que es de competencia de las autoridades locales, tanto estatales como municipales y del Distrito Federal) y el “fuero federal” (es decir, lo que es competencia de los órganos federales: policía federal, procuraduría general de la República, jueces de Distrito, tribunales unitarios y colegiados de circuito, reclusorios federales, etcétera).

Si observamos los datos estadísticos sobre los delitos denunciados por cada mil habitantes en los años que van de 1997 a 2005, veremos que en el fuero local se ha dado un lenta pero perceptible disminución. En 1997 se denunciaban 15.8 delitos por cada mil habitantes, pero esa cifra bajó a 14.4 al año siguiente, a 13.6 en el 2000 y a 13.5 en el 2005. Por el contrario, bajo un parámetro semejante los delitos denunciados en el fuero federal se mantuvieron estables durante el mismo periodo de tiempo; se denunciaban 0.8 delitos federales por cada mil habitantes en 1997 y esa cifra era de 0.9 en el 2005.

Si tomamos en consideración el número de delitos denunciados diariamente podemos llegar a conclusiones semejantes: bajan los del fuero común y suben los del fuero federal. En 1997 se denunciaban diariamente 4084 delitos del fuero común, cifra que había bajado a 3864 en 2005, sufriendo un incremento en 2006 hasta los 3957 delitos denunciados diariamente. En 1997 se denunciaban diariamente 202 delitos del fuero federal, mientras que en 2005 eran 241, para llegar hasta 300 en 2006 (ver cuadro número 1). Para el cierre de la estadística correspondiente a 2007 se tiene un nivel de 4325 presuntos delitos denunciados diariamente en el fuero común y 376 en el fuero federal. El total de delitos denunciados en el 2007 fue de 1,715,969, de los cuales 137,289 correspondieron al fuero federal.³⁶

La tendencia cambia para el año 2008 y todavía más para el 2009, dado que —con datos todavía preliminares— puede observarse un incremento importante de la incidencia delictiva, medida solamente a través del número de denuncias presentadas; el aumento se produce particularmente en el caso de cierto tipo de delitos como

³⁶ Datos tomados del Segundo Informe de Gobierno del Presidente de la República (septiembre de 2008), dentro del apartado correspondiente a la Procuraduría General de la República (el informe y sus anexos pueden verse en www.presidencia.gob.mx). Más adelante, al analizar el Segundo Informe de la CNDH sobre el ejercicio del derecho a la seguridad pública, ofreceremos algunos datos más desglosados sobre el mismo tema de las denuncias. Ver también el cuadro número 3 infra, para el desglose de denuncias presentados entre 1997 y 2008 por entidad federativa.

homicidio, secuestro, robo, delitos fiscales, portación de armas, etcétera. En 2008 la incidencia delictiva aumentó en entidades federativas como Aguascalientes, Sonora, Coahuila, Michoacán, Baja California Sur, Hidalgo, Nayarit, Zacatecas o Querétaro.³⁷

CUADRO NÚMERO 1

INDICADORES SELECCIONADOS DE DELITOS DENUNCIADOS ANTE EL MINISTERIO PÚBLICO SEGÚN FUERO, 1997 A 2007

Año	Delitos denunciados (Por cada cien mil habitantes) ^a		Promedio diario de delitos denunciados	
	Fuero común	Fuero federal	Fuero común	Fuero federal
1997	1 578.1	78.2	4 084.7	202.5
1998	1 436.1	78.2	3 768.9	205.1
1999	1 431.8	78.4	3 809.5	208.7
2000	1 359.7	83.1	3 657.0	223.4
2001	1 442.4	74.3	3 940.6	203.0
2002	1 429.2	73.1	3 951.3	202.2
2003	1 408.5	79.6	3 936.1	222.5
2004	1 382.8	79.2	3 891.6	222.8
2005	1 361.9	86.1	3 878.6	245.3
2006	1 377.2	104.5	3 957.1	300.4
2007 ^b	701.9	64.6	4 102.7	377.6

^a Se refiere a las denuncias de hechos presentadas ante el Ministerio Público a partir de las cuales se inician las averiguaciones previas. En una denuncia de hechos puede involucrarse más de un delito, así como una o más personas responsables.

^b Cifras preliminares.

Fuente: PR. *Primer Informe de Gobierno, 2007. Anexo Estadístico*. México, D.F., 2007.

Los datos anteriores podrían llevarnos a dos hipótesis: o bien la criminalidad se ha vuelto más “sofisticada” y se ha ido enfocando a delitos más graves (que suelen ser objeto de conocimiento por parte de la autoridad federal) o bien las autoridades locales se han tomado más en serio el esfuerzo de prevención del delito. No tenemos evidencia empírica suficiente para decantarnos por alguna de estas hipótesis, o por ambas, pues puede haberse dado una combinación de factores. Otra hipótesis posible es que algunos órganos ministeriales estén siguiendo una estrategia para “maquillar” el número de averiguaciones previas a la baja, por ejemplo levantando “actas ministe-

³⁷ Ver los datos ofrecidos por el ICESI en: <http://www.icesi.org.mx/documentos/encuestas/encuestasNacionales/ENSI-6.pdf>.

riales" las cuales no siempre ni necesariamente dan lugar a la apertura de una averiguación previa y, en ese contexto, tampoco se ven reflejadas en las estadísticas oficiales.

El número tan alto de denuncias y la precaria capacidad institucional para atenderlas y procesarlas queda de manifiesto si se revisa el tiempo requerido para integrar una averiguación previa en el fuero federal: 270 días (9 meses) en 2006, 150 días en 2007 y 151 días en 2008.³⁸

Por otro lado, al estudiar las denuncias presentadas ante las autoridades ministeriales (que es una forma de medir la incidencia delictiva), es importante no dejar de reparar en la abundante "cifra negra" que existe en México. Es decir, en el porcentaje de delitos que no son denunciados o que, de una u otra manera no llegan hasta el conocimiento de la autoridad y por tanto no forman parte de las estadísticas oficiales. Para este tema el trabajo que ha realizado el Instituto Ciudadano de Estudios sobre la Inseguridad A. C. (ICESI) es fundamental. De acuerdo con sus encuestas, el 78% de las víctimas de un delito no denuncia, si bien existe una fuerte variación regional en este dato; en un 7% de las denuncias no se abre una averiguación previa. Tomando en cuenta las diferencias regionales tenemos que, por ejemplo, en la ciudad de Acapulco solamente una de cada 10 víctimas denuncia. Del total de delitos cometidos solamente en el 15% se inicia una averiguación previa, aunque por ejemplo en Oaxaca esa cifra es de solamente un 6%.³⁹

Tomando en cuenta los bajos índices de denuncia por parte de las víctimas y las deficiencias en la integración de las estadísticas oficiales, el ICESI afirma que la cifra negra alcanza un 90.3% en el Distrito Federal, 90.1 en Acapulco, 94.3 en Villahermosa y 74.3 en Cancún, por citar algunos ejemplos.

¿Porqué las víctimas no denuncian? La mayor parte de sondeos señala razones muy parecidas, entre las que se suele citar que "es una pérdida de tiempo", que los "trámites son largos y difíciles", que "no tienen confianza en las autoridades" o que "las autoridades no se interesaron". Según el Índice de Desempeño del Sistema de Seguridad Pública y Justicia Penal construido por el CIDE (en el que se incluyen los indicadores de atención a víctimas del delito y los indi-

³⁸ Fuente: Procuraduría General de la República, Indicadores del Programa Sectorial de Procuración de Justicia 2007-2012.

³⁹ Estas cifras y las que siguen corresponden a los resultados de la Sexta Encuesta sobre la Inseguridad, levantada en el año 2008 y consultable en www.icesi.org.mx.

cadadores de actividad del Ministerio Público),⁴⁰ el tiempo que una persona debe invertir para presentar una denuncia en el Distrito Federal es de 2.6 horas (datos de 2006) y de 2.1 horas en el Estado de México. Ahora bien, el 48% de los denunciantes tardaron de 2 a 5 horas en hacer el trámite ante el Ministerio Público en el Distrito Federal y el 41% tardó el mismo tiempo en el Estado de México.

En este mismo índice se contiene un dato que refleja en toda su crudeza la alta impunidad que vivimos en el país: en el DF y en el Estado de México, cuando una persona llama a la policía, en la mitad de ocasiones nunca acude ningún agente; solamente en una de cada cuatro llamadas la policía se presenta en menos de media hora (página 6). Es obvio que, a partir de esta falta de atención inmediata a las llamadas de la ciudadanía, comienza la gran rueda de la impunidad.

Ahora bien, incluso a pesar de tener porcentajes tan altos en la llamada cifra negra, las autoridades del sistema penal están absolutamente saturadas de trabajo. En el Informe de Labores de la Procuraduría General de la República correspondiente a 2006-2007 se informaba que en sus 32 delegaciones estatales se encontraban en trámite hasta el 31 de agosto de 2007 126,765 averiguaciones previas. Entre el 1 de diciembre de 2006 y el 31 de agosto de 2007 se habían realizado 21,995 consignaciones ante los jueces federales, de las cuales 10,737 fueron con detenido y 11,258 sin detenido. (Ver cuadro 2).

CUADRO NÚMERO 2

AVERIGUACIONES PREVIAS DE LAS 32 DELEGACIONES			
<i>Concepto</i>	<i>Dic 2006-Jun 2007</i>	<i>Dic-2006-Jul 2007</i>	<i>Dic 2006-Ago 2007</i>
+ Existencia anterior	19 230	19 230	19 230
+ Iniciadas	78 326	89 515	100 705
+ Reingresos	5 312	6 071	6 830
Devoluciones del Juez	658	752	846
Reactividades de reserva	4 453	5 089	5 725
Facultad de Retracción	201	230	258
Total en trámite	102 868	114 816	126 765

⁴⁰ Documento publicado por el CIDE y la Asociación Mexicana para la Seguridad Ciudadana A. C. en marzo de 2008 (consultable en www.cide.edu).

Acumuladas	418	478	537
-En reserva	14 995	17 137	19 279
-Incompetencia	4 944	5 650	6 357
-N.E.A.P.	39 313	44 929	50 545
-Consignaciones	17 107	19 551	21 995
Con detenido	8 351	9 544	10 737
Sin detenido	8 756	10 007	11 258
-Facultad de atracción	197	225	253
Total de despachadas	76 974	87 970	98 967
=Pendientes	25 894	26 846	27 798

/ Proyección

Fuente: SCRPPA/DGCAP de la PGR, Primer Informe de Labores (2007).

El número de personas que finalmente fueron consignadas es muy menor si se le compara con el número total de detenidos. Para las mismas fechas la PGR informa que solamente por operativos relacionados con narcomenudeo fueron detenidas 17,797 personas, por operativos relacionados con la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos fueron detenidas 2,661 personas, por delitos contra la propiedad intelectual e industrial fueron detenidas 157 personas, por delitos ambientales fueron detenidas 230 personas y así por el estilo.

En el mismo informe de la Procuraduría Federal destaca un dato que debe ser cuidadosamente observado: la baja eficacia al momento de ejecutar mandamientos judiciales. Entre diciembre de 2006 y agosto de 2007 se tenían 31,493 órdenes de aprehensión vivas (ya sea emitidas durante ese periodo o que estaban pendientes de periodos anteriores). De ellas fueron ejecutadas 8,776, es decir un 22%. Por lo que hace a las órdenes de reaprehensión, se tenían a finales de agosto de 2007 15,513 y se lograron ejecutar 4,066, es decir, se tuvo un porcentaje de eficiencia del 26%.

Durante el periodo enero-junio de 2009 la PGR despachó 63,941 averiguaciones previas, es decir, una cifra que equivale al 61% del total de averiguaciones previas en trámite, que eran 103,656.

A nivel local las cifras permiten advertir también que la tarea es descomunal. Tomemos simplemente la cifra de denuncias efectivas presentadas ante las agencias del Ministerio Público de las entidades federativas. En el cuadro número 3 se puede observar el desglose respectivo y además se puede seguir la evolución de las denuncias en un arco de tiempo que cubre diez años, incluyendo la cifra de denuncias por cada 100 mil habitantes.

DENUNCIAS DEL FUERO COMÚN
 TOTAL Y POR CADA 100 MIL HABITANTES
 REGISTRO ANTE AGENCIAS DEL MINISTERIO PÚBLICO DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS

CUADRO NÚMERO 3

ENTIDAD	1997		1998		1999		2000		2001		2002		2003		2004		2005		2006		2007		2008	
	Total	/100mil hab	Total	/100mil hab	Total	/100mil hab	Total	/100mil hab	Total	/100mil hab	Total	/100mil hab	Total	/100mil hab	Total	/100mil hab	Total	/100mil hab	Total	/100mil hab	Total	/100mil hab	Total	/100mil hab
Aguascalientes	9,365	1,038	10,157	1,100	11,218	1,187	10,833	1,119	11,012	1,113	11,991	1,186	12,170	1,180	12,345	1,175	12,163	1,137	14,235	1,308	18,382	1,662	19,239	1,716
Baja California	149,185	6,937	143,355	6,444	132,115	5,733	109,848	4,597	105,764	4,268	100,637	3,923	96,139	3,626	112,201	4,099	101,166	3,584	112,081	3,854	129,212	4,317	133,269	4,328
Baja California Sur	13,435	3,385	12,153	2,971	12,377	2,929	13,371	3,067	13,021	2,890	13,663	2,906	13,300	2,763	13,934	2,812	16,993	3,335	16,629	3,182	19,782	3,630	19,668	3,566
Campeche	10,652	1,588	11,023	1,613	8,666	1,245	5,999	848	4,061	565	2,908	398	2,203	258	1,885	251	1,547	204	1,963	256	1,654	213	1,560	193
Coahuila	25,612	1,145	18,829	830	19,619	851	26,397	1,126	29,426	1,236	27,126	1,122	28,228	1,151	28,830	1,160	24,927	991	26,928	1,058	32,890	1,278	44,115	1,696
Colima	14,842	2,964	13,883	2,726	5,088	982	4,313	818	4,815	897	4,850	895	5,022	907	3,425	610	9,794	1,719	9,819	1,700	10,684	1,825	8,915	1,503
Chiapas	33,548	879	30,520	786	31,767	804	29,804	742	34,878	854	35,605	858	34,832	828	36,067	847	31,789	737	28,556	661	29,043	658	25,202	565
Chihuahua	78,006	2,614	73,202	2,477	57,970	1,831	52,955	1,736	67,021	2,164	62,731	1,958	60,166	1,891	59,248	1,840	67,690	2,079	67,768	2,058	51,824	1,558	52,463	1,567
Distrito Federal	235,659	2,743	237,601	2,759	227,212	2,625	176,747	2,032	171,469	1,963	178,090	2,031	172,827	1,966	162,485	1,845	153,997	1,747	149,273	1,692	162,548	1,841	172,721	1,955
Durango	8,837	614	11,007	760	12,934	886	14,010	951	21,841	1,470	11,323	756	12,537	831	13,251	874	10,209	670	4,245	277	8,712	566	15,584	1,008
Guanajuato	42,691	928	34,339	738	34,870	741	45,777	962	63,843	1,329	62,973	1,300	60,941	1,249	66,933	1,363	75,732	1,533	79,580	1,604	83,899	1,690	81,571	1,625
Guerrero	31,613	1,031	27,532	891	29,474	948	33,116	1,059	30,530	972	29,783	945	29,354	930	29,910	962	18,051	572	19,766	627	24,565	780	26,483	842
Hidalgo	22,272	1,009	19,028	852	17,921	794	16,760	734	21,581	950	21,962	945	24,680	1,054	27,744	1,178	30,723	1,297	31,172	1,308	31,585	1,318	37,755	1,567
Jalisco	100,432	1,631	81,712	1,308	82,468	1,302	85,984	1,339	94,905	1,459	96,192	1,461	91,567	1,376	82,314	1,225	68,923	1,016	72,225	1,055	72,945	1,057	69,941	1,005
México	180,811	1,493	154,225	1,247	187,331	1,484	190,220	1,478	209,480	1,597	218,676	1,637	222,139	1,635	220,950	1,601	234,274	1,671	237,761	1,671	250,709	1,737	255,865	1,748
Michoacán	34,632	866	36,370	905	29,625	735	24,334	602	26,648	658	27,444	678	27,031	669	29,553	736	26,010	648	32,206	804	36,528	915	40,547	1,019
Morales	25,992	1,761	24,468	1,631	28,836	1,895	25,740	1,670	33,815	2,158	31,863	2,021	31,529	1,980	34,768	2,164	40,601	2,505	42,447	2,597	43,422	2,634	44,073	2,652
Nayarit	9,516	1,039	7,828	848	6,378	686	9,350	998	9,662	1,025	6,411	676	5,676	596	4,299	450	10,021	1,045	24,208	2,519	13,842	1,415	6,987	723
Nuevo León	39,550	1,074	33,156	884	54,317	1,421	57,284	1,470	61,887	1,560	57,299	1,420	52,151	1,272	63,145	1,517	44,254	1,048	48,212	1,080	53,554	1,235	51,863	1,181
Oaxaca	37,151	1,077	24,354	701	32,330	925	34,685	987	36,886	1,045	34,396	971	40,761	1,148	37,616	1,059	29,603	833	35,959	1,012	32,829	924	27,150	764
Puebla	49,288	1,019	52,286	1,064	49,865	999	62,407	1,033	59,764	1,160	60,827	1,160	64,752	1,223	64,438	1,202	55,918	1,032	49,576	905	53,481	966	57,447	1,027
Querétaro	22,529	1,689	19,464	1,423	18,254	1,302	22,004	1,531	18,943	1,288	19,667	1,307	20,441	1,331	18,462	1,178	16,996	1,064	18,707	1,026	17,463	1,032	17,623	1,043
Quintana Roo	19,465	2,515	10,606	1,300	18,278	2,126	22,757	2,515	22,685	2,386	24,834	2,473	26,127	2,509	24,990	2,301	23,718	2,088	24,934	2,121	26,433	2,165	34,709	2,739
San Luis Potosí	33,129	1,457	25,606	1,115	42,455	1,828	47,338	2,018	46,160	1,949	40,281	1,686	44,357	1,843	38,122	1,574	39,345	1,615	36,537	1,496	47,082	1,913	38,393	1,562
Sinaloa	20,722	821	19,677	773	19,688	744	22,738	880	23,881	919	19,828	760	20,391	779	18,522	705	22,418	852	21,995	600	25,684	972	25,692	970
Sonora	41,086	1,904	48,528	2,213	27,622	1,240	21,429	947	17,391	757	16,431	723	16,185	686	28,279	1,165	43,512	1,803	37,325	1,530	40,469	1,643	35,778	1,438
Tabasco	36,189	1,947	31,146	1,632	26,933	1,410	24,365	1,262	37,986	1,948	38,493	1,957	39,747	2,006	23,989	1,203	7,527	375	3,381	168	59,351	2,925	67,934	3,330
Tampulipas	46,796	1,756	38,104	1,406	41,809	1,515	42,893	1,520	45,952	1,607	45,799	1,576	47,504	1,608	51,376	1,716	52,515	1,730	53,231	1,730	51,779	1,662	65,214	1,750
Tlaxcala	9,064	978	6,905	728	5,305	548	5,579	565	5,050	502	5,378	525	5,264	505	4,673	442	17,794	1,865	6,563	603	6,564	594	5,369	479
Veracruz	76,822	1,117	62,678	908	58,978	845	57,748	822	58,308	831	62,308	875	66,708	933	63,754	888	66,182	919	70,830	981	68,258	956	68,463	943
Yucatán	22,106	1,374	45,924	2,806	47,735	2,866	44,105	2,602	43,052	2,497	49,517	2,826	51,131	2,876	47,662	2,644	49,062	2,685	51,170	2,765	59,174	3,157	55,330	2,915
Zacatecas	11,936	877	9,575	701	11,630	848	12,640	918	12,485	904	14,602	1,056	14,602	1,055	13,835	899	12,232	834	12,521	905	13,513	977	13,607	985
REPÚBLICA	1,490,923	1,578	1,375,635	1,436	1,390,467	1,432	1,343,330	1,365	1,445,032	1,449	1,433,924	1,421	1,440,482	1,412	1,430,105	1,388	1,415,681	1,362	1,437,462	1,371	1,578,680	1,492	1,610,565	1,510

Fuente: Sistema Nacional de Seguridad Pública y CONAPO

Los datos del año 2006 son proporcionados por la Dirección General de Planeación e Información Institucional de la Procuraduría General de la República

Las tasas correspondientes a los años 2003 al 2007 son calculadas con las proyecciones actuales de la página de CONAPO

Cabe destacar que la información correspondiente al 2008 puede sufrir algunos cambios, dado que es preliminar.

Fuente: http://www.icesi.org.mx/documentos/estadisticas/estadisticas/denuncias_general_todos_los_delitos_1997_2008.pdf

¿Qué es lo que podemos observar en este cuadro? Llama la atención el aumento en el total de denuncias presentadas, que ha pasado de 1,490,923 denuncias en 1997 a 1,610,565 en 2008, si bien es cierto que en términos relativos (por cada 100 mil habitantes) han bajado, pasando de 1,627 en 1997 a 1,510 en 2008. También se aprecian variaciones locales importantes; por ejemplo, en Yucatán se pasó de 1,417 denuncias por cada 100 mil habitantes en 1997 a 3,192 por cada 100 mil en 2007 (es decir, se presentó un aumento de más del 100%). En Baja California se tuvo una evolución favorable, dado que las denuncias por 100 mil habitantes pasaron de 6,858 en 1997 a 4,328 en 2008. Se trata de una disminución bastante evidente. En el Distrito Federal se presentó también una disminución interesante. Pero por ejemplo en Tabasco se tuvo un aumento de casi un 30% (aunque para el año 2008 se produjo una reducción del 41%, dando muestra de la volatilidad de las cifras presentadas).

Cabría preguntarse si las variaciones citadas obedecen efectivamente a disminuciones objetivas de la incidencia delictiva o reflejan pautas institucionales destinadas a "maquillar" estadísticas, o incluso a determinaciones de las autoridades para disuadir a los posibles denunciante.⁴¹ Tabasco es un ejemplo de las desviaciones estadísticas anormales, como se puede ver en el cuadro número 3; hay años en que el volumen de denuncias es llamativamente bajo (como en 2005 y 2006), sin que haya una causa que justifique tan drástica disminución o que ayude a comprenderla.

Como quiera que sea, lo que nos dice el cuadro número 3 es interesante en la medida en que nos pinta un panorama a nivel nacional de una enorme complejidad y nos permite concluir, una vez más, que el fenómeno delictivo presenta un sesgo geográfico muy importante. Para decirlo de otra forma: el delito afecta principalmente a cuatro entidades federativas (Estado de México, Distrito Federal, Tamaulipas y Baja California), hay otras en las que la inci-

⁴¹ En el ya citado Índice de Desempeño del Sistema de Seguridad Pública y Justicia Penal, del CIDE, se habla de una "deficiente sistematización de datos" por parte de las procuradurías de justicia e incluso de "la existencia de una labor persuasoria por parte del Ministerio Público hacia las víctimas a finalmente no levantar las denuncias" (página 12); es decir, por increíble que parezca las víctimas no solamente son hostigadas por los delincuentes, sino también por las autoridades a fin de que no levanten las denuncias. La misma falta de diligencia del Ministerio Público se observa cuando el proceso penal ya ha iniciado, como lo demuestra el mismo estudio del CIDE (páginas 13-14). La CNDH también ha detectado una muy deficiente integración estadística en sus informes sobre el derecho a la seguridad pública, uno de los cuales es analizado con detalle más adelante.

dencia delictiva se ubica en un rango medio y en muchas otras —la gran mayoría, por fortuna— la seguridad pública presenta niveles más o menos aceptables, aunque no ideales. Entidades federativas como Chihuahua o Sinaloa tienen condiciones específicas de inseguridad pública, por lo que merecerían en su caso un análisis por separado.⁴²

Hay otros datos estadísticos que reflejan una correlación muy baja entre detenciones y consignaciones, lo cual viene a corroborar el carácter autoritario y arbitrario con que se suelen conducir algunas corporaciones policiacas del país. Pongamos un ejemplo para ilustrar lo anterior. Según la información que proporciona la Secretaría de Seguridad Pública del Distrito Federal, en los años 2005, 2006 y 2007 fueron detenidas 21,456 personas por el delito de posesión de droga (así se menciona en el informe, si bien el tipo penal probablemente requeriría de una nomenclatura distinta); de ellas fueron puestas en libertad 20,371 y se consignaron a 1,085, lo que equivale a una tasa de consignación del 5%. Es decir, de cada 20 personas detenidas 19 fueron liberadas. Pero hay más. Del total de consignados, los jueces pusieron en libertad a 620 personas, quedando en los reclusorios solamente 465 (es decir, un 2.2% del total de detenidos).

3. SENTENCIAS

Ahora bien, cuando se revisan las cifras ya no de denuncias presentadas, sino de personas sentenciadas por los jueces penales, encontramos alguna paradoja: Mientras las denuncias descendían año con año en el fuero común (al menos hasta 2008, año en el que la tendencia comienza a invertirse), el número de personas sentenciadas aumentaba. Mientras en 1996 los jueces penales del fuero común sentenciaron a 111,682 personas, para 2005 esa cifra alcanzaba el número 126,615, presentando aumentos años con año (excepto en 1998 y, por muy poco, en 2000). Una tendencia semejante, pero mucho más matizada, se presenta en el fuero federal, donde el número de personas sentenciadas era de 27,263 en 1996 y llega hasta los 29,300 en 2006 (ver cuadro número 4).

⁴² Por ejemplo, en Sinaloa la incidencia delictiva total es relativamente baja, pero la tasa de homicidios es muy alta.

CUADRO NÚMERO 4

DELINCUENTES SENTENCIADOS REGISTRADOS EN LOS JUZGADOS
DE PRIMERA INSTANCIA SEGÚN FUERO Y SEXO, 1996 A 2006

Año	Fuero común				Fuero federal			
	Total	Hombres	Mujeres	No especificado	Total	Hombres	Mujeres	No especificado
1996	123 263	111 682	11 572	9	27 263	25 926	1 335	2
1997	117 471	106 188	11 268	15	24 724	23 401	1 322	1
1998	114 670	104 018	10 643	9	25 642	24 247	1 394	1
1999	118 292	106 611	11 680	1	24 963	23 462	1 501	0
2000	118 181	105 989	12 192	0	23 544	21 847	1 695	2
2001	123 071	110 347	12 723	1	24 742	23 007	1 735	0
2002	125 759	113 145	12 613	1	26 501	24 638	1 863	0
2003	131 005	118 313	12 692	0	27 796	25 724	2 072	0
2004	137 457	124 240	13 216	1	28 940	26 604	2 335	1
2005	139 524	126 615	12 908	1	28 694	26 415	2 278	1
2006	133 689	121 332	12 346	11	29 300	26 782	2 518	0

Fuente: INEGI. *Estadísticas Judiciales en Materia Penal*.

La magnitud cuantitativa de las cifras anteriores nos pone ante una evidencia sobre la que hay que reparar: el gran número de habitantes del país que, en algún momento o circunstancia, es acusado de haber cometido un delito. Esa cifra llegar al 2% del total de habitantes del país, puesto que de acuerdo con datos del INEGI en el periodo que va de 1996 a 2005 se consignaron ante los 1,224 jueces penales que hay en México a un total de 1,931,513 personas, lo que da un promedio diario de 528 consignaciones en ambos fueros.⁴³ Esas personas fueron acusadas de haber cometido 2,312,691 delitos.⁴⁴ Muchos de esos delitos conllevan una alta dosis de violencia; por ejemplo, en el periodo señalado se presentaron 86,500 acusaciones por el delito de homicidio, es decir, un promedio de 24 diarias.

En el ámbito de la justicia, responsable de dictar todas esas sentencias que acabamos de citar, es importante mencionar el hecho de que la ciudadanía tiene un nivel muy bajo de confianza en los res-

⁴³ Ver la nota de Víctor Fuentes, "Acusan de delitos a 2% en el País", *Reforma*, 5 de abril de 2007.

⁴⁴ Una consignación puede referirse a más de un delito; por eso es que la cifra de consignaciones y la cifra de delitos por los que se acusa a los consignados no coincide.

pectivos funcionarios. En una escala del 10 al 0 (en la que 10 es la mayor confianza y 0 es la menor), los funcionarios salen calificados con un vergonzante 2.8 en el Distrito Federal y con un 3.0 en el Estado de México. Cuando se les pregunta a las personas encuestadas en concreto sobre el grado de honradez de los funcionarios judiciales la confianza baja hasta el 1.8 en el DF y el 2.0 en el Estado de México.⁴⁵

Las cifras tan impresionantes de incidencia delictiva (más adelante veremos otras incluso más abultadas al respecto, cuando analicemos los datos ofrecidos por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos) y el número tan grande de personas que han sido acusadas de haber cometido un delito en México nos ponen ante la triste evidencia de que algo hemos hecho mal como sociedad; en algo, muy profundo e importante, hemos fracasado. Quizá tenga que ver con un escenario que ofrece pocas oportunidades educativas, laborales y económicas a nuestros jóvenes. Quizá tenga que ver con la ausencia de ejemplos edificantes que sirvan de guía para aquellas personas que deben decidir su futuro. Tal vez se trate simplemente de la ineficacia institucional que ha fomentado y alentado a miles de personas que seguramente no tenían muy claros sus referentes valorativos para integrarse en la sociedad de forma pacífica.

Las hipótesis pueden ser muchas y de muy variado tipo. Podemos conjeturar hasta el infinito acerca de las causas profundas que recorren nuestro tejido social y lo preparan para un reclutamiento masivo de personas en las nóminas de la criminalidad, tanto la común como la organizada. Pero de lo que no cabe duda es que, ante un fenómeno tan extendido, no podemos pensar que todo se explica por problemas personales de un grupo de individuos desarraigados, de un puñado de radicales e inadaptados. Nada de eso. La sociedad debe mirarse a la cara y reconocer que algo no hizo bien. La delincuencia es el más evidente y monumental fracaso de nuestra política social, educativa, laboral, económica y jurídica. Y de ello todos, sin excepción, somos en alguna medida responsables.

4. PERSONAS PRESAS

Algunos estudiosos del sistema penal mexicano han levantado la voz de alarma sobre el aumento en el número de presos. Entre 1992 y 2008 la población penitenciaria creció de forma explosiva

⁴⁵ CIDE-Asociación Mexicana para la Seguridad Ciudadana A. C., *Índices Ciudadanos, Índices de Desempeño del Sistema de Seguridad Pública y Justicia Penal*, México, 2006, p. 13.

(ver cuadro número 5 más abajo), sin que las instalaciones para intentar darles condiciones dignas de vida a los reclusos hayan aumentado en capacidad ni tampoco en la calidad de la atención prestada a sus usuarios⁴⁶. Para finales de junio del 2009 el total de personas presas en México era de 227,021. El 40.9% de ellas estaba el régimen de prisión preventiva, es decir, todavía no habían recibido una sentencia que las declarara culpables de haber cometido algún delito. Del total de presos, el 5% eran mujeres y el 0.9% eran personas de nacionalidad extranjera.⁴⁷ El 77% de los presos corresponden al fuero común (173,742) y el 23% al fuero federal (53,279).

En México existen 443 establecimientos penitenciarios, de los cuales 6 están bajo jurisdicción federal, 10 son gobernados por las autoridades del Distrito Federal y 417 estatales y municipales. La capacidad oficial del sistema es de 170,924 internos, por lo que la tasa de sobrepoblación es del 132%; el gobierno reconoce que hacen falta 56,097 espacios adicionales en nuestras cárceles, para abatir la sobrepoblación, la cual se presenta en 226 centros de reclusión. Es importante señalar que alrededor del 25% de todos los presos en México se concentran en el Distrito Federal y en el Estado de México.

En el cuadro que sigue puede verse la evolución del sistema carcelario mexicano en los últimos años, considerando el total de internos y la tasa por cada 100 mil habitantes. Respecto de esta última tasa, llama la atención que se ha más que duplicado, lo que indica que la población penitenciaria ha crecido al doble de velocidad que la población en general.⁴⁸

⁴⁶ BERGMAN, Marcelo y otros, *Delincuencia, marginalidad y desempeño institucional. Resultados de la segunda encuesta a población en reclusión en el Distrito Federal y el Estado de México*, cit., p. 1.

⁴⁷ Estos datos y los que figuran en los cuadros que siguen se han obtenido en <http://www.kcl.ac.uk/schools/law/research/ncps> y en el Segundo Informe de Gobierno del Presidente de la República, presentado en septiembre de 2008.

Llama la atención que el porcentaje de extranjeros es llamativamente bajo; por ejemplo en España los extranjeros presos suman el 35.7% del total; en Grecia los extranjeros son el 43.9% del total de presos y en Italia el 37.4%. Incluso en Estados Unidos, que tiene una población carcelaria impresionante, los extranjeros suman el 5.9%.

⁴⁸ Los datos con una amplitud temporal mayor (desde 1972) pueden verse en ZEPEDA LECUONA, Guillermo, *La procuración de justicia en México (un estudio de sociología del derecho, con análisis de convergencia/divergencia sobre la prisión preventiva)*, Tesis Doctoral, IIJ-UNAM, 2008, pp. 6 y 148. De acuerdo con las cifras que ofrece Zepeda, en 1972 en México existían 43 mil personas presas; en 1982 el número se había elevado a 58 mil, pero en 1990 ya teníamos 93 mil presos. La cifra permanece estable hasta 1995, pero desde ese año crece sin pausa, año con año.

CUADRO NÚMERO 5

EVOLUCIÓN DEL NÚMERO DE INTERNOS POR AÑO
Y TASA DE INTERNOS POR CADA 100 MIL HABITANTES

1992	85,712	(98)
1995	93,574	(102)
1998	128,902	(133)
2001	165,687	(164)
2004	193,889	(183)
2007	212,841	(193)

Ahora bien, si desagregamos un poco la cifra del cuadro número 5 y observamos lo que sucede en cada una de las entidades federativas, podremos advertir grandes oscilaciones geográficas o territoriales. Así por ejemplo, entidades federativas como Sonora, Baja California o Colima presentan una tasa de reos muy por encima del promedio nacional: 563, 558 y 481 presos por cada 100 mil habitantes respectivamente en cada una de las tres entidades señaladas. La misma cifra, sin embargo, se ubica en 130 presos por cada 100 mil habitantes en Oaxaca, 117 en San Luis Potosí, 108 en Guanajuato y 66 en Tlaxcala.⁴⁹

En la siguiente tabla pueden verse los 100 países del mundo que tienen mayor número de presos en sus cárceles. Sobresale el caso de los Estados Unidos, que es verdaderamente atípico y sobre el que valdría la pena hacer un análisis por separado. Hay que considerar que algunas otras de las estadísticas disponibles nos demuestran el altísimo grado de encarcelación masiva que se ha vivido en ese país y su perniciosa focalización en ciertas minorías étnicas. Los datos de personas encarceladas que nos ofrece el *Bureau of Justice Statistics* (BJS) para el 30 de junio de 2008 reportan que en todos los establecimientos penitenciarios de los Estados Unidos se encontraban reclusas 2,310,984 personas; de ese gran total el 7% (equivalente a 111,975 personas) estaban en cárceles privadas ("private facilities"). Entre el 2005 y el 2006 el número de personas encarceladas había crecido un 3%. Solamente durante el año de 2005 fueron llevadas a la cárcel 733,009 personas, lo que equivale a 2,008 diarias y 61,084 al mes.

En Estados Unidos se tiene una tasa de encarcelamiento de 750 personas por cada 100,000 habitantes, lo que equivale a decir que 1

⁴⁹ ZEPEDA LEGUONA, *La procuración de justicia*, cit., p. 152.

de cada 133 personas que residen en ese país está en la cárcel. Solamente en el Estado de California hay 175,115 presos, con datos de junio de 2006. En otros países la tasa de encarcelamiento es notablemente menor; en Japón es de 40 personas por 100,000 habitantes, en Suecia de 60 por 100,000, en Francia de 90 por 100,000, en Inglaterra de 156 por 100,000

Esas tasas descomunales de encarcelamiento tienen, desde luego, un cierto rasgo racista. Las personas de color o afro-descendientes de sexo masculino tienen 6.5 más veces de pisar la cárcel en su vida que las personas blancas del mismo sexo. El 4.8% de todas las personas de color está presa (1 de cada 123), al igual que el 1.9% de todos los hispanos (1 de cada 353) y el 0.7% de los blancos (1 de cada 588).⁵⁰ Esto significa que 1 de cada 3 hombres de color pisarán la cárcel al menos una vez en su vida y lo mismo sucederá con 1 de cada 5 hispanos. Un joven de color en California tiene 5 veces más posibilidades de ir a la cárcel que de acudir a una universidad. En el Estado de Illinois había en el año de 1999 10 personas de color presas por 4 de esa misma raza que iban a la escuela; es decir, había 10,000 personas de color más en las cárceles que el número total de personas de esa raza en las escuelas. En ese mismo Estado una persona de color tiene 57 veces más posibilidades de ser encarcelada por cuestiones de drogas que una persona blanca. El 74% de todos los sentenciados por posesión de drogas en Estados Unidos son personas de color, a pesar de que representan solamente una octava parte de la población del país.⁵¹

CUADRO NÚMERO 6
POBLACIÓN RECLUSA

1	United States of America	2,293,157
2	China	1,565,771
3	Russian Federation	887,723
4	Brazil	440,013
5	India	373,271
6	México	222,671

⁵⁰ Los datos de este párrafo y del anterior pueden verse en <http://www.ojp.usdoj.gov/bjs/pub/pdf/pjim08.pdf> (consultada el 22 de octubre de 2008).

⁵¹ Estos últimos datos provienen de ELSNER, Alan, *Gates of injustice. The crisis in America's prisons*, New Jersey, Prentice Hall, 2006, pp. 17-23. Ver también, sobre el tema, DE PARLE, Jason, "The american prison nightmare", *The New York Review of Books*, volumen 54, núm. 6, 12 de abril de 2007, así como www.prisoncommission.org.

7	Thailand	166,338
8	South Africa	164,957
9	Iran	158,351
10	Ukraine	149,690
11	Indonesia	136,017
12	Turkey	101,100
13	Vietnam	92,153
14	Philippines	91,530
15	Pakistan	90,000
16	Poland	83,152
17	Bangladesh	83,000
18	United Kingdom: England & Wales	82,240
19	Japan	81,255
20	Ethiopia	c.80,000
21	Spain	73,787
22	Germany	73,203
23	Colombia	70,451
24	Myanmar (formerly Burma)	65,063
25	Egypt	64,378
26	Taiwan	63,520
27	Argentina	60,621
28	Cuba	c.60,000
29	France	59,655
30	Rwanda	58,598
31	Kazakhstan	56,012
32	Italy	55,057
33	Algeria	54,000
34	Morocco	53,580
35	Malaysia	50,305
36	Chile	50,230
37	Uzbekistan	48,000
38	Republic of (South) Korea	47,097
39	Kenya	47,036
40	Belarus	45,416
41	Saudi Arabia	44,600

42	Tanzania	43,911
43	Peru	41,745
44	Nigeria	39,438
45	Canada	38,348
46	Democratic Republic of Congo (formerly Zaire)	c.30,000
47	Australia	27,615
48	Iraq	27,366
49	Romania	26,350
50	Uganda	26,273
51	Tunisia	c.26,000
52	Sri Lanka	25,537
53	Israel	22,788
54	Cameroon	22,734
55	Venezuela	22,000
56	Azerbaijan	19,559
57	Czech Republic	18,901
58	Georgia	18,170
59	Zimbabwe	17,967
60	Madagascar	17,403
61	Ecuador	17,065
62	El Salvador	16,786
63	Dominican Republic	16,457
64	Netherlands	16,416
65	Mozambique	c.15,000
66	Hungary	14,911
67	Zambia	14,347
68	Yemen	14,000
69	Ghana	13,685
70	Puerto Rico (USA)	13,215
71	Libya	12,748
72	Afghanistan	12,500
73	Greece	12,300
74	Sudan	c.12,000
75	Singapore	11,768
76	Honduras	11,589

77	United Arab Emirates	11,193
78	Turkmenistan	10,953
79	Malawi	10,830
79	Portugal	10,830
81	Cote d'Ivoire	10,621
82	Syria	10,599
83	Hong Kong (China)	10,434
84	Cambodia	10,337
85	Bulgaria	10,271
86	Panama	10,036
87	Belgium	10,002
88	Burundi	9,114
89	Costa Rica	9,055
90	Serbia	8,978
91	Kyrgyzstan	8,427
92	Angola	c.8,300
93	Moldova (Republic of)	8,130
94	Slovakia	7,986
95	Austria	7,909
96	New Zealand	7,887
97	Lithuania	7,866
98	Bolivia	7,682
99	United Kingdom: Scotland	7,602
100	Guatemala	7,477

Si consideramos la tasa de personas presas por cada 100 mil habitantes, los 50 países con mayor porcentaje serían los que aparecen en el siguiente cuadro.

CUADRO NÚMERO 7

1	United States of America	756
2	Russian Federation	626
3	Rwanda	604
4	St. Kitts and Nevis	588
5	Cuba	c.531

6	Virgin Islands (USA)	512
7	Virgin Islands (United Kingdom)	488
8	Palau	478
9	Belarus	468
10	Belize	455
11	Bahamas	422
12	Georgia	415
13	American Samoa (USA)	410
14	Grenada	408
15	Anguilla (United Kingdom)	401
16	Bermuda (United Kingdom)	394
17	Cayman Islands (United Kingdom)	380
18	Barbados	379
19	Kazakhstan	378
20	French Guiana/Guyane (France)	365
21	Suriname	c.356
22	Dominica	348
23	Maldives	343
24	South Africa	336
25	Greenland (Denmark)	334
26	Puerto Rico (USA)	330
27	Botswana	329
28	Israel	326
29	Ukraine	323
30	Netherlands Antilles (Netherlands)	319
31	Guam (USA)	318
32	St. Vincent and the Grenadines	317
33	St. Lucia	303
34	Antigua and Barbuda	299
35	Chile	297
36	Panama	295
37	Latvia	288
38	Aruba (Netherlands)	277
38	Taiwan	277
40	Seychelles	270

40	Trinidad and Tobago	270
42	Singapore	267
43	Tunisia	c.263
44	Guyana	260
45	Estonia	259
46	Thailand	257
47	Mongolia	244
48	United Arab Emirates	238
49	El Salvador	235
50	Lithuania	234

Si consideramos la tasa de ocupación (o sobre ocupación) de las prisiones, los 60 países que presentan una tasa mayor son los siguientes.

CUADRO NÚMERO 8

1	Grenada	374.5%
2	Zambia	330.6%
3	Benin	307.1%
4	Bangladesh	302.4%
4	Barbados	302.4%
6	Cameroon	296.3%
7	Kenya	284.3%
8	Pakistan	249.5%
9	Iran	243.1%
10	Burundi	225.0%
11	Cote d'Ivoire	218.0%
12	French Polynesia (France)	215.9%
13	Bolivia	209.3%
14	El Salvador	207.0%
15	Rwanda	202.4%
16	Sierra Leone	c.200%
17	Morocco	197.6%
18	Tanzania	193.4%
19	Sri Lanka	193.2%
20	Uganda	192.3%

21	St. Vincent and the Grenadines	188.0%
22	Haiti	184.7%
23	Malawi	172.6%
24	Algeria	171.8%
25	Ghana	171.0%
26	Burkina Faso	169.7%
27	New Caledonia (France)	164.6%
28	Suriname	162.7%
29	Panama	160.3%
30	Peru	159.1%
31	United Arab Emirates	158.9%
32	Thailand	157.3%
33	Philippines	156.4%
34	Chile	155.0%
35	Indonesia	153.5%
36	Senegal	152.0%
37	Dominican Republic	c.150%
38	Brazil	149.4%
39	Cambodia	148.8%
40	Maldives	147.4%
41	Botswana	147.2%
42	Ecuador	146.3%
43	Uruguay	146.2%
44	Myanmar (formerly Burma)	144.3%
45	Mozambique	144.0%
46	South Africa	143.7%
47	Nepal	142.6%
48	Greece	141.9%
49	Libya	141.6%
50	India	141.4%
51	Honduras	140.0%
51	Spain	140.0%
53	Anguilla (United Kingdom)	137.5%
54	Liberia	136.3%
55	French Guiana/Guyane (France)	134.3%

56	Brunei Darussalam	132.8%
57	Nicaragua	132.7%
58	México	132.5%
59	Martinique (France)	132.4%
60	Antigua and Barbuda	130.7%
60	Colombia	130.7%

Si de nuevo desagregamos un poco la cifra nacional de sobrepoblación para enfocar el análisis en las entidades federativas veremos una vez más la enorme oscilación. Hay cárceles en México que tienen una sobrepoblación de más del 500% (el reclusorio de Magdalena de Kino, Sonora, o el de Ensenada en Baja California), del 400% (Cereso número 8, en Villaflores, Chiapas), del 240% (el reclusorio de Ecatepec, en el Estado de México) y así por el estilo. Las cárceles de Chihuahua tienen una sobrepoblación del 277%, las de Nayarit del 241%, las de Sonora del 232%, las de Baja California del 166%. La cifra inferior se observa en Tlaxcala, con una ocupación del 65%, Campeche con un 73% y Aguascalientes del 91%.⁵²

Ahora bien, no podemos considerar que el diagnóstico de los problemas de nuestro sistema penitenciario se limita a los números que arrojan los cuadros anteriores. A ellos hay que sumar los problemas "colaterales" o "derivados" de la propia reclusión. Zepeda Lecuona nos recuerda los indicadores del "genocidio carcelario": en México la población femenina más vulnerable ante el virus del VIH/SIDA son las mujeres reclusas, incluso por encima de las sexoservidoras; la tasa de homicidios en las prisiones es ocho veces superior a la que se registra (ya de por sí muy alta) entre la población en libertad y la tasa de suicidios es cinco veces superior.⁵³

A esos datos escalofrantes hay que sumar el enorme problema de la corrupción en los reclusorios mexicanos. Los reclusos afirman que los custodios les cobran a sus familiares para permitirles visitarlos, para que les lleven alimentos u otros objetos, para poder ejercer su derecho a la visita conyugal o incluso para recibir los beneficios de la pre-liberación.⁵⁴ De acuerdo con una encuesta del CIDE que ya hemos

⁵² ZEPEDA LECUONA, *La procuración de justicia*, cit., p. 183-184.

⁵³ *Ibidem*, p. 7. Otras consideraciones interesantes, sobre la violación de derechos fundamentales en el ámbito de la reclusión, pueden verse en CNDH, *Derechos humanos de los reclusos en México. Guía y diagnóstico de supervisión penitenciaria*, México, CNDH, 2007 (con un excelente estudio introductorio de Sergio GARCÍA RAMÍREZ).

⁵⁴ Una narración detallada de lo que cuesta cada producto o cada visita puede verse en <http://www.oem.com.mx/elsoldemexico/notas/n487121.htm>.

citado (levantada en el Estado de México y el Distrito Federal), el 30% de los internos en el Distrito Federal y el 19% de los internos en el Estado de México señalaron que no disponen de suficiente agua para beber; el 67% en el DF y el 58% en el Estado de México consideran que los alimentos que reciben son insuficientes; el 35% en el DF señalaron que no reciben atención médica cuando la requieren. En el DF menos del 4% de los internos recibieron bienes tan elementales como sábanas, cobijas, ropa o zapatos por parte de las autoridades (las familias aparecen como los grandes proveedores en el sistema penitenciario). El 98% de los internos señalaron que no recibieron de la institución papel higiénico, pasta dental o jabón.⁵⁵

En los reclusorios es frecuente la presencia de armas, droga y bebidas alcohólicas, para cuya introducción se cuenta con el beneplácito de los directivos y custodios. Hay cárceles en las que existen zonas para los presos más ricos equipadas con los lujos más insospechados (algunos llegan a tener jardín privado, televisión vía satélite, les organizan sus fiestas de cumpleaños, pueden tener visitas de muchas personas a la vez, etcétera).

Para combatir, supuestamente, la introducción de sustancias prohibidas y de armas, las autoridades practican ostentosos (aunque ineficaces) métodos de revisión de las visitas, algunos de los cuales violan la dignidad de las personas, como lo ha sostenido la CNDH en su Recomendación General número 1. En ese documento la CNDH afirma que "Una de las violaciones a los derechos humanos que con mayor frecuencia se presenta en la mayoría de los centros de reclusión es, precisamente, la relacionada con las revisiones que atentan contra la dignidad de familiares, amistades y abogados que visitan a los internos, que van desde una revisión corporal sin el menor respeto, hasta situaciones extremas en las que las personas son obligadas a despojarse de sus ropas, realizar "sentadillas", colocarse en posiciones denigrantes, e incluso se les somete a exploraciones en cavidades corporales".

La CNDH sostiene también que los afectados por este tipo de revisiones denigratorias con frecuencia se niegan a presentar las correspondientes denuncias, por miedo a que ellos mismos o sus familiares internos sufran represalias; incluso "Algunos afectados prefieren someterse a tales vejaciones antes de permitir que otras personas, incluyendo a sus propios familiares, se enteren de que han sido objeto de tratos degradantes; en otros casos, se ha detectado que no se denuncian tales conductas por ignorancia, ya que los agraviados ni

⁵⁵ BERGMAN, Marcelo (coord.), *Delincuencia, marginalidad y desempeño institucional. Resultados de la segunda encuesta a población en reclusión en el Distrito Federal y el Estado de México*, cit., pp. 41-47.

siquiera sospechan que se trata de actos violatorios de sus derechos fundamentales, y desde luego, las autoridades de los establecimientos de reclusión les hacen creer que es un requisito legal someterse a ellas para visitar a sus familiares o amigos reclusos”.

¿Cómo deberían llevarse a cabo las revisiones? La CNDH solamente pide respeto a los derechos fundamentales para los visitantes de los centros de reclusión. Las revisiones deben hacerse de manera respetuosa, mediante equipos y tecnología que eliminen en lo posible las molestias para las personas sujetas a revisión, sin dañar los objetos que se revisen y sin que sirvan de excusa para abusos y atropellos.

En esa virtud, la CNDH afirma que “un trato digno implica que las personas que visitan los centros de reclusión sean tratadas con amabilidad y con el debido respeto a la intimidad de su cuerpo, es decir, igual que a cualquier otro ser humano, por lo que es indispensable que dichas revisiones sean suprimidas y en su lugar se utilicen los aparatos y tecnología disponibles en el mercado para la detección de objetos y sustancias prohibidas; también se debe capacitar a los servidores públicos que realicen dichas tareas, con el objetivo de construir una cultura del servicio público que tenga como principio rector el respeto al trabajo del funcionario y a la integridad del ciudadano, relación regida por el respeto individual, en donde la vejación ofende la dignidad de ambos. Asimismo, es necesario que se expidan manuales de procedimientos, en los que se señale con precisión la forma en que deben efectuarse las revisiones, los cuales deberán tomar en cuenta, como objetivo primordial, la conciliación entre la seguridad y el absoluto respeto a los derechos humanos”.

Por otro lado, las autoridades penitenciarias no siempre son capaces de mantener el orden, por lo cual son frecuentes los “ajustes de cuentas”, los motines y los actos de violencia entre los reos. Los alimentos que se sirven son de baja calidad (para obligar a los reos a comprar en las “tienditas” de los propios reclusorios o para que los familiares les tengan que llevar alimentos, cuya introducción genera la correspondiente “mordida” para los celadores), el agua potable es escasa, los servicios médicos son precarios (o incluso inexistentes), los baños se encuentran en mal estado, la presencia de roedores y fauna nociva es constante y así por el estilo.

Las anteriores deficiencias aumentan en el caso de los centros de reclusión femeniles, tema al que la CNDH ha dedicado su Recomendación General número 3. En ese documento se constatan las condiciones deplorables de las mujeres presas, ya que su situación es incluso peor que la de los hombres privados de su libertad. Los espacios son más reducidos, la posibilidad de trabajar es menor, los servicios médicos

más escasos y así por el estilo. Ni siquiera se toma en cuenta que muchas mujeres presas tienen junto a ellas a sus hijos menores, por lo que las condiciones de vida deberían ser especialmente dignas, a fin de que los niños no padezcan por situaciones de las que no son responsables. No es mucho mejor la situación de los internos que padecen trastornos mentales cuya precaria situación también ha merecido una recomendación general de la CNDH (la número 9, de octubre de 2004).⁵⁶

La corrupción parece ser la única premisa cierta en el ámbito carcelario mexicano. Hay reportes según los cuales a los presos se les "cobra" por pasar lista, por permitirles ir al baño, por hacer o no hacer determinadas tareas, por tener acceso a servicios médicos, por dormir en una cama en vez de en el suelo, por estar asignados a determinados dormitorios y no a otros, etcétera.⁵⁷ El director de las cárceles del Distrito Federal aceptó que en los establecimientos bajo su mando el monto de la corrupción alcanzaba en el año 2005 la cifra de 5 millones de pesos diarios, es decir, unos 1,800 millones de pesos al año, tomando en consideración solamente a la capital de la República.⁵⁸

Los datos anteriores reflejan la importancia y la preponderancia que tiene el dinero para explicar la forma en que trabajan actualmente nuestras cárceles. Es cierto que "el sistema pensado para la reintegración del individuo se ha convertido y corrompido de tal manera que se ha vuelto él mismo un generador de corrupción y exclusión, fomentando el efecto contrario al pretendido, que es la reeducación y reinserción del individuo. Un sistema donde el que tiene dinero sigue siendo muy favorecido, donde el fuerte domina al débil, donde el mercado de todo tipo de drogas es de lo más fructífero, donde se regatea el precio de mercancías supuestamente prohibidas... ¿qué sentido de derecho, justicia y respeto hacia el prójimo se va desarrollando en la cárcel?"⁵⁹

Sobra decir, como ya se apuntaba con algunos de los datos citados, que el problema carcelario no es exclusivo de México, sino que está presente en muchos países, si bien con distinto grado de intensidad. Sin embargo, en algunos de ellos los tribunales han intervenido para intentar parar la masiva violación de derechos fundamentales que sufren los internos. Por ejemplo, en Colombia la Corte Constitucional

⁵⁶ Todas las recomendaciones generales pueden verse en www.cndh.org.mx, así como en el libro que recopila las primeras 14, publicado por la CNDH en el año 2008.

⁵⁷ BERGMAN, Marcelo (coord.), *Delincuencia, marginalidad y desempeño institucional. Resultados de la segunda encuesta a población en reclusión en el Distrito Federal y el Estado de México*, cit., p. 47.

⁵⁸ Ver la entrevista en <http://www.esmas.com/noticierostelevisa/mexico/481672.html>.

⁵⁹ SÁNCHEZ, Frederic, "Crimen y castigo", *El País*, 5 de septiembre de 2008. Una narración periodística en el mismo sentido, referida a la realidad mexicana, puede verse en SCHERER, Julio, *Máxima seguridad. Ahmoloaya y Puente Grande*, México, DeBolsillo, 2009.

ha emitido una sentencia en la que refiere las condiciones “estructurales” que las cárceles deben tener para garantizar los derechos de los presos (sentencia SU-995 de 1999); incluso la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha llegado a dictar medidas precautorias para el caso de violaciones flagrantes de los derechos de los presos en las cárceles de la provincia argentina de Mendoza.⁶⁰

Esperamos que la reforma de los juicios orales sea también una oportunidad para que el Estado de derecho se aplique en las cárceles mexicanas, a fin de que se respeten los derechos de las personas afectadas (internos desde luego, pero también funcionarios, familiares y abogados).

5. UN INFORME ESCANDALOSO

A finales del año 2008 la CNDH dio a conocer su “Segundo Informe Especial sobre el ejercicio efectivo del derecho fundamental a la seguridad pública”.⁶¹ El texto es interesante, ya que es el primer ejercicio de ese tipo y con esos alcances que se produce luego de la firma del “Acuerdo Nacional por la Seguridad, la Justicia y la Legalidad”, que fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de agosto de 2008, con la participación de los más importantes actores políticos nacionales, tanto del gobierno federal como de los gobiernos locales y de la sociedad civil.

Cuando atravesamos por una gran crisis de seguridad pública en todo el país, ponerle atención a este tipo de documentos es lo mínimo que se les debe exigir tanto a las autoridades como a los propios ciudadanos. La seguridad pública se ha vuelto, junto con la crisis económica, la principal preocupación de ciudadanos y gobernantes. El Presidente Felipe Calderón ha declarado en reiteradas ocasiones que ningún tema le ha quitado más tiempo durante su gestión presidencial que la lucha contra la criminalidad. Se trata de un asunto importante sobre el que cada uno de nosotros debe aportar sus propias reflexiones y poner de su parte, ya sea para colaborar con la solución del problema o para quitarse de en medio en caso de que su incapacidad, tratándose de funcionarios, no le permita obtener los resultados que se esperan.

⁶⁰ Ver el informe del CELS, *Informe 2005. Derechos humanos en Argentina*, CELS, Siglo XXI editores, Buenos Aires, 2005, pp. 193-194. En el mismo informe pueden verse distintos ejemplos de casos judiciales resueltos por la justicia argentina para poner fin a prolongados periodos de detención preventiva o para reconocer la injusta detención de personas inocentes que habían sido víctimas de “casos armados” por la policía para cumplir algún tipo de cuota o exigencia de sus superiores (ver, en el libro citado, páginas 119 y ss).

⁶¹ El texto completo del informe puede verse en: <http://www.cndh.org.mx/lacndh/informes/espec/2infSegPublica08/2informeSeguridad08.htm>.

¿Qué nos dice la CNDH en su informe?⁶² La parte quizá más alarmante del mismo tiene que ver con la dimensión que ha cobrado el fenómeno delictivo en México. Según el informe, en los últimos 11 años se denunciaron en México 18 millones de delitos. Ahora bien, la tasa de delinquentes sentenciados por la comisión de los mismos es muy baja, inferior al 10%. Por ejemplo, en el año 2006 se denunciaron 1,580,742 probables delitos. Fueron consignados ante los juzgados de primera instancia 243,617 casos y se obtuvieron 143,927 sentencias condenatorias. El siguiente cuadro presenta el desglose de estas cifras, entre los años 1997 y 2008:

CUADRO NÚMERO 9

<i>Año</i>	<i>Delitos denunciados (ambos fueros)</i>	<i>Delitos consignados al juez</i>	<i>Probable responsable con auto de formal prisión</i>	<i>Sentencias dictadas</i>	<i>Sentencias condenatorias</i>	<i>Sentencias absolutorias</i>
1997	1,564,828	215,594	144,617	142,195	122,063	20,132
1998	1,450,510	222,645	151,093	140,312	120,720	19,592
1999	1,466,643	224,451	153,349	143,255	124,704	18,551
2000	1,420,251	220,479	151,048	141,725	122,582	19,143
2001	1,512,450	228,491	158,745	147,813	127,997	19,816
2002	1,516,027	234,191	164,894	152,260	132,374	19,886
2003	1,517,925	241,860	172,584	158,801	139,962	18,839
2004	1,505,844	248,613	174,934	166,397	146,894	19,503
2005	1,505,223	250,122	177,298	168,218	149,071	19,147
2006	1,580,742	243,617	173,072	162,989	143,927	19,062
2007	1,715,974	246,205	174,301	163,910	145,446	18,464
2008	1,540,689 (al 31 de noviembre)	S/R	S/R	S/R	S/R	S/R
Total	18,297,106	2,576,268	1,795,935	1,687,875	1,475,740	212,135

⁶² Aunque el informe de la CNDH se refiere a algunos puntos que ya se han tocado, hemos preferido dedicar el presente apartado a su contenido, aunque corramos el riesgo de caer en algunas repeticiones respecto de lo que ya se ha dicho en apartados anteriores. En todo caso, consideramos de la mayor importancia lo que asienta la CNDH en su documento, a fin de contar con un diagnóstico más sólido y completo del sistema penal mexicano.

Ahora bien, la tasa de denuncias encubre lo que se llama la “cifra negra”, que según algunas estimaciones de los últimos años que ya hemos citado es del 90% del total de delitos efectivamente cometidos; la CNDH, de manera muy cautelosa, estima una cifra negra general del 70% y del 75% para el delito de secuestro, la cual es inferior a otras estimaciones parecidas sobre el tema. La cifra negra se integra por todos aquellos delitos que no son denunciados o que por cualquier razón no llegan a conocimiento de las autoridades. Tomando en consideración la cifra negra, la CNDH estima que durante los últimos tres años se han cometido 16 millones de delitos por año. Estos delitos han afectado a 48 millones de víctimas, es decir, 43,835 diarias. La tasa de impunidad total se ubica en un escandaloso 98.76%. El siguiente cuadro da cuenta de la correlación entre los delitos denunciados y la cifra negra:

CUADRO NÚMERO 10

<i>Año</i>	<i>Delitos denunciados (ambos fueros) 30%</i>	<i>Cifra negra 70%</i>	<i>Total 100%</i>
1997	1,564,828	3,651,265	5,216,093
1998	1,450,510	3,384,523	4,835,033
1999	1,466,643	3,422,167	4,888,810
2000	1,420,251	3,319,919	4,734,170
2001	1,512,450	3,529,050	5,041,500
2002	1,516,027	3,537,396	5,053,423
2003	1,517,925	3,541,825	5,059,750
2004	1,505,844	3,513,636	5,019,480
2005	1,505,223	3,512,187	5,017,410
2006	1,580,742	3,688,398	5,269,140
2007	1,715,974	4,003,939	5,719,913
2008	1,540,689 (al 31 de noviembre)	3,594,941	5,135,630
<i>Total</i>	18,297,106	42,699,246	60,990,352

Entre enero de 2006 y el 1 de diciembre de 2008 se han ejecutado a 10,500 personas (5,585 solamente durante 2008). De ellas el 86% han sido particulares, el 12% servidores públicos y un 2% menores de edad. Del 1 de enero hasta el 1 de diciembre de 2008

se habían ejecutado en México a 648 servidores públicos, entre los que se encuentran 52 militares, 105 policías federales, 102 policías preventivos, 163 policías municipales y 151 policías ministeriales. Encabezan la lista de funcionarios ejecutados Chihuahua con 142 y Sinaloa con 112 casos.

CUADRO NÚMERO 11

<i>Año</i>	<i>Personas ejecutadas</i>
2001	1,080
2002	1,230
2003	1,290
2004	1,304
2005	1,776
2006	2,221
2007	2,712
2008	5,585 (hasta el 1 de Diciembre)
<i>Total</i>	17,198

Según la PGR, un homicidio es clasificado como ejecución cuando las víctimas presentan una o más de las siguientes circunstancias: 1) Decapitados; 2) Con tiro de gracia; 3) Ojos vendados; 4) Mordaza con cinta adhesiva; 5) Atados de pies y manos; 6) Con mensajes en cuerpo o cartulinas; 7) Más de cinco disparos de arma de fuego; 8) Que las víctimas hayan sido previamente "levantadas"; 9) Presenten huellas de tortura; 10) Que en la agresión se hayan empleado armas de grueso calibre tanto cortas como largas; 11) Que se haya presentado una emboscada o persecución; 12) Que se encuentren con los dedos o manos mutilados; 13) Calcinados; 14) Descuartizados; 15) Que los cadáveres hayan sido "encobijados o embolsados" y degollados, colocados en sus propios vehículos e incluso algunos de ellos hayan sido "quemados" en tambos. Sobra decir que la inmensa mayoría de las ejecuciones no son castigadas y, en muchos casos, ni siquiera se realiza ningún tipo de investigación. Son homicidios que quedan impunes.

El dato de la CNDH sobre ejecuciones debe sin embargo ser leído conjuntamente con lo que nos indica el ICESI sobre homicidios dolosos en el país.

CUADRO NÚMERO 12

HOMICIDIOS DOLOSOS

TOTAL Y POR CADA 100 MIL HABITANTES

REGISTRO ANTE AGENCIAS DEL MINISTERIO PÚBLICO DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS

ENTIDAD	1997		1998		1999		2000		2001		2002		2003		2004		2005		2006		2007		2008	
	Total	/ 100mil hab	Total	/ 100mil hab	Total	/ 100mil hab	Total	/ 100mil hab	Total	/ 100mil hab	Total	/ 100mil hab	Total	/ 100mil hab	Total	/ 100mil hab	Total	/ 100mil hab	Total	/ 100mil hab	Total	/ 100mil hab	Total	/ 100mil hab
Agua Calientes	14	2	88	7	27	3	13	1	22	2	26	3	20	2	18	2	19	2	24	2	49	4	63	6
Baja California	492	23	292	13	657	29	459	19	456	18	461	18	471	18	470	17	539	19	483	17	511	17	853	28
Baja California Sur	60	15	18	4	31	7	31	7	25	6	28	6	23	5	38	7	34	7	20	4	28	5	28	5
Campeche	130	19	117	17	78	11	55	8	52	7	51	7	55	7	37	5	51	7	28	4	38	5	45	6
Coahuila	175	8	155	7	139	8	128	5	130	5	118	5	116	5	103	4	139	6	109	4	121	5	179	7
Colima	99	20	89	17	53	10	43	8	56	10	45	8	34	8	45	8	44	8	38	6	30	5	33	6
Chiapas	1,357	36	1,398	36	1,458	37	1,270	32	1,252	31	1,058	25	921	22	835	20	415	10	358	8	358	8	364	8
Chihuahua	677	23	584	20	425	14	437	14	503	16	523	17	455	14	440	14	550	17	593	18	617	19	1,414	42
Distrito Federal	977	11	947	11	880	10	709	8	811	9	748	8	715	8	710	8	698	8	649	7	714	8	713	8
Durango	61	4	134	9	291	20	163	11	321	22	170	11	216	14	120	8	189	12	112	7	250	16	430	28
Guanajuato	327	7	230	5	259	6	280	6	233	5	208	4	213	4	194	4	213	4	242	5	220	5	257	5
Guerrero	1,273	42	1,306	42	1,242	40	1,398	45	1,255	40	1,095	33	854	27	530	17	765	24	837	27	800	25	851	30
Hidalgo	360	16	250	11	198	9	115	5	148	6	129	6	113	5	123	5	118	5	101	4	147	6	139	6
Jalisco	570	9	604	10	545	9	470	7	458	8	431	7	424	6	370	8	384	6	425	6	385	6	462	7
México	3,035	25	2,985	24	2,966	23	2,728	21	2,862	22	2,870	21	2,879	21	2,845	21	2,313	17	2,766	19	1,127	8	1,291	9
Michoacán	757	19	1,024	25	575	14	487	12	475	12	428	11	448	11	476	12	427	11	874	17	527	13	565	14
Morelos	178	12	216	14	346	23	318	21	193	12	228	14	173	11	219	14	180	10	159	10	113	7	135	8
Nayarit	132	14	165	18	148	18	121	13	127	13	117	12	95	10	109	11	93	10	84	10	108	11	147	15
Nuevo León	183	4	180	4	131	3	123	3	140	4	124	3	135	3	117	3	143	3	180	4	283	7	283	6
Oaxaca	788	23	748	22	823	24	972	28	1,625	48	1,406	40	1,482	42	1,130	32	1,053	30	1,077	30	948	27	733	21
Puebla	729	15	675	14	575	12	573	11	502	10	463	9	468	9	468	9	341	6	415	8	401	7	426	8
Queretaro	234	16	117	9	55	4	64	4	86	6	71	5	71	5	62	4	68	4	52	3	57	3	58	3
Quintana Roo	335	43	117	14	123	14	245	27	252	27	184	18	228	22	138	13	118	11	118	10	176	14	192	15
San Luis Potosí	259	13	297	13	416	18	348	15	195	8	314	13	123	5	168	7	178	7	116	5	153	6	218	9
Sinaloa	669	26	844	25	564	22	469	19	551	21	485	18	482	18	515	20	608	23	602	23	741	28	1,156	44
Sonora	526	24	555	25	292	13	194	9	185	8	165	7	203	9	250	10	275	11	238	10	308	13	303	10
Tabasco	353	19	368	20	229	12	213	11	169	9	141	7	150	8	120	6	84	4	84	4	193	10	148	7
Tamaulipas	473	12	428	18	253	9	219	8	165	6	184	6	242	8	225	8	357	12	338	11	265	9	308	10
Tlaxcala	63	7	49	5	163	17	280	28	352	35	309	30	286	27	280	25	350	33	158	15	42	4	42	4
Veracruz	722	11	707	10	594	9	465	7	487	7	450	6	501	7	485	6	459	6	434	6	478	7	477	7
Yucatán	22	1	23	1	8	0	26	2	16	1	30	2	32	2	30	2	22	1	22	1	30	2	47	2
Zacatecas	113	8	116	8	90	7	98	7	94	7	104	8	104	8	55	4	58	4	50	4	68	5	74	5
REPÚBLICA	18,183	17	15,565	16	14,633	15	13,550	14	14,208	14	13,110	13	12,760	13	11,690	11	11,255	11	11,594	11	10,291	10	12,577	12

Fuente: Sistema Nacional de Seguridad Pública y CONAPO

Los datos del año 2006 son proporcionados por la Dirección General de Planeación e Innovación Institucional de la Procuraduría General de la República.

Las tasas correspondientes a los años 2005 al 2007 son estimadas con las proyecciones actuales de la página de CONAPO.

En el caso de Tlaxcala, el formato CIESP señala cero homicidios dolosos. El dato utilizado fue proporcionado verbalmente por el Secretario General de Gobierno del Estado a ICESI.

Cabe destacar que la información correspondiente al 2008 puede sufrir algunos cambios, dado que es preliminar.

Fuente: http://www.icesi.org.mx/documentos/estadisticas/estadisticas/denuncias_homicidio_doloso_1997_2008.pdf

La tasa de homicidios en México por cada 100,000 habitantes es alta (12 por cada 100,000 habs.), pero debe decirse que es inferior a países como Venezuela (47), Colombia (36), Jamaica (32) o Ecuador (16). Lo preocupante en el caso de México es la gran variación regional que se presenta; por ejemplo, las tasas más altas de homicidio doloso las encontramos en Sinaloa (43 por cada 100,000), Chihuahua (42), Guerrero (30) y Durango (27); las más bajas están en Yucatán (2), Querétaro (3) y Tlaxcala (3), lo que pone a estas tres entidades federativas a un nivel comparable con países considerados como seguros en el mundo (como Suiza o Finlandia, por citar dos ejemplos).⁶³

La CNDH nos alerta también, como lo han hecho diversas organizaciones ciudadanas, sobre la alta incidencia del terrible delito de secuestro. Entre el 2001 y noviembre de 2008 se reportaron (por denuncia ante las autoridades) 5,140 casos de secuestro. En esta modalidad delictiva la cifra negra se estima en un 75%, de modo que en realidad durante ese periodo se han de haber cometido más de 20,500 secuestros, lo que equivale a 2,500 por año y 7 por día.

CUADRO NÚMERO 13

<i>Año</i>	<i>Secuestros denunciados 25%</i>	<i>Cifra negra 75%</i>	<i>Total 100%</i>
2001	593	1,779	2,372
2002	542	1,626	2,168
2003	582	1,746	2,328
2004	523	1,569	2,092
2005	423	1,269	1,692
2006	727	2,181	2,908
2007	785	2,355	3,140
2008	965 (al mes de noviembre)	2,895	3,860
<i>Total</i>	5,140	15,420	20,560

Un registro más completo sobre el mismo delito, con leves variaciones en las cifras, es el que nos ofrece el ICESI en el siguiente cuadro.

⁶³ Los datos en <http://www.icesi.org.mx/documentos/encuestas/encuestasNacionales/ENSI-6.pdf>, pp. 46-47. Un completo análisis del caso de los Estados Unidos puede verse en Roth, Randolph, *American homicide*, Harvard University Press, 2009; el autor hace un interesante análisis de las variaciones históricas en las tasas de homicidios, así como la cifra tan alta que mantiene en la actualidad (aunque mucho más baja que México, claro), lo que hace de los Estados Unidos la nación desarrollada con más homicidios del mundo.

SECUESTRO

TOTAL Y POR CADA 100 MIL HABITANTES

REGISTRO ANTE AGENCIAS DEL MINISTERIO PÚBLICO DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS

CUADRO NÚMERO 14

ENTIDAD	1997		1998		1999		2000		2001		2002		2003		2004		2005		2006		2007		2008	
	Total	/100mil hab	Total	/100mil hab	Total	/100mil hab	Total	/100mil hab	Total	/100mil hab	Total	/100mil hab	Total	/100mil hab	Total	/100mil hab	Total	/100mil hab	Total	/100mil hab	Total	/100mil hab	Total	/100mil hab
Agua Calientes	7	1	6	1	2	0	1	0	16	2	2	0	0	0	4	0	0	0	1	0	17	2	22	2
Baja California	26	1	72	3	23	1	47	2	25	1	22	1	19	1	9	0	9	0	38	1	20	1	115	4
Baja California Sur	1	0	5	1	5	1	1	0	2	0	0	0	0	0	1	0	0	0	5	1	0	0	5	1
Campeche	0	0	6	1	6	1	0	0	2	0	0	0	1	0	2	0	1	0	0	0	3	0	0	0
Coahuila	0	0	3	0	0	0	1	0	0	0	2	0	0	0	0	0	6	0	2	0	1	0	5	0
Colima	14	3	4	1	3	1	3	1	1	0	1	0	2	0	1	0	1	0	2	0	0	0	4	1
Chiapas	44	1	12	0	37	1	28	1	30	1	12	0	12	0	6	0	6	0	5	0	15	0	8	0
Chihuahua	30	1	18	1	3	0	5	0	2	0	4	0	3	0	3	0	5	0	10	0	13	0	38	1
Ciudad Federal	22	0	66	1	120	1	141	2	148	2	144	2	136	2	145	2	103	1	82	1	118	1	139	2
Durango	1	0	6	0	5	0	3	0	9	1	9	1	11	1	2	0	4	0	0	0	3	0	5	0
Guanajuato	13	0	20	0	11	0	8	0	8	0	11	0	4	0	6	0	4	0	8	0	12	0	14	0
Guerrero	50	2	45	1	35	1	42	1	44	1	28	1	27	1	11	0	19	1	21	1	28	1	38	1
Hidalgo	5	0	7	0	13	1	8	0	4	0	4	0	6	0	6	0	6	0	7	0	5	0	16	1
Jalisco	112	2	89	2	31	0	27	0	14	0	18	0	13	0	11	0	7	0	5	0	14	0	13	0
México	38	0	25	0	38	0	65	1	76	1	82	1	104	1	45	0	48	0	42	0	52	0	136	1
Michoacán	112	3	77	2	63	2	29	1	30	1	24	1	20	0	9	0	13	0	16	0	35	1	88	2
Morales	6	0	7	0	9	1	3	0	22	1	6	0	10	1	9	1	12	1	13	1	5	0	0	0
Nayarit	9	1	3	0	25	3	7	1	7	1	11	1	1	0	1	0	2	0	2	0	3	0	3	0
Nuevo León	5	0	15	0	1	0	2	0	4	0	3	0	5	0	6	0	1	0	1	0	1	0	19	0
Oaxaca	69	2	54	2	76	2	68	2	2	0	6	0	5	0	5	0	1	0	5	0	9	0	27	1
Puebla	23	0	27	1	12	0	17	0	11	0	10	0	9	0	7	0	5	0	9	0	5	0	8	0
Querétaro	3	0	5	0	6	0	8	0	1	0	1	0	1	0	1	0	0	0	1	0	0	0	2	0
Quintana Roo	8	1	7	1	7	1	3	0	12	1	0	0	0	0	1	0	2	0	4	0	7	1	10	1
San Luis Potosí	0	0	0	0	2	0	0	0	6	0	2	0	1	0	4	0	0	0	1	0	3	0	1	0
Sinaloa	23	1	26	1	38	1	29	1	25	1	12	0	13	0	6	0	6	0	9	0	15	1	12	0
Sonora	7	0	6	0	7	0	38	2	5	0	7	0	8	0	3	0	5	0	7	0	5	0	8	0
Tabasco	316	17	76	4	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	10	0	34	2
Tamaulipas	0	0	0	0	4	0	13	0	7	0	4	0	5	0	0	0	7	0	18	1	20	1	21	1
Tlaxcala	0	0	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	14	1	47	4	270	25	0	0	0	0
Veracruz	8	0	6	0	8	0	4	0	7	0	10	0	19	0	13	0	6	0	7	0	13	0	10	0
Yucatán	39	2	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Zacatecas	43	3	30	2	0	0	4	0	1	0	0	0	1	0	3	0	1	0	2	0	4	0	23	2
REPÚBLICA	1,045	1	734	1	590	1	601	1	521	1	433	0	436	0	334	0	325	0	601	1	436	0	825	1

Fuentes: Sistema Nacional de Seguridad Pública y CONAPO

Los datos del año 2006 son proporcionados por la Dirección General de Planeación e Innovación Institucional de la Procuraduría General de la República

Las tasas correspondientes a los años 2005 al 2007 son calculadas con las proyecciones actuales de la página de CONAPO

Cabe destacar que la información correspondiente al 2008 puede sufrir algunos cambios, dado que es preliminar.

Fuente: http://www.icesi.org.mx/documentos/estadisticas/estadisticas/denuncias_secuestro_1997_2008.pdf

El informe de la CNDH también repara en un tema que suele ocupar titulares en la prensa y al que se refieren con frecuencia algunos políticos, pero que no ha sido debidamente analizado. Nos referimos al ejercicio del gasto público en materia de seguridad. Las cantidades que ha invertido el Estado mexicano en este rubro en los años recientes no son nada desdeñables. El presupuesto federal para seguridad pública en el año 2008 fue de más de 70 mil millones de pesos, y para 2009 la misma cifra se sitúa en los 94,784 millones de pesos (solamente la Secretaría de Seguridad Pública Federal tiene un presupuesto asignado de casi 33 mil millones de pesos para 2009). La CNDH ha documentado lo que estas cantidades tan grandes suponen, si se considera la cantidad de dinero invertido por cada delito denunciado. El siguiente cuadro ilustra el nivel de gasto al que nos referimos:

CUADRO NÚMERO 15

Año	Delitos Denunciados (Fuero Federal)	Delitos Consignados al Juez	Presuntos delincuentes con auto de formal prisión	Sentencias dictadas	Sentencias condenatorias	Sentencias absolutorias	Pesos gastados por delito denunciado
1997	73,913	34,740	26,492	24,724	22,981	1,743	60,122.17
1998	74,866	34,101	26,236	25,642	23,703	1,939	57,123.80
1999	76,174	33,981	26,529	24,963	23,129	1,834	86,021.02
2000	81,760	32,260	25,337	23,544	21,707	1,837	122,859.59
2001	74,131	31,378	25,415	24,472	22,568	2,174	161,126.99
2002	73,803	33,599	27,086	26,501	24,142	2,359	193,118.50
2003	81,103	35,575	28,428	27,796	25,350	2,446	175,351.17
2004	81,541	35,010	27,117	28,940	26,342	2,598	168,249.05
2005	89,534	36,892	28,735	28,694	26,163	2,531	169,549.15
2006	109,646	35,492	26,821	29,300	26,101	3,199	171,668.71
2007	137,276	36,941	26,687	28,464	25,226	3,238	166,680.42
2008 (al mes de junio)	68,474	S/R	S/R	S/R	S/R	S/R	211,901.09 (al mes de junio)
Total	1,022,221	379,969	294,883	293,310	267,412	25,898	X

A la luz de los datos anteriores uno se podría preguntar si el dinero gastado ha sido o no bien empleado. De hecho, la cifra se volvería insoportablemente alta si el cálculo se hiciera no en relación a los delitos denunciados, sino a las sentencias condenatorias efectivamente dictadas y ejecutadas.

A propósito de este cálculo de la CNDH, quisiéramos hacer una breve reflexión sobre un tema vinculado con los costos económicos del proceso penal y, más en general, del funcionamiento de la justicia en general.

En la introducción de nuestro libro sobre los juicios orales que ya se ha citado hicimos una breve relación de los beneficios que traía para el sistema democrático contar con un buen procedimiento penal. Intentamos entonces explicar el estrecho vínculo que existe entre el sistema penal y la democracia, al grado de que solamente se puede hablar de "democracias de calidad" cuando se cuenta con buenos sistemas penales. Ahora quisiéramos apuntar simplemente la necesidad de observar y analizar los vínculos que existen entre el sistema penal y la economía.

A lo largo de 2008 las (malas) noticias económicas coparon los titulares de la prensa, la televisión y la radio. La crisis financiera terminó suponiendo un vendaval que puso de relieve la falta de control y de supervisión en los sistemas económicos de los países más desarrollados del mundo. A México la crisis no le fue indiferente. Nuestra dependencia de la economía de los Estados Unidos y la debilidad de algunas variables económicas (como la excesiva dependencia del petróleo), terminaron por pintar un panorama por demás aciago, en el que se conjuntaron elementos como la disminución de los créditos al consumo y a la producción, el aumento de las tasas bancarias de interés, el aumento del desempleo, la persistencia de la precariedad laboral y sub-empleo, etcétera. Ante este panorama, creemos que el esfuerzo de algunos analistas y académicos tendría que enfocarse en la determinación del impacto económico que tiene el sistema penal, es decir, a la interacción entre el derecho penal y la economía.

Los juristas más tradicionales no le verán mucho sentido a tal propuesta y seguramente criticarán el ejercicio, pero estamos convencidos de que las nuevas generaciones de abogados mexicanos deben estar al tanto de que cualquier decisión jurídica (ya sea que se tome por los legisladores, por los jueces, por los notarios, por los ministerios públicos o incluso por los teóricos) puede tener importantes consecuencias económicas. En otros países se ha empleado de forma muy provechosa y desde hace décadas el "análisis económico" del

derecho, rama del conocimiento que en México ha tenido un desarrollo bastante escaso. Creemos que también la reforma penal de junio de 2008 puede y debe ser analizada a la luz de su relevancia económica, dadas las difíciles circunstancias que estamos viviendo en México y que probablemente persistirán en los próximos años.

Las preguntas importantes que surgen de inmediato cuando se plantea nuestro tema son, entre otras muchas, las siguientes: ¿qué puede aportar el procedimiento penal a la economía de un país? ¿hay alguna relación entre el procedimiento penal y el crecimiento económico? ¿qué incidencia presupuestal tiene la reforma penal? ¿el gasto en el funcionamiento del sistema está bien empleado? ¿se justifica un nivel tan alto de gasto? ¿es necesario invertir más? ¿qué incentivos económicos están presentes en un procedimiento penal? ¿se pueden utilizar esos incentivos para que los agentes involucrados trabajen mejor y lo hagan dentro del marco legal, abandonando prácticas corruptas?

Ojalá en el futuro se desarrollen las investigaciones necesarias para contestar a estas preguntas. Consideramos que conforman una interesante agenda que todavía está por ser desarrollada y que tiene mucho interés para la puesta en práctica de nuevos esquemas teóricos (nuevos al menos para México) y sobre todo como herramienta para incidir en el diseño de políticas públicas sustantivas que tanta falta le hacen al Estado mexicano.⁶⁴

6. ARMAS

Aunque se podrían ofrecer muchos más datos que se vinieran a sumar a los que se han recogido en las páginas anteriores, quisiéramos cerrar este apartado solamente con uno más que refleja una dificultad objetiva de gran magnitud para el sistema de seguridad pública de México y también para el sistema penal en su conjunto. Nos referimos al problema del tráfico de armas y a la gran cantidad de ellas que circulan por las calles.

Si el Estado moderno se define, desde el concepto clásico de Max Weber, por tener el monopolio de la violencia legítima, esto supone la necesidad de mantener a raya el poder de los particulares para

⁶⁴ La referencia clásica sobre el tema del análisis económico del derecho es el trabajo de Richard Posner, *El análisis económico del derecho*, 2a. ed., México, FCE, 2007. En México destacan las aportaciones de Andrés ROEMER en varios de sus libros (por ejemplo en *Introducción al análisis económico del derecho*, FCE, ITAM, SMGE, 1994 y en particular en su obra *Economía del crimen*, México, Noriega Editores, INACIPE, 2002), así como el importante ensayo de José Ramón Cossío, *Derecho y análisis económico*, México, FCE, ITAM, 1997.

apoderarse de los instrumentos necesarios para ejercer violencia por sí solos, comenzando por las armas de fuego que tanto daño pueden causar. Y en esto todos los datos a la mano ofrecen enormes evidencias para la preocupación. El problema no solamente existe, sino que empeora dada la cercanía con Estados Unidos, por un lado, y dada la enorme corrupción en nuestras aduanas, a través de las cuales entran miles de armas de forma completamente ilegal por otro. A eso hay que sumar las armas, registradas ante la SEDENA, que están legalmente en manos de particulares pero cuyo uso es imposible de controlar de forma completa.⁶⁵

La disponibilidad de armas para los cárteles mexicanos de la droga proviene en buena medida de la ligereza con que los estados de la Unión Americana regulan su compraventa. Hay algunos datos escalofriantes. Por ejemplo, en Texas y otros cinco estados no hay un requisito mínimo de edad para comprar un arma; un niño de 12 años puede hacerse de una pistola o un rifle. En 48 estados sus habitantes pueden comprar sin mayor problema un rifle de asalto y en 43 de ellos no se requiere de una autorización, licencia o permiso especial para hacerlo. En 46 estados no existe límite alguno al número de armas que una persona puede comprar en cualquier momento que lo desee.

Cuatro estados han establecido que una misma persona puede comprar solamente un arma al mes, como medida para prevenir el tráfico ilegal de armamento. En 35 estados no existe ningún tipo de registro respecto de los poseedores de armas. En muchos casos basta con que el comprador vaya a la tienda para que pueda salir con el arma que desea, sin que nadie verifique si tiene antecedentes y sin que tenga que esperar unos días para obtenerla.⁶⁶

El resultado de esta regulación completamente insensata es que hay cuarenta millones de personas armadas en los Estados Unidos. La población estadounidense tiene en sus manos 65 millones de pistolas y revólveres de todo tipo; el 39% de los hogares de ese país tiene un rifle. Entre 55,000 y 120,000 veces se usan esas armas para autodefensa. Eso explica, por ejemplo, que cada año se reporten 130,000 heridos por arma de fuego.⁶⁷

⁶⁵ La Constitución mexicana establece el derecho a la posesión de armas en su artículo 10, el cual fue copiado de la Segunda Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos. Sobre el contenido y alcance del artículo 10, CARBONELL, *Los derechos fundamentales en México*, cit., pp. 622 y ss.; sobre el surgimiento y desarrollo de la segunda enmienda, CARBONELL, Miguel, *Una historia de los derechos fundamentales*, México, Porrúa, UNAM, CNDH, 2005, pp. 199 y ss.

⁶⁶ Todos estos datos y otros muchos sobre el tema pueden verificarse en www.smallarmssurvey.org.

⁶⁷ Sobre el tema puede verse el documento "LEGAL COMMUNITY AGAINST VIOLENCE, REGULATING GUNS IN AMERICA: AN EVALUATION AND COMPARATIVE

¿Cuántas de esas armas terminan en manos de la criminalidad organizada al sur de la frontera con México? Seguramente cientos de miles del año.⁶⁸ Y eso sin contar las exportaciones legales de armas que hace Estados Unidos y que le reportaron, por ejemplo, ingresos por 18 mil millones de dólares para el año 2004.

Las cifras anteriores ponen de manifiesto que la cooperación contra el crimen organizado entre Estados Unidos y México debe comenzar por una supervisión mucho más férrea del mercado de armas del lado norteamericano y con una vigilancia estricta en los pasos fronterizos mexicanos. Sin esos dos elementos va a ser muy difícil que las autoridades mexicanas se puedan imponer a las mafias que controlan el tráfico de drogas, la trata de personas y la venta ilegal de armas de todo tipo.

La Suprema Corte de los Estados Unidos tuvo hace poco una magnífica oportunidad para frenar la insensata carrera armamentista de la sociedad norteamericana, ya que durante su periodo de sesiones correspondiente al año 2008 dictó una sentencia en la que tenía que decidir sobre la constitucionalidad de una norma del Distrito de Columbia en la que se prohibía la tenencia de armas.

La que Ronald Dworkin ha calificado como "falange conservadora"⁶⁹ de la Corte dejó ir tal oportunidad e hizo una interpretación originalista y retrógrada de la Segunda Enmienda de la Constitución de 1787, la cual es conocida como la "enmienda vergonzante" o "embarrassing amendment".⁷⁰

En efecto, el juez Scalia reconoció, al escribir el texto de la sentencia *District of Columbia versus Heller*, que no podía ser limitado el derecho a poseer y portar armas, de acuerdo a la Segunda Enmienda y a los muchos datos que se desprenden de la posturas de los llamados "Padres fundadores" sobre el tema.⁷¹

ANALYSIS OF FEDERAL, STATE AND SELECTED LOCAL GUN LAWS (2008)", disponible en http://www.lcav.org/library/reports_analyses/RegGuns.entire.report.pdf.

⁶⁸ Ver la interesante discusión y los datos que sobre este punto recogen AGUIAR, Rubén y CASTAÑEDA, Jorge G., *Narco: la guerra fallida*, cit., pp. 65 y ss.

⁶⁹ DWORKIN, Ronald, *The Supreme Court phalanx. The court's new right-wing bloc*, New York review books, Nueva York, 2008.

⁷⁰ Su texto es el siguiente: "Siendo necesaria una milicia bien ordenada, para la seguridad de un Estado libre, no se violará el derecho del pueblo a poseer y portar armas". Sobre su contenido ver LEVINSON, Sanford, "The embarrassing Second Amendment", *The Yale Law Journal*, número 99, número 3, diciembre de 1989.

⁷¹ Un análisis crítico de la sentencia puede verse en los ensayos de Akhil Reed Amar, Reva B. Siegel y Cass Sunstein, publicado en *Harvard Law Review*, vol. 122, noviembre de 2008, pp. 145 y ss. El análisis del argumento "originalista" empleado por Scalia se encuentra en SOLUM, Lawrence B., "District of Columbia v. Heller and originalism", Illinois Public Law research paper, en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1241655.

En México la situación constitucional no es muy alentadora, ya que —como dijimos en párrafos precedentes— el artículo 10 de la Carta Magna señala que:

Los habitantes de los Estados Unidos Mexicanos tienen derecho a poseer armas en su domicilio, para su seguridad y legítima defensa, con excepción de las prohibidas por la Ley Federal y de las reservadas para el uso exclusivo del Ejército, Armada, Fuerza Aérea y Guardia Nacional. La ley federal determinará los casos, condiciones, requisitos y lugares en que se podrá autorizar a los habitantes la portación de armas.

El texto del artículo 10 limita el objeto de la posesión de armas: solamente se pueden tener para la seguridad y legítima defensa; ahí encuentra sus límites este "derecho". También señala el artículo que la competencia en materia de armas es del Congreso de la Unión, a través de una Ley Federal. Corresponde a dicha Ley establecer cuáles son las armas prohibidas (que lo serán tanto para particulares como para las autoridades) y cuáles son las que están reservadas al uso exclusivo de las fuerzas armadas.

La Ley que menciona el artículo que se comenta es la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, cuya aplicación corresponde a las secretarías de Gobernación y de la Defensa Nacional.

En la Ley Federal de Armas se obliga a quien quiera ejercer la tenencia domiciliaria de las propias armas que permite el artículo 10 constitucional a registrarlas ante la Secretaría de la Defensa Nacional (artículo 7).

En su última parte el artículo 10 remite a las determinaciones de la ley los supuestos para la portación de armas por los habitantes. Se trata, como es evidente, de una cuestión distinta a la posesión, la cual solamente tiene cobertura constitucional cuando se ejerce en el domicilio, fuera del cual ya se está en el supuesto de la portación.

Los pronunciamientos jurisprudenciales relativos al artículo 10 constitucional se enfocan casi siempre a los aspectos penales, a la distinción entre portación y posesión de armas, al carácter de arma prohibida o de arma reservada con el que la ley designa a cierto tipo de armas, etcétera. Algunos que tienen carácter más general son los siguientes:

ARMAS DE FUEGO, PORTACIÓN SIN LICENCIA DE. COMPETENCIA. El artículo 10 de la Constitución General de la República declara que los habitantes de los Estados Unidos Mexicanos tienen derecho a poseer armas en su domicilio, para su seguridad y legítima defensa, con excepción de las prohibidas por la ley federal y de las reservadas al uso exclusivo

del Ejército, Armada, Fuerza Aérea y Guardia Nacional, y que la ley federal determinará los casos, condiciones, requisitos y lugares en que se podrá autorizar a los habitantes la portación de armas. Por consiguiente, al hacer referencia el mencionado precepto constitucional a la ley federal, como la única que podrá determinar cuáles armas estarán prohibidas y cuáles permitidas y en qué casos, condiciones, requisitos y lugares se podrá autorizar a los habitantes la portación de armas, alude expresamente a la facultad del Congreso de la Unión para legislar en materia de armas de fuego y explosivos. Por su parte el artículo 73, fracción XXI, de la propia Constitución señala que el Congreso de la Unión tiene facultad para definir los delitos y faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse. En conclusión como el delito de portación de arma de fuego sin licencia está contemplado por la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, es inconcuso que es en el Fuero Federal donde radica la jurisdicción para conocer del mismo. *Tesis aislada. Semanario Judicial de la Federación*, Tomo III, Primera Parte, Enero a Junio de 1989, Octava Época, Primera Sala. p. 243.

ARMAS DE FUEGO, CONTROL DE LA POSESIÓN DE. SEÑALAMIENTO DE DOMICILIO. El artículo 10 constitucional consagra como garantía el derecho de los habitantes de la República a poseer armas en su domicilio para su seguridad y legítima defensa, con excepción de las prohibidas por la ley reglamentaria y de las reservadas para el uso exclusivo del ejército, fuerza aérea y guardia nacional. Esta garantía no les otorga el derecho de poseer armas en otro sitio donde residan temporalmente, es decir, sin la finalidad de fijar su residencia permanente o en una casa rodante instalada en el chasis de un vehículo que sea utilizado como transporte para instalarse en algún lugar del país en fines de semana o períodos de vacaciones; de ahí que si el artículo 16 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos establece la obligación de señalar, para efectos de control de posesión de armas, un único domicilio de residencia permanente, ello es para que la autoridad encargada de expedir la autorización y de ejercer el control correspondiente, esté en condiciones de sujetar la posesión de armas a los límites que la paz y la tranquilidad de los habitantes exige, para evitar que se ofendan los derechos de la sociedad, la cual está interesada en que la posesión y uso de armas de fuego queden sujetos a su control. *Tesis aislada. Semanario Judicial de la Federación*, Tomo 187-192, Sexta Parte, Séptima Época, Tribunales Colegiados de Circuito. p. 27.

ARMA, CONCEPTO DE. Por arma debe entenderse el instrumento fabricado para el ataque o la defensa. *Tesis aislada. Semanario Judicial de la Federación*, Tomo LII, Segunda Parte, Sexta Época, Primera Sala. p. 11.

ARMAS, PORTACIÓN DE. Armas prohibidas son aquellas cuya portación o uso se consideran dignos de sanción penal en cualquier caso, y permitidas son aquellas cuyo uso o portación se autoriza previo el cumplimiento de determinados requisitos legales. *Tesis aislada. Semanario Judicial de la Federación*, Tomo CXXIII, Quinta Época, Primera Sala. p. 1396.

La gran cantidad de armas que circula en México supone el mayor desafío imaginable para nuestra seguridad. En las grandes ciudades una persona acude a cualquier sucursal bancaria y se topa con policías armados. Afuera de restaurantes de cierto nivel siempre hay guardaespaldas y choferes igualmente armados. Muchas personas guardan en sus hogares o cargan en sus vehículos armas de todo tipo. Y a eso hay que sumar la cantidad de armas que tiene en sus manos la delincuencia. Estamos hablando de millones de armas y municiones que inundan de riesgo e inseguridad nuestras calles y desde luego nuestras vidas.

Una parte de esas armas proviene de los robos que sufren las corporaciones policiacas (se reportan como robos, aunque en muchos casos seguramente se trata de simples ventas o de descuidos perfectamente planeados). De enero del año 2000 a junio del año 2008 fue reportado ante la SEDENA el robo de 6,932 armas que estaban en poder de secretarías de seguridad pública y procuradurías estatales.⁷² Tan solo en el año 2005 fueron robadas 1,097 armas cortas, es decir, casi 3 diarias.

En el año 2007 se presentaron ante la PGR 13,739 denuncias por presuntos delitos de portación de arma de fuego, lo que equivale a 13 denuncias por cada 100 mil habitantes.⁷³ Más de 9,000 personas son sentenciadas por violar la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos cada año.⁷⁴ Se trata de la segunda modalidad delictiva más denunciada ante el fuero federal, solamente por detrás de los delitos contra la salud. A nivel de fuero común se sentencian al año a casi 6,000 personas por delitos relacionados con "armas prohibidas".⁷⁵

Según el ICESI, uno de cada tres delitos es cometido a mano armada, y en ellos las armas se utilizan en un 34% de los casos, lo

⁷² Periódico *Reforma*, 18 de agosto de 2008, p. 8 (sección nacional).

⁷³ Anexo estadístico del Segundo Informe de Gobierno del Presidente de la República (septiembre de 2008), p. 66.

⁷⁴ Anexo estadístico del Segundo Informe de Gobierno del Presidente de la República (septiembre de 2008), p. 68. Tómese en cuenta, para apreciar la magnitud de esta cifra, que por delitos en materia de narcóticos se sentencian anualmente a 14,600 personas (con datos de 2007); es decir, los delitos relacionados con las armas son casi tan numerosos como los delitos de tráfico de drogas.

⁷⁵ Anexo estadístico del Segundo Informe de Gobierno del Presidente de la República (septiembre de 2008), p. 69.

que significa que una de cada 10 víctimas es agredida con algún tipo de arma.⁷⁶

7. CONCLUSIONES

Todos los datos que se han citado no tienen otro objetivo más que el de proporcionar una mirada empírica a la situación de nuestro sistema penal y de nuestro sistema de seguridad pública.⁷⁷ Seguramente reflejan solamente una parte muy pequeña de los problemas existentes, pero es mejor tomarlos en cuenta al momento de intentar analizar y aplicar en la práctica el nuevo régimen constitucional que surge con la reforma del 18 de junio de 2008.

Lo que no es válido es criticar a la reforma (que desde luego que tiene muchos defectos) porque sus autores no ofrecieron un diagnóstico y hacer caso omiso de los datos que sí existen. Los críticos de la reforma deberían haber hecho siquiera el intento de ofrecer a los interesados ese diagnóstico. Pero lejos de hacer su tarea, más bien parece que la ciencia penal mexicana sigue anclada en su fuerte dogmatismo, a partir del cual intenta hacer ingeniosos ejercicios de contraste entre teorías que supuestamente compiten entre ellas, pero que escapan a la comprensión de los ciudadanos comunes y corrientes, y probablemente tampoco interesen mucho a quienes manejan nuestro sistema penal.

Creemos que las estadísticas citadas nos permiten establecer al menos cuatro conclusiones de carácter general:

- a) Las dimensiones del procedimiento penal mexicano son muy considerables. Debemos hacernos cargo de la magnitud del reto que enfrenta cualquier reforma en la materia, dadas las condiciones sociales, políticas, institucionales y delictivas actuales.
- b) El problema de fondo tiene que ver con la ineficacia general del sistema en su conjunto, la cual se hace presente —si bien en distinto grado— en todos los eslabones que componen la cadena del sistema.
- c) La respuesta que se ofrezca, a partir de la reforma constitucional del 18 de junio del 2008, tiene que enfrentar la citada complejidad del reto, a efecto de atacar cada sector e ir avanzando de forma integral en la generación de un sistema renovado que sea, a la vez, más justo y más eficaz. Sobra señalar

⁷⁶ Quinta Encuesta Nacional sobre Inseguridad, ICESI, 2007 (consultable en www.icesi.org.mx).

⁷⁷ Sobre las recíprocas relaciones entre el sistema penal y el sistema de seguridad pública abundaremos al analizar el contenido del artículo 21 constitucional.

que ambos objetivos no están peleados, sino que más bien se necesitan y se alimentan recíprocamente. No puede haber eficacia sin justicia, de la misma forma que no hay justicia sin un sistema que prevenga, persiga y sancione efectivamente la comisión de los delitos.⁷⁸

- d) Una clave del éxito de la reforma pasa por la reducción del número de armas que entran en el territorio nacional y que van a parar directamente a manos de las mafias del crimen organizado. Si no se logra abatir el tráfico de armas va a ser muy difícil que el Estado mexicano se imponga a los grandes cárteles, pero también a las bandas delictivas de mediano tamaño. La presencia de armas en nuestras calles es una permanente amenaza a la integridad física de todos los habitantes del país. Recuperar la función del Estado como detentador del monopolio de la violencia legítima, pasa por el requisito de quitarles a los particulares los millones de armas que hoy en día tienen en sus manos.

⁷⁸ Sobre la relación entre eficacia y justicia, Flix FIERRO, Héctor, *Tribunales, justicia y eficiencia*, México, IJ-UNAM, 2006.

SEGUNDA PARTE

CONTENIDO DE LA REFORMA

El contenido de la reforma publicada el 18 de junio de 2008 presenta una enorme riqueza y su análisis detenido requeriría centenares o incluso miles de páginas. En lo que sigue intentaremos destacar los asuntos más relevantes, considerando su grado de novedad para el sistema penal mexicano y el desafío institucional que representan hacia adelante. Cabe recordar que el decreto de reforma implicó la modificación de nada menos que 10 artículos constitucionales, además de que cuenta con 11 artículos transitorios. Es decir, estamos hablando de una de las más amplias reformas constitucionales en años, incluso si se toma en cuenta un punto de vista puramente formal, independientemente de la complejidad que comporta el tema penal en sí mismo considerado.

Para efecto de ordenar la exposición que sigue, revisaremos el contenido de la reforma conforme al orden de aparición en el texto constitucional de las correspondientes modificaciones, aunque —como decimos— solamente en sus aspectos más novedosos o llamativos, sin ánimo alguno de exhaustividad temática.

CAPÍTULO CUARTO

ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL

La reforma del 18 de junio de 2008 tuvo importantes repercusiones en el contenido del artículo 16 constitucional. Recordemos que este artículo es uno de los más leídos y citados por los abogados mexicanos, ya que trata de temas esenciales dentro del conjunto de los derechos fundamentales en México.⁷⁹ Es el artículo que establece, entre otros asuntos, las obligaciones de fundamentación y motivación de los actos de molestia que realizan las autoridades, así como, las causas por las que se puede detener a una persona.

La reforma modifica el contenido del artículo 16 en los siguientes temas: requisitos para librar una orden de aprehensión, concepto de flagrancia, constitucionalización del arraigo, concepto de delincuencia organizada, uso de comunicaciones privadas dentro de un proceso y figura de los jueces de control.⁸⁰ Veamos con algún detalle las implicaciones de estas seis cuestiones.

1. REQUISITOS PARA LA ORDEN DE APREHENSIÓN

La reforma pretende cambiar el “estándar” para librar una orden de aprehensión. Anteriormente se exigía que dicha orden fuera librada solamente si el juez podía advertir que existía una probable responsabilidad y que se había acreditado la existencia del cuerpo del delito. Estas exigencias habían a su vez sido producto de una reforma anterior, de 1999, en la que se eliminaba el requisito de que se hubieran acreditado los “elementos del tipo penal”, ya que dicho estándar se estimaba exageradamente elevado y dificultaba el libramiento de tales órdenes.⁸¹

⁷⁹ Un análisis de su trascendencia, no solamente en materia penal, puede verse en CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, cit., pp. 692 y ss.

⁸⁰ Cabe apuntar que después de junio de 2008 el artículo 16 se reformó nuevamente para incluir un segundo párrafo completamente nuevo en materia de protección de datos personales; la reforma en cuestión fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 1 de junio de 2009. En las páginas siguientes nos referiremos a los párrafos del artículo 16 tal como quedaron acomodados después de la reforma de 2009.

⁸¹ Ver las observaciones que sobre el tema nos ofrece DÍAZ ARANDA, Enrique, *Proceso penal acusatorio y teoría del delito*, México, Straf, 2008, pp. 443 y ss. Específicamente, Díaz Aranda con-

Con la reforma se exige que se acrediten los "datos que establezcan que se ha cometido" un hecho delictivo y "que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión". Se trata, como puede apreciarse y como lo reconoce expresamente el dictamen de la Cámara de Diputados redactado para efectos de su aprobación, de una "rebaja" en los requisitos para librar la orden. Dicha rebaja, dice el dictamen, ubica la exigencia en un nivel "internacionalmente aceptado", aunque en el citado documento no se ofrece ningún ejemplo concreto de los países que lo aceptan así. La idea de los autores de la reforma, en este punto, es remover el "cuello de botella" en que se ha convertido la averiguación previa, a fin de que el indiciado pueda tener a salvo todos sus derechos frente a la autoridad judicial.

Sergio García Ramírez ha escrito duras críticas a esta parte de la reforma, a la que ha calificado como "un retroceso histórico, ominoso y evidente... un severo retroceso en el régimen constitucional de derechos y garantías, con notorio riesgo para la libertad y sin verdadero avance para la justicia".⁸²

En realidad no queda muy claro cuál es el objetivo del poder reformador de la Constitución en este punto y por tanto las advertencias de García Ramírez podrían resultar proféticas. Tiene sentido que se rebajen los requisitos para librar una orden de aprehensión cuando un proceso penal está guiado férreamente por el principio de presunción de inocencia y cuando la existencia de la prisión preventiva es en verdad excepcional. En ese caso la orden de aprehensión librada con requisitos "laxos" no tendría más efecto que presentar a una persona ante un juez, a efecto de informarle de la acusación en su contra y darle una oportunidad completa de defensa ante la autoridad judicial, encargada en un primer momento sobre todo de vigilar que se le causen las menores molestias posibles a lo largo del procedimiento.

Ahora bien, como se verá más adelante, no estamos seguros de que el problema del uso excesivo de la prisión preventiva se haya resuelto en México. Aunque la reforma da un paso adelante mediante la eliminación de esa suerte de cheque en blanco en que se había convertido el concepto de "delito grave" previsto en el apartado A fracción I del artículo 20 constitucional, lo cierto es que tampoco se

sidera que la citada dificultad para el libramiento de órdenes de aprehensión derivaba de la adopción por parte del poder reformador de la Constitución de la teoría finalista del delito, tal como quedó expresamente señalado en la exposición de motivos de la reforma de 1999 (pp. 478-479).

⁸² *La reforma penal constitucional, cit.*, pp. 33 y 36.

puede afirmar contundentemente que la prisión preventiva se haya reducido al mínimo indispensable, y ni siquiera que el espacio que le reconoce la Constitución se ajuste a las exigencias internacionalmente reconocidas.

García Ramírez sugiere que el concepto de "hecho delictivo" se debe interpretar como equivalente a "cuerpo del delito", de tal forma que se impida, por vía de la interpretación, que se materialice el retroceso histórico que representa la reforma.⁸³ Es una posibilidad hermenéutica que merece ser tomada en cuenta.

IMP
INTER

2. CONCEPTO DE FLAGRANCIA

En México la Constitución se ha reformado en tantas ocasiones que ya nadie parece indignarse por el hecho de que se tenga que modificar una vez más para efecto de revertir una mala interpretación de su texto por parte del legislador o incluso del juez. En el caso que nos ocupa, la reforma penal del 18 de junio se tuvo que abocar a la definición constitucional de la flagrancia dado que el legislador ordinario había extendido dicho concepto hasta aspectos que no le son propios, a través de la regulación de la llamada "cuasi-flagrancia", que permitía detener sin orden judicial cuando ya habían transcurrido 24 o incluso 48 horas de la comisión del delito.

Esta ventana de "oportunidad" para los policías era utilizada con frecuencia, al grado de que un porcentaje relevante de detenciones se efectúan sin orden judicial, por haberse aprehendido a la persona en flagrancia o en flagrancia equiparada.⁸⁴ Se estima que alrededor de un 93% de internos en el Distrito Federal y el Estado de México había sido detenido en este supuesto.⁸⁵

La reforma constitucional señala con claridad en el artículo 16, párrafo quinto que cualquier persona puede detener al "indiciado".

⁸³ La reforma penal constitucional, cit., p. 32.

⁸⁴ Los datos que justifican esta afirmación pueden verse en CARBONELL y OCHOA REZA, *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?*, cit., pp. 3-4. Ver también las cifras que presentan BERGMAN y otros, *Delincuencia, marginalidad y desempeño institucional. Resultados de la segunda encuesta a población en reclusión en el Distrito Federal y el Estado de México*, cit., pp. 53-54, donde además de la distancia temporal entre la comisión del hecho ilícito y la detención, los autores reparan en el tiempo que transcurre entre la detención y la puesta a disposición de la autoridad ministerial (en el 20% de los casos ese tiempo es de 3 a 6 horas; en el 11% de 7 a 24 horas y en un 5% es de más de 24 horas; sobra recordar que la Constitución dispone que la puesta a disposición debe hacerse sin demora, es decir inmediatamente).

⁸⁵ MACALONI, Ana Laura e IBARRA OLGUÍN, Ana María, "La configuración jurisprudencial de los derechos fundamentales. El caso del derecho constitucional a la defensa adecuada", *Cuestiones constitucionales. Revista mexicana de derecho constitucional*, núm. 19, México, julio-diciembre de 2008, p. 115.

en el momento mismo en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido. No se permite, por tanto, la figura de la cuasi-flagrancia o flagrancia equiparada.

Este supuesto de detención autorizado por el texto constitucional se verifica única y exclusivamente cuando se sorprende a una persona en el momento mismo de la comisión del hecho o bien durante su persecución material inmediata posterior.

Es importante llamar la atención del lector sobre una disposición de la reforma constitucional que impacta directamente en el procedimiento de detenciones en flagrancia: nos referimos a la obligación constitucional de crear un registro "inmediato" de detenciones, que figura en la última frase del párrafo quinto del artículo 16.

Respecto de ese registro García Ramírez opina, acertadamente, que debería aplicarse a cualquier modalidad bajo la que se practique una detención, sin que se limite a los casos de flagrancia previstos por el párrafo quinto. De esa manera habría una constancia registral "inmediata" (hay que tener siempre presente el calificativo que usa la Constitución), de toda detención, arresto, prisión preventiva, reclusión penitenciaria, internamiento de inimputables, etcétera.⁸⁶

¿Qué autoridad tiene la obligación de configurar el registro? Consideramos que tiene que ser la primera autoridad que lo practique, con independencia de que la autoridad "de custodia" a la que se entregue el detenido (por ejemplo el ministerio público o el juez de paz) tenga a su cargo otro registro.

García Ramírez nos alerta sobre la necesidad de que el registro de detenciones no se limite a consignar el nombre del detenido, sino que ofrezca datos que pudieran ser relevantes en el curso de los actos procedimentales que deben darse a continuación (por ejemplo, para la calificación de las condiciones de la detención que, eventualmente, tendría que hacer el juez de control o juez de garantías): "El registro, verdaderamente indispensable como medio de control que evite abusos de la autoridad, no sirve solamente a la identificación del sujeto, sino trasciende a las diversas consecuencias que pueden provenir de una privación de libertad".⁸⁷ Habría, en consecuencia, que precisar las circunstancias que rodearon a la detención: hecho, momento, agente que la llevó a cabo, etcétera.

Uno de los dilemas que tendrá que enfrentar el legislador al desarrollar las reglas concretas aplicables al registro de detención al que se refiere el artículo 16 constitucional será el relativo a su publicidad.

⁸⁶ GARCÍA RAMÍREZ, *La reforma penal constitucional*, cit., p. 71.

⁸⁷ *Idem*.

Es decir, el legislador tendrá que contestar a las siguientes preguntas: ¿el registro de detenciones es público o reservado? En caso de que sea público, ¿lo podrá consultar cualquier persona? En caso de que sea reservado, ¿lo será indefinidamente o solamente por un plazo?

Más adelante, cuando analicemos con algún detalle el alcance del principio de publicidad procesal contenido en el artículo 20 de la Carta Magna haremos una reflexión más detenida sobre los riesgos y dilemas que ofrece la publicidad "pre-procesal" (es decir, aquella que se produce desde el momento de la detención hasta el inicio del proceso judicial). Salta a la vista que se trata de un terreno en el que confluyen varios derechos fundamentales.

Desde luego, hay que tomar en cuenta el derecho de acceso a la información pública establecido en el artículo 6º párrafo segundo constitucional; pero también es preciso asegurar el derecho a la intimidad, el derecho al honor y la presunción de inocencia (la cual, como veremos más adelante, opera no solamente frente a las autoridades sino también respecto a la sociedad en su conjunto: el individuo debe ser presumido inocente también frente a las personas que lo conocen y a todas aquellas que pueden percibir algo distinto a esa presunción si alguna información es transmitida en los medios masivos de comunicación, por ejemplo una foto del momento de la detención).

La solución del problema no es fácil. Hay argumentos atendibles y razonables en ambas direcciones: en favor de la reserva de los registros de detención y en favor de la máxima publicidad.

Como no se trata de una cuestión que quepa dejar sin resolverse, creo que es necesario manifestar (incluso cuando uno pudiera tener muchas dudas), un criterio orientador. En ese sentido, nos manifestamos por la apertura y por la transparencia de los registros. Entendemos que pueden ser objeto de un tratamiento desproporcionado e incluso amarillista por parte de los medios de comunicación, pero también es cierto que el mantener en secreto una detención no beneficia más que a ciertas autoridades que con frecuencia actúan con absoluta arbitrariedad. La publicidad puede además ser un antídoto contra la demora en la presentación de los detenidos; demora que, como ya se dijo, parece ser la regla general hoy en día.

La experiencia de derecho comparado es ambivalente. En Estados Unidos las detenciones se hacen públicas; en Europa se suele guardar una mayor reserva, sobre todo cuando se trata de simples particulares (el ámbito de protección de la intimidad es menor cuando se trata de personajes famosos y todavía más reducida si el detenido es un funcionario público). México debe buscar, obviamente, sus

propias respuestas, pero creemos que —en principio— debe apostarse por la máxima transparencia. Transparencia que podrá ser limitada cuando la persona detenida sea menor de edad, desde luego.

Vale la pena aclarar que nos referimos a la transparencia de los registros de detención, no a la presentación pública, ante los medios de comunicación, de los detenidos, cuestión que sin duda afecta la presunción de inocencia y que será objeto de análisis y crítica más adelante, en el apartado referido al principio de publicidad.

3. ARRAIGO

Uno de los argumentos más recurrentes que esgrimen las autoridades para justificar su fracaso en la prevención y persecución del delito es que no cuentan con las herramientas legales para tener éxito. Es decir, las autoridades sostienen que necesitan más facultades, dado que las que tienen no son suficientes para enfrentar adecuadamente a la criminalidad. Parece que se trataría de una cuestión vinculada exclusivamente con un régimen jurídico que impediría actuar de forma eficiente a los encargados de aplicar la ley.

En este contexto, hay algunas autoridades que pretenden resolver los problemas de la inseguridad a través de reformas legales, como si los delincuentes estuvieran suscritos al Diario Oficial y lo primero que hicieran por la mañana fuera dedicarse afanosamente a su lectura. Lo que ninguna autoridad ha hecho es demostrar que utiliza cabalmente y sin fisuras (internas o externas) las facultades legales que efectivamente tiene; esto es importante ya que si no demuestra que ha "agotado" el espacio que le otorga la ley para combatir a la criminalidad, difícilmente se justificaría que pidiera una ampliación de facultades o que argumentara que las actuales no son suficientes.

Lo anterior viene a cuento porque la reforma constitucional que estamos analizando parece que dio por buenos tales argumentos y les proporcionó una herramienta muy delicada a los agentes de la autoridad encargados de la investigación de los delitos. Nos referimos al arraigo previsto ahora en el párrafo octavo del artículo 16 de la Carta Magna.

La reforma señala que el arraigo será decretado solamente por la autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y cuando se trate de delitos considerados como de delincuencia organizada. Además de esa reserva "competencial", el párrafo en cuestión determina que el arraigo podrá durar un máximo de 40 días, los cuales sin embargo podrán ser extendidos por otros 40. Es decir, una persona puede

permanecer arraigada durante casi 3 meses sin que se formalice en su contra una acusación o se le vincule a proceso.

La reforma precisa que el arraigo solamente se podrá imponer, cuando "sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpadó se sustraiga a la acción de la justicia". Hay por tanto una carga de la prueba que tendrá que ser superada por el órgano que solicita el arraigo y adecuadamente valorada por el juez que deba decidir sobre su otorgamiento.

Frente a su regulación anterior (la que se había realizado a nivel legislativo, en distintos códigos de procedimientos penales), la disposición constitucional que comentamos tiene la virtud de que limita la aplicación del arraigo a las investigaciones que se realicen por la presunta comisión de delitos calificados como de delincuencia organizada; hay que considerar que tales delitos caen bajo la competencia federal únicamente, según el artículo 73 fracción XXI, adicionada también mediante la reforma publicada el 18 de junio de 2008.

Infelizmente, el artículo undécimo transitorio de la misma reforma extiende la potestad de los jueces de todos los niveles de gobierno para conceder el arraigo hasta por 40 días, cuando se trate de delitos graves. Tal potestad no existe para aquellas entidades federativas en las cuales ya se haya producido la declaratoria de la entrada en vigor del nuevo sistema procesal penal, tal como lo exige el artículo segundo transitorio, siempre del decreto del 18 de junio. Esta regla se aplica tanto a las entidades federativas que ya cuentan con el nuevo sistema penal como para aquellas que lo irán implementando en los siguientes años.

Lo peligroso es que la reforma permite extender el uso del arraigo hasta por 8 años (en el caso límite) y lo hace ahora desde el propio texto constitucional, por lo que no podrá declararse la inconstitucionalidad de la figura, que ya se había determinado por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Cabe destacar que el transitorio autoriza nada más el "arraigo domiciliario", por lo que no podrá decretarse que el detenido sea ubicado más que en su propio domicilio, con lo cual se extingue la posibilidad de llevarlos — como ha sucedido durante tantos años — a casas de seguridad o "centros de arraigo".

La constitucionalización del arraigo ha generado fuertes críticas por parte de los especialistas. Se trata de uno de los aspectos más cuestionables o débiles de la reforma, ya que lleva hasta la Carta Magna el muy vernáculo principio de "detener para investigar", cuando en la mayoría de países democráticos del mundo sucede lo

contrario: primero se investiga a una persona y, cuando se reúnen los elementos suficientes, se le detiene. Los autores de la reforma quisieron ser muy "internacionales" en ciertos temas, pero resultaron excesivamente domésticos en otros.

En el fondo de las críticas que se le han hecho a esta parte de la reforma late un problema más general, sobre el que tendremos oportunidad de volver en su momento: el problema de si el combate a la criminalidad organizada puede hacerse con las reglas comunes del procedimiento penal o si, por el contrario, hacen falta reglas específicas que permitan enfrentar a las grandes bandas de asaltantes, contrabandistas, tratantes de personas, roba-coches, secuestradores o narcotraficantes. Se trataría de discutir sobre la justificación y el espacio que se le debería dar (o no dar) a un "derecho penal de excepción" o con "garantías atenuadas".

Desde luego, la Constitución mexicana parece haberse inclinado por la creación de un subsistema penal aplicable a la delincuencia organizada, como lo demuestra el párrafo que estamos analizando y el que le sigue en la enunciación del artículo 16. Al elegir esta ruta nuestro país no está inventando nada, sino que se suma a las experiencias parecidas de otros Estados, de los que tenemos sin embargo mucho que aprender.⁸⁸

4. CONCEPTO DE DELINCUENCIA ORGANIZADA

El párrafo noveno del artículo 16 constitucional señala, a partir de la reforma, que por delincuencia organizada "se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia"

Se trata de una disposición que nos ofrece una de las claves de comprensión de la reforma en su conjunto y que puede dar lugar a distintos puntos de análisis.

Comencemos por su aspecto más evidente: el puramente gramatical. La enunciación del párrafo es, a simple vista, tan amplia como imprecisa. El poder reformador de la Constitución decidió tomar como base para su concepto de delincuencia organizada dos coordenadas, de entre las muchas posibles: una numérica, vinculada con el número de integrantes de un grupo o banda (3 o más personas) y

⁸⁸ Ver, sobre el tema, las consideraciones que realiza LUIGI FERRAJOLI, a propósito del subsistema penal de excepción en Italia, dentro de su magna obra *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., pp. 695 y ss.

otra temporal, relacionada con la duración de sus actividades delictivas (las cuales deberán ser "permanentes" o "reiteradas", para encajar en la definición constitucional).

La definición del párrafo noveno contiene un elemento adicional que conviene observar: hace una remisión a la ley en su última parte, de modo que le ofrece al legislador la habilitación para que intente ser más preciso y cuidadoso, cabe suponer que con el objetivo de que no se abra un boquete enorme para los derechos fundamentales bajo el amparo de la lucha contra la criminalidad organizada. Desde luego, la ley no podrá extender los supuestos de restricción de derechos ni ampliar el concepto ofrecido por la Constitución para definir lo que debe entenderse por delincuencia organizada. Pero sí podrá restringir su alcance, a fin de que el régimen jurídico para la delincuencia organizada se aplique al menor número de casos, a aquellos en que de verdad sea imprescindible.

Con todo, cabe apuntar que el legislador no cuenta con un cheque en blanco para definir las modalidades delictivas que deben considerarse como delincuencia organizada. Además de estar limitado por el propio texto constitucional expreso, considero que debe remontar una especie de "carga de la prueba" en la que tendría que demostrar que una determinada conducta efectivamente puede ser definida como de delincuencia organizada y estar sujeta —en esa virtud— a un régimen de garantías atenuadas. En su caso, la determinación legislativa tendría que pasar un test de proporcionalidad a cargo de los jueces constitucionales.

Ahora bien, como se apuntaba en el inciso anterior, preceptos como el que estamos comentando nos convocan a pensar en las posibilidades de éxito del Estado mexicano en su lucha frente a la criminalidad organizada y sobre si el procedimiento penal ordinario permite dicho éxito o más bien lo impide, dificulta o estorba. Y en este punto la pregunta esencial es si los problemas de la impunidad generalizada son una cuestión de eficacia y preparación de los encargados de aplicar la ley, o bien de falta de facultades a favor de los agentes del Estado mexicano.

La respuesta parece obvia, a la luz de la evidencia disponible y no hace falta abundar demasiado en ella. En todo caso, se debe señalar que un régimen diferenciado debe justificarse con mucha puntualidad y ser interpretado de forma restrictiva (como se interpretan siempre las excepciones). Por tanto, se puede afirmar que el procedimiento penal ordinario debe ser el que se aplique como regla general, a menos que haya elementos objetivos e indubitables que hagan aplicable el régimen de delincuencia organizada.

5. LIMITACIÓN DE LA PRIVACIDAD DE LAS COMUNICACIONES

La nueva redacción del párrafo décimo segundo del artículo 16 constitucional abre un flanco de debilidad para el principio de que las comunicaciones privadas no deben ser intervenidas, ni pueden tener valor en un juicio, a menos que exista una orden judicial previa que autorice su registro. En efecto, la reforma constitucional permite ahora que las comunicaciones privadas puedan aportarse a juicio, siempre que esto se haga de forma voluntaria por una de las partes que intervienen en las mismas.

Ar 1.
 El juez de la causa está facultado para valorar el alcance de la aportación que haga una de las partes de la comunicación, de modo que la reforma establece, desde el texto de la Carta Magna, un principio de libre valoración de la prueba a favor de la autoridad judicial. Libertad evidentemente anudada a los principios de la lógica y la argumentación jurídica.

El mismo párrafo citado señala una limitación importante: ninguna conversación puede ser admitida en un juicio si viola un deber de confidencialidad establecido legalmente (un deber previsto por el legislador, por tanto).⁸⁹

En los documentos que se redactaron a propósito de la reforma por parte de los legisladores federales, se expuso que esta medida tenía por objetivo permitir que una conversación grabada por los familiares de la víctima de un secuestro (relativa a la negociación con los secuestradores) pudiera ser aportada en juicio, sin que un juez pudiera declarar su nulidad. Ahora bien, podría haberse llegado a dicha conclusión sin modificar el texto constitucional, a través de una interpretación adecuada del límite al correspondiente derecho fundamental. Tal límite estaría ubicado en la frontera de la conducta penal.

En efecto, ningún derecho fundamental puede servir para la comisión de delitos. La libertad de tránsito no alcanza para violar la propiedad privada de nuestro vecino, la libertad de expresión no sirve para insultar o vejar a las demás personas, el derecho a una vivienda digna no avala la invasión de terrenos o casas particulares, el derecho a la salud no solapa el robo a una farmacia y así por el estilo. El derecho penal, en términos generales, es un límite a los

⁸⁹ Es evidente, para nosotros, que la norma remite a la ley por cuanto hace a la existencia del deber de confidencialidad, el cual puede desde luego surgir y tomar forma, en un caso concreto, a partir de la existencia de un contrato o de un nombramiento. No hay en esto, nos parece, ninguna confusión ni puede haberla. Ver, sin embargo, las observaciones de GARCÍA RAMÍREZ, *La reforma penal constitucional*, cit., p. 81.

derechos fundamentales, siempre que los tipos penales puedan justificarse en relación a otro derecho fundamental.

En este contexto, por citar un ejemplo, el delito de secuestro atenta contra la libertad de tránsito de la persona, contra su integridad física y contra otros bienes de rango constitucional o protegidos por los tratados internacionales. En esa medida, el correspondiente tipo penal puede ser esgrimido como un límite al derecho fundamental de inviolabilidad de las comunicaciones privadas. No hacía falta modificar la Constitución para llegar a esa conclusión.

Sin embargo, con la adición realizada al párrafo décimo segundo se corre el riesgo de que las autoridades puedan utilizar a particulares para obtener información de ciertas personas a las que se esté investigando, sin tener que pedir la correspondiente orden judicial. García Ramírez apunta que "es obvio que la autoridad puede valerse de particulares o los propios infractores pueden preparar elementos de descargo o motivos de benevolencia a través de la grabación de comunicaciones. Aquéllos serían aportadores 'voluntarios' de registros".⁹⁰

Por otro lado, la disposición añade un importante grado de incertidumbre en las comunicaciones, ya que cualquiera podría pensar que está siendo grabado y que lo que diga podría terminar siendo presentado en un juicio, generando de esa forma un efecto inhibitorio en el ejercicio del correspondiente derecho fundamental.

La norma no es clara cuando señala que la valoración del juez se hará siempre que la conversación esté relacionada con la comisión de un delito. ¿Significa eso que solamente se podrán aportar grabaciones dentro de juicios penales o también se podrán aportar en juicios de otras materias, cuando lo grabado pudiera tener alguna "relevancia" penal?⁹¹

Para terminar este apartado, queremos destacar que no deja de ser curioso que la reforma ponga en cuestión la oponibilidad del derecho a la privacidad de las comunicaciones justo cuando la Suprema Corte había reconocido que dicha privacidad podía ser violada también por los particulares (aceptando de esa manera la teoría más moderna de los derechos fundamentales, que les reconoce "efectos horizontales" a los mismos, en la medida en que obligan tanto a las autoridades como a los particulares).⁹² Las tesis en cuestión fueron las siguientes:

⁹⁰ *La reforma penal constitucional*, cit., p. 81.

⁹¹ Ver algunas consideraciones adicionales sobre el tema y sobre los derechos fundamentales involucrados en ROSAS CASTAÑEDA, Juan Antonio, "Análisis de la validez y eficacia probatoria de las grabaciones obtenidas a través de 'trampas de escuchas'", *Boletín mexicano de derecho comparado*, número 124, México, enero-abril de 2009, pp. 253-287.

⁹² Sobre el tema, BILBAO UBILLOS, Juan María, *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*, Madrid, McGraw-Hill, 1997; BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*,

COMUNICACIONES PRIVADAS. EL DERECHO A SU INVIOLABILIDAD, CONSAGRADO EN EL ARTÍCULO 16, PÁRRAFO NOVENO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, ES OPONIBLE TANTO A LAS AUTORIDADES COMO A LOS GOBERNADOS, QUIENES AL TRANSGREDIR ESTA PRERROGATIVA INCURREN EN LA COMISIÓN DE UN ILÍCITO CONSTITUCIONAL. Del análisis de lo dispuesto en diversos preceptos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se advierte que la misma contiene mandatos cuyos destinatarios no son las autoridades, sino que establece deberes a cargo de los gobernados, como sucede, entre otros casos, de lo dispuesto en sus artículos 2o., 4o. y 27, en los que la prohibición de la esclavitud, el deber de los padres de preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental, así como los límites a la propiedad privada, constituyen actos u omisiones que deben observar aquéllos, con independencia de que el mandato constitucional constituya una garantía exigible a las autoridades y que, por ende, dentro de su marco competencial éstas se encuentren vinculadas a su acatamiento. En tal virtud, al establecer el Poder Revisor de la Constitución, en el párrafo noveno del artículo 16 de la Constitución General de la República, que las "comunicaciones privadas son inviolables", resulta inconcuso que con ello estableció como derecho fundamental el que ni la autoridad ni los gobernados pueden intervenir una comunicación, salvo en los casos y con las condiciones que respecto a las autoridades establece el propio numeral y, por tanto, la infracción de los gobernados a tal deber conlleva la comisión de un ilícito constitucional, con independencia de los efectos que provoque o del medio de defensa que se prevea para su resarcimiento, en términos de la legislación ordinaria correspondiente. *Tesis aislada. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XII, Diciembre de 2000. Novena Época. Segunda Sala. Tesis 2ª CLX/2000. p. 428.

COMUNICACIONES PRIVADAS. LAS PRUEBAS OFRECIDAS DENTRO DE UN JUICIO CIVIL, OBTENIDAS POR UN GOBERNADO SIN RESPETAR LA INVIOLABILIDAD DE AQUÉLLAS, CONSTITUYEN UN ILÍCITO CONSTITUCIONAL, POR LO QUE RESULTAN CONTRARIAS A DERECHO Y NO DEBEN ADMITIRSE POR EL JUZGADOR CORRESPONDIENTE. El artículo 16, párrafo noveno, de la Constitución

Madrid, CEPC, BOE, 1997; DE VEGA, Pedro, "La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la *drittwirkung der grundrechte*)" en *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002; FERRAJOLI, Luigi, "Contra los poderes salvajes del mercado: para un constitucionalismo de derecho privado" en VARIOS AUTORES, *Estrategias y propuestas para la reforma del Estado*, 2a. ed., México, IIJ-UNAM, 2002; JULIO ESTRADA, Alexei, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000; MIJANGOS y GONZÁLEZ, Javier, "El amparo en revisión 2/2000: una puerta hacia la incidencia de las garantías individuales en las relaciones entre particulares", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 14, México, 2003; MIJANGOS y GONZÁLEZ, Javier, *La vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, México, Porrúa, 2004; VALADÉS, Diego, *La protección de los derechos fundamentales frente a particulares*, México, SCJN, 2005 y CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, cit., pp. 132 y ss.

Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que las comunicaciones privadas son inviolables; que exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada; que dicha petición deberá ser por escrito, en la que se funden y motiven las causas legales de la solicitud, expresando el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración; y que no se podrán otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor. El párrafo décimo de dicho numeral señala que las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes, y que los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio. Ante ello, debe estimarse que fue voluntad del Poder Revisor de la Constitución establecer como derecho fundamental la inviolabilidad de las comunicaciones privadas y, en contrapartida, la obligación exigible tanto a las autoridades como a los gobernados de respetar dicha prerrogativa, lo que da lugar a que si un gobernado realiza la intervención de alguna comunicación privada sin el consentimiento expreso e irrefutable de los que la entablan, incurrirá en un ilícito constitucional; por ende, si dentro de un juicio civil, en cualquiera de sus especies, una de las partes ofrece como prueba la grabación de una comunicación privada que no fue obtenida legalmente, tal probanza debe estimarse contraria a derecho y, por tanto, no debe admitirse por el juzgador correspondiente, pues ello implicaría convalidar un hecho que en sí mismo es ilícito. *Tesis aislada. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XII, Diciembre de 2000. Novena Época. Segunda Sala. Tesis 2ª CLXI/2000. p. 428.*

6. CREACIÓN DE LA FIGURA DE JUEGES DE CONTROL

El párrafo décimo cuarto del artículo 16 constitucional, a partir de la reforma del 18 de junio de 2008, crea la figura de los "jueces de control" y señala su ámbito esencial de competencia: resolverán las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, cuando requieran control judicial; en el ejercicio de dichas facultades deberán velar por la garantía de los derechos de los indiciados y los de las víctimas u ofendidos.

Las solicitudes de medidas cautelares serán atendidas por los jueces de control "de inmediato" y resueltas "por cualquier medio". Para evitar una completa "desformalización" en el ejercicio de tales atribuciones, el nuevo texto constitucional ordena que exista un registro

"fehaciente" de todas las comunicaciones entre los jueces de control, el Ministerio Público y las demás autoridades competentes.

Quizá se trate de una de las medidas más importantes y acertadas de toda la reforma que estamos analizando.⁹³ A través de los jueces de control se logran varios objetivos que apuntan en la dirección correcta: por un lado se contribuye a la "judicialización" de las investigaciones; por otra parte se ordena una completa jurisdiccionalidad en la garantía de los derechos tanto del indiciado como de los ofendidos, dentro de las etapas iniciales del procedimiento penal; además, se prevé constitucionalmente la celeridad de las solicitudes de medidas cautelares, lo que puede redundar en una imposición más efectiva de las mismas y de esa manera contribuir a evitar los episodios de todos conocidos en los que algún juez se ha tardado casi una semana en librar una orden de cateo, mientras las fuerzas de policía tenían rodeado un domicilio en el que estaban encerrados presuntos delincuentes, incluso con víctimas de secuestro dentro del mismo domicilio.

El legislador encargado de emitir los ordenamientos que desarrollen la reforma tiene un reto formidable por lo que hace a la regulación de los jueces de control, tanto a nivel federal como local. Hay al menos cuatro cuestiones relacionadas con los jueces de control que tendrán que ser atendidas por el legislador:

- a) Se tendrán que determinar las facultades concretas que podrán ejercer;
- b) se deberán precisar los requisitos para sus actuaciones y la forma de cumplir con el mandato constitucional de registro de comunicaciones entre los propios jueces y las demás autoridades;
- c) deberá ser capaz el legislador, adicionalmente, de coordinar adecuadamente la función investigadora del Ministerio Público (consagrada en el párrafo primero del artículo 21 de la Constitución mexicana) y la facultad, también establecida constitucionalmente, de los jueces relacionada con las técnicas de investigación.
- d) Finalmente, será importante precisar en la legislación secundaria la relación que debe existir entre los jueces de control y los jueces de la causa, a fin de que no se superpongan atribuciones (por ejemplo en relación a las medidas cautelares, las cuales pueden ser impuestas en la etapa de la investigación pero permanecer vigentes durante la etapa del proceso).

⁹³ Incluso algunos de los críticos más informados de la reforma reconocen que se trata de una medida "plausible"; ver GARCÍA RAMÍREZ, *La reforma penal constitucional*, cit., p. 59.

Ahora bien, quizá el reto mayúsculo, como siempre, vaya más allá de lo normativo y resida en la necesidad de seleccionar adecuadamente a las personas que serán jueces de control y en que tales personas asuman un compromiso serio con la legalidad y con el profesionalismo que requiere su delicada función. Los jueces deben efectivamente ejercer "control", sin limitarse a obsequiar de forma laxa los pedimentos de las demás autoridades. La celeridad es importante, pero no tanto como la justicia. Veremos si el Estado mexicano está a la altura de la encomienda, aunque sea por una vez.

CAPÍTULO QUINTO

ARTÍCULO 17 CONSTITUCIONAL

El artículo 17 constitucional, a partir de la reforma publicada el 18 de junio, contiene tres novedades de las que vale la pena dar cuenta: a) la incorporación a nivel constitucional de los mecanismos alternativos de solución de controversias y sus modalidades generales en materia penal; b) el deber de explicar las sentencias que deriven de los procedimientos orales; y c) la regulación de la defensoría pública. Veamos con detalle cada uno de estos aspectos novedosos que aporta la citada reforma constitucional.

1. MECANISMOS ALTERNATIVOS

La reforma de junio de 2008 incorporó al artículo 17 un párrafo que señala lo siguiente: “Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial”.

Aunque el texto constitucional no lo señala, los mecanismos que menciona el nuevo párrafo tercero del artículo 17 constitucional son alternativos al proceso judicial. Es decir, de lo que se trata es de evitar, por un lado, que los particulares tengan que recorrer la ruta a veces tortuosa y no muy barata de los procesos ante las autoridades judiciales. Desde luego, los particulares tienen derecho a que se les administre justicia por parte de los tribunales, de acuerdo a lo que señala el artículo 17 párrafo segundo de la misma Constitución, que establece el derecho a la tutela judicial efectiva.⁹¹ Pero el Estado puede y debe proveerles de soluciones que sean más eficaces para resolver sus problemas. Adicionalmente, el nuevo párrafo tercero también tiene por objetivo “descongestionar” el servicio público de administración de justicia, que se encuentra —desde hace décadas— al borde del colapso por sobre-saturación de trabajo de los órganos encargados de su administración.

⁹¹ CARRONEJA, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, cit., pp. 721 y ss.

En materia penal el problema es especialmente grave, ya que existe un porcentaje importante de personas que siguen su proceso en régimen de prisión preventiva, y cualquier dilación en el tiempo les resulta muy gravosa.

Dadas las anteriores premisas, cabe saludar la introducción del párrafo que estamos comentando a nivel constitucional. Al dar tan importante paso México se sitúa en la misma línea de otros países en donde se le han ofrecido a sus ciudadanos soluciones más baratas y veloces que la del proceso judicial, para que las utilicen —si lo estiman pertinente— conforme mejor convenga a sus intereses. Debemos recalcar que los mecanismos alternativos no pueden ser impuestos en contra de la voluntad de los titulares de los derechos que están en juego. Si así fuera, tales mecanismos supondrían una severa regresión en el funcionamiento del Estado de derecho.

Ahora bien, la Constitución precisa claramente algunas obligaciones a cargo del legislador, a fin de hacer efectiva la posibilidad de acudir a medios alternativos (a) por un lado, se deberá regular la aplicación de los medios alternativos (esto se logra, en primer lugar, definiendo qué medios en concreto son aceptados en México, así como las hipótesis concretas en que cada uno de ellos podrá ser aplicado); b) además, se deberá asegurar la reparación del daño en favor de la víctima; y c) finalmente, el legislador deberá prever en qué casos se requiere supervisión judicial (dicha supervisión deberá darse tanto en el momento de evaluar la procedencia del medio alternativo, como en la fase de su ejecución o puesta en práctica: se trata de una actuación continuada por parte de los jueces).

A partir de estas determinaciones podemos afirmar que la reparación del daño es un elemento esencial para que funcionen las medidas alternativas. En el caso de los delitos en que tal reparación no sea posible, no habrá lugar para la aplicación de este tipo de medidas. Además, la determinación constitucional que estamos analizando obliga al legislador a estipular en qué casos el funcionamiento de los mecanismos alternativos puede quedar bajo la competencia exclusiva de las autoridades administrativas (como el Ministerio Público o incluso, si se llegase a crear, de algún centro de mediación, amigable composición, conciliación o arbitraje) y en qué casos debe haber una supervisión judicial.

El término "supervisión" que emplea el artículo 17 en referencia a la tarea de los jueces en los casos en que se apliquen las medidas alternativas, es un tanto ambiguo y el legislador deberá precisarlo. ¿Supervisar quiere decir revisar lo hecho por otras autoridades? ¿la facultad de supervisión alcanza para proponer medidas distintas o

hacer que las partes tomen en cuenta X o Y elementos o los jueces deben solamente dar una especie de visto bueno?

Cabe destacar, en añadidura a lo señalado, que las medidas alternativas al proceso pueden y deben funcionar en materias distintas a la penal. Esto se desprende del mandato que claramente recoge la primera frase del párrafo tercero del artículo 17 constitucional, que no se refiere en exclusiva a las cuestiones de relevancia penal, como sí lo hace la segunda frase del mismo párrafo. Por lo tanto, el legislador en materias como la civil, familiar, mercantil, laboral, administrativa, fiscal, agraria, etcétera, deberá darse a la tarea de crear mecanismos alternativos o mejorar los que ya existan, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por la Carta Magna.

Para comprender el significado profundo del párrafo quinto del artículo 17 que estamos analizando hay que considerar que el éxito de un sistema de juicios orales reside en parte en la posibilidad efectiva de gestionar un volumen importante de causas penales. Si ese volumen excede la capacidad de gestión de los órganos acusadores o de los órganos judiciales entonces el sistema enfrentará enormes problemas, pues ante ese escenario es posible que las audiencias se difieran o se programen en periodos de tiempo muy extensos, anulando las ventajas que comporta un sistema de juicios orales.

Al respecto Mauricio Duce afirma: "La función más básica que un sistema de justicia criminal debe estar en condiciones de satisfacer es la capacidad de manejar razonablemente los casos que conoce, o bien, hacerse cargo del flujo de casos que recibe. En este sentido, la variable principal que condiciona el correcto funcionamiento de un sistema de justicia criminal es el manejo y el control del flujo de casos que recibe. En la medida que el sistema no desarrolle una política de control del flujo de casos que le permita dominar la carga de trabajo, resulta difícil que pueda operar dentro de parámetros mínimos de racionalidad y de calidad. En este sentido, la sobrecarga de trabajo de los sistemas de justicia criminal pareciera ser el principal foco de problemas para el funcionamiento de los mismos. Por estas razones, la mayoría de las reformas procesales establecieron un conjunto de criterios e instituciones que le permitan al Ministerio Público desarrollar una política de control de la carga de trabajo del sistema, con el objetivo de superar la situación que imponía la vigencia irrestricta del principio de legalidad en el contexto de los sistemas inquisitivos".⁹⁵

⁹⁵ DUCE, Mauricio, "El ministerio público en la reforma procesal penal en América Latina: visión general del estado de los cambios", *Reforma judicial. Revista mexicana de justicia*, núm. 6, México, julio-diciembre de 2005, pp. 202-203.

Para lograr ese objetivo se debe permitir, como lo hace adecuadamente el artículo 17 de nuestra Carta Magna, que dentro del procedimiento penal existan salidas alternativas que permitan tutelar con prontitud los intereses de las partes involucradas. La experiencia comparada demuestra que en otros países se permiten salidas como la suspensión a prueba del procedimiento, el acuerdo reparatorio, la conciliación y la mediación. La presencia de estos elementos es una constante en todos los países de América Latina que han transitado a un sistema acusatorio.⁹⁶

La experiencia comparada demuestra que el uso de salidas alternativas y el ejercicio de facultades discrecionales por parte del Ministerio Público es muy variable. En Bolivia las medidas alternativas y las facultades discrecionales se utilizan en el 40% de los casos, pero esa cifra se eleva en el caso de Costa Rica hasta el 64% y en el de Chile hasta el 75%. En países como Ecuador, Honduras, Guatemala y Paraguay ese indicador no supera el 10%.⁹⁷

Ferrajoli ha criticado duramente la posibilidad de que la acción penal deje de ser obligatoria y se cree un ámbito de "negociación" entre el presunto responsable y el órgano acusador. La posibilidad de negociar una "rebaja" de la acusación o incluso el no ejercicio de la acción penal, dice Ferrajoli, es una fuente inagotable de arbitrariedades: "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; favoritismos por acción, al resultar inevitable, como enseña la experiencia, que el plea bargaining sea la regla y el juicio se convierta en una excepción, prefiriendo muchos imputados inocentes declararse culpables antes que someterse a los costes y riesgos del juicio".⁹⁸

La entidad federativa que ha hecho un esfuerzo más considerable y completo para crear un nuevo sistema de justicia penal en el país es Chihuahua, que ha venido llevando a cabo el tránsito a los juicios orales en materia penal desde enero de 2007. Los datos disponibles desde su inicio en esa fecha hasta el 30 de septiembre de 2009 demuestran un uso muy intensivo de las salidas alternativas y un número considerablemente pequeño de juicios orales.

⁹⁶ RIEGO, Cristian, "Reformas procesales penales en América Latina: una visión comparada acerca de la implementación y experiencias de innovación", *Actualidad judicial. Revista del poder judicial del Estado de Zacatecas*, año 1, núm. 1, Zacatecas, septiembre de 2007, p. 29.

⁹⁷ DUCE, Mauricio, "El ministerio público en la reforma procesal penal en América Latina: visión general del estado de los cambios", *cit.*, p. 203.

⁹⁸ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, *cit.*, pp. 568-569.

En sus casi dos primeros años de andadura, el nuevo sistema de justicia penal de Chihuahua ha realizado únicamente 63 juicios ante tribunal oral, 17,809 audiencias ante tribunal de garantía (audiencias que han tratado de casos contra 7,809 imputados). En ese mismo periodo se han dictado 1,545 sentencias de procedimiento abreviado, 780 acuerdos reparatorios y 529 suspensiones del proceso a prueba. Es decir, un número muy menor llega a juicios y recorre todas las etapas procesales previstas por la legislación adjetiva local. Pero un número considerable es resuelto por medio de salidas alternativas.

2. DEBER DE EXPLICAR LAS SENTENCIAS

La introducción de los juicios orales en el sistema jurídico mexicano, definida sobre todo por el artículo 20 constitucional cuyo contenido examinaremos más adelante, va a suponer que una buena parte de las actuaciones dentro de los juicios penales ya no se dediquen a engrosar un expediente. Las partes y la propia autoridad judicial estarán sometidas a formalidades distintas de las actuales, que le deberán dar mayor agilidad al proceso judicial y que les permitirán a los jueces formarse su criterio de forma distinta a la manera en que lo hacen actualmente.

Pero del principio de oralidad y de la ausencia de forma escrita de algunas actuaciones dentro del proceso no puede desprenderse una "relajación" en el deber de fundar y motivar las decisiones que tomen los jueces. Por el contrario, una motivación adecuada y suficiente se vuelve más necesaria que nunca, para evitar no solamente arbitrariedades reales, sino incluso arbitrariedades imaginadas por las partes en el juicio.⁹⁹

En este contexto, tiene plena justificación lo que dispone el párrafo cuarto del artículo 17 constitucional a partir de la reforma, en el sentido de que "Las sentencias que pongan fin a los procedimientos orales deberán ser explicadas en audiencia pública previa citación de las partes". Se puede discutir acerca de la oportunidad de haber incluido este párrafo en el artículo 17, pero lo cierto es que su contenido es del todo plausible y genera un contexto de exigencia muy relevante para los jueces penales.

Desde luego, la "explicación" a la que se refiere el párrafo bajo análisis no supone el cumplimiento de una mera formalidad. No se

⁹⁹ El derecho fundamental a que los actos de la autoridad estén fundados y motivados (establecido en el párrafo primero del artículo 16 constitucional), subsiste para los jueces de juicio oral. El deber de fundar y motivar en modo alguno afecta, menoscaba o nulifica la naturaleza oral del juicio, por lo que debe ser siempre observado.

trata de que el juez les cuente a las partes la conclusión a la que ha llegado respecto de la inocencia o culpabilidad de un procesado, o sobre el número de años de cárcel que le impondrá. Se trata de una explicación más compleja, que deberá reconstruir en pocos minutos lo acontecido en el juicio, las pruebas que se desahogaron, el valor de las mismas y su alcance respecto del criterio judicial de fondo. Las partes tienen derecho a conocer el "razonamiento" del juez y el juez debe hacer un esfuerzo por ser claro y pedagógico al cumplir con el deber que le impone el artículo 17 párrafo cuarto.

Cabe recordar que el artículo 27 del Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial señala que "Las motivaciones (de las sentencias) deben estar expresadas en un estilo claro y preciso, sin recurrir a tecnicismos innecesarios y con la concisión que sea compatible con la completa comprensión de las razones expuestas". En esas líneas se expresa el ideal al que deberían atender los jueces mexicanos para dar cumplimiento al mandato del artículo 17 constitucional.

En cualquier caso, lo cierto es que el juez no debería leer un documento largo y farragoso, plagado de tecnicismos y escrito en jerga de abogados, sino que —como ya se ha dicho— tendría que hacer un esfuerzo por exponer clara y concisamente las razones de su fallo, las principales actuaciones en el juicio y los elementos de prueba que le permitieron llegar a su conclusión.

Si la idea general que justifica la introducción de los juicios orales en México es poder contar con una justicia que se administre de cara a los ciudadanos, el párrafo que estamos analizando del artículo 17 nos acerca mucho a ese ideal, en el momento conclusivo del juicio. Además, de esta manera se permite (e incluso se fomenta) un debate democrático y abierto alrededor de las decisiones judiciales. Luis Camilo Osorio, protagonista de la reforma judicial en Colombia, señala que cuando los jueces explican en público el sentido de sus fallos, realizan la más formidable y sublime forma de impartir justicia, y agrega que "El público asistente lo estará observando (al juez) en su complejo actuar, sopesando la calidad de su justicia, lo que indica que a la vez la comunidad estará ejerciendo acto de calificación sobre su conducta de juez".¹⁰⁰

3. SERVICIO PÚBLICO DE DEFENSORÍA

Infortunadamente, muchas personas que se encuentran sujetas a proceso penal en México cuentan con escasos recursos económicos.

¹⁰⁰ OSORIO ISAZA, Luis Camilo, *El sistema acusatorio en la experiencia colombiana*, México, INACIPE, 2007, p. 6.

Algunas de ellas no pueden proveerse de una defensa penal de calidad, por lo que el Estado debe suplir esa dificultad a través de la asignación de un defensor público. Algunas estimaciones señalan que más del 70% de los internos en el Distrito Federal y el Estado de México tuvieron que apoyarse en defensores de oficio.¹⁰¹

Algunas estimaciones respecto al nuevo sistema de justicia penal del estado de Chihuahua elevan ese porcentaje hasta un 90 o 95% de causas que son atendidas por los defensores públicos. Hay quien considera que esto se debe a la intensa capacitación y profesionalización que han recibido tales defensores, frente a la mucho más limitada habilidad de los abogados particulares para manejarse, al menos en los primeros años de arranque del sistema, en los juicios orales.

La reforma constitucional que estamos analizando introduce un nuevo párrafo en el artículo 17 que señala lo siguiente: "La Federación, los Estados y el Distrito Federal garantizarán la existencia de un servicio de defensoría pública de calidad para la población y asegurarán las condiciones para un servicio profesional de carrera para los defensores. Las percepciones de los defensores no podrán ser inferiores a las que correspondan a los agentes del Ministerio Público".

El párrafo sexto del artículo 17 no solamente eleva a rango constitucional el derecho a una defensa letrada a cargo del Estado (derecho que ya estaba consagrado antes de la reforma), sino que lo amplía a materias distintas de la penal, y además ofrece una primera clave para materializar en la práctica el muy socorrido principio de "igualdad de armas" entre la defensa y la acusación. Esto se logra, en parte, a través de la nivelación salarial de los defensores de oficio con los ministerios públicos. Lo que dice la segunda frase del artículo 17 en su párrafo quinto es que los defensores no podrán tener ingresos menores a los que perciben los ministerios públicos, lo que supone que si podrán ganar más que estos, desde luego.

Para muchas entidades federativas esta disposición supone un gran avance, pues a nivel local el servicio de defensoría pública ha sufrido por años de un abandono que se ha reflejado también en las bajas percepciones de los defensores, lo que ha conducido a que solamente los abogados con menos "talento" hayan permanecido en esas funciones (aunque con notables excepciones, dado que hay abo-

¹⁰¹ MACALONI, Ana Laura e IBARRA OLGUÍN, Ana María, "La configuración jurisprudencial de los derechos fundamentales. El caso del derecho constitucional a la defensa adecuada", *cit.*, p. 117; en este mismo ensayo puede encontrarse un análisis del desarrollo jurisprudencial sobre el momento y las circunstancias en que debe nombrarse a un defensor de oficio (pp. 133 y ss).

gados de oficio en casi todas las entidades federativas que tienen un excelente nivel jurídico y han realizado verdaderas hazañas en favor de sus defendidos).

La igualdad salarial entre los defensores de oficio y los agentes del Ministerio Público no logra por sí sola que exista "igualdad de armas", pero ofrece un mejor contexto de oportunidad para alcanzar tal objetivo. Hay que recordar que, como lo ha señalado Luigi Ferrajoli, "Para que la contienda se desarrolle lealmente y con igualdad de armas, es necesaria, por otro lado, la perfecta igualdad de las partes: en primer lugar, que la defensa esté dotada de la misma capacidad y de los mismos poderes que la acusación; en segundo lugar, que se admita su papel contradictor en todo momento y grado del procedimiento y en relación con cualquier acto probatorio, de los experimentos judiciales y las pericias al interrogatorio del imputado, desde los reconocimientos hasta las declaraciones testificales y los careos... La primera de estas dos condiciones exige que el imputado esté asistido por un defensor en situación de competir con el ministerio público".¹⁰²

La defensa a cargo de los defensores públicos debe ser de "calidad". Esta connotación le sugiere a Sergio García Ramírez que ahora la calidad de la defensa pública se ha convertido en una "garantía",¹⁰³ es decir en un derecho fundamental. Nos parece una interpretación por demás plausible, a partir de la cual se puede concluir que una defensa sin calidad equivale a una violación de derechos fundamentales. Ojalá los jueces de las instancias superiores se tomen en serio este requisito y sean muy exigentes al examinar el trabajo desarrollado por los defensores públicos.

La disposición que estamos analizando del artículo 17 se relaciona con la fracción VIII del apartado B del artículo 20, según quedó redactado en la propia reforma de junio de 2008. Por la estrecha relación que guardan ambas disposiciones vale la pena analizar, aunque sea de forma somera, dicha fracción VIII a continuación, a pesar de que con ello no respetemos estrictamente el orden expositivo que nos habíamos fijado al principio.

4. ASISTENCIA LETRADA

El apartado B del artículo 20 constitucional se refiere a los derechos de las personas sujetas a proceso penal. Su fracción VIII señala lo siguiente: (Toda persona imputada) "Tendrá derecho a una defen-

¹⁰² FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, cit., p. 614.

¹⁰³ GARCÍA RAMÍREZ, *La reforma constitucional...*, cit., p. 155.

sa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención. Si no quiere o no puede nombrar un abogado, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor público. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera.

Para comprender el alcance y significados de esta provisión constitucional hay que considerar que un elemento clave para la construcción de un proceso penal moderno, de corte acusatorio y oral, es la igualdad entre las partes dentro del proceso, a la que ya aludimos en el apartado anterior al referirnos al servicio público de abogados de oficio. Dicha igualdad debe darse en un número importante de aspectos procesales. Uno de ellos es el de la calidad de la defensa, lo que asegura que la persona imputada realmente ejerza a plenitud los derechos que le reconocen la Constitución y las leyes. Si la defensa que recibe un procesado es de baja calidad, es probable que quede en una situación de desventaja frente a los elementos que pueda aportar ante el juez la parte acusadora.

Una buena defensa penal supone la preparación técnico-jurídica del defensor. Creemos que no cuenta con dicha preparación cualquier persona, sino que debe existir una exigencia constitucional y legal para que los defensores en materia penal sean peritos en derecho. De esta manera, si bien no se asegura en todos los casos que el defensor tenga la capacidad y la diligencia para realizar una buena defensa, al menos se disminuye el riesgo de que el procesado quede en manos de los llamados "coyotes", que son personas sin preparación (y muchas veces sin ética profesional y personal) que extorsionan a sus clientes y los abandonan tan pronto como han recibido su pago.¹⁰⁴

Es por tanto plausible que la reforma constitucional de junio de 2008 ya exija que la defensa en materia penal sea de carácter técnico, lo que equivale a decir que solamente puedan litigar quienes han obtenido un título profesional de abogado. De hecho, algunos analistas sostienen que debería haberse ido más allá, para llegar a contemplar algún mecanismo de acreditación para los titulados, como sucede en otros países. De esa forma podríamos avanzar hacia un

¹⁰⁴ Aunque sigue siendo incipiente, ya se está comenzando a generar cierta literatura sobre el papel de los abogados en México, la preparación con que cuentan, su número, los requisitos para el acceso al ejercicio profesional, etcétera. Ver por ejemplo FIX FIERRO, Héctor (ed.), *Del gobierno de los abogados al imperio de las leyes. Estudios sociojurídicos sobre educación y profesión jurídicas en el México contemporáneo*, México, IJ-UNAM, 2006; una visión muy completa sobre el papel de los abogados en general puede también encontrarse en Díez-PICAZO, Luis María (coord.), *El oficio de jurista*, Madrid, Siglo XXI editores, 2006.

esquema que asegurase no solamente la presencia exclusiva de abogados dentro de la defensa penal, sino que además podríamos verificar el grado de actualización de los mismos y su acreditada solvencia técnica y ética.

Asegurada la defensa técnica a nivel constitucional, debería desarrollarse por vía legislativa un esquema de patrocinio público del servicio de defensoría basado no solamente en el clásico mecanismo de los defensores públicos, sino quizá también de abogados particulares que pudieran realizar la defensa de procesados sin recursos. La experiencia de otros países puede resultar enriquecedora para una futura reforma en México.

En Chile y en Guatemala se cuenta con un sistema mixto de defensa pública, el cual corre a cargo de abogados que trabajan para el Estado y de abogados particulares que son contratados para llevar ciertos casos. La defensoría pública puede configurarse bajo diversos esquemas. En algunos países depende del poder ejecutivo (Bolivia, Chile en parte), en otros está bajo el control del poder judicial (Costa Rica, Ecuador, Honduras, Paraguay, Venezuela, México a nivel federal) y en otros más trabaja dentro de la organización del Ministerio Público (El Salvador).¹⁰⁵

En países donde existe la colegiación obligatoria de los abogados, se les pide a los profesionales que ejercen de forma privada la abogacía que lleven al menos un caso al año en calidad de defensores de oficio, creando para tal efecto un registro de abogados "disponibles" a los que les son turnados los casos según vayan llegando al respectivo colegio profesional, el cual sirve de enlace entre los departamentos de policía y los respectivos abogados.¹⁰⁶

De esta forma se permite que los abogados lleven a la práctica su juramento de servir a los intereses de la justicia y no solamente a los propios, pero además se produce una situación ganadora para los procesados que no tienen recursos, que de pronto pueden verse representados por el mejor penalista del país o por un gran despacho de abogados que se encargará de su caso sin que le cueste ni un centavo. Ese tipo de esquemas deben ser estudiados y evaluados para que, en su caso, puedan ser puestos en funcionamiento en México.

Lo importante es asegurar que, bajo el esquema institucional que se prefiera, todos los procesados cuenten con un buen nivel en su defensa, al menos igual que el que tiene el órgano acusador. No importa si el

¹⁰⁵ RIEGO, Christian, "Informe comparativo: proyecto de seguimiento de los procesos de reforma judicial en América Latina", *Reforma judicial. Revista mexicana de justicia*, núm. 7, México, enero-junio de 2006, pp. 208-209.

¹⁰⁶ Ver al respecto el artículo 520.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España.

defensor es particular o público, con tal de que preste un efectivo servicio (de calidad) a la persona detenida o procesada. Al respecto el Tribunal Constitucional español ha señalado que "La esencia del derecho del detenido a la asistencia letrada es preciso encontrarla, no en la modalidad de la designación del Abogado, sino en la efectividad de la defensa, pues lo que quiere la Constitución es proteger al detenido con la asistencia técnica de un Letrado, que le preste su apoyo moral y ayuda profesional en el momento de su detención y esta finalidad se cumple objetivamente con el nombramiento de un Abogado de oficio, el cual garantiza la efectividad de la asistencia de manera equivalente al Letrado de libre designación" (STC196/1987, fundamento jurídico 5).

Tengamos presente el hecho de que en aquellos países que han realizado el cambio de sus procesos penales inquisitivos hacia sistemas acusatorios y orales, la defensa ha tenido un papel central para su éxito. Un sistema de juicios orales es más exigente no solamente con los órganos acusadores y sentenciadores, sino también con los abogados por requerir inexcusablemente su presencia en todas las diligencias procesales.

Vamos a reparar en algunos de los aspectos más destacados de la fracción VIII. El concepto utilizado por su primera frase es el de "defensa adecuada", a diferencia de la que provee el Estado, la cual como ya vimos tiene que ser "de calidad"; habrá que ver si el legislador desprende algún trato normativo diferenciado a partir de esta regulación distinta (o si dicha diferenciación es realizada por los jueces encargados del control de constitucionalidad, cosa que desde luego podría pasar).

Una precisión importante de hacer, dentro del conjunto de cuestiones abordadas por la fracción VIII: la elección del abogado puede darse desde el momento de la detención. La importancia de este señalamiento consiste en que el momento en que aparece el abogado en escena es absolutamente esencial para dejar a salvo los derechos del detenido primero, y luego del procesado. En virtud de esa precisión constitucional, no cabe duda de que en ningún momento un detenido puede quedar incomunicado. Desde el minuto uno de su detención puede estar asistido de su abogado, es decir, acompañado, asesorado, preparado para su correcta (adecuada) defensa.

Luego de esa determinación el párrafo de la fracción VIII se refiere al nombramiento por parte del juez de un abogado de oficio, tal como acontece en la mayor parte de ordenamientos jurídicos democráticos.¹⁰⁷

¹⁰⁷ El caso de Estados Unidos es especialmente importante, porque el derecho a la asistencia letrada fue universalizado no por el legislador, sino por vía jurisprudencial en el caso *Gideon*

Ahora bien, la parte medular de la fracción VIII, lo que representa un verdadero cambio respecto de la regulación anterior, reside en el hecho de que ahora la defensa en materia penal corra a cargo solamente de "abogados". Nada de estudiantes o pasantes de derecho. Solamente abogados. Cabría preguntarse por el alcance que el legislador o los jueces le deben dar al término. Por ejemplo, ¿por abogado debe entenderse cualquier licenciado en derecho? ¿entran en la categoría de abogados los licenciados en derecho que nunca han litigado? ¿entran en esa categoría los licenciados en derecho que, como parte del plan de estudios de su carrera, no llevaron obligatoriamente la materia de derecho procesal penal? Pueden parece preguntas ociosas, pero si el objetivo de la reforma para elevar la calidad del litigio en materia penal va a ser tomado en serio sería importante estar en capacidad de contestarlas con fundamento.

versus Wainwright, resuelto el 18 de marzo de 1963, en plena época dorada de la llamada "Corte Warren", conocida como la época más garantista y activista en toda la historia de la Corte. Lo anterior se tuvo que dar por vía jurisprudencia pese a que la Enmienda Sexta de la Constitución estadounidense ya establecía el "derecho a la asistencia de abogado". Sobre el famoso caso Gideon sigue siendo una referencia obligada el libro de LEWIS, Anthony, *Gideon's trumpet*, Nueva York, Random House, 1964.

CAPÍTULO SEXTO

ARTÍCULO 18 CONSTITUCIONAL

La reforma del 18 de junio de 2008 trajo consigo, respecto del contenido del artículo 18 constitucional, tres novedades o aportaciones: a) la primera tiene que ver con el objetivo de la pena privativa de la libertad; b) la segunda se refiere a la cercanía con el domicilio en el caso de personas sentenciadas por delitos de delincuencia organizada; y c) la tercera tiene que ver con los lugares en que se deberán cumplir las penas por este tipo de delitos. Veamos algunas de las cuestiones más relevantes sobre cada uno de estos tres puntos.

1. FINES DE LA PENA

La reforma modificó el segundo párrafo del artículo 18 constitucional para indicar que el sistema penitenciario se organizará a partir de cinco bases (tres que ya existían y dos que se añaden ahora): el trabajo, la capacitación para el mismo, la educación —estos son los tres que ya figuraban en el texto de la Constitución—, la salud y el deporte. Además, la reforma abandona el concepto de “readaptación social” como finalidad de la pena privativa de la libertad y lo sustituye por el de “reinserción del sentenciado a la sociedad”, a efecto de “procurar que no vuelva a delinquir”.

La pena privativa de la libertad ha tenido, a lo largo de su historia, una larga lista de justificaciones. No son pocos los que la han considerado como un castigo retributivo para el delincuente, una manera de devolverle el mal que ha generado. Para otros la prisión sirve como ejemplo, para que otros sujetos eviten realizar conductas prohibidas por la ley penal. No falta quien sostiene que la prisión tiene una función “purificadora” del delincuente; con todo ese tiempo en reclusión puede pensar en lo que ha hecho y arrepentirse.

Una visión moderna de las penas (que surge a finales del siglo XVIII) sostiene que deben consistir en “privaciones” y no en “aflicciones”; tales privaciones se proyectan sobre tres bienes jurídicos: la vida (a través de la pena de muerte), la libertad (a través de su pri-

vacación, reclusión al sujeto en instituciones creadas para ese propósito y la propiedad (por medio de las penas pecuniarias, en sus distintas modalidades).¹⁰⁸

La reinserción social del sentenciado tiene por finalidad darle al individuo las herramientas para que no vuelva a delinquir. No se trata de "reformular" su personalidad desviada o de "crear" un sujeto nuevo, sino de que sea capaz de reintegrarse a la sociedad y conducirse de acuerdo con sus reglas.

La educación sirve seguramente para que el individuo perciba ciertos valores y comprenda mejor el mundo en el que vive. El trabajo y la capacitación laboral son instrumentos para que el sujeto no se vea orillado a delinquir para sobrevivir, sirven para evitar la marginación social y económica que surge del desempleo, de la falta de horizontes laborales.¹⁰⁹

La salud es casi una pre-condición para que la persona pueda reintegrarse socialmente, pero además su enunciación en el artículo 18 supone también un mandato a la autoridad para que preserve la salud de las personas que se encuentran en reclusión. El deporte es un medio para estimular su salud física y para evitar el deterioro psicológico que afecta a las personas privadas de la libertad.

A pesar de la nobleza de propósitos que se encuentra recogida en la Constitución, cualquier mirada a la realidad del sistema penitenciario mexicano arroja un profundo desconsuelo. La readaptación social debe ser, en el mundo de nuestras cárceles, un fruto exótico, si es que alguna vez se alcanza. Las condiciones de marginación social de las que provienen la mayoría de los reclusos son aumentadas y amplificadas dentro de las instituciones carcelarias.

La violación de los derechos fundamentales de los presos es el pan de cada día. Las comisiones de derechos humanos (con la CNDH a la cabeza) han señalado una y otra vez las condiciones adversas que persisten dentro de sus muros: el hacinamiento, la falta de observancia del mandato educativo y laboral, la incorrecta clasificación penitenciaria, el abuso permanente de los custodios, la corrupción de las autoridades de todos los niveles, el tráfico de drogas, personas, alimentos y objetos,

¹⁰⁸ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., pp. 389-391; sobre el régimen mexicano de las penas en general, ISLAS, Olga y CARBONELL, Miguel, *El artículo 22 constitucional y las penas en el Estado de derecho*, México, UNAM, 2007.

¹⁰⁹ El artículo 25.2 de la Constitución española de 1978 señala que las personas privadas de la libertad tienen derecho a un trabajo remunerado; en interpretación de este precepto el Tribunal Constitucional ha señalado que existe "la obligación de crear la organización prestacional en la medida necesaria para proporcionar a todos los internos un puesto de trabajo y el derecho de éstos a una actividad laboral retribuida o puesto de trabajo dentro de las posibilidades de la organización penitenciaria existente", STC172/1989, fundamento jurídico 2.

etcétera. La prisión, en México, es un clamoroso fracaso y, en esa medida, el artículo 18 constitucional resulta violado cotidianamente.

Ahora bien, dejando a un lado el escenario tenebroso que actualmente tenemos en materia penitenciaria, lo que debe preguntarse el analista del artículo 18 es: ¿qué deben hacer las autoridades responsables para cumplir con dicha disposición constitucional? ¿qué obligaciones se desprenden del artículo? ¿qué derechos surgen para los internos? Es decir, se trataría de construir las posiciones normativas derivadas de lo prescrito por la Constitución.

Por ejemplo, ¿cómo cumplen concretamente las autoridades con el mandato de que la reinserción social se logra mediante el deporte? ¿significa que se deben poner gimnasios, que debe haber canchas deportivas, que los internos tienen derecho a ser asistidos por un entrenador, que pueden hacer ejercicio tres horas al día?

Y lo mismo cabe preguntarse para el resto de características señaladas por el artículo que estamos analizando. Lo ideal sería que hubiera una determinación por parte del legislador, pero bajo cualquier circunstancia deben ser los jueces los que estén atentos al cumplimiento de los objetivos marcados por la Constitución.¹¹⁰

Para llevar a cabo esa tarea interpretativa, tanto en el plano legislativo como jurisdiccional, quizá sería bueno tomar en cuenta las aportaciones novedosas del derecho comparado, como la que figura en el artículo 51 de la Constitución de Ecuador, aprobada a finales de 2008. El texto de dicho artículo establece el derecho de las personas privadas de la libertad a no ser sometidas a aislamiento como sanción disciplinaria; a la comunicación y visita de sus familiares y de profesionales del derecho; a declarar ante una autoridad judicial sobre el trato que haya recibido durante la privación de la libertad; a contar con los recursos humanos y materiales necesarios para garantizar su salud integral en los centros de privación de libertad; a la atención de sus necesidades educativas, laborales, productivas, culturales, alimenticias y recreativas; a recibir un tratamiento preferente y especializado en el caso de la mujeres embarazadas y en periodo de lactancia, adolescentes, y las personas adultas mayores, enfermas o con discapacidad; a contar con medios de protección para las niñas, niños, adolescentes, personas con discapacidad y personas adultas mayores que estén bajo su cuidado y dependencia.¹¹¹

¹¹⁰ La reforma de junio de 2008 señala, en el artículo 21 párrafo tercero constitucional, que los jueces tendrán a su cargo —de manera exclusiva— la imposición, modificación y duración de las penas, con lo cual las autoridades judiciales adquieren importantes responsabilidades en el ámbito penitenciario.

¹¹¹ Ver las reflexiones colectivas sobre el tema editadas por Carolina PORTERO en el libro *Ejecución penal y derechos humanos: una mirada crítica a la privación de la libertad*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

2. CERCANÍA CON EL DOMICILIO.

Mediante una reforma constitucional publicada el 21 de agosto del 2001, se introdujo en el artículo 18 constitucional un párrafo que contempla un nuevo derecho fundamental a favor de las personas que se encuentran extinguiendo una pena privativa de la libertad: el derecho del sentenciado a cumplir la pena en un establecimiento cercano a su domicilio. Respecto de este derecho hay al menos dos cuestiones que llaman la atención en el texto constitucional.

La primera de ellas es que parece que el texto constitucional reenvía el asunto a la ley cuando señala que será ésta la que establezca "los casos y condiciones"; con todo y la cautelosa redacción que eligió el poder reformador de la Constitución, lo cierto es que se debe entender que ya está creado un derecho a favor del sentenciado, por lo que la ley solamente podrá detallar cuestiones de tipo operativo, sin poder exigir requisitos o poner obstáculos que supongan de hecho una negación de aquel.

La segunda cuestión curiosa es que el texto constitucional se refiere al domicilio, el cual tiene una connotación civil. García Ramírez apunta con razón que esta referencia debe entenderse en sentido amplio, identificándose como el lugar que mejor sirva a la reintegración social del sentenciado, cerca del medio social al que regresará, que puede o no coincidir con lo que la legislación civil entienda por domicilio.¹¹²

Con la reforma de junio de 2008 se añade la indicación de que este derecho no opera cuando se trate de personas sentenciadas por haber cometido delitos considerados como de delincuencia organizada, ni tampoco en el caso de otros sentenciados "que requieran medidas especiales de seguridad".

Tal parece que la adición referida es una suerte de confesión muy clara acerca del fracaso del Estado mexicano en la administración de las cárceles y reclusorios. (Da la impresión de que el Estado decide llevar hasta el texto constitucional su incapacidad para controlar a los reclusos, o a algunos de ellos al menos.

«Lo que resulta difícil de comprender, haciendo abstracción por un momento del fracaso que acabamos de mencionar, es de qué forma se justifica el doble régimen constitucional de la extinción de las penas privativas de la libertad: un régimen con cercanía al domicilio para unos presos, lo que opera a favor de su reinserción social una vez que termine la sanción, y otro sin ese derecho, para un número

¹¹² GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, "Artículo 18", *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada*, 19a. ed., México, Porrúa, UNAM, 2006, t. I, p. 357.

indeterminado de presos, los cuales no solamente requieren de "medidas especiales" durante su reclusión, sino que además tendrán más difícil el cumplimiento de la meta constitucionalmente establecida de la reinserción social. Esto guarda una estrecha relación con la tercera y última novedad que la reforma constitucional incorpora en el texto del artículo 18 y que pasamos a examinar enseguida.

3. CENTROS DE RECLUSIÓN PARA DELINCUENCIA ORGANIZADA E INCOMUNICACIÓN

Ya en anteriores apartados hemos mencionado que la reforma constitucional crea un sub-sistema penal dedicado a la delincuencia organizada. Dicho sub-sistema se despliega en una serie de normas que prevén reglas discutibles y discutidas, cuya justificación resulta compleja, por decirlo suavemente.

(Una de esas reglas se encuentra en el último párrafo del artículo 18, añadido por la reforma constitucional, según el cual habrá centros especiales para la prisión preventiva y para la ejecución de sanciones privativas de la libertad, en los cuales estarán las personas acusadas o sentenciadas por delitos de delincuencia organizada.

Además, en esos centros se podrán restringir las comunicaciones de los procesados y sentenciados con terceros, salvo cuando se trate de la comunicación del interno con su defensor. También se podrán imponer medidas de vigilancia especial.

El párrafo en cuestión termina con una frase cuyo alcance no será fácil de precisar; señala que "lo anterior" podrá aplicarse a otros internos que requieran medidas especiales de seguridad, en los términos que fije la ley. ¿Se trata de una norma aplicable en todos los centros de reclusión del país? ¿Acaso se podrá incomunicar a todos los presos, impidiéndoles por ejemplo el ejercicio de su derecho a la visita íntima o a mantener el contacto rutinario con sus familiares?

Tal parece que el poder reformador de la Constitución se inspiró en la experiencia de la base estadounidense de Guantánamo para disponer medidas radicales. Es obvio que el objetivo de estas disposiciones es evitar que se siga delinquir desde los reclusorios, pero cabría preguntarse si las medidas aprobadas son las más apropiadas, tomando en cuenta el sacrificio de derechos fundamentales que comportan. Incluso, habría que ponderar si tales medidas no dan al traste con el objetivo general que se propone la pena privativa de la libertad, que según el propio artículo 18 constitucional no es otra más que la de reinserir al recluso en la sociedad, procurando que no vuelva a delinquir.

No cabe duda que la sociedad mexicana se siente ofendida y ultrajada por la criminalidad organizada. Los ciudadanos llevan años pidiéndole al gobierno que ponga freno a las actividades de los cárteles y grupos mafiosos que se desarrollan en toda la República. Pero en esa lucha frontal contra la delincuencia organizada no todo vale. No podemos pensar que el gobierno tendrá éxito contra los delinquentes si se le permite extralimitarse a través de la violación de los derechos fundamentales de procesados o sentenciados. Si así fuera, tendríamos que concluir, en el mediano plazo, que no hay gran diferencia entre el gobierno y el crimen organizado, ya que ninguno de los dos se comporta con respeto a los derechos fundamentales.

¶ La estrategia del combate a la criminalidad no debe apartarse ni un milímetro del respeto irrestricto a los derechos fundamentales. La experiencia de derecho comparado demuestra que no es necesario violar derechos fundamentales para combatir a la delincuencia organizada. Si somos respetuosos de los derechos de todas las personas saldremos ganando. De otra forma se tratará, en el mejor de los casos, de una victoria pírrica, de esas que no se pueden disfrutar, porque entonces todos nosotros terminaremos estando en peligro.)

CAPÍTULO SÉPTIMO

ARTÍCULO 19 CONSTITUCIONAL: LA PRISIÓN PREVENTIVA

La reforma que estamos analizando también trajo diversas modificaciones al artículo 19. Nos interesa detenernos en una de las más llamativas, porque aborda un tema que se había convertido (y que probablemente seguirá siendo) un verdadero problema para el sistema penal mexicano: nos referimos al asunto de la prisión preventiva.

La reforma adiciona un nuevo párrafo segundo al artículo 19, cuyo texto es el siguiente: "El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud".

Como puede verse, se trata de una fórmula que presenta ventajas y desventajas. No cabe duda que mejora la regulación anterior de la prisión preventiva, contenida en la ahora superada fracción I del apartado A del artículo 20 constitucional, según la cual se permitía la prisión preventiva cuando se produjera una acusación por "delito grave", lo que trajo como consecuencia una "inflación" impresionante de los tipos penales calificados por el legislador como graves. A esa irresponsabilidad legislativa se sumó una actitud en exceso deferente por parte de los órganos judiciales federales, los cuales se negaron sistemáticamente a hacer un control de razonabilidad o de proporcionalidad sobre las determinaciones legislativas que señalaban a cierta conducta como un delito grave.

Ver parte 2a  Al respecto puede verse, al menos, la tesis jurisprudencial siguiente: "LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN. EL ARTÍCULO 20, APARTADO A, FRACCIÓN I, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, OTORGA AL LEGISLADOR ORDINARIO **FACULTADES ILIMITADAS** PARA DETERMINAR LOS DELITOS GRAVES QUE NO ADMITEN TAL BENEFICIO", publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXI, abril de 2005, p. 1443. Del mismo juicio de amparo derivó también la siguiente tesis:

DELITOS GRAVES. LA GARANTÍA DE EQUIDAD NO RIGE RESPECTO DE LA DETERMINACIÓN DEL LEGISLADOR ORDINARIO DE LAS HIPÓTESIS DELICTIVAS CONSIDERADAS AGRAVADAS, PARA QUIENES NO SE ENCUENTRAN EN TALES SUPUESTO. El principio de igualdad en materia penal se cumple cuando se acata lo dispuesto por el artículo 20 constitucional, es decir, cuando las prerrogativas establecidas a favor del inculcado y del ofendido son respetadas dentro de los cauces y límites legales a fin de lograr el desarrollo de un debido proceso. En este sentido, tratándose de la determinación de los delitos graves, éstos deben ser identificados por la ley secundaria en términos del artículo 20, apartado A, fracción I, constitucional, donde el Constituyente facultó expresamente a las Legislaturas Locales para que precisen cuáles son los casos en los que, por tratarse de este tipo de delitos no proceda la concesión del beneficio de la libertad caucional a favor de a quien se le atribuya la comisión del ilícito; de lo que se concluye que la garantía de equidad no rige respecto de la determinación por parte del legislador ordinario de las hipótesis delictivas consideradas agravadas para quienes no se encuentran en esos supuestos, toda vez que tal condicionante no se desprende del precepto constitucional en cita. Novena Epoca, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXI, Abril de 2005, p. 1394, tesis X.1o.36 P, aislada, Penal.

Se trata de interpretaciones muy desafortunadas sostenidas por un Tribunal Colegiado de Circuito cuyos integrantes no tienen claro cuál es la función de los jueces federales, controladores de la constitucionalidad de los actos del legislador, y mucho menos comprenden lo que significa el principio de proporcionalidad aplicado en materia penal.¹¹³ Pero en la misma línea parece ubicarse la Suprema Corte cuando en una tesis derivada de un asunto aprobado por unanimidad establece: "se advierte que el Constituyente sólo obliga al legis-

¹¹³ Este principio, como se verá más adelante, ha sido parcialmente incorporado en el artículo 22 párrafo primero constitucional, por medio de la reforma del 18 de junio de 2008 que estamos analizando.

lador a determinar la categoría de gravedad en dichos ilícitos, pero como no instituye el concepto relativo, ni los requisitos y condiciones que lo configuren, debe considerarse que tales aspectos los deja a la elección del autor de la ley" (*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXI, febrero de 2005, p. 97).

La reforma del 2008, en parte como respuesta a las anomalías que se acaban de señalar, introduce una enunciación más o menos precisa de aquellos delitos que dan lugar a la prisión preventiva, atendiendo al daño que generan en ciertos bienes jurídicos, sin que el legislador pueda ampliar su número. En todos los demás delitos la persona procesada podrá seguir el juicio estando en libertad. Los delitos que sí dan lugar a prisión preventiva, según la nueva redacción del artículo 19 constitucional son los de delincuencia organizada, el homicidio doloso, la violación, el secuestro, los delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, los delitos contra la salud, los delitos contra la seguridad de la nación y aquellos que atenten contra el libre desarrollo de la personalidad.

Como puede observar el lector, no se trata de una enunciación muy precisa, pero al menos supone una restricción más sustantiva para que el legislador no pueda disponer sin más de la libertad de una persona mientras está en curso un proceso penal. En alguna medida, esta modificación supone un cierto avance, seguramente insuficiente, respecto de la norma anterior que regulaba el funcionamiento de la prisión preventiva.

Al examinar la reforma al artículo 19 debemos tomar en cuenta que bajo la regulación precedente se permitió que 40% de las personas privadas de su libertad en México estén en régimen de prisión preventiva; en efecto, de las aproximadamente 229,000 personas que se encuentran en nuestros establecimientos penitenciarios, 90,000 no han recibido una sentencia que los declare culpables de haber cometido un delito.¹¹⁴

No hay que olvidar que la prisión preventiva implica una afectación tanto directa como indirecta a distintos derechos fundamentales, por lo que su justificación debe siempre ser necesaria y no puede presumirse; en otras palabras, corresponde al Estado acreditar que hay razones suficientes para que una persona acusada de un determinado delito sea puesta en prisión sin existir una sentencia que la declare culpable. En particular, la prisión preventiva está siempre en

¹¹⁴ Ver los datos precisos que, sobre el tema, figuran en ZEPEDA LECUONA, Guillermo, "El uso excesivo e irracional de la prisión preventiva en México" en *Panorama internacional sobre justicia penal. Culturas y sistemas jurídicos comparados* (Olga ISLAS y Sergio GARCÍA RAMÍREZ, coords.), México, UNAM, 2007, así como lo que ya se dijo en el capítulo relativo al diagnóstico del sistema penal, *supra*.

tensión con la presunción de inocencia. Tiene razón Daniel Pastor cuando advierte que "En la prisión preventiva se juega el Estado de derecho".¹¹⁵ De ese tamaño es el reto de lograr un adecuado balance entre los derechos en juego.

La existencia de la prisión preventiva se suele justificar con una variedad de elementos. Se dice que la medida previene que el acusado pueda darse a la fuga o que pueda alterar las pruebas; para algunos la prisión preventiva evita que los familiares de la víctima cobren venganza en la persona del inculcado. A pesar de todas estas justificaciones, es obvio que la prisión preventiva choca no solamente con la elemental presunción de inocencia, sino también con el principio análogo de acuerdo con el cual una persona no puede ser privada de su libertad sino luego de haber existido un juicio en el que se acredite que realizó una conducta prohibida penalmente por la ley (principio de jurisdiccionalidad, lo llama Ferrajoli).¹¹⁶

A nivel internacional, con base en la doctrina, los tratados internacionales y la jurisprudencia, se estima que la imposición de una medida tan gravosa como la prisión preventiva debe ser capaz de superar distintos requisitos, como por ejemplo los siguientes:¹¹⁷

1. Verificación del mérito sustantivo (lo que en México equivaldría a dejar acreditados los elementos que señala el propio artículo 19 constitucional, tanto en la parte de los tipos penales que ameritan la imposición de la medida, como por lo que hace a los requisitos formales señalados en la parte inicial del párrafo segundo del mismo artículo);
2. Principio de excepcionalidad (lo que significa que la prisión preventiva no puede ser la regla general de trato para las personas sujetas a un proceso penal);
3. Fin procesal de la prisión preventiva (dado que la misma no tiene una finalidad sancionatoria, por lo que tendrá que acreditarse que se persigue algún fin de carácter procesal lícito);¹¹⁸

¹¹⁵ PASTOR, Daniel, R., "La prisión preventiva. Problemas actuales y soluciones" en la obra colectiva, *La prueba, reforma del proceso penal y derechos fundamentales*, Lima, Jurista Editores, 2007, p. 154.

¹¹⁶ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, cit., p. 555.

¹¹⁷ BOVING, Alberto, "Aporías. Sombras y ficciones en la justificación del encarcelamiento preventivo", *Foro. Revista de derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar*, núm. 8, Quito, segundo semestre de 2007, p. 6.

¹¹⁸ Sobre este punto concreto PASTOR afirma que "...si se quiere contar con un sistema penal que sin dejar de ser eficaz no sea abusivo, proteja la libertad y resulte adecuado al principio del estado constitucional de derecho, es preciso objetar la introducción práctica y teórica de funciones materiales en el área de la prisión preventiva. La garantía más segura contra la proliferación del uso patológico de esta medida cautelar indispensable es restringirla de un modo tenaz al cumplimiento

4. Proporcionalidad (que se imponga tomando en cuenta y valorando los hechos presuntamente cometidos por el procesado, así como las condiciones materiales, económicas, laborales y familiares del mismo);
5. Provisionalidad (que la ley permita en todo tiempo que se revise si la medida sigue siendo necesaria o si ya cambiaron algunos de los elementos que llevaron a su imposición);
6. Control judicial (que se pueda impugnar la determinación de la prisión preventiva ante el superior del juez que la dicta); y
7. Límite temporal (debe existir un plazo más allá del cual debe cesar el encarcelamiento preventivo; algunos autores estiman que ese plazo no debe superar, bajo ninguna circunstancia, los dos años).¹¹⁹

Daniel Pastor sintetiza los requisitos de una prisión preventiva "legítima" de la siguiente manera:¹²⁰

Según el primer y principal presupuesto de la prisión preventiva, la adopción de la medida cautelar debe constatar indispensablemente que la libertad del imputado significa un riesgo comprobado para los fines del proceso (peligrosismo procesal). El hecho punible atribuido al imputado, por lo demás, debe estar demostrado con un grado de alta probabilidad (mérito sustantivo). El inculpado, antes de ser puesto en prisión preventiva debe haber tenido la oportunidad de conocer el hecho imputado y las pruebas existentes en su contra (intimación) y de ofrecer un descargo acompañado de pruebas o solicitudes probatorias (derecho de audiencia y de resistencia). La medida sólo deberá ser adoptada si la amenaza cierta para los fines del proceso constituida por la libertad del imputado no puede ser neutralizada efectivamente de un modo menos agresivo para los derechos fundamentales de éste (subsidiariedad). Dado que, como ya se adelantó, la validez de la medida presupone también que sus requisitos, reunidos al tiempo de imponérsela, subsistan mientras ella dura, entonces deben existir mecanismos de cancelación de la prisión preventiva para el caso de que cualquier requisito haya desaparecido (provisionalidad). Pero aunque esos presupuestos subsistan la prisión preventiva debe cesar cumplido un tiempo breve de duración tolerable (tempo-

de sus fines procesales.... El encarcelamiento preventivo no debe ser desviado en caso alguno de su única misión admisible, a saber, cautelar los fines centrales específicos del proceso. En este esquema no hay lugar para privaciones de la libertad impuestas automáticamente por la gravedad del hecho o para neutralizar el peligro de reiteración delictiva o evitar la perturbación del orden público", PASTOR, Daniel, R., "La prisión preventiva. Problemas actuales y soluciones", *cit.*, p. 174.

¹¹⁹ Ver, al respecto, la referencia que sobre el tema nos ofrece la fracción IX del apartado B del artículo 20 constitucional.

¹²⁰ PASTOR, Daniel, R., "La prisión preventiva. Problemas actuales y soluciones", *cit.*, p. 170.

ralidad). Por último, la imposición de la prisión preventiva debe admitir una instancia recursiva y tolerar tanto su impugnación periódica como su control rutinario, incluso de oficio (fiscalización).

Al respecto el Tribunal Constitucional español ha afirmado que: "...la medida cautelar personal que nuestras leyes procesales penales conocen como prisión provisional ha de ser adoptada por un juez... y dicho órgano ha de adoptar dicha medida que no ha de olvidarse es cautelar y, por lo tanto, excepcional en plena sintonía con los criterios legales... Sentado lo que antecede por nuestro ordenamiento, ante la radicalidad de la medida para un bien jurídico tanpreciado como es el de la libertad, no se impone al juez que la adopte de un modo mecánico y automático, sino que deja a su necesario arbitrio... al aplicar caso por caso dicha medida cautelar" (STC 3/1992, fundamento jurídico 5). El mismo órgano agrega que "Más allá, pues, del expreso principio de legalidad... debe consignarse que la legitimidad constitucional de la prisión provisional exige que su configuración y aplicación tengan, como presupuesto, la existencia de indicios racionales de la comisión de una acción delictiva; como objetivo, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida; y, como objeto, que se la conciba, tanto en su adopción como en su mantenimiento, como una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a la consecución de los fines antedichos" (STC 128/1995, fundamento jurídico 3).

En México, lamentablemente, la prisión preventiva ha dejado de tener un sentido cautelar (si es que alguna vez lo tuvo) para pasar a ser una medida directamente represiva, tal como sucede también en otros países.¹²¹ Una buena parte de la población reclusa no ha recibido sentencia y los motivos por lo que está en la cárcel no siempre son legales y mucho menos legítimos. De hecho, el sistema penal mexicano es altamente selectivo por lo que hace al carácter de sus "usuarios", pues se concentra en pequeños delincuentes, personas que viven en barrios marginales y de escasa formación educativa, que en su momento no tuvieron acceso a buenos abogados o al dinero suficiente para evitar ser encerrados.¹²²

¹²¹ Daniel Pastor recuerda una idea de Eugenio Raúl ZAFFARONI, de acuerdo con la cual —dada la extensión temporal en que se resuelven los juicios penales— la prisión preventiva se termina convirtiendo en la verdadera sanción de nuestros sistemas penales. PASTOR, Daniel, R., "La prisión preventiva. Problemas actuales y soluciones", *cit.*, p. 154.

¹²² Tampoco en este punto somos muy originales; ver al respecto las consideraciones que ofrece sobre el tema GARGARELLA, Roberto, *De la injusticia penal a la justicia social*, Bogotá, Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, 2008.

Este dato, sin embargo, no es exclusivo de México, pues es bien conocida la situación según la cual “El derecho penal ha estado siempre viciado, en contraste con su modelo ideal, por un grado más o menos alto de discriminación y de selectividad estructural, que le ha llevado constantemente a reprimir antes que nada la criminalidad callejera de las personas más pobres. Basta observar los altos porcentajes de negros en los Estados Unidos y, en Europa, de inmigrantes, entre los condenados y los detenidos. Esta selectividad es el fruto, más que de una elección consciente, de la presión de los medios y expresa también el reflejo burocrático de los aparatos policiales y judiciales: los delitos cometidos por estas personas, normalmente privadas de defensa, son más fácilmente perseguibles que aquellos cometidos por personas pudientes”.¹²³

Históricamente, la comprensión en torno a la prisión preventiva ha ido cambiando de tiempo en tiempo. Ferrajoli nos recuerda que en Roma se llegó a prohibir totalmente la prisión preventiva, pero en la Edad Media, cuando se fue desarrollando el proceso penal inquisitivo (sobre cuya caracterización nos detendremos más adelante, al analizar el contenido del artículo 20 constitucional), se convirtió en un presupuesto ordinario de la etapa de instrucción e incluso durante el proceso, bajo la idea de disponer del cuerpo del acusado para obtener su confesión por medio de la tortura.¹²⁴

El pensamiento penal de la Ilustración luchó contra la prisión preventiva, aunque los autores más conocidos justificaron su imposición bajo ciertas circunstancias. Por ejemplo, Beccaria admitía la prisión preventiva pero solamente para evitar la fuga o para evitar que se ocultasen las pruebas de los delitos.

La prisión preventiva rompe con el principio procesal de igualdad entre las partes y pone al acusado en manifiesta inferioridad respecto del Ministerio Público, pues no puede defenderse igual una persona que está privada de su libertad que una persona libre. Tiene razón Ferrajoli cuando afirma que “El imputado debe comparecer *libre* ante sus jueces, no sólo porque así se asegura la dignidad del ciudadano presunto inocente, sino también —es decir, sobre todo— por *necesidades procesales*: para que quede situado en pie de igualdad con la acusación; para que después del interrogatorio y antes del juicio pueda organizar eficazmente sus defensas; para que el acusador no pueda hacer trampas, cons- truyendo acusaciones y manipulando las pruebas a sus espaldas”.¹²⁵

¹²³ FERRAJOLI, Luigi, “Los retos de la procuración de justicia en un mundo globalizado”, *Revista de la Facultad de derecho de México*, núm. 250, México, julio-diciembre de 2008, p. 43.

¹²⁴ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, cit., p. 551.

¹²⁵ *Derecho y razón*, cit., p. 559.

Una adecuada comprensión del nuevo régimen constitucional de la prisión preventiva requiere tomar en cuenta, además de las previsiones del artículo 19, lo que señala la fracción IX del apartado B del artículo 20, cuyo texto es el siguiente:

En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención, por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo.

La prisión preventiva no podrá exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso y en ningún caso será superior a dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado. Si cumplido este término no se ha pronunciado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares.

En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención.

Lo importante de la fracción que se acaba de transcribir quizá se encuentre en su segundo párrafo, en el que se señala un tiempo máximo de duración de la prisión preventiva: dos años. Aunque en el mismo párrafo el carácter cierto de dicha temporalidad se matiza cuando se incluye la referencia al derecho a la defensa, consideramos que su inclusión debe estimarse positiva, pues suministra un parámetro más allá del cual la carga de la prueba para prolongar la prisión preventiva es casi insuperable. De hecho, la doctrina sostiene la pertinencia de anudar la duración de la prisión preventiva a la duración máxima del proceso penal,¹²⁶ tema al que se refiere el mismo artículo 20 apartado B fracción VII de la Constitución.

Volviendo al contenido del artículo 19 relacionado con la prisión preventiva, cabe señalar que —de acuerdo a la nueva redacción constitucional— dicha medida precautoria solamente podrá decretarse cuando sea solicitada por el Ministerio Público siempre que se verifiquen los siguientes requisitos:

- a) cuando otras medidas no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio;
- b) cuando otras medidas no permitan asegurar el desarrollo de la investigación;
- c) cuando otras medidas no permitan garantizar la protección de la víctima o víctimas, de los testigos o de la comunidad;

¹²⁶ PASTOR, Daniel, R., "La prisión preventiva. Problemas actuales y soluciones", *cit.*, p. 189.

- d) cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso.

De esos cuatro puntos quizá el más chocante sea el último, puesto que sanciona (precautoriamente) la reincidencia o al menos la doble sujeción a proceso, con independencia del tipo de delito de que se trata, siempre que sea doloso.

Estamos frente a una disposición a todas luces desproporcionada, que además se puede prestar para que el Ministerio Público enderece dos acusaciones contra una misma persona con el fin de lograr que se decrete la prisión preventiva. Consideramos que una interpretación correcta debería aplicar la cuarta circunstancia solamente si se presenta, adicionalmente, alguna de las tres primeras. De esa forma se racionalizaría y se pondría en su justa dimensión el uso de la prisión preventiva.

La constitucionalización de la cuarta circunstancia parece proclamar una indebida "presunción de peligrosidad" que choca con los más elementos postulados de un derecho penal democrático y garantista; tal presunción estaría basada solamente en el hecho de la comisión previa de otro delito, poniendo en duda las posibilidades reintegradoras de la pena privativa de la libertad. De esa manera, se estaría despojando a la prisión preventiva de su naturaleza cautelar y de su justificación por razones procesales, dando lugar simple y sencillamente a su imposición como medida de prevención del delito o de defensa social.¹²⁷

Por otro lado, consideramos que incluso los tres primeros supuestos que enumera el artículo 19 (comparecencia del imputado, desarrollo de la investigación, protección a víctimas, testigos o a la comunidad), deben interpretarse de manera muy restrictiva, pues de lo contrario bastaría con que el Ministerio Público invocara cualquiera de ellos para que la prisión preventiva fuera inmediatamente decretada.

Recordemos que los requisitos para la sujeción a proceso fueron disminuidos por la reforma que estamos analizando, lo cual podría justificarse solamente si la prisión preventiva fuera en verdad excepcional. De otra manera, tendríamos el peor de los mundos posibles: muy leves requisitos para vincular a proceso a una persona y además una extrema relajación de los jueces al momento de determinar la procedencia de la prisión preventiva. Estamos ciertos de que no fue esa la intención de los autores de la reforma constitucional.

¹²⁷ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, cit., p. 553.

Antes de terminar este capítulo nos gustaría plantear una hipótesis que aparece en el mejor pensamiento garantista y que merece al menos ser tomada en cuenta. Nos referimos a la posibilidad de construir un proceso penal efectivo y respetuoso de los derechos de todas las partes involucradas en el que no se permita imponer bajo ninguna circunstancia la prisión preventiva.

Para justificar esa propuesta que hoy por hoy parece tan radical, autores como Ferrajoli sostienen que la admisión de la prisión preventiva pone en jaque principios tan elementales como el de jurisdiccionalidad, el cual supone que una persona solamente debe poder ser detenida cuando medie una orden de juez, pero que además requiere también que esa orden sea librada solo cuando haya existido un juicio, dado que "todo arresto sin juicio ofende el sentido común de la justicia, al ser percibido como un acto de fuerza y de arbitrio. No existe, en efecto, ninguna resolución judicial y tal vez ningún acto de poder público que suscite tanto miedo e inseguridad y socave tanto la confianza en el derecho como el encarcelamiento de un ciudadano sin proceso, en ocasiones durante años".¹²⁸

Las justificaciones que se suelen dar para la imposición de la medida cautelar privativa de la libertad no son muy sólidas cuando se enfocan desde un prisma garantista. Por ejemplo, respecto del peligro de fuga Ferrajoli afirma que dicho peligro es provocado no por el temor a la imposición de la pena, sino por el temor a la prisión preventiva precisamente. Lo cierto es que dicho peligro no es de una gravedad tal que permita justificar una restricción de la libertad tan amplia como la que supone la imposición de la prisión preventiva.

Hay que considerar, nos recuerda Ferrajoli, que una fuga definitiva es poco probable en el mundo informatizado e interconectado en el que vivimos; de hecho, el peligro podría neutralizarse mediante una vigilancia especialmente intensa durante los días anteriores al dictado de la sentencia.

Si un procesado decide fugarse, el estado de clandestinidad en el que entraría por voluntad propia y todo lo que ello conlleva, ya sería en sí mismo una pena bastante aflictiva, además de que lograría neutralizar la capacidad delictiva del sujeto en cuestión, con lo cual se alcanzaría uno de los fines de la reclusión.

De hecho, puede decirse que la mera persecución penal, incluso antes de que pueda implicar una orden de encarcelamiento preventivo, ya es en sí misma gravosa para el sujeto afectado, puesto que implica el sometimiento a condiciones de "semi-penalización", las

¹²⁸ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, cit., pp. 555-556.

cuales "se manifiestan en angustia, gastos, pérdida de tiempo y de trabajo, humillación, descrédito, etcétera".¹²⁹

Hay autores que, desde una óptica parcialmente distinta, destacan la imposibilidad de que se abandone por completo la prisión preventiva. Es el caso de Daniel Pastor, quien al respecto señala que, "En tanto continúe en vigor un derecho penal de privación de libertad y en la medida en que siga siendo cuestión estatal (principios de publicidad, oficialidad y legalidad procesal), la prisión preventiva deberá, como amarga necesidad, acompañar al proceso para, llegado el caso, ser utilizada como medio cautelar para asegurar sus fines. Si la marcha de la investigación es obstruida por el imputado, él podrá ser privado de su libertad momentáneamente para evitarlo. Si con su fuga (o con el temor razonable de que se fugue), frustra no sólo la realización del proceso, sino, sobre todo, la ejecución de la eventual pena privativa de libertad, también debe ser encarcelado para impedirlo. Que ello deba ser controlado, limitado y excepcional no deroga el encarcamiento preventivo ni, mucho menos, su necesidad".¹³⁰

Lo ideal sería reducir al máximo los supuestos en que debe imponerse la prisión preventiva, pero reduciendo a la vez la cuantía general de las penas, para inhibir el impulso de los procesados a fugarse.¹³¹ Es un tema sobre el que vale la pena meditar, con independencia de la respuesta que cada uno pueda asumir. Lo cierto es que no hay que dar nada por descontado cuando se examinan nuestros ordenamientos penales. Todo debe ser puesto en tela de juicio y pensado una y otra vez, a la luz de los principios que permitan lograr una mejor armonización entre todos los derechos, valores e intereses que están en juego.

Para ver el funcionamiento práctico de las medidas cautelares en un sistema de juicios orales y debido proceso legal, se puede nuevamente hacer referencia al caso del estado de Chihuahua. En los dos primeros años de funcionamiento de su nuevo sistema de justicia penal los jueces locales han aplicado en miles de ocasiones el artículo 169 de su Código de Procedimientos Penales, el cual contempla la posibilidad de 12 distintas medidas cautelares en su primer párrafo, e incluso de que el proceso se lleve a cabo sin ninguna de ellas, tal como lo prevé el segundo párrafo del mismo precepto.

Pues bien, la prisión preventiva ha sido la medida cautelar más aplicada en el periodo que va de enero de 2007 hasta el 30 de sep-

¹²⁹ PASTOR, Daniel. R., "La prisión preventiva. Problemas actuales y soluciones", *cit.*, p. 154.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 166.

¹³¹ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, *cit.*, p. 559.

tiembre de 2009: se ha impuesto en 2,834 ocasiones. Le sigue la medida cautelar consistente en la obligación de presentarse periódicamente ante la autoridad encargada de hacer ese tipo de seguimientos, la cual se ha dictado 1,546 veces. Le siguen a esas medidas la que se actualiza cuando el imputado presenta una garantía, que ha sido aplicada en 767 ocasiones. La prohibición de salir del país se ha dictado en 346 ocasiones. La prohibición de convivir o comunicarse con personas determinadas se ha impuesto 316 veces.

La medida cautelar menos utilizada por los jueces de Chihuahua ha sido la que consiste en la colocación de localizadores electrónicos, que únicamente se ha determinado en 11 ocasiones; igualmente escasa ha sido la aplicación de la medida de suspensión de derechos, que se ha utilizado en 14 casos.

El arraigo se ha aplicado en 51 ocasiones. Cabe aclarar sin embargo que no se trata del arraigo contemplado en el artículo 16 constitucional como medida previa al inicio de un proceso, sino del arraigo como medida cautelar dentro del propio proceso. Si un juez local en una entidad federativa que ya hubiera hecho el tránsito al nuevo sistema dictara una medida de arraigo previa al inicio del proceso estaría violando el artículo 16 constitucional, sin que en su descargo pudiera invocar el artículo décimo primero transitorio del decreto de reforma constitucional del 18 de junio de 2008 que faculta a los jueces del fuero común a seguir aplicando la figura del arraigo "pre-procesal", puesto que ese precepto se aplica —como ya fue explicado— en las entidades federativas que se siguen rigiendo por el antiguo sistema penal, durante el plazo de hasta ocho años en que lo permite el artículo transitorio segundo del mismo decreto.

CAPÍTULO OCTAVO

ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL: PRINCIPIOS DEL PROCESO PENAL

Quizá sea el artículo 20 el que sufrió la mayor cantidad de cambios como resultado de la reforma constitucional de junio de 2008. De hecho, podemos afirmar que, a partir de la reforma, se trata de un artículo completamente nuevo, pese a que mantiene una parte de su contenido anterior. Sería muy complejo e incluso prolijo analizar todos y cada uno de los asuntos relevantes del artículo 20, por lo que nos limitaremos a señalar algunos aspectos que consideramos de la mayor importancia para el correcto funcionamiento del nuevo sistema de justicia penal en México. Nos referimos a: a) la caracterización del proceso penal como un proceso acusatorio; b) los principios del juicio penal, enunciados en el primer párrafo del citado artículo; c) la constitucionalización de la nulidad de la prueba ilícitamente obtenida; d) la constitucionalización del principio de presunción de inocencia; y e) el derecho de las personas detenidas a que les sean informados sus derechos.

Aunque en el apartado siguiente el lector podrá encontrar una caracterización más o menos amplia del modelo de proceso penal que intenta plasmar la Constitución a partir de la reforma de junio del 2008 (es decir, del modelo acusatorio, el cual será expuesto en contraste con el modelo inquisitivo), quizá sea oportuno presentar en este momento unas reflexiones necesariamente breves sobre el significado general que entendemos debe tener el procedimiento penal desde una perspectiva garantista. Para ello, nos basaremos principalmente en la inmensa aportación de Luigi Ferrajoli, autor que también nos será de gran utilidad para explicar el contenido del modelo procesal acusatorio.

Cualquier análisis garantista de nuestros ordenamientos jurídicos no debería dejar de preguntarse una y otra vez cuándo y cómo se deben llevar a cabo los juicios, especialmente aquellos en materia penal, que suelen ser muy gravosos para los involucrados (procesados y víctimas). En esta materia no se debería dar nada, o casi nada por

hecho, si tomamos en consideración al menos dos factores: a) el procedimiento penal mexicano presenta graves fallas (como se ha intentando demostrar en capítulos previos de esta obra), por lo cual siempre es bueno mantener una actitud de duda constante que incentive una aproximación crítica en los estudiosos y en los actores principales del sistema; y b) incluso en aquellos países en donde se cuenta con procedimientos penales más satisfactorios en términos de los resultados que producen, se están llevando a cabo importantes discusiones acerca de las posibilidades de mejora; algunas veces tales discusiones quedan solamente en el terreno académico y en otras se llevan adelante reformas legislativas; lo importante es no perder nunca la capacidad de preguntarse sobre el cuándo y el cómo del enjuiciamiento penal, o incluso todavía más: sobre la pertinencia, idoneidad y necesidad del sistema penal en su conjunto.

No hace falta subrayar el vínculo estrecho que existe entre el modelo de derecho penal sustantivo que se siga en un determinado ordenamiento, y su correspondiente modelo de procedimiento penal.¹³² Las garantías penales sustantivas cobran sentido y se hacen realidad cuando cuentan con un contexto procesal adecuado, en el que se aseguren a niveles aceptables ciertas pautas normativas postuladas ya por el pensamiento penal de la Ilustración.¹³³ Para decirlo con las palabras de Ferrajoli, "tanto las garantías penales como las procesales valen no sólo por sí mismas, sino también unas y otras como garantía recíproca de su efectividad".¹³⁴

Las garantías adjetivas en materia penal pueden ser divididas en dos distintas categorías: orgánicas por un lado y procesales por otro. Las orgánicas se refieren a la colocación institucional del poder judicial respecto a los otros poderes del Estado y respecto a los sujetos del proceso; son garantías tales como la independencia, la imparcialidad, la responsabilidad, la separación entre juez y acusación, el derecho al juez natural, obligatoriedad de la acción penal, etcétera. Las garantías procesales, por su parte, son aquellas que se dirigen a la formación del juicio, lo que comprende la recolección de las pruebas, el desarrollo de la defensa y la convicción del órgano judicial; se trata de garantías como la formulación de una acusación exactamente determinada, la carga de la prueba,¹³⁵

¹³² "Esquemas y culturas penales y procesal-penales... están siempre conectadas entre sí. Y esta conexión es histórica, además de teórica, puesto que los avatares del derecho penal material y de la teoría del delito han estado siempre modelados sobre las instituciones judiciales, y a la inversa", FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., p. 538.

¹³³ PRIETO SANCHIS, LUIS, *El pensamiento penal de la Ilustración*, México, INACIPE, 2003.

¹³⁴ *Derecho y razón*, cit., p. 537.

¹³⁵ Ver el artículo 20, apartado A fracción V de la Constitución.

el principio de contradicción,¹³⁶ las formas de los interrogatorios y demás actos de la instrucción, la publicidad,¹³⁷ la oralidad,¹³⁸ los derechos de la defensa,¹³⁹ la motivación de los actos judiciales, etcétera.¹⁴⁰

En las páginas que siguen nos concentraremos sobre todo en las garantías procesales, tal como quedaron recogidas en la reforma de junio de 2008.¹⁴¹

Las garantías del proceso penal, tanto orgánicas como procesales, sirven para construir un modelo procesal de corte cognoscitivo, cuyo objetivo es conocer una “verdad mínima”, pero siempre controlada, de conformidad con los estándares del proceso acusatorio.

En este esquema las garantías tienen un objetivo no solamente de libertad, sino también de verdad, de modo que se genera una especie de derecho fundamental de la persona que la protege frente a punitivos arbitrarios a cargo del Estado.¹⁴² Un esquema que se suele contraponer al cognoscitivo es el decisionista, que busca alcanzar una verdad sustancial, y global, fundada sobre todo en valoraciones; bajo este esquema, que suele darse en procesos de corte inquisitivo, los términos de la acusación pueden ser discrecionales, la instrucción puede ser secreta, el papel de la defensa resulta irrelevante y el objeto principal del proceso no es el hecho cometido y su valoración, sino la personalidad del reo.¹⁴³

Es precisamente el valor de la verdad, junto al de la libertad, lo que permite legitimar un proceso penal; al respecto Ferrajoli indica que “el objetivo justificador del proceso penal se identifica con la garantía de las *libertades* de los ciudadanos, a través de la garantía de la *verdad* —una verdad no caída del cielo, sino obtenida mediante pruebas y refutaciones— frente al abuso y al error”. El valor de la verdad se proyecta de forma directa sobre el quehacer judicial, o sea sobre el desempeño profesional del juez, al que se exige “tolerancia para las razones controvertidas, atención y control sobre todas las

¹³⁶ Ver el encabezado del artículo 20, así como su apartado A fracciones IV y VI de la Constitución.

¹³⁷ Ver el encabezado del artículo 20, así como su apartado B fracción V de la Constitución.

¹³⁸ Ver el encabezado del artículo 20, así como su apartado A fracción IV de la Constitución.

¹³⁹ Ver el artículo 20, apartado B fracción VI de la Constitución.

¹⁴⁰ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., pp. 539-540.

¹⁴¹ Sobre algunas de las garantías orgánicas y sus problemas dentro del ordenamiento jurídico mexicano puede verse CARBONELL, Miguel, *¿El tercero ausente? Ensayos sobre el poder judicial*, México, Porrúa, IMDPC, UNAM, 2008. FERRAJOLI analiza estas garantías en *Derecho y razón*, cit., pp. 574 y ss.

¹⁴² FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., pp. 540-541 y 543. Ver además, GUZMÁN, Nicolás, *La verdad en el proceso penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 541. Sobre los esquemas que distinguen al proceso acusatorio del proceso inquisitivo volveremos enseguida.

hipótesis y las contrahipótesis en conflicto, imparcialidad frente a la contienda, prudencia, equilibrio, ponderación y duda como hábito profesional y como estilo intelectual".¹⁴⁴

Pasemos ahora al análisis de los temas del artículo 20 de la Constitución mexicana que nos propusimos abordar en este capítulo. En primer término abordaremos el significado de la cláusula constitucional que señala que el proceso penal es acusatorio.

1. PROCESO ACUSATORIO Y PROCESO INQUISITIVO

La primera frase del artículo 20 es contundente: "El proceso penal será acusatorio y oral". Más claro ni el agua. Esa frase encierra una gran riqueza y supone la manifestación de todo un programa reformador de nuestra justicia penal. El intérprete constitucional, si quiere darle un contenido concreto a dicha frase, debería ser capaz de contestar al menos las siguientes preguntas: ¿en qué consiste un sistema penal inquisitivo, por contraste con un sistema acusatorio? ¿cuáles son los elementos sustanciales de un sistema acusatorio? ¿cuáles son las diferencias fundamentales que nos permiten distinguir entre ambos sistemas y qué ventajas derivan de uno y otro? Vamos a intentar ofrecer un esbozo de respuesta de dichas cuestiones en las páginas siguientes.

A. Sistema Inquisitivo: concentración de funciones en una misma autoridad

El primer elemento característico de un sistema penal inquisitivo es que las funciones de investigar, acusar y juzgar están concentradas en una misma autoridad. Esta concentración puede dar lugar a diversos problemas para la administración de justicia. Dada la ausencia de contrapesos, en los sistemas inquisitivos se reduce la posibilidad de que la autoridad, al desempeñar sus distintos roles, actúe de manera imparcial y objetiva.¹⁴⁵

¿Sería conceptualmente posible que la misma autoridad que investiga y concluye que cierta persona es presuntamente responsable

¹⁴⁴ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., p. 546 (las dos citas de este párrafo se encuentran en la misma página).

¹⁴⁵ DUCE y PÉREZ PERDOMO apuntan que "Tradicionalmente, el proceso penal de Latinoamérica se ha definido como un proceso 'inquisitivo' en el cual el juez y el fiscal son una misma persona. El término se refiere al diseño general del sistema y en particular al papel del juez, que no sólo se encarga de juzgar el caso sino también de dirigir la investigación que busca descubrir la verdad con relación a los actos lesivos", DUCE, Mauricio y PÉREZ PERDOMO, Rogelio, "La seguridad ciudadana y la reforma del sistema de justicia penal en América Latina" en FRUHLING, Hugo, TULCHIN, Joseph y GOLDING, Heather (eds.), *Crimen y violencia en América Latina*, Bogotá, FCE, 2005, p. 93.

de cometer un delito, pueda determinar al día siguiente, al desempeñarse como juzgador, que las pruebas recabadas muestran que dicha persona es inocente?

¿Cuáles son las consecuencias del ejemplo opuesto? ¿Sería posible que la autoridad, al desempeñarse como investigador, no encuentre pruebas sólidas sobre la supuesta responsabilidad de un acusado y al día siguiente, en su calidad de juez, determine que el acusado es culpable?

En ambos supuestos la respuesta es la misma. En un sistema inquisitivo, donde se concentran las funciones de investigar, acusar y juzgar, es altamente probable que las conclusiones a las que llegue la autoridad cuando realiza funciones de investigación, se ratifiquen cuando dicha autoridad haga las funciones de juzgador. Así, en la gran mayoría de los casos, el acusado será culpable o inocente a partir de la investigación y no como consecuencia de enfrentar un juicio imparcial y objetivo. El principio de contradicción, esencial dentro de todo proceso moderno, no existe en el sistema inquisitivo.¹⁴⁶

Duce y Pérez Perdomo apuntan que en el sistema inquisitivo “más que un sujeto con derechos, el acusado es visto como un objeto del proceso. Así, la investigación (el sumario o los procedimientos anteriores al juicio) es secreta, aun para el acusado. El sospechoso puede ser detenido e interrogado, incluso sin ser notificado del crimen por el cual se le investiga”.¹⁴⁷

Si bien los sistemas inquisitivos en América Latina son ahora la excepción, hace dos décadas eran la regla.¹⁴⁸ La presencia de los sistemas inquisitivos tenía dos manifestaciones. Por ejemplo, en Chile y en Colombia —antes de sus reformas penales— el Juez concentraba la realización de tres funciones del proceso penal. De hecho, en distintos momentos del proceso, el Juez era la autoridad responsable de investigar un supuesto acto delictivo, de acusar a un individuo como presunto responsable, y de juzgar la culpabilidad o inocencia del acusado. Así, en los sistemas inquisitivos de Chile y Colombia el Juez era de manera secuencial policía, fiscal y juez.

Otro ejemplo de los sistemas inquisitivos en Latinoamérica ha sido el sistema inquisitivo-mixto de México, el cual todavía sigue vi-

¹⁴⁶ El principio de contradicción se analizará con algún detalle más adelante, pues ha sido expresamente recogido entre los principios del proceso penal señalados en el encabezado del artículo 20 de la Constitución.

¹⁴⁷ DUCE, Mauricio y PÉREZ PERDOMO, Rogelio, “La seguridad ciudadana y la reforma del sistema de justicia penal en América Latina”, *cit.*, p. 93.

¹⁴⁸ MAIER, Julio B. J., AMBOS, Kai y WOISCHNIK, Jan, *Las Reformas Procesales Penales en América Latina*, Buenos Aires, AD HOC, 2000; PÁSARA, Luís (comp.), *En Busca de una Justicia Distinta: Experiencias de Reforma en América Latina*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2004.

gente en gran parte del territorio nacional. En el sistema inquisitivo-mixto de México, si bien hay una aparente separación de funciones entre el Ministerio Público (quien hace funciones de investigar y acusar) y el Juez (quien determina la culpabilidad o inocencia de un individuo) hay una creciente participación del Ministerio Público en funciones que deben ser materia exclusiva del Juez.

Una muestra de ello es el valor probatorio de las diligencias que realiza el Ministerio Público, en un fenómeno que se identifica en la literatura penal como "la prueba tasada". El legislador ha establecido que las pruebas presentadas por el Ministerio Público en el expediente, siempre que se ajusten a los parámetros que establece la ley, tendrán valor probatorio pleno. Es decir, en principio valdrán más que una prueba en contrario presentada por el acusado. Ante la presencia de ambas pruebas, el Juez tendrá que valorarlas de manera distinta, con lo cual el Ministerio Público —de hecho— está determinando la inocencia o culpabilidad del acusado, con base en la fuerza legal preestablecida de su prueba y no en los meritos de la misma. Así, el Ministerio Público desempeña dos funciones procesales distintas, una como investigador y otra, indirectamente, como juez. El desigual valor probatorio de lo que ofrecen las partes ante el juez rompe el principio de igualdad procesal y supone, de hecho, un grave riesgo para la presunción de inocencia.

Otra manifestación de esta extensión de funciones se manifiesta a través del llamado *principio de inmediatez*, avalado por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN).¹⁴⁹ Dicho principio consiste en que las pruebas recabadas por el Ministerio Público con mayor proximidad a los hechos delictivos, tendrán mayor valor probatorio que las pruebas recabadas con posterioridad, aun cuando estas resulten en un sentido contrario a las primeras. Con este fundamento el Ministerio Público ha adquirido una función adicional e indirecta como juzgador, pues la declaración de un testigo o del acusado ante el Ministerio Público, al principio de la investigación, va a determinar en gran medida el sentido de la sentencia del Juez, aun cuando el proceso arroje más adelante elementos probatorios adicionales y contrarios.

La combinación de la "prueba tasada" y el *principio de inmediatez* puede ser una explicación poderosa de porqué el Ministerio Público en México tiende a no presentar mayores pruebas después de la parte inicial del proceso. El Ministerio Público sabe que es muy po-

¹⁴⁹ No hay que confundir este principio con el de "inmediación", que será analizado más adelante por estar recogido en el encabezado del artículo 20 constitucional.

sible que sus pruebas presentadas por escrito, que fueron recabadas y desahogadas durante la averiguación previa constituyan en sí un elemento valorativo para el Juez que será difícilmente superado por la defensa que oponga el acusado. Así, el acusado en el sistema inquisitivo mixto (escrito) mexicano tampoco enfrenta, necesariamente, un juicio imparcial y objetivo.¹⁵⁰

En suma, la concentración de las funciones de investigar, acusar y juzgar en una misma autoridad, sea esta el Juez (como en el caso de Chile y Colombia antes de su reforma) o el Ministerio Público (como es el caso de México) es una característica de los sistemas inquisitivos que ha mostrado en la práctica diversas deficiencias. ¿Cuál es la alternativa?

B. *El sistema penal acusatorio: separación de funciones*

La principal característica de un sistema acusatorio es que las funciones de acusar y juzgar quedan claramente separadas entre sí y son cada una responsabilidad de instituciones distintas.¹⁵¹ Ferrajoli apunta al respecto que "La separación de juez y acusación es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, como presupuesto estructural y lógico de todos los demás".¹⁵² A grandes rasgos podemos hablar de cuatro etapas en el proceso penal; en cada una de ellas las funciones de acusar y juzgar son responsabilidad de autoridades distintas.

En los sistemas acusatorios es común que la investigación sea un esfuerzo coordinado entre el Ministerio Público (o Fiscal de la Nación) y la Policía Judicial (o de Investigación). En una segunda etapa, el Ministerio Público decidirá, a partir de la evidencia científica recabada, si hay materia para acusar a una persona determinada sobre la realización de un delito (en este momento se produce el ejercicio de la acción penal) y en su caso pedir medidas cautelares.¹⁵³

¹⁵⁰ En palabras de Miguel SARRE: "cuando menos garantías tiene el acusado, mayor es el valor de las pruebas, mientras que en la medida en que cuenta con mayores garantías, se reduce el valor de las pruebas. Dicho de otra forma, cuando el acusado cuenta con todas las garantías, estas prácticamente ya no le sirven"; "Control del Ministerio Público", *Los Controles Constitucionales. Anuario de Derecho Público*, México, McGraw Hill Serie Jurídica-ITAM, 1999, pp. 131-149, cita en la p. 140.

¹⁵¹ Esta idea fue recogida con claridad en la sentencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso *McNeil versus Wisconsin*, resuelto en 1991 con ponencia del juez Scalia; en el mismo caso, hay un importante voto particular de John Paul Stevens que también se refiere al punto de la separación orgánica como caracterización de los modelos de proceso penal.

¹⁵² FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, cit., p. 567.

¹⁵³ En algunos sistemas acusatorios el Ministerio Público no tiene el monopolio de la acción penal. En Chile, a partir de su reforma de justicia penal acusatoria y oral, la Constitución tam-

En tercer lugar, un Juez de Garantías (o Juez de Control de Garantías) vigila que durante la etapa de investigación se respeten los derechos fundamentales de víctimas y acusados. En ese ánimo, ante el ejercicio de la acción penal, debe resolver la admisibilidad de la acusación o su rechazo y establecer en su caso las medidas cautelares procedentes. Finalmente, el Juez de Tribunal Oral, que es un órgano distinto al de garantías, evaluará en igualdad de circunstancias las pruebas presentadas en audiencia pública por el Ministerio Público, la víctima y el acusado, y determinará objetiva e imparcialmente su culpabilidad o inocencia.

Así, en un sistema acusatorio el Juez no participa en los procesos de investigación, ni el Ministerio Público juzga, directa o indirectamente, la culpabilidad o inocencia de un acusado. Cada institución tiene su esfera de responsabilidad dentro del sistema penal, pero a diferencia de los sistemas inquisitivos, las funciones son exclusivas y no se sobreponen. Como bien lo resume Guillermo Zepeda Lecuona, "la distinción fundamental entre ambos modelos es que el órgano de acusación y el que juzga estén separados (acusatorio) o se concentren en una sola entidad (inquisitivo)".¹⁵⁴

En Chile, para evolucionar del sistema inquisitivo y escrito, que estuvo vigente desde tiempos de la colonia española, y establecer en cambio un sistema acusatorio y oral fue necesario crear el Ministerio Público. Dicha institución fue indispensable para sustituir al Juez en las funciones de investigación y acusación que realizaba bajo el sistema inquisitivo. En Colombia, fue creada con ese mismo fin la Fiscalía General de la Nación.

Si bien es cierto que al separar las funciones de investigar, acusar y juzgar se cumplió una condición necesaria para dejar atrás un sistema inquisitivo y escrito, esto por sí solo no es una condición suficiente para establecer un sistema penal acusatorio y oral. Los principios jurídicos bajo los cuales se organizan cada uno de los dos sistemas penales, así como los mecanismos que los hacen funcionar en la práctica, son distintos en ambos modelos. ¿Cuáles son los elementos adicionales que nos permiten distinguir entre un sistema inquisitivo y un sistema acusatorio?

bién otorga la facultad de ejercer la acción penal a la víctima de la conducta delictiva. Sobre la forma en que las modificaciones constitucionales de junio de 2008 abordan este tema para el caso mexicano, volveremos más adelante.

¹⁵⁴ Guillermo ZEPEDA LECUONA ha escrito uno de los libros más completos sobre el funcionamiento y la problemática del sistema de justicia penal en México; ver, *Crimen sin castigo: procuración de justicia penal y ministerio público en México*, México, Fondo de Cultura Económica-CIDAC, 2004, cita en la p. 93.

C. *Diferencias adicionales entre los sistemas inquisitivos y los sistemas acusatorios*

Las diferencias adicionales entre los sistemas acusatorio e inquisitivo se pueden señalar a partir de una descripción básica de su funcionamiento. En términos generales, los sistemas acusatorios son orales, públicos y con elevados niveles de transparencia. En cambio, los sistemas inquisitivos son escritos, cerrados y con elevados niveles de hermetismo (ver cuadro 16).¹⁵⁵

En los sistemas inquisitivos se dedica un enorme esfuerzo institucional dirigido a integrar un expediente para cada caso particular. Como el Juez dictaminará la inocencia o culpabilidad del acusado a partir de la lectura y estudio del expediente, todo aquello que no forma parte de aquel, simplemente no existe para el caso.

Por otro lado, las pruebas que integran el expediente no tienen que presentarse, necesariamente, en audiencia pública, ni el Juez tiene que estar presente en todo momento cuando se celebren dichas audiencias. De hecho, el Juez puede delegar esta función a personal del juzgado, por lo cual es posible que en el extremo, un Juez dicte una sentencia sin haber presenciado el desahogo de pruebas o haber escuchado directamente a las víctimas o a los acusados. Esto sucede con frecuencia en México.

De hecho, el amplio número de expedientes que debe resolver un Juez cada mes, así como la extensión de los mismos (que puede superar las quinientas páginas en promedio) hacen común que un funcionario del juzgado lea el expediente (o no) y le presente un proyecto de sentencia al Juez para su resolución final. El criterio del Juez estará formado a partir de lo que sus asistentes le presenten en forma de proyecto.

Los sistemas acusatorios y orales funcionan, como hemos comentado antes, de manera totalmente diferente. Para empezar, en el sistema oral no hay expediente, pues la acumulación de pruebas escritas en un registro no tiene valor para iniciar el caso o para determinar la culpabilidad o inocencia del acusado. Para que las pruebas sean válidas y suficientes para dar inicio al procedimiento penal, el Ministerio Público debe presentarlas de manera oral ante el Juez de Garantías, quien de considerarlo conveniente dará inicio al proceso y dictará las medidas cautelares necesarias para proteger los derechos de víctimas y acusados.

¹⁵⁵ Para una distinción de las características de los sistemas inquisitivo y acusatorio ver el texto de MONTES CALDERÓN, Ana, "Elementos de comparación entre el Sistema Inquisitivo y el Sistema Acusatorio" en *Técnicas del Juicio Oral en el Sistema Penal Colombiano: Lecturas Complementarias*. Bogotá, Comisión Interinstitucional para el Impulso de la Oralidad en el Proceso Penal, USAID, 2003, pp. 17-25, ver <http://www.pfyaj.com/checcchi/biblioteca/index.html>.

Concluida la investigación, se presentará la totalidad de las pruebas del caso en audiencia pública, ante el Juez (o jueces) de Juicio Oral, quien será una persona distinta al Juez de Garantías. El Juez no puede delegar la celebración de la audiencia a un funcionario del juzgado. Su presencia es obligatoria. Más aun, durante la audiencia pública tanto la víctima como el acusado tienen el derecho de escuchar el caso, confrontar las pruebas y presentar sus propios argumentos de manera directa frente al Juez. La prueba que no se desahogue en la audiencia pública y oral simplemente no tiene valor para el caso (salvo mínimas excepciones). A partir de las pruebas presentadas, el Juez (o un jurado) determina la culpabilidad o inocencia del acusado y establece la penalidad correspondiente.

CUADRO NÚMERO 16

DIFERENCIAS ENTRE UN SISTEMA INQUISITIVO Y UN SISTEMA ACUSATORIO

Sistema Inquisitivo	Sistema Acusatorio
Concentración de las Funciones de investigar, acusar y juzgar en una <u>misma</u> autoridad. Dos posibles modalidades: El Juez investiga, acusa y juzga (Chile y Colombia antes de sus reformas) El Ministerio Público investiga, acusa e influye como autoridad para juzgar la culpabilidad o inocencia del acusado (México en casi todo el territorio nacional)	Separación en las Funciones de investigar, acusar y juzgar en autoridades <u>distintas</u>: Una autoridad investiga: Policía de Investigación Una autoridad acusa: Ministerio Público Una autoridad acepta o rechaza la procedencia del caso y dicta medidas cautelares para proteger los derechos de víctimas y acusados: Juez de Garantías Otra autoridad juzga la culpabilidad o inocencia del acusado: Juez de Juicio Oral (o un jurado) y establece la pena consecuente.
El acusado es objeto de investigación por lo que no participa de la misma, tiene derecho a un abogado cuando ya existe una acusación en su contra. Su declaración comúnmente no es un medio de defensa sino un medio de prueba. Su silencio e inactividad pueden constituir una presunción de culpabilidad.	El acusado es sujeto de derechos y debe ser escuchado durante todo el proceso. Su silencio no debe ser interpretado como un indicio en su contra. Tiene derecho a conocer los actos de investigación y a ser tratado como inocente. Tiene derecho a un abogado y durante la audiencia a actuar como parte procesal en igualdad de oportunidades que su acusador.
La detención opera como regla general para todos los delitos. La prisión preventiva es una medida cautelar muy común.	La libertad es la regla general y la detención es la excepción. Se utilizan otras medidas cautelares que no privan, necesariamente, al acusado de su libertad.
La víctima regularmente no participa durante la investigación del caso, ni durante la celebración del proceso penal. El sistema penal centra su esfuerzo en castigar al culpable del delito pero no necesariamente en resarcir el daño que sufrió la víctima.	La víctima ocupa una parte central en el proceso penal. Participa en las investigaciones, se le informa del desarrollo de su caso, participa directamente en la audiencia ante el Juez y el sistema busca resarcir el daño que ha sufrido.

Escrito. Esfuerzo institucional para construir un expediente. Lo que no existe en el expediente, no existe para el proceso.	Oral. Sistema de Audiencias Públicas. Las pruebas que no se desahoguen durante la audiencia pública no existen para el proceso (salvo mínimas excepciones).
Secreto, poco transparente. El nivel de acceso al expediente, para víctimas, acusados y cualquier interesado varía en diversos sistemas y en diversas partes del proceso. Su apertura puede ser limitada para las partes, parcial durante las etapas procesales y/o general una vez que ha concluido el caso con sentencia del juez.	Público y transparente. Todas las audiencias del proceso son públicas, salvo contadas excepciones. La víctima y el acusado tienen acceso a las pruebas del caso desde el inicio del proceso penal y a participar directamente en las audiencias con la presencia del juez.
El juez puede delegar a funcionarios menores en el juzgado la celebración de diversas etapas procesales.	Principio de Inmediación. El juez tiene que estar presente en la celebración de las audiencias del proceso.
Las audiencias de un mismo caso pueden llevarse a cabo en sesiones separadas entre sí.	Principio de Concentración. La audiencia pública de un mismo caso es continua.
La víctima y el acusado no tienen la oportunidad de confrontar la veracidad de las pruebas en audiencia pública con la presencia del juez.	Principio de Contradicción. La víctima y el acusado tienen la oportunidad de confrontar la veracidad de las pruebas en audiencia pública con la presencia del juez.
El objeto del proceso es imponer una pena a quien sea declarado culpable. El Estado debe agotar todas las etapas del procedimiento penal para cada uno de los casos que es de su conocimiento.	Principio de Oportunidad. El objeto del proceso penal es solucionar de la mejor forma el conflicto generado por la violación de la ley. El Estado permite la suspensión del proceso para aceptar sistemas alternativos para la solución de controversias y procesos penales simplificados o abreviados.
Prueba Tasada. Las pruebas que presenta el Estado tienen mayor valor probatorio que las pruebas que presenta el acusado.	Principio de Igualdad Procesal. Todas las partes del proceso ofrecen sus pruebas en igualdad de condiciones en la audiencia pública. El valor de la prueba no está predeterminado previo a la audiencia.
Sistema de desconfianza. Todo debe quedar por escrito en el expediente. Se destina un amplio esfuerzo institucional para cumplir las formalidades del proceso.	Debido Proceso Legal. Las formalidades legales tienen como objeto proteger o garantizar el debido proceso de ley y los principios que de ahí derivan como legalidad, inocencia, objetividad y defensa integral.
El juez puede decidir en privado, con base en el expediente, posiblemente sin haber escuchado directamente a la víctima y al acusado, y frecuentemente a partir de un proyecto de sentencia preparado por un funcionario del juzgado.	El juez decide en público, después de haber escuchado a todas las partes y con fundamento en las pruebas desahogadas durante la audiencia pública y oral.

Fuente: Elaboración de Miguel CARBONELL y Enrique OCHOA REZA con información de Luigi FERRAJOLI, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal* (Madrid, Editorial Trotta, 1995) y Ana MONTES CALDERÓN, "Elementos de comparación entre el Sistema Inquisitivo y el Sistema Acusatorio" en *Técnicas del Juicio Oral en el Sistema Penal Colombiano: Lecturas Complementarias* (Colombia, Comisión Interinstitucional para el Impulso de la Oralidad en el Proceso Penal-USAID, 2003), pp. 17-25, ver <http://www.pfyaj.com/chechchi/biblioteca/index.html>.

Ferrajoli condensa en un párrafo algunas de las ideas contenidas en el cuadro anterior, cuando señala que:

Se puede llamar acusatorio a todo sistema procesal 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 le 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 convicción*. A la inversa llamaré inquisitivo a todo sistema procesal donde el juez procede de *oficio* a la búsqueda, recolección y valoración de pruebas, llegando al juicio después de una instrucción *escrita y secreta* de la que están *excluidos* o, en cualquier caso, limitados la *contradicción* y los *derechos de defensa*.¹⁵⁶

En consecuencia con lo que llevamos apuntado, los niveles de acceso a la información y de transparencia de los sistemas inquisitivo y acusatorio también son distintos entre sí. La publicidad en el sistema inquisitivo depende en gran medida del acceso que tengan las partes, o cualquier interesado, al contenido del expediente.

En la práctica, hay gran variedad en los distintos sistemas inquisitivos sobre este tema. Es común que las investigaciones del Juez o del Ministerio Público que forman parte del expediente no sean fácilmente accesibles para el acusado (o su abogado), lo cual amplía la desventaja con la cual construye su defensa. También sucede que el acceso a los expedientes para el público en general está prohibido, o que sea limitado durante diversas etapas del proceso, o simplemente se permita su revisión hasta que el caso haya concluido con la sentencia del Juez.

Por otro lado, la baja transparencia del sistema es también poco favorable para la víctima, quien regularmente no forma parte esencial de la investigación, ni de la etapa jurisdiccional, por lo cual es común que desconozca la evolución de su caso.¹⁵⁷

Los sistemas acusatorios son considerablemente más abiertos y transparentes. Ante la ausencia de expedientes, la apertura del sistema depende de la publicidad de las audiencias. Esto establece un amplio nivel de transparencia prácticamente por diseño.¹⁵⁸

¹⁵⁶ LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit. p. 564. El énfasis es nuestro.

¹⁵⁷ Para una descripción sobre las condiciones de transparencia en el sistema inquisitivo-mixto (escrito) de México ver, OCHOA REZA, Enrique, "La Transparencia y el Ministerio Público" en el libro de Jonathan Fox, Libby HAIGIT, Helena HOFBAUER y Tania SÁNCHEZ ANDRADE, coords., *Derecho a Saber: Balance y Perspectivas Cívicas*, México, Woodrow Wilson International Center for Scholars, Fundar, 2007, pp. 133-138.

¹⁵⁸ Ver, más adelante, el análisis de los alcances, posibilidad, riesgos y dilemas del "principio de publicidad", recogido en el encabezado del artículo 20 de la Constitución como un principio rector del procedimiento penal mexicano.

Dado que el sistema acusatorio tiene como una de sus características fundamentales la celebración de audiencias públicas y orales —con la presencia ininterrumpida del Juez, la víctima, el acusado y sus abogados— el sistema ofrece múltiples mecanismos para la rendición de cuentas. De hecho, salvo contadas excepciones, todas las audiencias están abiertas a la presencia del público en general.

Asimismo, desde las primeras etapas del proceso el acusado ejerce su derecho de conocer —directamente o a través de su abogado— las pruebas que hay en su contra, tanto para aportar pruebas en contrario, como para poner en duda la credibilidad de las pruebas que lo incriminan. Por último, a diferencia del sistema inquisitivo, la víctima forma parte esencial durante la investigación y puede ejercer el derecho de ofrecer su testimonio en audiencia pública frente al Juez.

Todo lo anterior pone de manifiesto que el sistema acusatorio tiene elementos que lo hacen más efectivo para la salvaguarda de los derechos fundamentales de víctimas y acusados, que están ausentes en el sistema penal inquisitivo.¹⁵⁹ Además, los sistemas acusatorios tienen comúnmente un par de elementos procesales que suelen no aparecer en los sistemas inquisitivos. Nos referimos a la posibilidad de establecer medidas alternativas de solución de controversias y a la de permitir que el Estado resuelva un caso a través de procedimientos abreviados o simplificados. Esto tiene manifestaciones prácticas importantes, sobre todo en sistemas penales que —como sucede con el caso mexicano— deben hacerse cargo de la resolución de cantidades apabullantes de casos, tal como ya fue explicado en capítulos anteriores.

Los sistemas inquisitivos tienen como objeto el de establecer un castigo para quien haya cometido un delito. Por ello, el Estado le da seguimiento a toda conducta delictiva que sea de su conocimiento, agotando todas las etapas procesales indistintamente del nivel de gravedad de ilícito cometido. Así, recibirá el mismo trato procesal la conducta delictiva que produjo una lesión menor, que las acciones resultantes en un homicidio calificado.

En términos médicos, el sistema alivia en terapia intensiva desde una cirugía mayor de corazón abierto, hasta un dolor de estómago.

¹⁵⁹ Ver el interesante documento de Ada PELLEGRINI GRINOVER, "El Modelo Acusatorio de Instrucción Procesal Penal como Garantía de los Derechos Humanos", Departamento de Derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México, *Documento de Trabajo*, núm. 4, 27 de marzo de 1998. Este documento es una versión en castellano de la conferencia "O modelo acusatório de instrução processual penal como garantia dos direitos humanos", publicada en *Temas de Derecho Procesal. Memoria del XIV Congreso Mexicano de Derecho Procesal*, México, D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1996.

El resultado de esta práctica es la saturación del sistema penal pues no hay recursos humanos, ni materiales, que alcancen para resolver la totalidad de los casos por la misma vía. Lo mismo sucedería en un hospital de atenderse todos los casos médicos en la condición extrema arriba descrita.

Los sistemas acusatorios parten de un principio diferente. El objetivo es resolver conflictos que surjan entre las partes con el énfasis puesto en el resarcimiento del daño que ha sufrido la víctima. La diferencia no es menor. Bajo un sistema acusatorio, es común que un problema penal se resuelva sin agotar todas las instancias procesales. De hecho, a través de mecanismos alternos de solución de controversias, la gran mayoría de los casos se resuelven *antes* de llegar a la celebración de la audiencia pública y oral. Esto descongestiona el sistema penal para concentrar los recursos institucionales, humanos y financieros, en la resolución de los delitos que así lo ameriten.

Las medidas de solución alternas se desarrollan en un marco institucional que promueve el respeto a los derechos de víctimas y acusados. En una reunión ante un mediador profesional, con la presencia de las partes y sus abogados, se busca establecer acuerdos reparatorios que restituyan el daño que ha sufrido la víctima. De llegar a un acuerdo, las partes lo presentan ante un Juez de Garantías, quien velará para que su contenido sea proporcional, voluntario y respetuoso de los derechos de la víctima y el acusado. De proceder, se dará el proceso penal por concluido o incluso se le tendrá por no iniciado.

La efectividad de un sistema acusatorio-oral se fortalece con la presencia conjunta de los mecanismos alternos de solución de controversias y de la audiencia oral. Ambos procesos son complementarios entre sí. Por un lado, las mediaciones son más efectivas dado que las partes saben que al final del proceso hay una audiencia pública, oral y transparente. Es común que las partes prefieran un acuerdo antes de ventilar su problema jurídico en público. En términos populares, "es mejor lavar la ropa sucia en casa".

En ausencia de la audiencia pública oral, la tentación para una de las partes de evitar la mediación y buscar una salida del proceso penal inquisitivo-escrito a través de los canales de la corrupción es mayor. De ahí que las medidas de solución alterna de controversias puedan ser menos efectivas al incorporarse en un sistema inquisitivo-escrito que en un sistema acusatorio-oral. Asimismo, gracias a las medidas alternas de solución de controversias, menos casos llegan a las audiencias públicas, por lo que se pueden destinar mayores recursos institucionales para atender casos de gran complejidad.

En la misma vertiente, el Estado tiene la capacidad de resolver conflictos jurídicos a través de mecanismos procesales abreviados o simplificados, o de interrumpir una investigación ante la falta de evidencia sólida para perseguir un caso. Esta última decisión no es una práctica irregular o discrecional de la autoridad de investigación, como es el caso en los sistemas inquisitivos, pues su ejecución tiene que ser aprobada, en los sistemas acusatorios, por un Juez de Garantías. En atención a todo lo anterior, las diferencias entre los sistemas acusatorio e inquisitivo no sólo se pueden identificar en el funcionamiento práctico de cada sistema, sino que también son observables al identificar los principios jurídicos a los cuales responden.

Por lo que llevamos expuesto el lector podría estar convencido, como lo estamos nosotros, de la superioridad del modelo acusatorio sobre el inquisitivo. Conviene señalar sin embargo que algunos autores han discutido tal superioridad, ofreciendo algunos argumentos que consideramos que deberían ser tomados en cuenta, no tanto para volver al pasado que al menos para México se encuentra representado por el sistema inquisitivo-mixto, sino para perfeccionar algunos aspectos del modelo acusatorio que estamos construyendo.¹⁶⁰

2. PRINCIPIOS DEL PROCESO PENAL

El artículo 20 nos ofrece las bases de lo que se conoce como un sistema penal de corte acusatorio, dejando atrás el modelo inquisitivo-mixto que existía hasta antes de la reforma; a ambos sistemas nos hemos referido en el apartado anterior. Esas bases son los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación. ¿Qué significan tales principios y cómo se van a concretar en la práctica? Conviene ofrecer una exposición, aunque sea sucinta, del contenido de cada uno de ellos.¹⁶¹

A. Publicidad

De acuerdo con el principio de publicidad, todos los actos dentro del juicio son públicos. Esto implica, como principio general, que cualquier persona interesada puede asistir a la sala del juzgado de que se trate y ver el desarrollo de las actuaciones procesales.

¹⁶⁰ Para una perspectiva crítica del modelo acusatorio ver SKLANSKY, David Alan, "Anti-inquisitorialism", *Harvard Law Review*, vol. 122, núm. 6, abril de 2009, pp. 1634 y ss.

¹⁶¹ Para referencias más amplias puede verse BOVINO, Alberto, *Principios políticos del procedimiento penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005.

La publicidad actúa en beneficio de la recta impartición de justicia, inhibe la corrupción, mantiene a las partes en un estado de mayor igualdad y convoca a una mejor rendición de cuentas.

Tal principio es aceptado en muchos países y supone un elemento central de lucha contra la corrupción y la ineficacia que crecen en escenarios opacos y alejados de la mirada pública. Además, la publicidad es un elemento definidor del sistema acusatorio, pues como lo indica Ferrajoli, "asegura el control, tanto externo como interno, de la actividad judicial. Conforme a ella, los procedimientos de formulación de hipótesis y de determinación de la responsabilidad penal tienen que producirse a la luz del sol, bajo el control de la opinión pública y, sobre todo, del imputado y su defensor. Se trata seguramente del requisito más elemental y llamativo del proceso acusatorio".¹⁶²

La publicidad de los juicios era una idea que ya estaba presente en el pensamiento de la Ilustración. Jeremy Bentham escribió que "Cuanto más secretos han sido los tribunales, más odiosos han resultado". Por su parte Beccaria afirmaba que "el escudo más seguro de la tiranía es el secreto". Más recientemente ha sido Elías Canetti quien ha ilustrado muy bien la relación que existe entre el secreto y la dictadura. Dice Canetti, en su obra *Masa y poder* que

El secreto ocupa la misma médula del poder... El detentador del poder, que de él se vale, lo conoce bien y sabe apreciarlo muy bien según su importancia en cada caso. Sabe qué acechar; cuándo quiere alcanzar algo, y sabe a cuál de sus ayudantes debe emplear para el acecho. Tiene muchos secretos, ya que es mucho lo que desea, y los combina en un sistema en el que se preservan recíprocamente. A uno le confía tal cosa, a otro tal otra y se encarga de que nunca haya comunicación entre ambos... Todo aquel que sabe algo es vigilado por otro, el cual, sin embargo, jamás se entera de qué es en realidad lo que está vigilando en el otro. ... Así, el soberano siempre está al corriente de la fiabilidad de los recipientes en que ha depositado sus secretos, de su seguridad, y está en condiciones de apreciar cuál de esos recipientes está tan lleno que podría desbordar. De todo el sistema de secretos sólo él tiene la llave...¹⁶³

Héctor Fix Zamudio indica que por publicidad procesal podemos entender "aquella fase del procedimiento en la que están presentes y participan activamente, tanto el juez o tribunal como las partes y las personas interesadas, pero además, cuando los actos del procedi-

¹⁶² FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., p. 616.

¹⁶³ CANETTI, Elías, *Masa y poder*, Barcelona, Muchnik Editores, 2000, pp. 304, 306 y 307.

miento pueden ser observados directa y públicamente por el público en general, así como, con algunas limitaciones, por los medios de comunicación".¹⁶⁴

García Ramírez apunta que la publicidad "permite y alienta la presencia de terceros en los actos procesales, a título de observadores del proceso y, en este sentido, de controladores de la subordinación de participantes y diligencias a la ley que gobierna el enjuiciamiento".¹⁶⁵

Perfecto Andrés Ibáñez nos recuerda que la publicidad, cuando se refiere a la jurisdicción, tiene un primer y nuclear sentido de garantía a favor del imputado; de esta manera, la publicidad se opone al secreto de las actuaciones judiciales y busca darles un grado tal de transparencia que haga posible el control de las mismas por quienes son parte o están directamente interesados en la causa (lo que se llama publicidad interna), o bien por simples ciudadanos quienes tienen un interés genérico en la impartición de justicia y en que la aplicación del derecho penal no sea arbitraria ni discurra fuera de los cauces legales establecidos.¹⁶⁶

La publicidad de las actuaciones judiciales da confianza a los usuarios del sistema penal y en general a toda la sociedad, pues de esa manera los ciudadanos pueden "ver" cómo se está administrando la justicia. La publicidad, además, sirve también para evitar presiones sobre los propios jueces, quienes resultan beneficiados en su independencia por realizar sus actuaciones en público.

La publicidad procesal permite por otra parte que la opinión pública pueda desarrollar un escrutinio permanente sobre las tareas judiciales, desplegando en la práctica lo que algunos autores han llamado la "responsabilidad social" de los jueces, es decir, la que deriva de las críticas de la opinión pública. Como lo señala Luigi Ferrajoli,

La crítica pública de las actividades judiciales —no la genérica de los males de la justicia, sino la argumentada y documentada dirigida a

¹⁶⁴ FIX ZAMUDIO, "Aproximación al estudio de la oralidad procesal, en especial en materia penal", *cit.*, p. 216.

¹⁶⁵ GARCÍA RAMÍREZ, *La reforma penal constitucional*, *cit.*, p. 122.

¹⁶⁶ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, "Proceso penal: ¿qué clase de publicidad y para qué?", *Jueces para la democracia*, núm. 51, Madrid, noviembre de 2004, p. 64; el párrafo en cuestión señala lo siguiente: "Referida a la jurisdicción, la publicidad tiene un primero y nuclear sentido de garantía del imputado, que debe presidir su tratamiento normativo y su proyección práctica. Desde este punto de vista, la publicidad se opone al secreto de las actuaciones judiciales y busca dar a éstas un grado de transparencia que haga posible el control de las mismas por quienes son parte o están directamente interesados en la causa (publicidad interna); y por quienes, simplemente como ciudadanos, tienen un genérico y objetivo interés en que el desarrollo del trámite de aplicación del derecho penal no sea arbitrario y discurra por cauces legales (publicidad externa)".

los jueces en particular y a sus concretas resoluciones- expresa, en efecto, el punto de vista de los ciudadanos, externo al orden judicial y legitimado por el hecho de que su fuerza no se basa en el poder sino únicamente en la razón... Es por esta vía, mucho mejor que a través de las sanciones jurídicas o políticas, como se ejerce el control popular sobre la justicia, se rompe la separación de la función judicial, se emancipan los jueces de los vínculos políticos, burocráticos y corporativos, se deslegitiman los malos magistrados y la mala jurisprudencia y se elabora y se da continuamente nuevo fundamento a la deontología judicial.¹⁶⁷

La participación de la ciudadanía en la impartición de justicia, derivada de la mayor visibilidad de los procesos y de la posibilidad misma de asistir a ellos, puede contribuir a generar una mayor cultura constitucional alrededor de la jurisdicción.¹⁶⁸ Esto ya está comenzando a pasar en materia de procesos constitucionales, gracias a las nuevas modalidades de transparencia judicial que ha ido adoptando la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los años recientes, a partir de las cuales se puede dar seguimiento a las discusiones del Pleno, ya sea a través del Canal Judicial, de las versiones estenográficas que se suben a la página de internet de la Corte, o bien a través de la solicitud, con fundamento en la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública (y sus respectivos reglamentos) de las sentencias y demás actuaciones que sean del interés del solicitante.¹⁶⁹

Aunado a lo anterior, hay que valorar la enorme importancia que la publicidad procesal puede tener en el ámbito de la enseñanza del derecho. Los estudiantes, mientras cursan la carrera, pueden asistir a las audiencias públicas e irse formando criterios que les serán de gran utilidad para el mejor aprovechamiento de sus estudios y para su posterior ejercicio profesional. Los profesores pueden aprovechar esa oportunidad para enfocar la clase hacia casos concretos, reales, que los estudiantes pueden seguir a través de las audiencias públicas. Los exámenes o pruebas durante el curso pueden estructurarse a partir del seguimiento de un caso concreto. Se les pueden pedir a los estudiantes reportes de las audiencias a las que asistieron, se pueden organizar grupos de debate en la clase, etcétera.

¹⁶⁷ *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., p. 602.

¹⁶⁸ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, "Proceso penal: ¿qué clase de publicidad y para qué?", cit., p. 64.

¹⁶⁹ Sobre el desarrollo de la transparencia judicial en México (y sobre sus tropiezos), CARBONELL, Miguel, *¿El tercero ausente? Escritos sobre el poder judicial*, México, Porrúa, UNAM, IMDPC, 2008, pp. 47 y ss.

Las audiencias públicas características de los procesos penales de corte acusatorio-oral son una magnífica oportunidad para mejorar nuestros niveles de enseñanza del derecho y un magnífico laboratorio para que los alumnos se asomen a la práctica jurisdiccional.

Ahora bien, la publicidad de los procedimientos judiciales, sobre todo en materia penal, no solamente aporta beneficios, sino que también puede incidir negativamente ya sea en ciertos derechos fundamentales (como la presunción de inocencia o el derecho al juez imparcial), o en la forma en que se juzga sobre un determinado caso, es decir, sobre la marcha de la justicia penal en general. La experiencia de otros países demuestra que los medios de comunicación tienen una incidencia importante respecto a la percepción ciudadana sobre la justicia penal. Pero los medios muchas veces no se limitan (en esta materia como en las demás) a ser fieles transmisores de noticias, sino que con frecuencia dejan ver sus propios puntos de vista. Los medios también tienen su agenda, para decirlo de otra manera.

Adicionalmente, cabe considerar, en el análisis del principio de publicidad, que la mera difusión de procesos abiertos contra ciertas personas puede llegar a ser más gravosa incluso que la sentencia condenatoria, sobre todo porque contra la información que transmiten los medios no cabe ningún recurso de apelación ni de amparo. Lo que es transmitido ya queda fijo en el imaginario de la audiencia.¹⁷⁰

De particular interés debe resultar la regulación de la presencia de las cámaras de televisión en las salas de juicio oral. La deseada y deseable publicidad no nos debe llevar a que, sin distinguos de ninguna especie, las salas de juicio se conviertan en estudios de televisión, las partes en actores y el juicio en un *reality show*.¹⁷¹ Si eso aconteciera no se estaría sirviendo a los mejores intereses de la justicia, sino probablemente todo lo contrario.

La presunción de inocencia que expresamente está recogida en el artículo 20 constitucional (y en instrumentos internacionales firmados y ratificados por México) puede periclitar por una mala comprensión del principio de publicidad. Sobre todo si los medios de comunicación no asumen responsablemente su tarea de informar sobre procesos judiciales en curso y se abandonan en sus afanes por constituirse en jueces mediáticos de las personas acusadas (o incluso simplemente detenidas).

¹⁷⁰ ANDRÉS IRÁÑEZ, Perfecto, "Proceso penal: ¿qué clase de publicidad y para qué?", *cit.*, p. 68.

¹⁷¹ *Idem.*

Al respecto es de nuevo Fix Zamudio quien nos llama la atención sobre algunos problemas que tendremos que ir resolviendo al poner en marcha el nuevo sistema penal mexicano. Este autor sostiene que "Las consecuencias de esta publicidad ilimitada, se advierten en el desarrollo de programas en los cuales algunos periodistas, con independencia de la investigación oficial, realizan pesquisas e interrogan a testigos y sospechosos, sin la preparación técnica que tiene la policía, el ministerio público y los jueces de instrucción, con lo cual se propicia un proceso penal paralelo, con el riesgo de que los inculpados se lleguen a juzgar por millones de telespectadores con los procesos escenificados durante su tramitación así difundida... esta conducta de los comunicadores implica más que la voluntad democrática de que no se oculten ciertos asuntos, un sorprendente retorno al sistema de acusación privada, inclusive de linchamiento colectivo que no favorece ni la búsqueda de la verdad ni tampoco el retorno de la paz debido al riesgo de reacciones sociales en cadena".¹⁷²

Además de estar mencionada entre los principios generales del proceso, la publicidad vuelve a aparecer en la fracción V del apartado B del artículo 20 constitucional; el apartado B se refiere a los derechos que tiene toda persona imputada. La fracción V señala que el imputado será juzgado en audiencia pública; ahora bien, la propia fracción señala algunos límites a la publicidad, los cuales podrán ser establecidos por una ley (creando de esa manera una "reserva de ley" respecto de tales límites, excluyendo por tanto que los mismos puedan estar contemplados por una norma distinta a la ley). Las razones para limitar la publicidad de las audiencias, según lo señala la fracción V, son las de seguridad nacional, seguridad pública, protección de las víctimas, testigos y menores, cuando se ponga en riesgo la revelación de datos legalmente protegidos, o cuando el tribunal estime que existen razones fundadas para justificarlo.

Ahora bien, la misma fracción —en su parte final— abre la posibilidad de que sea el juez quien determine que hay razones fundadas para limitar la publicidad. Es decir, la fracción en comento remite en primer término a la ley para señalar los casos en que podrá limitarse la publicidad de la audiencia, pero además faculta al juez para determinar otros supuestos en que se puede ordenar tal limitación (o verificar que, en un caso concreto, concurren los que previamente ha señalado el legislador).

¹⁷² FIX ZAMUDIO, "Aproximación al estudio de la oralidad procesal, en especial en materia penal", *cit.*, p. 236.

Los límites al principio de publicidad (como lo son los que se acaban de señalar), no son extraños en la experiencia comparada del proceso penal. En el derecho comparado, tanto nacional de otros países como internacional, hay casos en que se reserva el nombre de las partes. Por ejemplo, en ocasiones los expedientes se identifican como “X, Y y Z contra Bélgica”, para proteger la identidad de menores o de personas que han sido víctimas de delitos que generan una especial sensibilidad social (como los de naturaleza sexual).

En este sentido puede mencionarse que en el caso *Newspaper Co. vs. Superior Court*, la Suprema Corte estadounidense sostuvo la pertinencia de restringir el acceso a la información judicial en materia penal cuando, por ejemplo, una víctima menor de edad en delitos de carácter sexual esté prestando testimonio,¹⁷³ lo cual es muy entendible pues tiende a proteger el interés superior del niño expresamente tutelado por la Convención de los Derechos del Niño de la ONU (de 1989).¹⁷⁴

En cualquier caso la publicidad debe ser una nota omnipresente en los procesos judiciales, pero no en la eventual etapa previa de detención e investigación. En México es frecuente que los medios de comunicación den a conocer los nombres y las fotografías o imágenes de personas que acaban de ser detenidas. No hay contra ellos ningún elemento que los haga culpables de haber cometido un delito y sin embargo son exhibidos públicamente como violadores, asesinos o ladrones.

Los medios de comunicación, con el apoyo y la connivencia de las autoridades policiales o ministeriales, vulneran de esa forma la presunción de inocencia (entendida no solamente como un derecho intraprocesal, sino como una protección del individuo también frente a su desdoro público, a la vejación de que puede ser objeto por sus conocidos, por sus vecinos, por la comunidad en que se desenvuelve).¹⁷⁵

La “presentación” de individuos recién detenidos debería respetar su intimidad, tal y como lo permiten los modernos sistemas electrónicos (por ejemplo mediante la distorsión de su rostro o de su voz). No estamos a favor de detenciones secretas, sino de preservar

¹⁷³ En el caso *Newspaper Co. vs. Superior Court*, 437 U.S. 596.

¹⁷⁴ De hecho, los procedimientos que rigen la justicia para adolescentes (derivados del mandato del artículo 18 constitucional), pueden ser un parámetro atendible (en sentido positivo o negativo) para establecer las reglas de la publicidad y sus límites en el derecho penal de adultos. Sobre el tema puede verse VASCONCELOS MÉNDEZ, Rubén, *La justicia para adolescentes en México*, México, UNICEF, UNAM, 2009.

¹⁷⁵ BARENDT, Eric, *Freedom of speech*, 2a. ed., Nueva York, Oxford University Press, 2007, p. 315.

el debido equilibrio entre los intereses que el principio de publicidad pone en juego y, en ciertos supuestos, en tensión.¹⁷⁶ Perfecto Andrés ha señalado al respecto lo siguiente: "Creo que en materia de proceso penal, el pesado gravamen que su sola instauración representa para el afectado no debería verse incrementado por la *pena* sobreañadida de la difusión de los datos que inducen una anticipación del juicio y muy perturbadores efectos dentro del mismo. Siquiera hasta la existencia de una hipótesis acusatoria suficientemente contrastada y madura, apta para determinar la apertura de aquél".¹⁷⁷

Como puede verse, el principio de publicidad juega un papel de la mayor importancia en cualquier sistema procesal que busque respetar el debido proceso. Pero también puede poner en jaque diversos bienes y derechos de rango constitucional. Por eso es que estimamos prudente y oportuno que la fracción V del apartado B del artículo 20 constitucional haya reflejado la importancia del principio pero también haya reparado en la complejidad del tema, al grado de incluir sus posibles limitaciones desde el texto constitucional, reenviando para su detalle a la tarea legislativa y al criterio judicial para su aplicación concreta.

La publicidad o el derecho a un juicio público aparecen en distintos ordenamientos del derecho internacional de los derechos humanos. Es el caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU (1948), en cuyo artículo 11 se señala el derecho de toda persona acusada de haber cometido un delito "a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley en *juicio público*...".

B. Contradicción

Sergio García Ramírez señala que "el contradictorio constituye un principio procesal de la más elevada trascendencia".¹⁷⁸

¹⁷⁶ La propia reforma es muy clara al señalar que deberá existir un registro de detenciones en el artículo 16 párrafo cuarto. Como ya se apuntaba en un capítulo precedente, habrá que discutir si ese registro puede ser consultado por cualquier persona o si se mantendrá cierta reserva; en el supuesto de que se limite el acceso a la información que obra en el registro, se tendrá que discutir sobre la extensión temporal de la reserva. En todo caso, la interpretación que se haga de ese párrafo del artículo 16 constitucional por parte tanto del legislador como de los órganos aplicadores, deberá ponerse en armonía o cuando menos ponderarse con el artículo 6 párrafo segundo, fracción primera, que se refiere al principio general de publicidad de toda la información pública, así como al supuesto general de excepción, cuando existan razones de interés público así determinadas por la ley. Sobre el tema en general, CARBONELL, Miguel, *El régimen constitucional de la transparencia*, México, UNAM, 2008.

¹⁷⁷ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, "Proceso penal: ¿qué clase de publicidad y para qué?", *cit.*, p. 71.

¹⁷⁸ GARCÍA RAMÍREZ, *La reforma penal constitucional*, *cit.*, p. 121.

El principio de contradicción significa, entre otras cuestiones, que todo lo que se aporte al juicio puede ser objeto de refutación y que las partes tendrán a su disposición los mismos elementos para demostrar que les asiste la razón, sin que una parte tenga en sus manos la posibilidad de aportar pruebas de “mayor valor” o de “mayor peso” que la otra. La contradicción “quiere decir, en esencia, que la igualdad de las partes en el proceso y la consideración que ambas merecen, en aras de la justicia, obliga a dar a cada una oportunidades iguales para esgrimir sus pretensiones, probar sus afirmaciones y exponer sus razones”.¹⁷⁹

Es interesante hacer notar que una especie de aterrizaje de este principio general se encuentra tanto en la fracción V como en la fracción VI del apartado A del artículo 20 constitucional. En la primera de dichas fracciones dado que el texto de la Carta Fundamental señala expresamente, luego de establecer la carga de la prueba para quien endereza la acusación de acuerdo al respectivo tipo penal, que las partes tienen igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa.

La fracción VI por su parte señala de forma tajante que “Ningún juzgador podrá tratar asuntos que estén sujetos a proceso con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra, respetando en todo momento el principio de contradicción, salvo las excepciones que establece esta Constitución”. Esta disposición es importante no solamente para mantener intacta la igualdad entre las partes y preservar su capacidad de “contradecir” lo que le diga al juzgador su contraria, sino también porque debería suministrar el mandato necesario para terminar con la no muy correcta práctica del llamado “alegato de oreja”, el cual se ejerce en privado por las partes (o por una de ellas) sobre el juzgador. Estimamos que una recta administración de justicia debería impedir esas reuniones privadas, las cuales en ocasiones incluso se realizan fuera de las instalaciones de los juzgados. Las autoridades judiciales deberían evitar en la medida de lo posible el contacto con los litigantes fuera de los supuestos previstos legalmente.

Ferrajoli apunta que “en un sistema penal de tipo cognoscitivo, todos los actos en que se expresa el *principio de contradicción* —imputaciones, absoluciones, testimonios, confesiones, denuncias del coimputado, reconocimientos, careos, requisitorias, alegatos defensivos, impugnaciones, excepciones, etcétera— equivalen a momentos de un conflicto entre verdades judiciales contrapuestas: es decir, entre aser-

¹⁷⁹ *Ibidem*, pp. 121-122. Ver al respecto las observaciones de Nicolás GUZMÁN, relativas al contradictorio como derecho y como método, *La verdad en el proceso penal*, cit., pp. 137 y ss.

ciones que enuncian o sostienen hipótesis acusatorias y aserciones que las *contradicen*, confutando con ello no solo su verdad, sino también la validez de los preceptos en que se apoyan".¹⁸⁰

La efectiva realización del principio de contradicción requiere no solamente de un instrumental legislativo que lo ponga en claro y detalle su alcance, sino también de ciertas habilidades discursivas y analíticas por parte de los participantes en las audiencias del juicio oral. Va a ser del todo relevante que tanto el abogado defensor (público o privado) como la parte acusadora dominen las técnicas del interrogatorio y contra-interrogatorio. Para ello será esencial la capacitación que se proporcione tanto en las escuelas y facultades de derecho como en las instituciones encargadas de preparar a los jueces y a los ministerios públicos.

La audiencia oral ofrece varios momentos en los que toma forma el principio de contradicción. Por ejemplo en el momento de la declaración inicial, en el que intervienen —en ese orden— la parte acusadora y la defensa. Lo mismo sucede, de manera primordial, en el momento en que se presentan las pruebas, en donde nuevamente hay espacio para la refutación.¹⁸¹ Y finalmente en el espacio reservado a los alegatos, que también deben presentar tanto la parte acusadora como la defensa.

Las partes deben desarrollar destrezas que les permitan tener una buena actuación en la audiencia oral y de esa manera realizar vigorosamente en la práctica el principio de contradicción. A continuación ofrecemos algunas sugerencias para que se tenga un mejor desempeño en la audiencia oral, en el entendido de que se trata de consideraciones de sentido común para cuya formulación no se requiere de mayor ciencia ni pericia (aunque sí, tal vez, para su puesta en práctica):

- Las partes deben dirigirse al juez o tribunal de manera respetuosa y guardando siempre las formalidades; la audiencia es un momento ritual.
- Hay que hablar en voz alta y clara, evitando las "muletillas" y los circunloquios.
- Hay que mantener contacto visual con el juez, a fin de inspirar seguridad y confianza; lo mismo se aplica respecto de los testigos a los que se va a interrogar.

¹⁸⁰ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., p. 543.

¹⁸¹ Recordemos que la fracción III del apartado A del artículo 20 constitucional señala que "Para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio".

- Hay que evitar la lectura de documentos en la audiencia; lo ideal es tener todo el caso memorizado en sus cuestiones más importantes. Si no fuera así, es necesario preparar una "guía" con los puntos básicos sobre los que se va a construir el discurso, incluyendo el interrogatorio que se va a aplicar durante la audiencia.
- Hay que escuchar con atención a la contraparte; lo que diga será de gran utilidad al momento del contrainterrogatorio. Hay que tomar nota de sus afirmaciones.
- Identifique las fortalezas o debilidades de un testigo, tanto respecto a su credibilidad personal como por lo que haya manifestado en la audiencia. Tenga presente los antecedentes del testigo, sus posibles intereses en el caso, la relación con el acusado o con la parte acusadora, su relación con el ministerio público, la lógica de lo que dice, la forma en que presta testimonio. Repare en aquello que el testigo no está diciendo (las lagunas en un testimonio deben ser aprovechadas, al igual que lo que sí dijo el testigo).
- Vaya conduciendo al testigo a los puntos que a Usted le interesan, pero evite las preguntas sugestivas, capciosas o confusas; la claridad es siempre un valor muy apreciable. No pierda el rumbo del interrogatorio.
- Distinga, según las necesidades del caso, cuando es mejor formular preguntas más abiertas y cuando es mejor formular preguntas cerradas. Las primeras se refieren a hechos muy generales. Una pregunta abierta sería por ejemplo: "¿En qué circunstancias conoció Usted a la víctima?", mientras que una pregunta cerrada sería del tipo: "¿De qué color era el vehículo que atropelló a la víctima?".
- Trate al testigo con respeto y permita que presente su explicación.
- Cuando sea necesario utilice apoyos visuales para enfatizar o aclarar un punto. Por ejemplo para explicar la ubicación física del acusado, la víctima y los testigos en el lugar de los hechos. Un apoyo visual puede ser, en ciertos casos, un medio de prueba (por ejemplo el arma homicida). También pueden utilizarse fotografías, croquis, etcétera. Algunos de estos materiales pueden incluso llegar a ser reconocidos por los testigos durante la audiencia, en particular para el caso de los peritos.
- Vaya controlando el tiempo de sus intervenciones, evitando que se le acabe el espacio para exponer cuando todavía no ha tocado los puntos esenciales que demuestren su tesis. Recuerde

que el tiempo de los jueces y la duración de las audiencias no son infinitos.

- En los alegatos concéntrese en las pruebas, vinculándolas con lo que señala la ley respecto de su pertinencia y de la valoración que el juez o tribunal les debe dar; sugiera al juez el peso que a cada prueba le corresponde, así como la manera en que sería justo que se emitiera la sentencia. La presentación de alegatos no es un concurso de opiniones: se trata de discutir lo que se ha ventilado en la audiencia. Hay que atenerse a lo probado; un buen alegato se basa en hechos y más hechos, no en discursos teóricos o en la exposición de su personal criterio sobre el caso.

En distintas publicaciones sobre juicios orales pueden encontrarse casos reales o ficticios en los que se reproducen interrogatorios y contrainterrogatorios.¹⁸² Es importante tenerlos presente para aprender la manera en que se debe preguntar y para comprender los puntos finos que se deben considerar en el desahogo de las pruebas presentadas en la audiencia.

En todo caso, los estudiantes y profesores de derecho mexicanos debemos tener claro que litigar juicios orales requiere de una formación específica y de una disciplina que, por lo pronto, nos son en buena medida ajenas. La disciplina que se requiere “está lejos de consistir en técnicas de oratoria o desarrollos de la capacidad histriónica, como los prejuicios de nuestra comunidad jurídica suelen creer. En cambio, subyace la idea de que el juicio es un ejercicio profundamente estratégico y que, en consecuencia, comportarse profesionalmente respecto de él consiste —en particular para los abogados, aunque esta visión también altera radicalmente la actuación de los jueces— en construir una teoría del caso adecuada y dominar la técnica para ejecutarla con efectividad”.¹⁸³

C. Concentración

El principio de concentración supone que la mayor parte de los actos procesales se van a realizar en una sola audiencia (idealmente) o en un número muy reducido de actuaciones procesales, lo que va a permitir que el proceso se abrevie lo más posible.

¹⁸² Ver por ejemplo el libro *Técnicas del Juicio Oral en el Sistema Penal Colombiano: Lecturas Complementarias*, cit., pp. 135 y ss., así como BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio, *Litigación penal. Juicio oral y prueba*, México, FCE, 2005, pp. 106 y ss.

¹⁸³ BAYTELMAN, Andrés y Duce, Mauricio, *Litigación penal. Juicio oral y prueba*, cit., 31.

Fix Zamudio apunta, sobre este principio, que "significa, en esencia, que el procedimiento no debe fragmentarse en diversas etapas preclusivas, lejanas en el tiempo unas de otras y con constantes impugnaciones de numerosos actos procesales intermedios, como ocurre con el proceso predominante o exclusivamente escrito, el que se prolonga excesivamente en el tiempo".¹⁸⁴ Para resguardar adecuadamente la concentración el mismo autor señala que "En las fases orales del proceso debe predominar la reunión o condensación del procedimiento en una o varias audiencias orales, en las cuales las partes, en presencia y orientación del juez o tribunal, presenten y desahoguen sus medios de convicción y formulen verbalmente sus alegatos finales, y si es posible en la audiencia final se dicten los puntos resolutivos del fallo respectivo".¹⁸⁵

La cercanía temporal de las actuaciones (o incluso el desahogo de todas ellas en una única audiencia) abona para el acortamiento de la duración del proceso y permite darle una secuencia lógica que no se interrumpe, a diferencia de lo que sucede con el proceso penal disperso y largo propio de los sistemas inquisitivos-escritos.

D. Continuidad

El principio de continuidad indica que las actuaciones judiciales (y, sobre todo, la audiencia principal del proceso) no deben ser interrumpidas, sino que deben agotarse todos los temas a examinar una vez que han dado comienzo.

De esta manera se intenta evitar la práctica de interrumpir testimonios o audiencias debido a un sinnúmero de causas, lo que a la postre termina alargando innecesariamente los procesos.

Obviamente, el principio de continuidad resulta indispensable para realizar en la práctica el principio de concentración. Ambos principios guardan una estrecha relación y se puede decir que uno es condición necesaria para que exista el otro y viceversa.

E. Inmediación

El principio de inmediación indica que el juez debe estar presente en la audiencia y dicha presencia debe ser, obviamente, física y no remota, y además debe ser continua. Si el juez se ausenta o de plano no acude a la audiencia, todo lo actuado es nulo de pleno derecho.

¹⁸⁴ FIX ZAMUDIO, "Aproximación al estudio de la oralidad procesal, en especial en materia penal", *cit.*, p. 217.

¹⁸⁵ *Idem.*

De esta manera los jueces tendrán un conocimiento más cercano del caso y no podrán emitir sus fallos con la única guía de un frío expediente y del correspondiente proyecto que les prepare algún secretario. Este principio se encuentra reforzado por la fracción II del apartado A del propio artículo 20 constitucional que señala: "II. Toda audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y la valoración de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera lógica y libre".

Sobra decir que la puesta en práctica de este principio requerirá de profundos cambios en la organización del trabajo judicial. En la última parte de este libro haremos referencia a algunos de estos cambios, pero de momento vale la pena apuntar que el principio de inmediación tomado en serio requiere, como lo ha señalado García Ramírez, que los jueces cuenten con el tiempo y la preparación que son necesarios para conducir una audiencia;¹⁸⁶ lo mismo puede decirse respecto de los demás involucrados en el desarrollo de la audiencia, pues sería ingenuo suponer que el éxito de la misma depende solamente del juez o tribunal. Lo cierto es que el correcto desarrollo de las audiencias depende también del grado de compromiso, profesionalismo y preparación de las demás partes.

La realización del principio de inmediación requiere, para empezar, que se cuente con la infraestructura que permita, con la comodidad y dignidad debidas para el desarrollo de los correspondientes actos rituales, la presencia física de las partes y del público que quiera observarlos.

3. PRINCIPIO DE EXCLUSIÓN DE PRUEBA ILÍCITAMENTE OBTENIDA

La fracción IX del apartado A del artículo 20 incorpora a nivel constitucional un principio que ya figuraba en varios códigos de procedimientos penales y que es muy conocido en el derecho comparado. Nos referimos al principio de exclusión de las pruebas obtenidas ilícitamente. En el caso específico de la fracción mencionada se establece que dicha ilicitud acontece cuando la prueba se obtiene violando derechos fundamentales y además se señala que la consecuencia será la nulidad de la misma, es decir su inexistencia para cualquier efecto jurídico dentro del proceso penal respectivo o en cualquier otro que se inicie con posterioridad.

La justificación de la norma contenida en la fracción IX se encuentra en el hecho de que las autoridades no deben violar derechos

¹⁸⁶ GARCÍA RAMÍREZ, *La reforma penal constitucional*, cit., p. 124.

fundamentales en el curso de una investigación y, si lo hacen, dicha violación debe ser “neutralizada” dentro del proceso, con independencia de la responsabilidad concreta a la que pueden hacerse acreedores los agentes responsables de la misma. De otro modo los agentes de la autoridad contarían con buenos incentivos para investigar violando derechos fundamentales.

Y no sólo eso, sino que además se estaría permitiendo una doble violación de derechos: una primera a través de la obtención de la prueba ilícita (por ejemplo a través de la entrada en un domicilio sin orden judicial o de la interceptación de comunicaciones privadas), y una segunda a través del uso de ese material en un proceso, en perjuicio de la víctima de la primera violación. El principio que estamos analizando atañe solamente a la segunda violación; la primera tendrá que ser reparada y sancionada por medio de los cauces procesales correspondientes.

El principio de nulidad de la prueba ilícita se proyecta tanto a lo que los procesalistas llaman “actividad probatoria”, como a la prueba misma. La actividad probatoria comprende: a) los actos procesales y extra-procesales por medio de los cuales se obtiene información que puede ser relevante dentro de un proceso; b) los actos de incorporación de tales elementos dentro del proceso (aportación de fuentes y proposición de medios de prueba); c) los actos procesales por los que se extrae y se pone ante el juzgador la información contenida en tales fuentes; y d) el proceso de valoración de esa información por parte del juez.¹⁸⁷

El principio de nulidad de la prueba ilícitamente obtenida se conoce también como *exclusionary rule* y ha sido notablemente desarrollada por la jurisprudencia norteamericana, que lo define como la regla “según la cual los materiales probatorios (*evidence*) obtenidos por las fuerzas del orden público mediante acciones de investigación criminal que vulneren los derechos procesales constitucionales reconocidos por las Enmiendas Cuarta, Quinta, Sexta o Decimocuarta de la Constitución Federal, no podrán aportarse ni ser valorados por el juzgador en la fase decisoria de los procesos penales federales o estatales, a efecto de la determinación o prueba (*proof*) de la culpabilidad o inocencia del acusado cuyos derechos fueron violados”.¹⁸⁸

¹⁸⁷ FIDALGO GALLARDO, Carlos, *Las “pruebas ilegales”: de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ*, Madrid, CEPC, 2003, p. 12.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 49. Las Enmiendas V y VI señalan lo siguiente: Enmienda V: “Nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otra infamante si un gran jurado no lo denuncia o acusa, a excepción de los casos que se presenten en las fuerzas de mar o tierra o en la milicia nacional cuando se encuentre en servicio efectivo en tiempo de guerra o

El precedente fundamental en los Estados Unidos es el caso *Weeks versus United States* de 1914, aunque la teoría de la nulidad de la prueba ilícita no se impone por completo sino hasta la década de los años 60.

El señor Weeks había sido objeto de una violación constitucional toda vez que agentes federales y estatales habían interceptado sin orden judicial su correspondencia, en la que se transportaban billetes de lotería (lo cual estaba prohibido). La Corte, por votación unánime, estimó que se violó en su perjuicio la Cuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos y abrió una senda jurisprudencial que en las décadas posteriores tuvo un gran desarrollo. La Enmienda Cuarta tiene el siguiente texto: "El derecho de los habitantes de que sus personas, domicilios, papeles y efectos se hallen a salvo de pesquisas y aprehensiones arbitrarias, será inviolable, y no se expedirán al efecto mandamientos que no se apoyen en un motivo verosímil, estén corroborados mediante juramento o protesta y describan con particularidad el lugar que deba ser registrado y las personas o cosas que han de ser detenidas o embargadas".¹⁸⁹

De la regla de exclusión de la prueba ilícitamente obtenida deriva la teoría del "fruto del árbol envenenado", según la cual es nulo también todo lo que derive de una prueba obtenida ilícitamente, siempre que entre la violación inicial y las pruebas adicionales haya una conexión lógica.

El precedente relevante en este punto dentro de la jurisprudencia norteamericana es *Wong Sun versus United States*, de 1963, en el que la Suprema Corte tuvo que decidir sobre un caso en el que la policía había entrado ilegalmente en un domicilio; del registro de la vivienda derivó no solamente la obtención de pruebas diversas y la detención de un sospechoso, sino también el levantamiento de declaraciones que permitieron abrir nuevas líneas de investigación. La Corte estimó que la nulidad afectaba no solamente a las pruebas obtenidas directamente, sino también a las evidencias que derivaran

peligro público; tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito; ni se le obligará a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización"; Enmienda VI: "En toda causa criminal, el acusado gozará del derecho de ser juzgado rápidamente y en público por un jurado imparcial del distrito y Estado en que el delito se haya cometido, Distrito que deberá haber sido determinado previamente por la ley; así como de que se le haga saber la naturaleza y causa de la acusación, de que se le carce con los testigos que depongan en su contra, de que se obligue a comparecer a los testigos que le favorezcan y de contar con la ayuda de un abogado que lo defienda".

¹⁸⁹ Cabe hacer notar que esta Enmienda guarda cierto parecido con algunas disposiciones del artículo 16 de la Constitución mexicana.

de las declaraciones obtenidas gracias a una violación de derechos fundamentales.¹⁹⁰

La cuestión importante para la comprensión de la doctrina de los frutos del árbol envenenado es determinar la conexión lógica entre una primera violación de derechos y lo que de ella puede derivar.

En la jurisprudencia norteamericana se han desarrollado ciertos estándares que permiten aceptar que, bajo determinadas circunstancias, no hay conexión lógica entre una primera violación de derechos y otros elementos de prueba que pretendan presentarse a juicio; entre dichos estándares se encuentran: a) la teoría de la fuente independiente, b) el principio de conexión atenuada; y c) la regla del descubrimiento inevitable.

De acuerdo con la teoría de la fuente independiente, serán aceptables en juicio las pruebas que derivan de una fuente que no haya sido "contaminada" por una actuación policiaca violatoria de derechos fundamentales. Un precedente importante en esta definición se encuentra en *Silverthorne Lumber Co. versus United States*, de 1920. En realidad no estamos frente a una teoría que limite el principio de exclusión de la prueba ilícitamente obtenida, sino frente a un ámbito exento del mismo, toda vez que la prueba en cuestión no está relacionada lógicamente (por derivar de una fuente independiente, "limpia") con una cierta violación de derechos fundamentales.

Según la teoría de la conexión atenuada, se considera que no es aplicable la regla de exclusión cuando la distancia entre la prueba viciada y un segundo elemento de prueba no permita considerar que la primera afecta al segundo, de forma que la mancha original haya sido "borrada". Así lo sostuvo la Suprema Corte estadounidense en *Nardone versus United States*, de 1939, y en el ya citado caso de *Wong Sun versus United States*.

Hay ciertos elementos que la teoría procesal penal norteamericana ha ido reconstruyendo para advertir cuando una "mancha" ha sido en efecto limpiada o removida y en consecuencia no afecta a la admisión de pruebas dentro de un proceso. Entre tales factores se mencionan los siguientes:¹⁹¹ a) el tiempo transcurrido entre la primera ilegalidad y la obtención de las pruebas derivadas (si el tiempo es mayor existen más probabilidades de que un tribunal admita la prueba derivada); b) los acontecimientos que intervienen entre la primera ilegalidad y la obtención de las pruebas derivadas (si la cadena lógica es muy extensa, es más probable que la prueba sea admitida; si tal

¹⁹⁰ FIDALCO GALLARDO, *Las "pruebas ilegales"*, cit., p. 436.

¹⁹¹ *Ibidem*, pp. 441-442.

cadena es corta, dada la inmediatez de la obtención de la prueba derivada, la inadmisión es más que probable); c) la gravedad de la violación originaria, dentro de la que se aplica la máxima según la cual si el árbol está más envenenado, será más difícil que sus frutos estén sanos; d) la naturaleza de la prueba derivada.

La teoría del descubrimiento inevitable permite admitir una prueba a juicio, aunque haya derivado de otra obtenida ilícitamente, siempre que el descubrimiento de la segunda se hubiera producido incluso sin la existencia de la primera, de forma inevitable. Esta teoría fue asumida por la Suprema Corte de los EUA en la sentencia *Nix versus Williams*, de 1984.

Las tres teorías que hemos brevemente apuntado suponen limitaciones a la doctrina de los frutos del árbol envenenado. Hay también que considerar que la regla de exclusión está limitada por la excepción de buena fe, la cual se configura cuando un agente de policía actúa de buena fe, pero viola un derecho fundamental. Esta excepción ha sido admitida por la Corte estadounidense en su sentencia *United States versus Leon*, de 1984. Se trata de una excepción que se aplica al caso de que un agente de la autoridad realice un registro o una detención sobre la base de una orden judicial que él pensaba que era válida, pero que luego se demuestra que carecía de los elementos legales que debían acompañarla.

Ahora bien, la propia jurisprudencia ha limitado a esta limitación (configurando una especie de "límites de los límites" o "límites de la excepción"). No podrá argumentarse que hubo buena fe por parte de los agentes de la autoridad :

- a) cuando la autorización judicial derivó de una declaración jurada falsa del propio agente o de uno de sus superiores (*Franks versus Delaware*, de 1979);
- b) cuando el juez en cuestión carece de neutralidad respecto al caso (*United States versus Leon*, ya mencionado);
- c) cuando faltan indicios suficientes en la declaración jurada (*Illinois versus Gates*, de 1983);
- d) cuando la orden es omisa por lo que hace a la particularidad de la delimitación del ámbito de la autorización a la policía, lo cual acontece cuando se da una orden genérica de cateo, sin señalar lo que se debe buscar o el lugar preciso en que se debe realizar la búsqueda (*Massachusetts versus Sheppard*, de 1984), o bien, para terminar,
- e) cuando existen defectos en la ejecución de la orden judicial que autoriza un registro (de nuevo en *United States versus Leon*).

Como puede verse de lo que llevamos dicho, el principio de nulidad establecido en la fracción IX del apartado A del artículo 20, aunque breve en su enunciación constitucional, contiene una enorme complejidad y tendrá que ser puntualmente desarrollado por los jueces y tribunales que conocerán de causas penales.

En todo caso, no sobra apuntar que dichos órganos judiciales deberán tomar en serio el citado principio, a fin de que nuestros procedimientos penales no abran la oportunidad a los agentes de la autoridad para violar derechos fundamentales, como ha sucedido de manera masiva durante décadas.

Es momento, a partir de la reforma constitucional, de elevar el nivel de exigencia de las autoridades, las cuales pueden y deben actuar de forma respetuosa con los derechos, como sucede en la mayor parte de los países democráticos. La incorporación del principio de nulidad de la prueba ilícitamente obtenida a nivel constitucional es una oportunidad para policías, jueces y hasta para los académicos, que también tendrán que hacer su parte en la configuración de tal principio.

4. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

La fracción I del apartado B del artículo 20 constitucional señala que toda persona imputada tiene derecho "a que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa".

Como se sabe, uno de los principios básicos del derecho penal moderno y del derecho constitucional en la medida en que tiene por objetivo preservar la libertad, es la presunción de inocencia. Se trata de una cuestión central para cualquier análisis que se quiera hacer del sistema de derechos fundamentales que, en materia penal, rige en México.

La presunción de inocencia significa, para decirlo de forma sintética, que toda persona debe tenerse por inocente hasta que exista una sentencia firme de autoridad competente en la que se le tenga como responsable de la comisión de un delito; Ferrajoli al respecto apunta que "Si la jurisdicción es la actividad necesaria para obtener la prueba de que un sujeto ha cometido un delito, hasta que esa prueba no se produzca mediante un juicio regular, ningún delito puede considerarse cometido y ningún sujeto puede ser considerado culpable ni ser sometido a pena".¹⁹²

¹⁹² *Derecho y razón*, cit., p. 549.

A partir de esa presunción se deben desarrollar una serie de previsiones legislativas para asegurar que mientras la sentencia condenatoria no exista, se le causen las menores molestias posibles al inculcado, sobre todo mientras dura el juicio en su contra. Por ejemplo, la presunción de inocencia obliga al legislador a limitar la posibilidad de la prisión preventiva a aquellos casos verdaderamente graves, en los que la persona que ha sido detenida supone un riesgo cierto y objetivo para los fines que deben alcanzarse mediante el proceso judicial.

Sobre la presunción de inocencia Luigi Ferrajoli apunta que “-si es verdad que los derechos de los ciudadanos están amenazados no sólo por los delitos sino también por las penas arbitrarias- la presunción de inocencia no sólo es una garantía de *libertad* y de *verdad*, sino también una garantía de *seguridad* o si se quiere de *defensa social*: de esa ‘seguridad’ específica ofrecida por el estado de derecho y que se expresa en la confianza de los ciudadanos en la justicia; y de esa específica ‘defensa’ que se ofrece a éstos frente al arbitrio punitivo”.¹⁹³

En concreto, la restricción del uso de la prisión preventiva deriva del principio de presunción de inocencia, pero también de la idea iluminista de acuerdo con la cual solamente se puede privar de la libertad a una persona por orden judicial, luego de seguido un juicio en el que se haya demostrado su culpabilidad: en eso consiste el principio de jurisdiccionalidad que es esencial para cualquier modelo de juicio que se quiera mínimamente garantista.

La presunción de inocencia está también reconocida por los tratados internacionales en materia de derechos humanos. El artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 dispone en su párrafo primero que “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”. En el mismo sentido, el artículo 14.2. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”.

Es importante señalar que la presunción de inocencia, como principio estructurador tanto de la manera de juzgar como del tratamiento que se le debe dar al procesado, debe oponerse incluso frente al criterio mayoritario que pueda expresarse dentro del tejido social respecto de un proceso en lo particular. Ya se habló, al analizar

¹⁹³ *Ibidem*, p. 549.

el principio de publicidad, de la incidencia que tienen los medios de comunicación respecto a la percepción social de los procesados y de la actuación de las partes involucradas en un juicio. Por eso es que debe tenerse siempre presente, sobre todo por parte de los jueces, la presunción de inocencia entendida como derecho fundamental, de lo que deriva su carácter contramayoritario. Para decirlo con Ferrajoli: "ninguna mayoría, por más aplastante que sea, puede hacer legítima la condena de un inocente o subsanar un error cometido en perjuicio de un solo ciudadano".¹⁹⁴

5. LECTURA DE DERECHOS

En las fracciones II y III del apartado B del artículo 20 constitucional se prevé, de distinta manera, la obligación de informar a toda persona detenida de los derechos que le asisten (la fracción II se refiere solamente al derecho a guardar silencio, la fracción III en general a todos los derechos del detenido).

Creemos que se trata de un acierto de la reforma, toda vez que —en términos generales— las personas en México no conocen sus derechos; sobre todo si se trata de personas con escasa formación académica. Por eso es que resulta indispensable que las autoridades tengan a su cargo la llamada "lectura de derechos", la cual debe ser realizada de manera amplia y pausada, de manera que pueda ser en efecto comprendida por el detenido.

En Estados Unidos existe una obligación de este tipo, pero su origen no se encuentra directa y claramente establecido en el texto de su Constitución, sino en un criterio jurisprudencial. Se trata del conocido caso "Miranda versus Arizona", resuelto por la Suprema Corte de los Estados Unidos en 1966.¹⁹⁵

El caso *Miranda* es quizá el que más se ha visto en películas y series televisivas de los Estados Unidos. En ellas es común ver que cuando arrestan a una persona la policía lo primero que hace es "leerle" sus derechos. Dicha "lectura" comienza con una frase hecha que más o menos dice así: "Tiene Usted derecho a guardar silencio; todo lo que diga podrá ser usado en su contra....". Esta frase tiene su origen, justamente, en el precedente judicial establecido por la Suprema Corte en el caso *Miranda*.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 544.

¹⁹⁵ La bibliografía sobre el caso *Miranda* es muy extensa; para una primera aproximación pueden verse las voces "Miranda versus Arizona" y "Miranda warnings" en *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, 2a. ed., Nueva York, Oxford University Press, 2005, pp. 641-645.

Ernesto Miranda fue acusado de violar a una adolescente en Phoenix, Arizona. No había pruebas directas que lo incriminaran, puesto que la víctima no vio la cara del acusado durante la violación. Algunos testigos vieron su coche en el lugar de los hechos. Sin embargo, estando detenido en las dependencias policiales, después de dos horas de interrogatorios, Miranda estuvo de acuerdo en firmar una confesión reconociendo que había cometido el delito que se le imputaba.

El caso llegó ante la Suprema Corte. La cuestión constitucional debatida era el alcance de la Enmienda 5 de la Constitución de los Estados Unidos, que establece que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo. ¿La Enmienda obligaba a la policía a advertir a los detenidos de ese derecho bajo la sanción de producir una nulidad de juicio? ¿tenía derecho el detenido a consultar un abogado antes de hablar con cualquier oficial de la fuerza pública, ya fuera policía ya fuera fiscal?

El abogado de *Arizona* pidió en el argumento oral que la Corte no promoviera la idea de que los detenidos podían consultar a sus abogados antes de declarar ante la policía. El *chief justice* Earl Warren le preguntó entonces si consideraba que los abogados eran una amenaza.

Al final la Corte le dio la razón a *Miranda*. La ponencia del caso fue del propio Warren, quien a nombre de una escasa mayoría de *justices* consideró que el interrogatorio policial sin presencia del abogado era contrario a la dignidad humana. Para preservar el derecho a no declarar contra uno mismo la policía debía poner en conocimiento de todo detenido la "advertencia Miranda" (*Miranda warning*), que es justamente la que tantas veces hemos visto en las películas norteamericanas.

La sentencia detalla con gran claridad lo que debe hacer la policía al momento de practicar una detención. Algunos de sus párrafos más importantes son los siguientes:¹⁹⁶

Antes de realizar cualquier pregunta (por parte de la policía), se ha de informar al detenido que tiene derecho a guardar silencio, que todo cuanto declare puede ser utilizado como prueba en su contra y que tiene derecho a la asistencia de un abogado, de su designación o de oficio. El detenido puede renunciar a ejercer estos derechos, siempre que la renuncia sea consciente, deliberada y voluntaria. Ade-

¹⁹⁶ La traducción de la sentencia puede verse en BELTRÁN DE FELIPE, Miguel y GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Madrid, CEPC, BOE, 2005, pp. 344-353.

más, si manifiesta en uno u otro modo y en cualquier momento su deseo de consultar un abogado, el interrogatorio no puede continuar hasta que no se realice la consulta.

Una persona que no está en su medio familiar u ordinario sino en una dependencia policial o bajo detención policial, rodeado de personas que puede considerar hostiles, y sometido a las técnicas de interrogatorio, está en realidad sufriendo coerción para declarar. En términos prácticos, la intimidación para declarar en una comisaría de policía puede ser mucho mayor que ante un tribunal o ante otros funcionarios, porque en estos últimos casos suelen estar presentes personas imparciales que impiden el uso de la fuerza o de medios equívocos o tramposos...

Para empezar, a los detenidos que se va a interrogar se les debe inmediatamente informar en términos claros e inequívocos que tienen derecho a permanecer en silencio...

Sólo si las autoridades expresa y claramente le informan de sus derechos puede afirmarse sin ningún género de dudas que el detenido era del todo consciente de ellos.

El *justice* Byron White consideró en su opinión disidente que esta sentencia permitiría que violadores y homicidas volvieran a la calle para seguir delinquiendo. No fue el caso de Ernesto Miranda, quien fue condenado en un segundo juicio por un tribunal que no tomó en cuenta su confesión ante la policía, pero al que le pareció que había suficiente evidencia para demostrar su culpabilidad.

En el periodo 2003-2004 de la Corte Suprema de los Estados Unidos se presentó un caso que pudo haber echado abajo el precedente *Miranda*. Se trató del caso *Missouri vs. Seibert*, en el que se discutía si la policía podía interrogar a un detenido antes de darle a conocer la llamada "Miranda warning" y después de hacerlo; de esa manera la policía no podía utilizar la primera declaración pero tenía elementos a fin de presionar al detenido para no desdecirse de lo que ya había confesado, aunque no tuviera valor legal. La táctica policial fue declarada inconstitucional por la Corte, pero por una ajustada votación de 5 a 4.¹⁹⁷

La lectura de los derechos de las personas detenidas cobra todo su sentido cuando se toman en cuenta los datos que hemos citado en el capítulo de diagnóstico sobre el enorme porcentaje de detenidos que no cuentan con ninguna asistencia de abogado mientras se encuentran frente al Ministerio Público e incluso cuando rinden su declaración preparatoria ante la autoridad judicial.

¹⁹⁷ Ver la nota de Linda GREENHOUSE, "The year Rehnquist may have lost his court", *New York Times*, 5 de julio de 2004, p. A12.

Ante estos extendidos y evidentes fenómenos de “desprotección” —por decirlo de alguna manera— de las personas detenidas, el hecho de que conozcan sus derechos puede ser de gran ayuda en la práctica. El impacto de la obligación señalada por el artículo 20 constitucional puede ser muy positivo para evitar abusos tanto en el momento de la detención como incluso durante el tiempo que transcurre entre esta y la puesta a disposición del detenido ante la autoridad judicial.

La obligación de informar a las personas detenidas sobre sus derechos existe tanto en el derecho internacional de los derechos humanos como en el derecho comparado. Respecto de lo primero puede citarse, por ejemplo el párrafo 2. del artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece: “Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella”. Un precepto semejante se encuentra en el artículo 7, párrafo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En las llamadas “Reglas de Mallorca”, redactadas por un grupo de expertos a solicitud de la ONU, relativas al tema de la administración de la justicia penal, se señala que “La persona sobre la que pesa sospecha de parte de los órganos de persecución, no podrá ser interrogada sin ser advertida, previamente, que tiene el derecho a contar con asistencia de un abogado o a guardar silencio o abstenerse de declarar contra sí mismo” (Principio Octavo, párrafo primero).

En el derecho comparado encontramos por ejemplo el artículo 17 párrafo 3 de la Constitución española que señala: “Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención”. También es de interés citar el artículo 27 párrafo 4 de la Constitución portuguesa cuyo texto establece, de forma parecida al ejemplo español, que: “Toda persona privada de su libertad deberá ser informada inmediatamente y de forma comprensible de las razones de su prisión o detención y de sus derechos”.

CAPÍTULO NOVENO

CUESTIONES SOBRE LA ACCIÓN PENAL: EL ARTÍCULO 21 DE LA CONSTITUCIÓN

1. MINISTERIO PÚBLICO Y ACCIÓN PENAL A CARGO DE PARTICULARES

Aunque se trata, siguiendo la terminología de Ferrajoli, de una garantía orgánica más que procesal, creemos conveniente apuntar de forma muy somera la necesidad de que la reforma al sistema penal mexicano atienda el grave problema del monopolio de la acción penal en manos del Ministerio Público, sobre la base de lo que indica el párrafo segundo del artículo 21 de la Constitución mexicana, cuando señala: "El ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al Ministerio Público. La ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial".

Lo mejor que puede hacerse en este caso es caminar hacia un esquema de desarrollo legislativo que mantenga la obligación del Ministerio Público de investigar y perseguir los delitos (considerando también atribuciones para buscar salidas alternas al proceso), señalando en forma de catálogo los casos en que los particulares pueden, bajo ciertas circunstancias y cumpliendo determinados requisitos, solicitar también la apertura de un proceso penal.

No se trata de eximir al Ministerio Público de que cumpla con su tarea constitucionalmente ordenada de investigar y perseguir la comisión de delitos (artículo 21 párrafo primero constitucional), ni de banalizar la acción penal, de forma que termine sirviendo para solucionar pleitos entre vecinos o rencillas conyugales. De lo que se trata, más bien, es de permitir que en ciertos casos los particulares no tengan que transitar necesariamente por esa aduana costosa, lenta, ineficaz y a veces corrupta que es en México el Ministerio Público, o al menos que no tengan que hacerlo siempre e indefectiblemente.

En cualquier caso, consideramos que el legislador debería poner en manos de los particulares el ejercicio de la acción penal

cuando se trate de presuntos delitos cometidos por funcionarios públicos o dirigentes de partidos políticos. La falta de autonomía del Ministerio Público, a la que haremos referencia en el apartado inmediato siguiente, ha servido en México para encubrir a funcionarios públicos que han cometido delitos o para hacer consignaciones penales verdaderamente ridículas, cuyo único objetivo era obligar a los jueces competentes a sobreseer el juicio o declarar la inocencia del imputado.

No parece muy sensato que siendo México uno de los países con mayor grado de corrupción en toda América Latina, no lleguen al conocimiento de la jurisdicción penal más que un puñado de casos insignificantes en contra de funcionarios públicos. Esa distancia entre la corrupción imperante y la falta de responsabilidad penal solamente se explica por la connivencia entre el Ministerio Público y el resto de los órganos del Estado mexicano, basada, apuntalada y propiciada en un mal diseño institucional.

2. LA AUTONOMÍA DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público juega un papel central en los procesos de reforma al sistema penal. Bajo un sistema de corte acusatorio-oral, el Ministerio Público está llamado a desempeñar su función de forma muy distinta a la que tiene bajo un sistema inquisitivo. Para que su desempeño sea adecuado es necesario dotar al Ministerio Público de los medios necesarios para realizar eficaz y eficientemente su trabajo. Esto supone, para el caso mexicano, abordar el tema de su diseño institucional.

De hecho, podemos afirmar que el debate actual sobre el ministerio público se centra precisamente en el tema de su idónea o correcta ubicación institucional. En concreto, se discute si debe seguir siendo una instancia del poder ejecutivo o bien si se debe avanzar hacia su completa autonomía. No se trata, aunque pueda parecerlo, de una cuestión sencilla. Si fuera fácil tomar una decisión sobre este asunto es seguro que ya habría quedado resuelto desde hace años. Con todo, parece que en los últimos tiempos se ha venido forjando un cierto consenso entre los especialistas en el tema, que defienden abiertamente la necesidad de darle autonomía constitucional al ministerio público.¹⁹⁸

¹⁹⁸ Ver por ejemplo, además de las citas que se incluyen enseguida, el punto de vista de Jorge CARPIZO sobre el tema, en su libro *Propuestas sobre el Ministerio Público y la función de investigación de la Suprema Corte*, México, Porrúa, IMDPC, 2005.

Así por ejemplo, Sergio García Ramírez ha escrito que “ha llegado el tiempo de que el Ministerio Público se asuma como órgano autónomo del Estado mexicano... En mi opinión debiera cumplirse de una vez la independencia de la institución, porque existe la necesidad y la posibilidad de hacerlo: un órgano autónomo recortaría con vientos más favorables su misión en el Estado moderno, que es el Estado de hoy. Vale la pena intentarlo. No sería aventura, sino culminación de un ascenso, favorecido por las nuevas circunstancias”.¹⁹⁹

Por su parte, Fix Zamudio explica esta idea con las siguientes palabras: “...es preciso lograr que el Ministerio Público no dependa jerárquica y discrecionalmente del Poder Ejecutivo, tanto en el ámbito federal como de las entidades federativas, y en esta dirección basta pasar revista a los cambios recientes que se observan en varios ordenamientos latinoamericanos, en los cuales o bien se adscribe al Ministerio Público al Poder Judicial, o bien se le otorga autonomía respecto del Ejecutivo, con el objeto de conferirle una mayor independencia”.²⁰⁰

La autonomía del ministerio público es necesaria, entre otras cuestiones, para permitir la eficaz persecución de los delitos cometidos desde el poder público. Si se combina la dependencia jerárquica del ministerio público con el monopolio de la acción penal en su favor, se tiene casi el peor de los escenarios posibles para combatir la corrupción y se incentivan fenómenos de protección de la clase político-partidista en el poder respecto de actos delictivos cometidos por funcionarios públicos o por militantes de la propia fuerza política.

Como lo señala Perfecto Andrés, “...repensar seriamente el proceso penal, en particular la posición institucional de los sujetos encargados de gestionarlo y, más todavía, la del responsable del ejercicio de la acción pública, exige dotar a unos y otros de un estatuto que les haga realmente capaces de actuar con independencia y eficacia, desde la legalidad, sobre las manifestaciones delincuenciales que se produzcan en el interior del propio Estado”;²⁰¹ según el mismo autor, como pone en evidencia el caso italiano en los procesos iniciados en el movimiento que fue conocido como *Mani Pulite*, “sólo desde la independencia ha resultado posible hacer frente —en la limitada medida que cabe hacerlo, no nos engañemos—

¹⁹⁹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “A manera de prólogo” en FIX ZAMUDIO, Héctor, *Función constitucional del ministerio público. Tres ensayos y un epílogo*, México, UNAM, 2002, p. 14.

²⁰⁰ *Función constitucional del Ministerio Público*, cit., p. 171.

²⁰¹ “Por un ministerio público dentro de la legalidad”, *Nueva Doctrina Penal*, Madrid, 1998, p. 439.

a la brutal evidencia de una clase política y un Estado masivamente delincuentes".²⁰²

La dependencia orgánica del ministerio público respecto al poder ejecutivo no asegura el mejor cumplimiento del principio de legalidad, como lo había advertido desde hace décadas Francesco Carrara, quien al respecto sostenía que "si (el fiscal) estuviera encadenado al Poder Ejecutivo, será mentira llamarlo *representante de la ley*, no siendo sino un investigador *representante del gobierno*, que siempre pondrá el *querer de éste* por encima de la *voluntad de la ley*".²⁰³

La independencia o autonomía del ministerio público, finalmente, encajarían bien en una teoría garantista del derecho, pues como afirma Luigi Ferrajoli, hay que extender a los órganos de la acusación penal "las mismas garantías de *independencia* y de *sujeción sólo a la ley*, reservadas a los órganos judiciales... lo que se precisa, en garantía de la obligatoriedad de la acción penal y por tanto de su sujeción sólo a la ley, es también la total autonomía del órgano encargado de su ejercicio, frente a cualquier poder o condicionamiento, y, además, la existencia de una policía eficiente, profesionalizada, a su vez libre de las injerencias del ejecutivo o de otros poderes, situada bajo su dependencia".²⁰⁴

La autonomía constitucional del ministerio público, en caso de ser aprobada, se debe complementar con la instauración de la carrera ministerial, semejante a la que existe en el ámbito judicial, que permitiría darles estabilidad en el cargo a los integrantes de las procuradurías de justicia, así como favorecer su profesionalización. La carrera ministerial tendría que ser administrada por una especie de "consejo del ministerio público", semejante al consejo de la judicatura federal.²⁰⁵

Cabe señalar que la autonomía del Ministerio Público sería deseable en México sobre todo *luego* de haber instaurado el proceso penal acusatorio y oral, ya que de esa manera se moderarían los excesos que un órgano autónomo podría cometer. Las reglas del debido proceso legal aplicadas tanto a la parte sustantiva como a la procesal del derecho penal, moderarían ese riesgo y permitirían que la autonomía ministerial fuera muy positiva, siempre que se nombren para los cargos relevantes a las personas adecuadas.

²⁰² "Por un ministerio público dentro de la legalidad", *cit.*, p. 463.

²⁰³ Citado por ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, "Por un ministerio público dentro de la legalidad", *cit.*, p. 451.

²⁰⁴ *Derecho y razón*, *cit.*, p. 570.

²⁰⁵ FIX ZAMUDIO, *Función constitucional del Ministerio Público*, *cit.*, p. 188.

Los países más representativos de América Latina que han realizado modificaciones a su proceso penal le han ido dando autonomía al Ministerio Público. Es el caso de Argentina, Bolivia, Colombia (que aunque tiene a su Ministerio Público afiliado a la rama judicial, le reconoce autonomía funcional), Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras y Venezuela.²⁰⁶

Ahora bien, luego de haber detallado los temas de la desaparición del monopolio de la acción penal y de la autonomía del Ministerio Público, es necesario poner de manifiesto que todos esos cambios deben propender hacia la evidente necesidad de que el Ministerio Público (con o sin monopolio, con o sin autonomía constitucional) realice una investigación científica del delito.

Esto es esencial para el nuevo modelo de procedimiento penal mexicano, pues de esa manera podrá allegar al juez competente los elementos de carácter técnico que no ofrece en el sistema inquisitivo (basado fuertemente en la confesión y en otras pruebas de baja calidad científica).²⁰⁷ En el nuevo paradigma del enjuiciamiento penal el Ministerio Público deberá ir más allá —mucho más allá— de lo que ahora hace en el sistema inquisitivo, a fin de vincularse con los avances científicos y ponerlos al servicio de los fines del proceso.

3. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

El párrafo sexto del artículo 21 constitucional incorpora el principio de oportunidad en los siguientes términos: “El Ministerio Público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley”.

Del contenido de este párrafo se derivan distintas consecuencias para el intérprete constitucional. La primera es la puramente conceptual: ¿qué significa el principio de oportunidad? En segundo lugar, el párrafo en cuestión nos obliga a identificar a los actores involucrados en su aplicación, así como las actuaciones concretas que deben realizar para llevarlo a la práctica. Comencemos por definir al principio de oportunidad.

Alberto Bovino explica que “Frente al reconocimiento de la imposibilidad fáctica de perseguir todos los delitos, surge el principio de oportunidad, según el cual, cuando se toma conocimiento de hechos

²⁰⁶ DUCE, Mauricio, “El ministerio público en la reforma procesal penal en América Latina: visión general del estado de los cambios”, *cit.*, pp. 185-186.

²⁰⁷ Ver sobre el tema TARUFFO, Michele, “Conocimiento científico y estándares de prueba judicial”, *Justicia Electoral. Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, núm. 20, México, 2005.

punibles, puede no iniciarse o suspenderse la persecución penal, por razones de conveniencia, de utilidad o de asignación de recursos. A través de su aplicación, se pretende racionalizar la selección que necesariamente tendrá lugar en la práctica, a partir de criterios distintos —explícitos y controlables— de los que aplica informalmente todo sistema de justicia penal”.²⁰⁸

El párrafo sexto del artículo 21 señala que será el Ministerio Público el que considere si cabe o no aplicar el criterio de oportunidad. Esta determinación parece lógica en tanto que es el propio órgano ministerial el encargado de ejercer la acción penal pública. Pero el mismo párrafo señala que el ejercicio de esta facultad discrecional estará limitado por “los supuestos y condiciones que fije la ley”. Es decir, el legislador (tanto el federal como el local) tiene la obligación primaria de determinar dos cuestiones: los supuestos específicos en que puede aplicarse el criterio de oportunidad, así como las condiciones para su ejercicio.

De esta forma, si el legislador lleva a cabo de forma prudente y responsable su tarea, tendremos una facultad bien regulada que permitirá al Ministerio Público enfocar sus esfuerzos a los casos más graves y peligrosos, seleccionando con base en la ley de entre todo el universo de conductas punibles que llega hasta su conocimiento.²⁰⁹

No sobra mencionar que el ejercicio de esta facultad conlleva riesgos, pero estimamos que su inclusión en el texto constitucional es positiva en virtud de las siguientes consideraciones:

a) Tradicionalmente en México ha estado formalmente sujeto al principio de legalidad el ejercicio de la acción penal; el principio de oportunidad supone un cambio de fondo en las concepciones tradicionales y un reto para los principales actores involucrados (para el legislador en primer término, pero sobre todo para el ministerio público encargado de su implementación práctica). Los datos estadísticos que se han mostrado al inicio de este libro acreditan que la visión tradicional ha sido un clamoroso fracaso, por lo que este principio puede suponer un incentivo para que el Ministerio Público ajuste a la ley su criterio para ejercer o no ejercer la acción penal.

²⁰⁸ BOVINO, Alberto, *Justicia penal y derechos humanos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, p. 226.

²⁰⁹ Una guía interesante para el quehacer legislativo se encuentra por ejemplo en el artículo 22 del Código de Procedimientos Penales de Costa Rica, que en sus distintos incisos regula el principio de oportunidad; también puede verse, sobre el mismo tema, el artículo 170 del Código de Procedimientos Penales de Chile.

b) No desconocemos el hecho de que el principio de oportunidad, por sí mismo, no resuelve los grandes problemas del sistema penal mexicano, pero se le debe entender e interpretar dentro de un contexto más amplio de cambio profundo del propio sistema. La constitucionalización del principio nos permitirá observar con lupa en qué casos el Ministerio Público deja de ejercer la acción penal de acuerdo a la ley y en qué otros lo hace por corrupción, por negligencia o por desidia. Recordemos que el principio de oportunidad se debe regular junto a mecanismos como los medios alternativos al proceso, la suspensión a prueba del proceso, el procedimiento abreviado, la primacía de la reparación del daño, etcétera; se trata de instrumentos novedosos, no muy conocidos en las vertientes tradicionales del proceso penal, pero que son exigidos por una realidad que nos ha rebasado completamente. Además, como es obvio, su introducción en el ordenamiento jurídico mexicano responde a una nueva racionalidad procesal.

c) El criterio de oportunidad permite, si es bien aplicado, privilegiar la calidad por encima de la cantidad, así como tomar en cuenta criterios globales de eficacia del sistema. La determinación legislativa de los "supuestos y condiciones" en que se puede aplicar nos permite construir un esquema lo suficientemente general para que el principio no se convierta en una puerta para "legalizar la corrupción" que existe en algunos ministerios públicos.

El principio de oportunidad tiene fundamento en el derecho internacional de los derechos humanos. En efecto, las "Reglas mínimas de Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad", conocidas como "Reglas de Tokio", señalan en su parte II.5. (dentro de las disposiciones previas al juicio), lo siguiente: "5.1. Cuando así proceda y sea compatible con el ordenamiento jurídico, la policía, la fiscalía u otros organismos que se ocupen de casos penales deberán estar facultados para retirar los cargos contra el delincuente si consideran que la protección de la sociedad, la prevención del delito o la promoción del respeto a la ley y los derechos de las víctimas no exigen llevar adelante el caso. A efectos de decidir si corresponde el retiro de los cargos o la institución de actuaciones, en cada ordenamiento jurídico se formulará una serie de criterios bien definidos. En casos de poca importancia el fiscal podrá imponer las medidas adecuadas no privativas de la libertad, según corresponda".

CAPÍTULO DÉCIMO

ARTÍCULO 22: PROPORCIONALIDAD Y EXTINCIÓN DE DOMINIO

Por lo que se refiere al artículo 22 constitucional, la reforma del 18 de junio de 2008 introduce dos cuestiones novedosas sobre las que vale la pena detenerse: nos referimos al principio de proporcionalidad entre las penas, los delitos cometidos y los bienes jurídicos tutelados por un lado, y la extinción de dominio por otro. Cada uno de estos aspectos es estudiado en los dos siguientes apartados.

I. PROPORCIONALIDAD

El principio de proporcionalidad en materia penal ha sido parcialmente incorporado al texto constitucional mediante la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008, la cual introdujo una última frase en el párrafo primero del artículo en comento, en los siguientes términos: "Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado".

Recordemos de forma sumaria que el principio de proporcionalidad en general nos indica que cualquier determinación de una autoridad que restrinja los derechos fundamentales es aceptable en caso de que no vulnere el contenido esencial del derecho de que se trate y siempre que sea proporcional. El principio de proporcionalidad se divide en tres sub-principios:²¹⁰ a) el subprincipio de idoneidad,²¹¹ también conocido como subprincipio de adecuación, según el cual toda intervención legislativa o judicial sobre un derecho fundamental debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo (la finalidad debe tener anclaje consti-

²¹⁰ La mejor explicación de este principio en lengua castellana, hasta donde mi información alcanza, es la de BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2a. ed., Madrid, CEPC, 2005; sobre el mismo tema puede verse también CARBONELL, Miguel (coórd.), *El principio de proporcionalidad y la protección de los derechos fundamentales*, México, CNDH, Comisión Estatal de Derechos Humanos de Aguascalientes, 2008 (con trabajos de ALEXY, MÓRESO, BERNAL, PRIETO SÁNCHEZ y SÁNCHEZ GIL, entre otros).

²¹¹ BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 687.

tucional); b) subprincipio de necesidad,²¹² según el cual toda medida de intervención sobre un derecho fundamental debe ser la más benigna de entre todas aquellas que revistan por lo menos la misma idoneidad para alcanzar el objetivo previsto; c) subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto,²¹³ según el cual la importancia de la intervención sobre un derecho fundamental se justifica solamente en virtud de la importancia del fin que persigue la medida (las ventajas de la medida deben ser suficientes como para compensar el sacrificio del derecho, que nunca podrá llegar hasta la afectación de su contenido esencial).

¿Cómo se aplica lo anterior a las leyes en materia penal? La reflexión sobre este tema debe partir del hecho de que cualquier ley penal supone una intervención en los derechos fundamentales, concretamente sobre el derecho de libertad según el cual toda persona puede hacer todo lo que no esté prohibido por el ordenamiento jurídico.

La proporcionalidad supone un límite a la "cantidad" de prohibiciones que el legislador puede establecer así como a la cantidad de "penalización" que se puede determinar para una conducta penalmente regulada. Es decir, la proporcionalidad en materia penal vendría dada por el tipo de conducta que se puede sancionar penalmente y por el monto de la sanción que el legislador decide imponer para la realización de X o Y conducta.

Ferrajoli explica el principio de proporcionalidad con las siguientes palabras:²¹⁴

El hecho de que entre pena y delito no exista ninguna relación natural no excluye que la primera deba ser *adecuada* al segundo en alguna medida. Al contrario, precisamente el carácter convencional y legal del nexo retributivo que liga la sanción al ilícito penal exige que la elección de la calidad y la cantidad de una se realice por el legislador y por el juez *en relación* con la naturaleza y la gravedad del otro. El *principio de proporcionalidad* expresado en la antigua máxima *poena debet commensurari delicto* es en suma un corolario de los principios de legalidad y de retributividad, que tiene en éstos su fundamento lógico y axiológico.

El mismo Ferrajoli admite que la literatura existente sobre el principio de proporcionalidad de las penas "es casi inexistente".²¹⁵

²¹² BERNAL PUJADO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 734.

²¹³ *Ibidem*, p. 757.

²¹⁴ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, cit., pp. 397-398.

²¹⁵ *Derecho y razón*, cit., p. 399.

La proporción que debe existir entre los delitos y las penas había sido advertida ya por Beccaria, quien señalaba de forma tajante que debe “haber una proporción entre los delitos y las penas”. Esta necesidad surge, para el autor, de la siguiente consideración: “Si el placer y el dolor son los motores de los entes sensibles, si entre los motivos que impelen a los hombres aun a las más sublimes operaciones, fueron destinados por el invisible legislador el premio y la pena, de la no exacta distribución de éstas nacerá aquella contradicción (tanto menos observada, cuanto más común) que las penas castiguen los delitos de que hayan sido causa. Si se destina una pena igual a los delitos que ofenden desigualmente la sociedad, los hombres no encontrarán un estorbo muy fuerte para cometer el mayor, cuando hallen en él unida mayor ventaja”.

La primera determinación legislativa que está sujeta al criterio de proporcionalidad es la que tiene que ver con la “gravedad” del delito, sostiene Ferrajoli.²¹⁶ Este punto de vista es especialmente importante en México, pues hasta antes de la reforma de junio de 2008, de la determinación legislativa en el sentido de que un delito es o no grave se desprendía la posibilidad de los imputados por la presunta comisión de ese delito de enfrentar el proceso penal en libertad cautelar, como lo establecía la fracción I, del apartado A del artículo 20 constitucional.²¹⁷

Utilizando el criterio de proporcionalidad un juez constitucional puede considerar que la inclusión por el legislador de un delito dentro del catálogo de delitos graves viola el principio de legalidad penal del párrafo tercero del artículo 14 de la Carta Magna. Es una forma de atajar, desde la Constitución misma, la arbitrariedad con la que el legislador se ha conducido en los años recientes al considerar como delitos graves conductas que no lo ameritaban, evitando de esa forma que los imputados por esos delitos tuvieran derecho a la libertad cautelar, violando en consecuencia, entre otros, el derecho a la presunción de inocencia. Lamentablemente, los jueces federales mexicanos se han negado a controlar de esta forma al legislador y, por el contrario, han demostrado una actitud obsequiosa frente a regulaciones completamente desproporcionadas.²¹⁸

A partir de la proporcionalidad se puede enjuiciar tanto el límite mínimo como el límite máximo de la pena establecida para cierto

²¹⁶ *Derecho y razón*, cit., p. 399.

²¹⁷ Y lo establece todavía para muchos procesos penales. Ver *infra* el comentario dedicado a la entrada en vigor de la reforma de junio de 2008.

²¹⁸ Las tesis correspondientes se han citado en el capítulo dedicado al estudio del artículo 19 constitucional.

delito.²¹⁹ Es decir, la proporcionalidad puede ser vulnerada tanto porque la pena máxima es muy alta como por el hecho de que lo sea la pena mínima. Para Ferrajoli la pena mínima debería de quedar prácticamente abierta en la ley a lo que dispusiera el juez; “a mi juicio —escribe Ferrajoli—, al menos para las penas privativas de libertad no está justificada la estipulación de un mínimo legal: sería oportuno, en otras palabras, confiar al poder equitativo del juez la elección de la pena por debajo del máximo establecido por la ley, sin vincularlo a un límite mínimo o vinculándolo a un límite mínimo bastante bajo”.²²⁰ Sin embargo, en términos generales nuestro autor sostiene que la pena mínima debe ser más desventajosa que la ventaja que se obtiene de cometer un delito, pues de otra manera la pena sería vista como una especie de *tasa* que se tendría que cubrir por el responsable de la conducta delictiva, lo que le quitaría cualquier pretensión disuasoria.²²¹

Por lo que hace al límite máximo de la pena, Ferrajoli considera que no debe superar a la violencia informal que en su ausencia sufriría el reo por la parte ofendida o por otras fuerzas más o menos organizadas, aunque reconoce que este criterio no se presta para una comparación precisa entre la cantidad de pena que se asigna a un delito y la cantidad de pena que se asigna a otro.²²² La consideración de conjunto que el autor hace sobre el límite máximo que puede tener una pena para no romper el principio de proporcionalidad se contiene en el siguiente párrafo:²²³

Aunque sea imposible medir la gravedad de un delito singularmente considerado, es posible, por tanto, afirmar, conforme al principio de proporcionalidad, que desde el punto de vista interno, si dos delitos se castigan con la misma pena, es que el legislador los considera de gravedad equivalente, mientras que si la pena prevista para un delito es más severa que la prevista para otro, el primer delito es considerado más grave que el segundo. De ello se sigue que si desde el punto de vista externo dos delitos no son considerados de la misma

²¹⁹ Por ejemplo a través de la aplicación del sub-principio de necesidad, en su vertiente de necesidad de la norma de sanción; de acuerdo con esta modalidad del sub-principio el legislador está obligado a buscar alternativas al derecho penal, en primer lugar; si no las encuentra debe encontrar, dentro del sistema penal, sanciones alternativas a la privativa de la libertad; si tampoco lo puede hacer debe justificar lo anterior y acreditar la necesidad de la extensión de la penalidad, demostrando con claridad que el mismo efecto preventivo que busca la sanción no puede ser alcanzado a través de una vía menos lesiva; al respecto, LÓPERA MESA, Gloria P., *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Madrid, CEPC, 2006.

²²⁰ *Derecho y razón*, cit., p. 400.

²²¹ *Ibidem*, pp. 399-400.

²²² *Ibidem*, p. 401.

²²³ *Ibidem*, p. 402.

gravedad o uno se estima menos grave que el otro, es contrario al principio de proporcionalidad que sean castigados con la misma pena o, peor aún, el primero con una pena más elevada que la prevista para el segundo. En todos los casos el principio de proporcionalidad equivale al principio de igualdad en materia penal.

El mismo autor considera que la gravedad de un delito —y por tanto la proporcionalidad de la pena— se puede determinar a partir del daño que se genera con la comisión de la conducta delictiva y del grado de culpa que tiene el sujeto, aunque admite que “el problema es precisamente el del peso que haya de asignarse a cada uno de los dos criterios respecto del otro”.²²⁴

Un ejemplo de aplicación del principio de proporcionalidad en la legislación penal lo encontramos en la sentencia 136/1999 del Tribunal Constitucional español (caso de la Mesa Nacional de Herri Batasuna). En ese caso, el Tribunal considera que la sanción penal que se podía imponer a los acusados “podrá estimarse constitucionalmente legítima si en la formulación del tipo y en su aplicación se han respetado las exigencias propias del principio de legalidad penal... y si además no han producido, por su severidad, un sacrificio innecesario o desproporcionado de la libertad de la que privan o un efecto que en otras resoluciones hemos calificado de disuasor o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales implicados en la conducta sancionada” (Fundamento Jurídico 20).

Es decir, el Tribunal va más allá del simple principio de reserva de ley e introduce la consideración de la proporcionalidad de la pena, poniéndola en relación con el efecto disuasorio que pudiera tener respecto del ejercicio de los derechos fundamentales. En concreto, el Tribunal expresa preocupación por el posible efecto que la criminalización excesiva de ciertas conductas (como la apología del terrorismo) pudiera tener sobre libertades tan importantes como la de expresión, la de participación política o la de información. El Tribunal reconoce que el ejercicio ilícito de esas libertades puede dar lugar a una sanción, pero reitera que una reacción penal excesiva frente a ese ejercicio puede producir efectos disuasorios o de desaliento sobre el ejercicio legítimo de los referidos derechos, ya que sus titulares, sobre todo si los límites penales están imprecisamente establecidos, pueden no ejercerlos libremente ante el temor de que cualquier extralimitación sea severamente sancionada.²²⁵

²²⁴ *Ibidem*, p. 399.

²²⁵ Sobre este punto Luis Prieto advierte lo siguiente: “Una condición de legitimidad de toda pena es que resulte proporcionada, pero en ese juicio de proporcionalidad ha de recono-

¿Cómo saber si estamos frente a una determinación legislativa que resulta no proporcional? El Tribunal afirma que "para determinar si el legislador ha incurrido en un exceso manifiesto en el rigor de las penas al introducir un sacrificio innecesario o desproporcionado, debemos indagar, en primer lugar, si el bien jurídico protegido por la norma cuestionada o, mejor, si los fines inmediatos y mediatos de protección de la misma, son suficientemente relevantes, puesto que la vulneración de la proporcionalidad podría declararse ya en un primer momento del análisis 'si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la prevención de bienes o intereses no sólo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya, también, socialmente irrelevantes'... En segundo lugar, deberá indagarse si la medida era idónea y necesaria para alcanzar los fines de protección que constituyen el objetivo del precepto en cuestión. Y, finalmente, si el precepto es desproporcionado desde la perspectiva de la comparación entre la entidad del delito y la entidad de la pena" (Fundamento Jurídico 23).

Al principio de este apartado apuntábamos que la recepción constitucional del principio de proporcionalidad en el artículo 22 había sido parcial y no completa. Esto es así ya que (como lo señala el Tribunal Constitucional español) la proporcionalidad en materia penal va más allá de la que puede existir entre penas y delitos, aunque ese haya sido, desde un punto de vista histórico, la primera de sus manifestaciones (como se observa claramente también en la cita transcrita de Beccaria).

Al respecto Gloria Lopera apunta que "En sus inicios la reflexión sobre la proporcionalidad en el pensamiento penal aparece vinculada ante todo a la idea de correspondencia entre la gravedad de la sanción penal y la de los hechos castigados. Así entendido, este principio presenta un contenido reducido, si se compara con la formulación más amplia que alcanzará posteriormente en la doctrina penal pues, por un lado, tan sólo orienta la selección y aplicación de las consecuencias jurídicas ligadas a la comisión de un delito, más no interviene en la previa selección de los objetos de tutela penal ni de las conductas objeto de incriminación... Por otra parte, no exige que

cerse un peso importante al argumento en favor de los derechos, admitiendo que, si bien inevitablemente toda medida punitiva tiene efectos disuasorios sobre el uso de la libertad, se convierte en inaceptable cuando dicha disuasión resulta excesiva. En pocas palabras, ya sea argumentando a partir de las penas, ya haciéndolo a partir de las conductas tipificadas, a mi juicio la proporcionalidad representa una exigencia constitucional que pesa sobre el conjunto del derecho punitivo", "La limitación constitucional del legislador penal" en su libro *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, p. 296.

la sanción penal sea idónea o necesaria para alcanzar finalidad alguna, sino tan sólo que su afflictividad no supere la gravedad del delito al que se vincula como consecuencia jurídica".²²⁶

Es decir, de acuerdo con Lopera, lo que tenemos en el artículo 22 constitucional es solamente una parte del principio de proporcionalidad (en su vertiente de proporcionalidad entre penas y delitos). Por tanto, la reforma dejó ir una excelente oportunidad para introducir de manera más ambiciosa uno de los principios que mayor fortuna ha hecho en el razonamiento jurídico en las últimas décadas. Tal parece que el poder reformador de la Constitución no se preocupó por actualizar el sentido de su mandato.

Como quiera que sea, lo cierto es que de la determinación del artículo 22 en su primer párrafo pueden desprenderse consecuencias muy benéficas para el conjunto del sistema penal mexicano, sobre todo en su vertiente sustantiva. ¿Por qué razón? Porque la nueva disposición constitucional obliga al legislador a revisar el catálogo de sanciones de los delitos, de tal forma que entre unas y otros en efecto exista la proporcionalidad que ordena la Constitución. Si el legislador penal no se hiciera cargo de cumplir con este mandato constitucional (situación que es del todo probable), entonces los jueces constitucionales tendrían que desarrollar una tarea de control sustantivo sobre el contenido de los códigos penales, a fin de señalar las inconsistencias entre la ley penal y la Constitución, así como sacar las debidas consecuencias en términos de una probable inconstitucionalidad. La proporcionalidad, como principio general aplicable a la materia penal, es una invitación para que el legislador sea más racional.²²⁷

Sumado a lo anterior, es probable que la disposición que estamos analizando del artículo 22 constitucional suponga un dique a dos procesos degenerativos del derecho penal contemporáneo, presentes en diferentes latitudes (aunque con distinto grado de intensidad, como es obvio): a) por un lado, la vocación populista que suele animar a nuestros legisladores en materia penal; si bien es cierto que el "populismo penal" no es exclusivo de México, lo que resulta innegable es que hemos tenido capítulos destacados de esta tendencia; b) por otra parte, la tendencia a configurar un "derecho penal del enemigo", el cual deja de lado los principios ilustrados del derecho penal

²²⁶ LOPERA MESA, Gloria Patricia, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, cit., p. 172.

²²⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid, Trotta, 2003; una visión más general puede encontrarse en ATIENZA, Manuel, *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid, Civitas, 1997 y en MENÉNDEZ, Aurelio (dir.), *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de derecho*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004.

e inserta en el discurso legislativo la lógica del “amigo-enemigo”, tan bien representada por autores como Carl Schmitt en otro contexto.

El populismo penal “se caracteriza por una inmediata y permanente llamada al Derecho Penal para hacer frente a determinadas problemáticas sociales caracterizadas, generalmente, por su repercusión mediática”.²²⁸ Es decir, se trata de la vuelta a un “derecho penal máximo”, entendido como respuesta del Estado a cualquier tipo de problema social, sobre todo si el problema en cuestión obtiene espacio en los medios de comunicación, los cuales normalmente juegan un papel bastante cuestionable.

En contextos sociales marcados por grandes desigualdades, como sucede en el caso de México, es probable que esto termine implicando un endurecimiento del trato entre el Estado y los segmentos más vulnerables o desprotegidos de la población (casi siempre personas pobres o marginadas), lo que termina por acentuar las de por sí precarias condiciones de legitimación estatal existentes. Al respecto Roberto Gargarella apunta que “en sociedades marcadas por la pobreza y la desigualdad... existe un riesgo muy alto de que los medios coercitivos del Estado sean manipulados para proteger un orden social injusto... En el peor de los casos, dicho orden represivo puede utilizarse para custodiar la propia situación aventajada, persiguiendo y sancionando penalmente a aquellos que, de algún modo, osan ponerla en cuestión”.²²⁹

2. EXTINCIÓN DE DOMINIO

La reforma del 18 de junio de 2008 adiciona al artículo 22 constitucional la figura de la extinción de dominio y establece ciertas reglas para su aplicación. Como podrá ver el lector, se trata de reglas al menos discutibles, ya que ponen en riesgo la presunción de inocencia, así como el disfrute de otros derechos fundamentales como el derecho de propiedad. Sergio García Ramírez afirma que la introducción de la figura de la extinción de dominio en el texto constitucional “es producto de la exasperación social y gubernamental por el menguado éxito alcanzado en la lucha contra la delincuencia”.

En el dictamen generado por la Cámara de Diputados en su carácter de cámara de origen de la reforma constitucional señalada, se afirma que la extinción de dominio busca afectar “directamente la

²²⁸ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, “El populismo penal (análisis crítico del modelo penal securitario)”, *Jueces para la democracia*, núm. 58, Madrid, marzo de 2007, p. 43.

²²⁹ GARGARELLA, Roberto, “Justicia penal y desigualdad social”, *Claves de razón práctica*, núm. 188, Madrid, diciembre de 2008, p. 38.

economía del crimen, aumentando sus costos y reduciendo sus ganancias, así como el ataque frontal a los factores que causan, asocian, propician o promueven el comportamiento delictivo”.

La primera fracción del artículo 22 señala que el procedimiento conducente a la extinción de dominio será “jurisdiccional y autónomo de la materia penal”. Esto significa que, por una parte, la extinción de dominio podrá ser decretada solamente por un juez; hay una “reserva judicial” en la materia, de modo que ninguna otra autoridad tiene facultades para ejercerla o decretarla. Por otro lado la Constitución indica que se tramita a través de un procedimiento judicial distinto (“autónomo”) del procedimiento penal “principal”, por llamarlo de alguna manera. No se podrá decretar la extinción de dominio, en consecuencia, por medio de un incidente dentro del proceso penal, sino que tendrá que tramitarse uno enteramente nuevo.

La fracción II del artículo en comento limita el universo de casos en los que se podrá decretar la extinción de dominio: delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, robo de vehículos y trata de personas. Ahora bien, el encabezado de la fracción puede resultar confuso en la medida en que puede hacer pensar que la lista citada de delitos presupone una determinación judicial de los mismos. En otras palabras, se podría pensar que la existencia de una sentencia condenatoria en la que se determinen responsabilidades por tales delitos es una pre-condición o un presupuesto para que se determine la extinción de dominio. Sin embargo, de forma muy discutible, el inciso A de la misma fracción II señala que la extinción procederá “aún cuando no se haya dictado la sentencia que determine la responsabilidad penal, pero existan elementos suficientes para determinar que el hecho ilícito sucedió”.

Esta disposición es cuando menos confusa. Parece señalar que pueden darse “hechos ilícitos” respecto de los cuales todavía no se determine la responsabilidad, pero de los que deriven consecuencias punitivas a través de la figura de la extinción de dominio. La pregunta importante que cabe hacerse en este punto es si tal norma respeta la presunción de inocencia y si es compatible con los más elementos principios del derecho penal moderno, como el principio de *nulla pena sine crime*.

La norma que comentamos pudiera permitir que se instaurase un proceso para determinar la extinción de dominio incluso sin que se haya abierto un proceso penal por los “hechos” a los que se refiere el encabezado de la fracción II, toda vez que el Ministerio Público podría acreditar la existencia del ilícito sin tener que probar ningún tipo de responsabilidad.

En los cuatro incisos de la fracción II se detallan los bienes que pueden ser objeto de la extinción de dominio, en relación a los hechos delictivos señalados por la primera parte de la misma. Tales supuestos no ofrecen, infortunadamente, una redacción muy precisa con lo cual la propia Constitución impide una aplicación rigurosa del principio de taxatividad penal al que ya nos hemos referido. Los supuestos señalados por la norma constitucional son los siguientes:

- A. Aquellos bienes que sean instrumento, objeto o producto del delito, con la previsión ya señalada en los párrafos anteriores de que basta que el hecho ilícito se haya producido para que proceda la extinción de dominio, con independencia de que se haya o no determinado la responsabilidad penal correspondiente al mencionado hecho.
- B. Aquellos bienes que no sean instrumento, objeto o producto del delito, pero que hayan sido utilizados o destinados a ocultar o mezclar bienes producto del delito, cuando se acrediten los requisitos del inciso anterior.
- C. Aquellos bienes que estén siendo utilizados para la comisión de delitos por un tercero, si su dueño tuvo conocimiento de ello y no lo notificó a la autoridad o hizo algo para impedirlo.
- D. Aquellos bienes que estén intitulados a nombre de terceros, pero respecto de los cuales existan suficientes elementos para determinar que son producto de delitos patrimoniales o de delincuencia organizada, y el acusado por estos delitos se comporte como dueño.

Hay diferentes aspectos de estos cuatro incisos que llaman la atención. Por ejemplo, en el inciso C llama la atención la vaguedad del supuesto previsto por la norma cuando se refiere a que el dueño de los bienes no haya hecho "algo" para impedir su uso para la comisión de un delito. ¿Cómo debe entenderse ese "algo" en una materia que está sujeta al principio de estricta legalidad, como lo es el derecho penal?²³⁰ Igualmente, es llamativo que en el inciso D se incorpore la categoría de delitos patrimoniales, que no estaba prevista en el encabezado de la fracción II del artículo 22; en la misma fracción se omite mencionar al resto de categorías señaladas por el citado encabezamiento de la fracción II: ¿el supuesto del inciso será apli-

²³⁰ Para comprender la manera en que el legislador en materia penal debe evitar el uso de este tipo de expresiones puede ser útil la obra de INSUNZA CÁCERES, Enrique, *La exacta aplicación de la ley penal y el mandato de determinación*, México, IIJ-UNAM, Escuela Libre de Derecho de Sinaloa, 2009.

cable también a los casos de secuestro, robo de vehículos, delincuencia organizada, etcétera? Es notable la falta de técnica legislativa de esta parte de la reforma constitucional del 18 de junio de 2008.

La fracción III del artículo que estamos comentando ofrece un leve paliativo a la inversión de la carga de la prueba y a la derrota de la presunción de inocencia que supone la extinción de dominio, al señalar que cualquier persona afectada podrá interponer un recurso para demostrar la procedencia lícita de los bienes y su actuación de buena fe. De esta manera se corrobora que, respecto de la extinción de dominio, lo que se tiene que probar es la inocencia y no la culpabilidad.

La ley federal reglamentaria del artículo 22 constitucional, en lo referente a la figura de la extinción de dominio que estamos comentando, fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de mayo de 2009.²³¹

La ley mencionada es interesante porque “aterriza” los principios constitucionales de la extinción de dominio, a la vez que precisa con detalle (y, a veces, con una innecesaria complejidad) los procedimientos que se deben seguir para el funcionamiento de la figura en cuestión.

Por ejemplo, la ley detalla el concepto de los bienes que están sujetos a la extinción de dominio (artículo 2), la supletoriedad aplicable (artículo 4), el tipo de acción que se ejerce en estos casos (artículo 5), la competencia (artículo 10, cuyo párrafo tercero ordena al Poder Judicial de la Federación que se creen juzgados especializados en materia de extinción de dominio), las partes en el procedimiento (artículo 11), las medidas cautelares que se pueden dictar durante el mismo (artículo 12), etcétera.

²³¹ Esta ley tiene un antecedente local, quizá no muy reseñable: la Ley de Extinción de Dominio del Distrito Federal, publicada en la *Gaceta Oficial* el 8 de diciembre de 2008.

TERCERA PARTE

RETOS Y PERSPECTIVAS

Una vez que la reforma judicial de 2008 ha sido publicada, es momento de pensar en el conjunto de retos implicados en la tarea de hacer realidad sus postulados en materia de juicios orales. Si aceptamos que el objetivo de la reforma es lograr la transformación a fondo del procedimiento penal en su conjunto (y en algunos aspectos, también va a transformar otros procedimientos), entonces no debemos perder ni un minuto en su puesta en práctica, pues la tarea es de enormes dimensiones.

Uno de los artículos transitorios de la reforma señala que la Federación y las entidades federativas tendrán un plazo máximo de *hasta ocho años* para dar los pasos necesarios a fin de establecer un sistema de juicios orales en materia penal en el país (ver el transitorio segundo del decreto de reforma). En consecuencia, debemos tomar desde ahora una serie de decisiones importantes a fin de que no suceda como en otros temas, en los que se tomaron medidas al cuarto para las doce cuando ya el tiempo era insuficiente para lograr los resultados esperados.

CAPÍTULO DECIMOPRIMERO

LOS PASOS A SEGUIR

El tiempo para actuar ha llegado. La reforma judicial puede dar como resultado una mejor justicia penal si se atienden con oportunidad los siguientes retos en la ruta de su implementación.²³²

1. ADAPTACIÓN LEGISLATIVA

El primer paso que el proceso de reforma tenía que dar era el de la modificación del texto constitucional. Al hacerlo así, se evitan errores como los que se han cometido en otras materias, en las que la forma federal del Estado mexicano había permitido que cada entidad federativa avanzara por caminos diferentes y, a veces, incluso opuestos. Con un marco constitucional igual para todo el territorio, se da un primer paso que asegura una homogeneidad básica para todos los habitantes de la República.²³³

Ahora bien, lo que sigue es todavía más importante: hay que bajar hasta el nivel de las leyes y los códigos las nuevas reglas constitucionales. Esto supone revisar a fondo los 33 códigos de procedimientos penales y las respectivas leyes orgánicas de las procuradurías de justicia, así como expedir nuevas leyes en materia de salidas alternativas al proceso, de seguridad pública, de ejecución de sentencias, etcétera.

²³² CARBONELL, Miguel y OCHOA REZA, Enrique, "Reforma judicial: ¿qué sigue?", *Enfoque. Información, reflexión y cultura política*, suplemento dominical de *Reforma*, núm. 748, 3 de agosto de 2008; una enumeración muy completa, parcialmente coincidente con la nuestra, puede verse en VIZCAINO ZAMORA, Álvaro, "Diez pasos para implementar la reforma constitucional en materia penal en los estados de la República", *Iter Criminis. Revista de ciencias penales*, Cuarta Época, núm. 7, México, enero-febrero de 2009, pp. 161 y ss.

²³³ La reforma a favor de la transparencia y el acceso a la información es un ejemplo de un cambio significativo en política pública nacional que resultó en importantes variaciones entre los diversos estados de la República. Esto se ha intentado corregir recientemente con una reforma constitucional para homologar parámetros y mecanismos de transparencia para todo el territorio nacional. Sobre este tema ver CARBONELL, Miguel, *El régimen constitucional de la transparencia*, México, UNAM, 2008.

Por lo tanto, la tarea inmediata siguiente, una vez que la reforma comienza a dar sus primeros pasos, es la que le corresponde hacer a los legisladores. Se trata de una etapa compleja, en la que se va a demostrar (o no) el grado de compromiso del Congreso de la Unión y de las legislaturas locales con el tema de la justicia penal.

A nivel federal los trabajos para modificar la legislación secundaria deben iniciar con la formulación de dos ordenamientos distintos pero complementarios entre sí. Por un lado, es necesario legislar un nuevo Código Federal de Procedimientos Penales que describa con puntualidad los mecanismos prácticos del sistema de juicios orales. Este código puede ser un lineamiento "tipo" para que los congresos estatales tengan un marco de referencia para su propia legislación secundaria.

Asimismo, el congreso federal deberá iniciar las discusiones para adecuar la Ley de Amparo al nuevo sistema penal. Las resistencias en este rubro no serán menores, pero sería un sinsentido que contando con las bases constitucionales para reformar los procesos penales federales y estatales de primera instancia se deje sin modificar el proceso de amparo que naturalmente sigue al primero.

Al contar con una "legislación tipo" o "legislación modelo" se tendrá la ventaja de contar con un marco de referencia compartido. Ya quedará a cada órgano legislativo la decisión de si seguirlo o no, y en caso de hacerlo de si apegarse más o menos a la propuesta del modelo. Lo importante es que las discusiones puedan orientarse a partir de algunos postulados generales comunes, de modo que no se comience a trabajar en el vacío.

Dentro de la adaptación legislativa que será necesaria para que el nuevo sistema de juicios orales comience a caminar, hay un aspecto que nos preocupa especialmente. Nos referimos al ya mencionado tema del juicio de amparo.

En efecto, el juicio de amparo en México tendrá que ser reformado para que pueda ser compatible con el sistema de juicios orales. Es probable, incluso, que se requiera de modificaciones constitucionales para tal efecto. Por ejemplo, resulta del todo necesario que las "formalidades" con que se registra una audiencia oral (en un sistema de imagen y audio capturados en un DVD o en un CD-Rom), sean reconocidas como válidas en el amparo, pues de otro modo se obligaría a la autoridad responsable a "transcribir" todo lo actuado, volviendo de esa manera al sistema de expedientes y nulificando por completo la lógica de los juicios orales.

Los legisladores tendrían que plantearse, en este contexto, si es o no necesaria una nueva reforma constitucional, con el objeto de

modificar los artículos 103 y 107 de la Carta Magna. Cualquiera que sea la respuesta, tendría que procederse a una reforma en profundidad de la ley de amparo, la cual podría tener distintos impactos positivos en el sistema de juicios orales. Por ejemplo, una reforma que precise el momento en que puede —dentro de un procedimiento penal— interponerse un amparo. Recordemos que algunas de las funciones que actualmente tiene el llamado “amparo indirecto” que se promueve ante un juzgado de distrito las tendrá a partir de la entrada en vigor del nuevo sistema el juez de control o juez de garantías.

Como puede verse, resta mucho por hacer de parte de los legisladores. Las decisiones que tomen y las definiciones que hagan tendrán la mayor importancia, pues en buena medida condicionarán el trabajo del resto de actores del sistema. Ahora bien, el trabajo legislativo requiere hoy y seguirá requiriendo en el futuro del acompañamiento de la opinión pública y, especialmente, de los especialistas. Se trata de un tema demasiado importante como para dejarlos solamente en manos de los diputados y senadores de nuestros congresos.

2. CREACIÓN DE UN ÓRGANO QUE IMPLEMENTE LA REFORMA

La reforma constitucional establece en otro de sus artículos transitorios (ver el artículo transitorio noveno del decreto de reforma) un plazo máximo de dos meses para establecer una instancia de coordinación que apoye a las autoridades locales y federales a implementar la reforma, *cuando estas así lo soliciten*. Dicho órgano contará con una Secretaría Técnica y representantes de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, así como del sector académico, la sociedad civil, las Conferencias de Seguridad Pública, Procuración de Justicia y Presidentes de Tribunales.

Todo esto puede ser un ejercicio fundamental de política pública o un franco proceso de simulación. En pocas palabras: aquí puede estar el Talón de Aquiles de la implementación de la reforma.

El primer reto para distinguir si será efectiva o no ésta instancia de coordinación tiene que ver el nombramiento del Secretario Técnico. Ciertamente dicha oficina no es un espacio para improvisar. El puesto requiere de una persona con conocimientos técnicos precisos sobre el sistema acusatorio-oral, además de una probada capacidad política para conciliar intereses tanto a nivel estatal y federal, así como entre los tres poderes de la Unión.

El segundo reto será el de dotar a la instancia de coordinación de recursos humanos y financieros suficientes que le permitan ejercer

su deber constitucional. Las reformas de juicios orales han avanzado de manera significativa en varios estados de la República, donde habrá muchas lecciones que rescatar y compartir a nivel nacional. Sin embargo, también se han dado reformas parciales y poco efectivas en otros estados.

Si el órgano de coordinación quiere ejercer una posición de liderazgo o, en ciertos casos, reencauzar los esfuerzos estatales, requerirá de un plantel de profesionales de primer nivel. Para dicho fin, tanto el respaldo financiero oportuno y la selección meritatoria de personal, como el ejercicio transparente de los recursos serán fundamentales.

El órgano encargado de la implementación tendrá a su cargo, al menos en una fase inicial, la enorme tarea de coordinación institucional que se requiere para que el nuevo proceso penal basado en los juicios orales pueda caminar. Por ejemplo, será decisiva la nueva coordinación con las autoridades penitenciarias, ya que ahora las salas de juicio oral requerirán de una nueva forma de presentación de las personas, la cual a su vez incide en el traslado y custodia de las mismas.

Igualmente, habrá que crear un sistema de comunicación entre los jueces federales y los locales, o entre jueces de un mismo nivel de gobierno, para desahogar con celeridad trámites como los que se hacen a través de exhortos y que, en la práctica, demoran la resolución de un caso durante meses. Hay que diseñar una estrategia de coordinación mucho más ágil y apropiada para las nuevas características del sistema.

3. MODERNIZACIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA

El momento estelar del nuevo enjuiciamiento penal tendrá lugar en las llamadas "audiencias de juicio oral". En ellas estarán presentes el juez, la víctima, el acusado, sus abogados, el Ministerio Público, los testigos y el público en general. Para acomodar a todas esas personas y para que el ejercicio no sea una simulación, se requiere de la construcción de una infraestructura apropiada en cada juzgado que conozca de juicios orales. Para ello será necesario invertir en infraestructura física, lo que incluye construcción de las salas y equipamiento de las mismas.²³⁴ La justicia tiene mucho de simbolismo y de ritualidad, para cuyo desahogo se requiere contar con espacios físicos adecuados.

²³⁴ FIX ZAMUDIO, "Aproximación al estudio de la oralidad procesal, en especial en materia penal", *cit.*, pp. 224-225.

Se trata, sin duda, de una inversión considerable, pero sin la cual las audiencias seguirán siendo los ejercicios de simulación que actualmente conocemos, en los que las partes no ven al juez sino que se entienden con un secretario de acuerdos o con un secretario mecanógrafo, quienes además están conduciendo varias audiencias a la vez. Nada de eso corresponde a un sistema moderno de justicia penal, como el que se ha aprobado con la reforma.

Además, uno de los elementos principales del nuevo sistema penal acusatorio-oral descansa en los mecanismos alternos para la solución de controversias. Tales mecanismos permiten el desahogo sistemático del sistema y ofrecen medios para que la víctima sea resarcida de manera pronta por el daño que sufrió. La experiencia en el Estado de Chihuahua muestra la conveniencia de contar con salas específicas para la justicia alternativa, en las cuales mediadores profesionales trabajan con víctimas y acusados para establecer acuerdos reparatorios que serán después sancionados por un juez de control de garantías.

Tanto las salas de audiencia de juicio oral, como las salas para la justicia alternativa, son espacios físicos -entre otros- que forman parte de los "edificios tipo modelo" funcionales en Chihuahua a partir de su reforma penal. Bien harían los funcionarios responsables de la reforma en otros estados y en la Federación al revisar esos espacios para las adecuaciones necesarias a la infraestructura en el futuro próximo.

Es probable que, en un futuro no muy lejano, los juicios orales se apliquen a materias distintas de la penal, como ya está comenzando a suceder en algunas entidades federativas. Para cuando llegue ese momento, será importante que las salas de audiencia oral de los juzgados y tribunales penales puedan dar servicio en caso de ser necesario a las audiencias en otras materias. Para tal efecto, habría que ir pensando en construcciones que permitan una cierta polivalencia de la infraestructura, lo que permitirá importantes ahorros en el gasto público, pero además un mejor manejo "logístico" del funcionamiento jurisdiccional en su conjunto.

Obviamente, si los juicios orales se amplían a varias materias y las audiencias se multiplican, se le terminará dando un uso intensivo a las salas, las cuales deberán estar en funcionamiento durante muchas horas al día; o bien se tendrán que ir construyendo nuevas salas que permitan desahogar con prontitud las audiencias.

Ojala que así sea, en la medida en que la lógica del debido proceso legal (que es la lógica que anima a los juicios orales en materia penal), pueda ir extendiéndose por el conjunto del ordenamiento

jurídico. Si lo logramos, estaríamos ante un paradigma completamente nuevo en la justicia mexicana, que es al que debemos aspirar.

4. CAPACITACIÓN DE LOS JUECES, MINISTERIOS PÚBLICOS Y PERITOS

Uno de los grandes retos cuando se pretende reformar profundamente las instituciones es que la estructura burocrática se niega a abandonar las prácticas del pasado. Este ha sido un problema común en los países de América Latina que han sustituido su viejo sistema penal por uno de juicios orales.²³⁵ En México tendremos resistencias similares tanto a nivel estatal, como a nivel federal. No es fácil modificar una práctica burocrática "que siempre se ha hecho así" para establecer, en su lugar, un sistema nuevo y en cierta medida desconocido.²³⁶

Si bien el reto será mayor, existe en los poderes judiciales y las procuradurías de México talento humano suficiente para llevar a cabo exitosamente una gran transformación. La procuración e impartición de justicia recae ahora en instituciones que cuentan con un apreciable nivel educativo y con recursos humanos y financieros considerables. Lamentablemente, gran parte de este talento se ve desaprovechado hoy en día a través de un sistema penal escrito, cerrado, poco transparente y propenso a la corrupción.

Ciertamente la puesta en marcha de la reforma requiere de un proceso amplio de selección y capacitación del personal.²³⁷ Habrá que enfrentar la necesidad de evaluar y promover a los jueces, ministros públicos y peritos en la materia. La experiencia de los estados que ya han hecho esta transformación será de gran utilidad para avanzar con mayor tino y estabilidad.

Especial atención merecen los esfuerzos de coordinación entre las policías estatal y federal en la persecución del delito y la obtención de pruebas para presentar los casos ante los tribunales orales. Las prácticas del pasado de poco sirven bajo las reglas del nuevo sistema.

²³⁵ Ver las consideraciones de FIX ZAMUDIO, "Aproximación al estudio de la oralidad procesal, en especial en materia penal", *cit.*, pp. 221 y ss.

²³⁶ Ver la participación del Ministro Juan SINA MEZA en la presentación del libro *¿Qué Son y Para Qué Sirven los Juicios Orales?* de Miguel CARBONELL y Enrique OCHOA REZA en la sede alterna de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Canal Judicial, 2 de junio de 2008, consultable en www.enriqueochoareza.com.

²³⁷ FIX ZAMUDIO señala que "no sólo es necesaria la preparación adecuada de los jueces y sus auxiliares, sino que ésta debe complementarse con sistemas adecuados de selección y preparación de los mismos, los cuales se han establecido o mejorado con el tiempo", FIX ZAMUDIO, "Aproximación al estudio de la oralidad procesal, en especial en materia penal", *cit.*, p. 223. En el mismo sentido, VIZCAÍNO ZAMORA, "Diez pasos para implementar la reforma constitucional en materia penal en los estados de la República", *cit.*, pp. 167-170.

Habrà que poner gran énfasis en la consolidación de laboratorios para obtener pruebas científicas y la creación y mantenimiento de bases de datos criminales confiables (tal como lo ordena el artículo 21 de la Constitución mexicana). En suma, nos enfrentaremos a un nuevo sistema de administración de justicia criminal que demanda nuevas prácticas y actitudes.

La capacitación, obviamente, tendrá que ser específica para cada uno de los actores del nuevo procedimiento penal basado en los juicios orales. Es decir, no es la misma capacitación la que requiere un Ministerio Público que la que es necesaria para un juzgador o para el personal de apoyo administrativo que trabaja en un juzgado.

Al personal con funciones jurisdiccionales dentro de los poderes judiciales se le debe capacitar en cuestiones tales como la conducción de la audiencia previa al juicio, la conducción de la audiencia de juicio oral, la consideración de la prueba en el nuevo sistema (desahogo en la audiencia, valoración, etcétera), la toma de decisiones de forma inmediata dentro de la audiencia, entre otras muchas cuestiones.

Una capacitación diferente se requiere para el personal administrativo, que estará apoyando a los jueces y tribunales encargados del nuevo sistema. En ese caso la capacitación debe centrarse en temas como los de atención al público, atención a testigos y peritos, programación de agenda de audiencias, notificaciones, control del estado que guarda el proceso, comunicaciones con terceros y con instituciones vinculadas al proceso, manejo de sistemas de cómputo, registro de audiencias, etcétera.²³⁸

Aunque la capacitación de los actores institucionales es de la mayor importancia, tampoco se debe descuidar la capacitación de los abogados litigantes, la cual quizá se ha dejado excesivamente de lado en los procesos de implementación que ya han tenido lugar en algunas entidades federativas.

Es natural que los defensores públicos de oficio se hagan cargo de una parte importante del total de casos que llegan ante el nuevo sistema de justicia penal (dada la escasa capacidad económica de muchas de las personas sujetas a proceso en esa materia), pero también es verdad que los litigantes particulares tienen un papel importante que jugar, incluso para evitar que se sobrecargue a los defensores públicos. Para que puedan jugar adecuadamente ese papel, se deben prever procesos de capacitación para los litigantes, tanto o más completos que los que se ofrezcan para los actores institucionales.

²³⁸ SCJN, *El sistema penal acusatorio en México estudio sobre su implementación en el Poder Judicial de la Federación*, SCJN, CJF, México, 2008, pp. 136-137.

5. PREPARACIÓN DE UNA NUEVA GENERACIÓN DE ESTUDIANTES

La educación jurídica que se imparte en México tiene enormes problemas. Los estudiantes salen muchas veces con escasa preparación técnica y pobre sentido ético.²³⁹ Si queremos una buena administración de justicia penal (y lo mismo puede decirse respecto de otras materias), es indispensable formar adecuadamente a los actores del nuevo sistema. En este reto la responsabilidad de las escuelas y facultades de derecho es insustituible.²⁴⁰

El futuro del sistema de juicios orales depende de que quienes hoy estudian derecho salgan de la carrera contando con las habilidades y las capacidades necesarias para administrarlo adecuadamente. Esta adquisición de nuevas formas de conocimiento supone varias cuestiones en la enseñanza del derecho.

Para empezar será necesario modificar los planes y programas de estudio a efecto de enseñar de otra manera el derecho procesal penal y dar lugar al desarrollo de habilidades para identificar los elementos esenciales de un caso y defenderlos frente al juez, en una audiencia pública y oral. Habrá que enseñar a los alumnos que lo más importante en su formación jurídica no es la capacidad de memorización, ni su talento oratorio, sino sus cualidades argumentativas.

En segundo lugar, habrá que generar libros de textos que den cuenta del nuevo sistema y modifiquen la manera actual de entender el funcionamiento del proceso penal. En tercer lugar, las escuelas y facultades de derecho deberían invertir recursos en la construcción de salas de juicio oral que sirvan para realizar juicios simulados. De esa manera los estudiantes llegarían a la práctica profesional sintiéndose seguros de sí mismos y bien entrenados en las exigencias y rutinas de las audiencias orales.

Además, el talento humano para que funcione el nuevo sistema penal no se limita a abogados especialistas en procesos, también serán indispensables peritos en criminalística y criminología, sociólogos especialistas en mediación, policías capacitados para investigar, médicos forenses, administradores de tribunales, técnicos en información, administradores y contadores. La puesta en práctica del nuevo sistema de justicia penal revaloriza actividades profesionales que

²³⁹ Al respecto, CARBONELL, Miguel, *La enseñanza del derecho*, 3a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2008.

²⁴⁰ Ver las consideraciones de Ramiro ÁVILA SANTAMARÍA sobre la necesidad de transformar la justicia y el papel de las universidades en ese proceso, en su ensayo "Cultura jurídica, facultades de derecho y función judicial" en la obra colectiva, *La transformación de la justicia*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, pp. 377 y ss.

hoy se encuentran en el olvido y además crea la necesidad de que nuevas profesiones se involucren en la administración de justicia.

Ahora bien, todo lo anterior tiene que estar enfocado a la generación de ciertas capacidades que se requieren para poder litigar con éxito en un sistema de juicios orales. Aludiendo a la experiencia chilena, algunos analistas hablan de la importancia de generar al menos tres tipos de habilidades en los estudiantes:²⁴¹

1. La primera consiste en poder manejar lo que se llama la "teoría del caso", para lo cual se requiere planear estratégicamente el litigio y su preparación;
2. La segunda tiene que ver con la adecuada introducción de la información relevante en el proceso; dicha información le da sustento a la teoría del caso. Esto se hace por medio del interrogatorio y contra-interrogatorio a las partes, testigos y peritos;
3. La tercera se refiere al uso de la información durante la argumentación inicial y en las conclusiones del juicio, es decir, lo que se conoce como alegato inicial o de apertura o alegato final o de cierre.

Las tres capacidades que hemos citado requieren un contexto de enseñanza-aprendizaje que esté mucho más enfocado a la resolución de problemas concretos y quizá menos a la memorización de conceptos o a la explicación de temas por medio de teorías. En otros países (y también en algunas universidades mexicanas de gran prestigio), los alumnos aprenden derecho a través del estudio de casos, lo que les permite construir con mayor facilidad la estrategia de litigio que se debe construir en un proceso concreto.²⁴² En México y en países con tradiciones jurídicas parecidas a la nuestra, la enseñanza del derecho se basa más en la confrontación de teorías y el aprendizaje de conceptos abstractos.

Nosotros consideramos que los alumnos necesitan conocer el fundamento teórico y la historia de las instituciones jurídicas, como un paso necesario para comprender su funcionamiento práctico.

²⁴¹ NATARÉN, Carlos F. y RAMÍREZ SAAVEDRA, Beatriz Eugenia, "Litigación penal y teoría del caso en el nuevo sistema acusatorio", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 250, México, julio-diciembre de 2008, p. 49.

²⁴² Sobre la vinculación entre metodología de la enseñanza y análisis de casos, GORDILLO, Agustín, *El método en derecho*, Madrid, Civitas, 1988. Ver también las importantes consideraciones de PÉREZ LLEIXÓ, Juan Antonio, "Teoría y práctica en la enseñanza del derecho", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 6 (monográfico sobre la enseñanza del derecho y editado por Francisco J. LAJORTA), Madrid, 2003, pp. 197-268.

Pero consideramos también que es necesario dotarlos de las herramientas para enfrentarse sin problemas a un caso práctico. La enseñanza por medio de casos debería incentivarse en México, como parte del proceso de formación y capacitación para el nuevo sistema de juicios orales.

Lo anterior no se aplica solamente a la materia del procedimiento penal, sino que debería extenderse a otras materias. Los alumnos deberían ser expuestos a la resolución de casos concretos, o al planteamiento de alguna etapa procesal de forma muy parecida a lo que sucede en la realidad (tanto de manera escrita como verbal) a lo largo de su carrera,

6. LOS ARTÍCULOS TRANSITORIOS

El decreto de reforma constitucional del 18 de junio de 2008 incorpora un prolijo conjunto de artículos transitorios, cuya interpretación no resulta sencilla.

Conviene destacar algunos de los aspectos más importantes de dicho conjunto de preceptos, en el entendido de que su correcta interpretación y comprensión es un requisito para que los retos anteriormente señalados sean llevados a cabo de forma correcta (y dentro del tiempo establecido por la Constitución).

En este contexto, la clave maestra se encuentra en el artículo transitorio segundo, que en su párrafo primero señala un plazo máximo de **hasta** 8 años para que el nuevo sistema de justicia penal esté funcionando en toda la República. Como puede apreciarse, se trata de un plazo máximo; que no limita en modo alguno la posibilidad de que las entidades federativas o a la Federación puedan arrancar mucho antes de su vencimiento, tan pronto como estén listas para hacerlo.

Algunas personas han considerado que se trata de un plazo demasiado largo, sin embargo parece tener sustento al menos si se toma en cuenta lo que han tardado otros países parecidos al nuestro en hacer sus respectivas reformas, así como la enorme dimensión del cambio, la cual requiere ir haciendo la larga lista de tareas que se ha señalado en las páginas anteriores.

En todo caso, deberá existir una declaratoria expresa de que en una entidad federativa determinada o a nivel federal, ya entró en vigor el nuevo sistema cuando así acontezca, de forma que se tenga plena certeza de que ese momento ha llegado y de que, en consecuencia, se deben observar las nuevas reglas a las que nos hemos referido en los capítulos anteriores.

Ahora bien, el artículo transitorio quinto señala que respecto de las nuevas reglas en materia penitenciaria, el plazo para emitir la legislación correspondiente es de tres años, contados a partir de la entrada en vigor del decreto (que su artículo transitorio primero establece al día siguiente de su publicación).

Obviamente, se deja a salvo la entrada en vigor del nuevo sistema en aquellas entidades en que ya estuviera funcionando antes de la publicación del decreto del 18 de junio (artículos transitorios tercero y cuarto).

Igualmente, se dejan subsistentes las legislaciones en materia de delincuencia organizada que existieran en las entidades federativas, hasta el momento en que el Congreso de la Unión ejerza la facultad exclusiva que le reserva la fracción XXI del artículo 73 constitucional (artículo sexto transitorio).

Los demás preceptos transitorios se refieren al deber de los órganos legislativos tanto a nivel federal como local de destinar recursos al nuevo sistema penal desde el primer año en que entre en vigor el decreto, con independencia de si a nivel federal o en alguna entidad federativa ya está funcionando el nuevo sistema (artículo transitorio octavo). Es decir, la idea es poder contar con recursos desde el primer momento, sin esperar al año en que pueda comenzar a funcionar el nuevo sistema (con ello se intenta evitar que se repita la no muy alentadora experiencia en materia de justicia para adolescentes, cuyo arranque tuvo que darse a trompicones o sin apoyo presupuestal en muchos casos).

Los artículos transitorios noveno y décimo se refieren al órgano encargado de la implementación de la reforma, al que ya nos referimos en las páginas precedentes.

El artículo décimo primero transitorio se refiere a la figura del arraigo en aquellas entidades federativas que no han hecho todavía el tránsito al proceso penal acusatorio-oral (tema que ya fue analizado al comentar las modificaciones al artículo 16 de la Carta Magna).

CAPÍTULO DECIMOSEGUNDO

LOS BENEFICIOS DE LA REFORMA Y CONCLUSIÓN

En las páginas anteriores nos hemos referido al procedimiento de aprobación de la reforma constitucional publicada el 18 de junio de 2008, que viene a transformar de forma decisiva al conjunto del sistema penal; hemos también descrito sus contenidos, apreciado sus ventajas y criticado sus aspectos menos afortunados, citando, cuando se ha considerado necesario, la doctrina nacional y extranjera, la jurisprudencia nacional e internacional, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho comparado; igualmente, hemos señalado los retos que se avizoran hacia adelante y que deberán irse cumpliendo por los distintos actores involucrados.

Luego de hacer ese repaso, consideramos que se ha acreditado una de las afirmaciones que hicimos en las primeras páginas de nuestro libro: no se trata de una reforma cosmética, sino que estamos ante el anuncio de una transformación de fondo del sistema penal en su conjunto.

Quizá no todos los cambios serán necesariamente positivos, dados algunos de los errores regulativos en que incurrieron los autores de la reforma y a las pulsiones autoritarias que los animaron, pero sin duda que en su conjunto se trata de un proceso alentador al que hay que apoyar decididamente.

Aunque ya hemos hecho referencia a algunos de ellos, quisiéramos ofrecer una suerte de elenco de los cambios benéficos que serían esperables a partir de la puesta en marcha de la reforma. Decimos que son esperables dado que pueden inferirse del texto constitucional y del proceso de cambio que anuncia, pero no tenemos la certeza de que acontezcan. Como quiera que sea, puede tener cierto interés contar con dicho elenco incluso para el caso de que los cambios positivos no se produzcan, ya que nos servirá para hacer el correspondiente ajuste de cuentas cuando llegue el momento oportuno.

En este contexto, los cambios benéficos que podríamos esperar a partir de la reforma son los siguientes:²⁴³

1. A partir del mandato del artículo 22 constitucional sobre la proporcionalidad que debe existir entre los delitos, las sanciones para cada uno de ellos y los bienes jurídicos tutelados, es esperable que los legisladores emprendan una revisión completa de los códigos penales de la República, el federal y los 32 códigos locales, para hacer que sus previsiones sean compatibles con la Constitución.

Al hacer dicha revisión los legisladores deberán tener en cuenta los principios más básicos del derecho penal, como el de "ultima ratio", el de taxatividad, el de reserva de ley, etcétera; además, tendrán frente a sí una magnífica oportunidad para revisar la congruencia, sistematicidad y ordenación de los códigos.

El beneficio concreto que se espera de esta parte de la reforma constitucional es una renovación completa o al menos muy profunda de la parte sustantiva del derecho penal mexicano. El objetivo sería contar con un catálogo de conductas punibles y de sus correspondientes sanciones mucho más ordenado, racional y comprensible, además de que se ajuste al mandato de la proporcionalidad que establece el artículo 22 de la Carta Magna. Esto significa que la reforma constitucional tendrá impacto no solamente sobre el derecho procesal penal, sino también sobre el derecho penal sustantivo. Por eso decimos que, a partir de la reforma, se instaura en México un nuevo *sistema* penal y no únicamente un nuevo *proceso* penal.

2. La reforma contiene los elementos necesarios, en el artículo 21, para mejorar sustantivamente la calidad de nuestras corporaciones policiacas. Uno de los principales problemas del sistema penal, como lo acreditamos con datos estadísticos en las primeras páginas de nuestro libro, es la enorme cantidad de delitos que se cometen; es decir, el problema consiste en que el Estado mexicano ha fracasado en su política de prevención del delito.

La reforma sienta las bases para una depuración de la policía, un progresivo fortalecimiento de sus capacidades (por ejemplo a través de la facultad de investigar que anteriormente correspondía en exclusiva al Ministerio Público) y un proyecto de profesionalización.

²⁴³ En la redacción de las siguientes páginas nos han sido muy útiles las consideraciones de SARRE, Miguel, "Perspectivas de cambio en el nuevo proceso penal ordinario" en la obra colectiva, *El sistema de justicia penal en México: retos y perspectivas*, México, SCJN, 2008, pp. 24 y ss. Aunque nuestro listado no coincide punto por punto con el de Sarre, estamos totalmente de acuerdo con los aspectos señalados por el autor en su ensayo, como lo demuestran algunas de las citas que siguen.

Al contar con mejores policías estaremos sentando la base fundamental de una renovación de la seguridad pública, lo que equivale a decir que podremos estar más tranquilos y seguros en la calle y en nuestros hogares. La reforma constitucional del 2008 le apuesta decididamente al mejoramiento de la policía mexicana, con todos los efectos sociales, económicos, políticos y penales que ello supone.

La prohibición constitucional de las pruebas ilícitamente obtenidas (consagrada en el artículo 20), deberá suponer un estímulo hacia la profesionalización tanto de la policía como del Ministerio Público, dado que se les cerrarán las puertas a un buen número de prácticas ilícitas que se han venido cometiendo desde hace décadas.²⁴⁴

3. Las etapas más importantes y significativas del procedimiento penal se trasladan desde las agencias del Ministerio Público, los sitios de detención y los separos, hasta la mesa de los jueces, ya sean los jueces de control o los jueces de juicio oral. Esto quiere decir que la seguridad y la libertad de muchas personas quedan confiadas a los poderes judiciales y no a las procuradurías de justicia.²⁴⁵

Según diversas encuestas de opinión, los mexicanos confiamos más en nuestros jueces que en nuestra policía o en nuestros ministerios públicos; tales encuestas dan muestra de que se percibe mayor honestidad, menos corrupción y más profesionalismo en las instancias judiciales (aunque la realidad, dolorosamente, a veces desmienta esta percepción). Es de esperarse que esas cualidades se vean reflejadas en el funcionamiento cotidiano del procedimiento penal, que además de esta forma configura sus rasgos acusatorios, dejando atrás la sombra del sistema inquisitivo o inquisitivo-mixto que tenía antes de la reforma.

4. Como consecuencia del cambio que acabamos de señalar, la reforma no solamente permitirá centrar las actuaciones principales del procedimiento penal en la instancia propiamente judicial, sino que le dará a los jueces una preeminencia que hasta ahora no habían tenido. En las fases iniciales del procedimiento esa preeminencia les corresponderá a los jueces de control o jueces de garantía. En las fases posteriores a los jueces de juicio oral. En la fase ejecutiva a los jueces de vigilancia penitenciaria.

Su papel cambiará radicalmente dado que la reforma les asigna la tarea de controlar las "técnicas de investigación"; los obliga a estar presentes en las audiencias de juicio oral, les permite invalidar pruebas obtenidas ilícitamente, les abre un campo nuevo de supervisión de la

²⁴⁴ SARRE, "Perspectivas de cambio en el nuevo proceso penal ordinario", *cit.*, p. 25.

²⁴⁵ *Ibidem*, pp. 24-25.

ejecución de las penas privativas de la libertad, los insta a valorar las pruebas de forma diferente a como lo venían haciendo, etcétera.

5. Otro cambio benéfico tiene que ver con el derecho a la defensa. Por un lado se revalora el papel del defensor público, al exigir que su remuneración sea igual a la de los Ministerios Públicos, con lo que se dota de sustancia práctica al principio de igualdad de armas. Por otra parte, se exige que quien asuma la defensa de una persona dentro de un procedimiento penal sea “abogado” y haga una defensa técnica adecuada.

Con estas previsiones la reforma tendrá la consecuencia benéfica de elevar el nivel del litigio penal. La Constitución envía un mensaje muy poderoso sobre la importancia de contar con una buena defensa: los objetivos de la política penal del Estado deben subordinarse y ser respetuosos de la presunción de inocencia y de los principios del debido proceso legal (entre los que se encuentra el derecho a la defensa técnica por abogado). Se trata de uno de los aspectos indiscutiblemente positivos de la reforma.

6. Quizá el cambio benéfico más importante que cabe esperar de la reforma penal a la Constitución (y de las reformas legislativas, de políticas públicas, reglamentarias y judiciales que de ella van a derivar) es el incremento de la publicidad alrededor del sistema penal, con todo lo que implica en términos de rendición de cuentas, de supervisión ciudadana y de mejoramiento a partir de un seguimiento puntual de cada una de sus etapas.

Las audiencias orales, el mayor peso de la etapa propiamente judicial, la profesionalización de la policía y el enriquecimiento del derecho a la defensa son elementos que nos van a permitir contar con un sistema penal que sea más público y menos “privado” u oculto.

Esto supone muchas ventajas, ya que creemos que una de las causas de la gran corrupción que existe en el sistema penal (en todas sus etapas, aunque con distinta intensidad en cada una de ellas) se debe a la opacidad con la que trabajan sus principales protagonistas. Esa opacidad causa que se lleve hasta extremos inadmisibles el característico uso patrimonialista del Estado que se ha dado en buena parte del sector público mexicano desde hace décadas y que apenas comienza a ser removido de nuestro quehacer institucional.

La mayor visibilidad del sistema puede generar una mayor confianza de los usuarios y de la ciudadanía en general, ya que se suele desconfiar de lo que no se conoce ni puede verse cotidianamente.²⁴⁶

²⁴⁶ Ver las importantes reflexiones sobre el tema recogidas en BERGMAN, Marcelo y ROSENKRATZ, Carlos (coords.), *Confianza y derecho en América Latina*, México, FCE, 2009.

Esta mayor confianza podrá eventualmente traducirse en una mayor tasa de denuncias, lo que a su vez generará un contexto de mayor exigencia para las autoridades encargadas de la prevención e investigación de los delitos, comenzando de esa manera un círculo virtuoso a favor de todos los habitantes de nuestro país.

Al tener audiencias públicas y una carga precisa para acreditar los hechos que se ventilan, bajo reglas estrictas en materia probatoria y con controles en cada etapa, es del todo probable que el sistema penal mexicano, en su vertiente adjetiva, mejore sustancialmente. Así lo esperamos.

7. Bajo la inspiración de una reforma tan amplia e importante, los responsables de las distintas instancias del sistema penal deberían estar permanentemente alerta sobre los problemas que se vayan presentando. Una reforma como la que hemos descrito requiere un seguimiento puntual tanto desde los órganos públicos como desde la sociedad civil y los sectores académicos. Ese seguimiento puede ser útil para detectar problemas en la puesta en marcha de la reforma, evaluar la importancia de los mismos y proponer alguna posible vía de solución.

No debemos olvidar que reformas de este tipo no se hacen de un solo trazo. Deberíamos poder contar con información permanente incluso y sobre todo de los logros de la reforma. Si la reforma sirve para mejorar alguna etapa del sistema penal (como nosotros creemos que sucederá), entonces necesitamos saber qué tanto hemos mejorado. Para ello es necesario contar con elementos de medición del desempeño.²⁴⁷ De esa forma sabremos con mayor o menor precisión si estamos avanzando o retrocediendo y en qué medida se están produciendo esos movimientos.

Esas mismas mediciones nos deberán servir para modificar algún ordenamiento jurídico o alguna política pública alrededor de la reforma. La retro-alimentación para legisladores y órganos de aplicación es de la mayor importancia.²⁴⁸

CONCLUSIÓN

Como puede observarse, la reforma constitucional es solamente un primer paso dentro de una ruta que se avizora larga y que puede tener resultados inciertos. La consumación de la reforma debe cele-

²⁴⁷ Indicadores que, por cierto, ya deberían existir por mandato de la fracción V del párrafo segundo del artículo 6 constitucional.

²⁴⁸ En el mismo sentido, VIZCAÍNO ZAMORA, "Diez pasos para implementar la reforma constitucional en materia penal en los estados de la República", *cit.*, pp. 172-173.

brarse como un triunfo de la sociedad civil y como un logro de la clase política nacional, que supo ponerse de acuerdo para legislar en un tema que impacta de forma importante en la calidad de vida de todos los ciudadanos de la República.

Ahora corresponde a esa misma clase política, pero también a los académicos, a los medios de comunicación y a la sociedad en general, hacerse cargo del compromiso que deriva de la reforma. Compromiso que nos involucra a todos y que, en esa medida, reclama unidad de propósitos y un curso de acción compartido. Nadie podrá sacar por sí solo la reforma adelante, dadas las dimensiones del problema al que nos enfrentamos. Hace falta que cada quien ponga de su parte y que vayamos construyendo el marco institucional que nos permita contar con un sistema de justicia penal renovado, que reconozca garantías mínimas para todos los involucrados, que mantenga un grado aceptable de efectividad y que trabaje con mecanismos de transparencia que permitan disminuir sensiblemente la corrupción. Es una tarea enorme y magnífica. No nos demoremos en comenzar a realizarla.

Al hacernos corresponsables del éxito futuro de la reforma de los juicios orales no debemos olvidar que su significado último es, sobre todo, una apuesta radical por la legalidad. Es decir, se intenta refundar la justicia penal en México precisamente porque se sigue creyendo que el derecho es la mejor manera de construir una convivencia civil pacífica. Y es también una apuesta por devolverle la dignidad y los derechos a las personas más vulnerables y expuestas de nuestra sociedad, que suelen ser usuarios permanentes de nuestra justicia penal. Si delinquen se les debe sancionar, como a cualquiera, pero siempre respetando sus derechos y haciendo una escrupulosa aplicación de la legalidad.

Como lo ha escrito Paolo Flores D'Arcais, "Hoy la legalidad tomada en serio, la legalidad como estrategia y práctica coherente, constituye más que nunca el poder de los sin poder... una política de legalidad es hoy la más radical de las revoluciones posibles, además de la primera de las revoluciones deseables... porque es preliminar a cualquier otra".²⁴⁹ Ojalá que todos tengamos presente estos pensamientos, cuando decidamos qué papel jugar en torno a la (revolucionaria) reforma penal que hemos descrito a lo largo de los capítulos de este libro.

²⁴⁹ FLORES D'ARCAIS, PAOLO, *El individuo libertario. Recorridos de filosofía moral y política en el horizonte de lo finito*, Barcelona, Seix Barral, 2001, p. 146.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, "Por un ministerio público dentro de la legalidad", *Nueva Doctrina Penal*, Madrid, 1998.
- , "Proceso penal: ¿qué clase de publicidad y para qué?", *Jueces para la democracia*, núm. 51, Madrid, 2004.
- ATIENZA, Manuel, *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid, Civitas, 1997.
- BARENDT, Eric, *Freedom of speech*, 2a. ed., Nueva York, Oxford University Press, 2007.
- BAUMAN, Zygmunt, *Miedo líquido. La sociedad contemporánea y sus temores*, Barcelona, Paidós, 2007.
- BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio, *Litigación penal. Juicio oral y prueba*, México, FCE, 2005.
- BERGMAN, Marcelo (coord.), *Delincuencia, marginalidad y desempeño institucional. Resultados de la encuesta a población en reclusión en tres entidades de la República mexicana*, México, CIDE, 2003.
- BERGMAN, Marcelo y otros, *Delincuencia, marginalidad y desempeño institucional. Resultados de la segunda encuesta a población en reclusión en el Distrito Federal y el Estado de México*, México, CIDE, 2006.
- BERGMAN, Marcelo y ROSENKRATZ, Carlos (coords.), *Confianza y derecho en América Latina*, México, FCE, 2009.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2a. ed., Madrid, CEPC, 2005.
- BOVINO, Alberto, *Justicia penal y derechos humanos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005.
- , *Principios políticos del procedimiento penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005.
- , "Aporías. Sombras y ficciones en la justificación del encarcelamiento preventivo", *Foro. Revista de derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar*, núm. 8, Quito, segundo semestre de 2007.
- CANALES, Ernesto, "Los juicios orales ante el sistema actual", *Metrópolis 2025*, México, 2006.
- CANNETI, Elías, *Masa y poder*, Barcelona, Muchnik Editores, 2000.

- CARBONELL, Miguel, "Cuando la impunidad es la regla. Justicia penal y derechos fundamentales en México", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 116, México, mayo-agosto de 2006.
- , "Defensa de la Constitución y estados de emergencia: breves reflexiones contextuales" en *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, IIJ-UNAM, Marcial Pons, IMDPC, 2008, t. IV.
- , *El régimen constitucional de la transparencia*, México, UNAM, 2008.
- , *¿El tercero ausente? Escritos sobre el poder judicial*, México, Porrúa, UNAM, IMDPC, 2008.
- , *La construcción de la democracia constitucional*, México, Porrúa, 2005.
- , *Los derechos fundamentales en México*, 3a. ed., México, Porrúa, UNAM, CNDH, 2009.
- , "Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales en tiempos de emergencia", *Estudios constitucionales*, año 6, núm. 1, Santiago de Chile, 2008.
- , *Una historia de los derechos fundamentales*, México, Porrúa, UNAM, CNDH, 2005.
- CARBONELL, Miguel (coord.), *El principio de proporcionalidad y la protección de los derechos fundamentales*, México, CNDH, Comisión Estatal de Derechos Humanos de Aguascalientes, 2008.
- CARBONELL, Miguel y OCHOA REZA, Enrique, *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?*, 5a. ed., México, Porrúa, RENACE, UNAM, 2009.
- , "Reforma judicial: ¿qué sigue?", *Enfoque. Información, reflexión y cultura política*, suplemento dominical de *Reforma*, México, núm. 748, 3 de agosto de 2008.
- CAROLINA PORTERO (coord.), *Ejecución penal y derechos humanos: una mirada crítica a la privación de la libertad*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- CARPIZO, Jorge, *Propuestas sobre el Ministerio Público y la función de investigación de la Suprema Corte*, México, Porrúa, IMDPC, 2005.
- CARPIZO, Jorge y VALADÉS, Diego, *Derechos humanos, aborto y eutanasia*, México, IIJ-UNAM, 2008.
- CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María, *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación*, Madrid, CEPC, 1998.
- CELS, *Informe 2005. Derechos humanos en Argentina*, Buenos Aires, CELS, Siglo XII editores, 2005.
- CNDH, *Derechos humanos de los reclusos en México. Guía y diagnóstico de supervisión penitenciaria*, México, CNDH, 2007.
- COLE, David, "The man behind the torture", *The New York review of books*, vol. LIV, núm. 19, 6 de diciembre de 2007.

- DÍAZ ARANDA, Enrique, *Proceso penal acusatorio y teoría del delito*, México, Straf, 2008.
- DE PARLE, Jason, "The american prison nightmare", *The New York Review of Books*, vol. 54, núm. 6, 12 de abril de 2007.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María (coord.), *El oficio de jurista*, Madrid, Siglo XXI editores, 2006.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid, Trotta, 2003.
- DUCE, Mauricio, "El ministerio público en la reforma procesal penal en América Latina: visión general del estado de los cambios", *Reforma judicial. Revista mexicana de justicia*, México, núm. 6, julio-diciembre de 2005.
- DUCE, Mauricio y PÉREZ PERDOMO, Rogelio, "La seguridad ciudadana y la reforma del sistema de justicia penal en América Latina" en *Crimen y violencia en América Latina*, Bogotá, FRULING, Hugo, TULCHIN, Joseph y GOLDING, Heather (eds.), FCE, 2005.
- DWORKIN, Ronald, *The Supreme Court phalanx. The court's new right-wing bloc*, Nueva York, New York review books, 2008.
- ELSNER, Alan, *Gates of injustice. The crisis in America's prisons*, New Jersey, Prentice Hall, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2008.
- , *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 6a. ed., Madrid, Trotta, 2004.
- , "Las libertades en el tiempo del neoliberalismo", *Este País. Tendencias y opiniones*, núm. 203, México, febrero de 2008.
- , "Los retos de la procuración de justicia en un mundo globalizado", *Revista de la Facultad de derecho de México*, núm. 250, México, julio-diciembre de 2008.
- FIDALGO GALLARDO, Carlos, *Las "pruebas ilegales": de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ*, Madrid, CEPC, 2003.
- FIX FIERRO, Héctor, *Tribunales, justicia y eficiencia*, México, IIJ-UNAM, 2006.
- FIX FIERRO, Héctor (ed.), *Del gobierno de los abogados al imperio de las leyes. Estudios sociojurídicos sobre educación y profesión jurídicas en el México contemporáneo*, México, IIJ-UNAM, 2006.
- FIX ZAMUDIO, Héctor, "Aproximación al estudio de la oralidad procesal, en especial en materia penal", *Estudios jurídicos en homenaje a Cipriano Gómez Lara*, México, Porrúa, UNAM, 2007.
- , *Función constitucional del ministerio público. Tres ensayos y un epílogo*, México, UNAM, 2002.
- FOX, Libby Haight, HOFBAUER, Helena y SÁNCHEZ ANDRADE, Tania, coords., *Derecho a Saber: Balance y Perspectivas Cívicas*, México, Woodrow Wilson Internacional Center for Scholars, Fundar, 2007.

- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, "Artículo 18", *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada*, 19a. ed., México, Porrúa, UNAM, 2006, t. I.
- , "El debido proceso. Concepto general y regulación en la Convención Americana de Derechos Humanos", *Boletín mexicano de derecho comparado*, núm. 117, México, 2006.
- , "La iniciativa de reforma constitucional en materia penal del 29 de marzo de 2004", *Boletín mexicano de derecho comparado*, núm. 111, México, 2004.
- , *La reforma penal constitucional (2007-2008)*, México, Porrúa, 2008.
- GARGARELLA, Roberto, "Justicia penal y desigualdad social", *Claves de razón práctica*, núm. 188, Madrid, diciembre de 2008.
- , *De la injusticia penal a la justicia social*, Bogotá, Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, 2008.
- GREENBERG, Karen J. (ed.), *The torture debate in America*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
- GUZMÁN, Nicolás, *La verdad en el proceso penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006.
- INSUNZA CÁCERES, Enrique, *La exacta aplicación de la ley penal y el mandato de determinación*, México, IIJ-UNAM, Escuela Libre de Derecho de Sinaloa, 2009.
- ISLAS, Olga y CARBONELL, Miguel, *Constitución y justicia para adolescentes*, México, UNAM, 2007.
- , *El artículo 22 constitucional y las penas en el Estado de derecho*, México, UNAM, 2007.
- LEVINSON, Sanford, "The embarrassing Second Amendment", *The Yale Law Journal*, número 99, núm. 3, diciembre de 1989.
- LEVINSON, Sanford (ed.), *Torture. A collection*, Nueva York, Oxford University Press, 2004.
- LEWIS, Anthony, *Gideon's trumpet*, Nueva York, Random House, 1964.
- LOPERA MESA, Gloria P., *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Madrid, CEPC, 2006.
- LÓPEZ PORTILLO VARGAS, Ernesto y BARRENA NÁJERA, Guadalupe, *Transparencia: ruta para la eficacia y legitimidad en la función policial*, México, IFAI, 2009.
- MAGALONI, Ana Laura e IBARRA OLGUÍN, Ana María, "La configuración jurisprudencial de los derechos fundamentales. El caso del derecho constitucional a la defensa adecuada", *Cuestiones constitucionales. Revista mexicana de derecho constitucional*, número 19, México, julio-diciembre de 2008.
- MAIER, Julio, KAI AMBOS y WOISCHNIK, Jan, *Las Reformas Procesales Penales en América Latina*, Buenos Aires, AD HOC, 2000.

- MONTES CALDERÓN, Ana, "Elementos de comparación entre el Sistema Inquisitivo y el Sistema Acusatorio" en *Técnicas del Juicio Oral en el Sistema Penal Colombiano: Lecturas Complementarias*. Bogotá, Comisión Interinstitucional para el Impulso de la Oralidad en el Proceso Penal, USAID, 2003.
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, "El populismo penal (análisis crítico del modelo penal securitario)", *Jueces para la democracia*, núm. 58, Madrid, marzo de 2007.
- MELÉNDEZ, Florentín, *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a la administración de justicia. Estudio constitucional comparado*, México, M. A. Porrúa, 2004.
- MENÉNDEZ, Aurelio (dir.), *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de derecho*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004.
- NATARÉN, Carlos F. y RAMÍREZ SAAVEDRA, Beatriz Eugenia, "Litigación penal y teoría del caso en el nuevo sistema acusatorio", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 250, México, julio-diciembre de 2008.
- OCHOA REZA, Enrique, "La Transparencia y el Ministerio Público" en el libro de FOX, Jonathan, HAIGHT, Libby, HOFBAUER, Helena y SÁNCHEZ ANDRADE, Tania, coords., *Derecho a Saber: Balance y Perspectivas Cívicas*, México, Woodrow Wilson International Center for Scholars, Fundar, 2007.
- ORTH, John V., *Due process of law. A brief history*. Lawrence, University of Kansas Press, 2003.
- OSORIO ISAZA, Luis Camilo, *El sistema acusatorio en la experiencia colombiana*, México, INACIPE, 2007.
- PÁSARA, Luis, (comp.), *En Busca de una Justicia Distinta: Experiencias de Reforma en América Latina*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2004.
- PASTOR, Daniel R., "La prisión preventiva. Problemas actuales y soluciones" en la obra colectiva, *La prueba, reforma del proceso penal y derechos fundamentales*, Lima, Jurista Editores, 2007.
- PELLEGRINI GRINOVER, Ada, "El Modelo Acusatorio de Instrucción Procesal Penal como Garantía de los Derechos Humanos", México, Departamento de Derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México, *Documento de Trabajo*, núm. 4, 27 de marzo de 1998.
- POSNER, *El análisis económico del derecho*, 2a. ed., México, FCE, 2007.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *El pensamiento penal de la Ilustración*, México, INACIPE, 2003.
- RIEGO, Christian, "Informe comparativo: proyecto de seguimiento de los procesos de reforma judicial en América Latina", *Reforma judicial. Revista mexicana de justicia*, México, núm. 7, enero-junio de 2006.
- , "Reformas procesales penales en América Latina: una visión comparada acerca de la implementación y experiencias de innovación",

- Actualidad judicial. Revista del poder judicial del Estado de Zacatecas*, México, año 1, núm. 1, septiembre de 2007.
- ROEMER, Andrés, *Economía del crimen*, México, Noriega Editores, INACIPE, 2002.
- , *Introducción al análisis económico del derecho*, México, FCE, ITAM, SMGE, 1994.
- ROSAS CASTAÑEDA, Juan Antonio, "Análisis de la validez y eficacia probatoria de las graciones obtenidas a través de 'trampas de escuchas'", *Boletín mexicano de derecho comparado*, núm. 124, México, enero-abril de 2009.
- SARRE, Miguel, "Control del Ministerio Público", *Los Controles Constitucionales. Anuario de Derecho Público*, México, McGraw Hill Serie Jurídica/ITAM, 1999.
- , "Perspectivas de cambio en el nuevo proceso penal ordinario" en la obra colectiva, *El sistema de justicia penal en México: retos y perspectivas*, México, SCJN, 2008.
- SKLANSKY, David Alan, "Anti-inquisitorialism", *Harvard Law Review*, vol. 122, núm. 6, abril de 2009.
- TARUFFO, Michele, "Conocimiento científico y estándares de prueba judicial", *Justicia Electoral. Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, núm. 20, México, 2005.
- TYLER, Amanda, "Suspension as emergency power", *The Yale Law Journal*, volumen, 118, número 4, enero de 2009.
- VASCONCELOS MÉNDEZ, Rubén, *La justicia para adolescentes en México*, México, UNICEF, UNAM, 2009.
- VIZCAINO ZAMORA, Álvaro, "Diez pasos para implementar la reforma constitucional en materia penal en los estados de la República", *Iter Criminis. Revista de ciencias penales*, México, Cuarta Época, núm. 7, enero-febrero de 2009.
- ZEPEDA LECUONA, Guillermo, *Crimen sin castigo. Procuración de justicia y ministerio público en México*, México, CIDAC, FCE, 2004.
- , "El uso excesivo e irracional de la prisión preventiva en México" en *Panorama internacional sobre justicia penal. Culturas y sistemas jurídicos comparados* (ISLAS, Olga y GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, coords.), México, UNAM, 2007.
- , *La procuración de justicia en México (un estudio de sociología del derecho, con análisis de convergencia/divergencia sobre la prisión preventiva*, Tesis Doctoral, IIJ-UNAM, 2008.

AGRADECIMIENTOS

Este libro no habría sido escrito sin el apoyo constante de Ernesto Canales Santos y de RENACE ABP, quienes se han constituido como un modelo de profesionalismo, dedicación y compromiso con las mejores causas de México.

Tampoco hubiera sido posible culminar este esfuerzo sin la colaboración de Enrique Ochoa Reza, quien de hecho estaba destinado a aparecer como co-autor de la obra; así hubiera sido pero su intensa dedicación a las tareas de capacitación del Poder Judicial de la Federación se lo impidió. Mucho de lo bueno que pudiera llegar a tener el libro se debe a fértil imaginación y a la incansable vocación académica de Enrique Ochoa. Concretamente, las partes relativas a las diferencias entre el sistema inquisitivo y el acusatorio, así como los retos hacia delante de la reforma de 2008, están tomadas en buena medida de trabajos previos que habíamos publicado Enrique y yo. Le agradezco que me haya permitido reproducirlos en esta ocasión.

Agradezco también el diálogo continuado con los ciudadanos, académicos, periodistas y amigos que participan en el movimiento social que impulsa los juicios orales en México. Para mí han sido en los años pasados y siguen siendo en la actualidad una gran inspiración. No puedo mencionarlos a todos porque seguramente habría varias omisiones, pero ellos saben muy bien quiénes son y lo mucho que han contribuido para este libro.

Luis Ángel Salgado y Nancy Correa contribuyeron en la tarea de búsqueda de algunas de las estadísticas que fueron citadas en el capítulo relativo al diagnóstico del sistema penal. Les agradezco su eficiencia y su entrega rigurosa y profesional a los trabajos que realizamos juntos en el IIJ-UNAM.

Finalmente, como siempre, agradezco el apoyo constante de Mónica (esa gran mitad de mi vida) y de mis hijos Mercedes y Miguel. Cuando veo sus rostros ya juveniles comprendo que tiene mucho sentido seguir luchando por un México más justo, donde la

libertad de cada persona no esté a disposición de la arbitraria voluntad de un sistema corrupto e ineficaz, ni la vida a disposición de la delincuencia. Si ellos pueden disfrutar de un mejor sistema de justicia en el futuro, todo nuestro esfuerzo habrá valido la pena. Ojalá que así sea.

SOBRE EL AUTOR

- Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la UNAM.
- Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, España.
- Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Coordinador del Área de Derecho Constitucional del mismo Instituto.
- Investigador Nacional nivel III del Sistema Nacional de Investigadores desde enero de 2005, siendo uno de los más jóvenes científicos del país en alcanzar ese nivel.
- Autor de 34 libros y coordinador o compilador de otras 42 obras. Entre sus libros pueden mencionarse los siguientes: *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?* (en coautoría con Enrique OCHOA REZA), *Los derechos fundamentales en México*, *La enseñanza del derecho*, *Una historia de los derechos fundamentales*, *Derecho constitucional* (en coautoría con Jorge CARPIZO) y *Constitucionalismo y democracia*, todos ellos publicados por la Editorial Porrúa.
- Ha publicado más de 370 artículos en revistas especializadas y obras colectivas de México, España, Italia, Inglaterra, Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, Perú, Chile, República Dominicana y Uruguay.
- Ha dictado más de 660 cursos y conferencias en México y otros países.
- Ha coordinado las obras colectivas más importantes de México en materia jurídica, tales como la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada* (5 tomos), la *Enciclopedia Jurídica Mexicana* (15 tomos), la *Enciclopedia Jurídica Latinoamericana* (10 tomos) y *Los derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones* (25 tomos).
- Miembro del Consejo Consultivo de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- Es articulista en el periódico *El Universal*.
- Su página de internet es www.miguelcarbonell.com.

ÍNDICE

PRIMERA PARTE INTRODUCCIÓN Y DIAGNÓSTICO

CAPÍTULO PRIMERO

¿Porqué una reforma en materia de juicios orales?	3
1. Introducción	3
2. Inseguridad pública y miedo	5
3. Miedo y tortura	8

CAPÍTULO SEGUNDO

La ruta de la reforma: la sociedad civil en marcha	13
--	----

CAPÍTULO TERCERO

Diagnóstico	19
1. Violación de derechos fundamentales	21
2. Denuncias	23
3. Sentencias	31
4. Personas presas	33
5. Un informe escandaloso	47
6. Armas	56
7. Conclusiones	62

SEGUNDA PARTE CONTENIDO DE LA REFORMA

CAPÍTULO CUARTO

Artículo 16 constitucional	67
1. Requisitos para la orden de aprehensión	67
2. Concepto de flagrancia	69
3. Arraigo	72
4. Concepto de delincuencia organizada	74
5. Limitación de la privacidad de las comunicaciones	76
6. Creación de la figura de jueces de control	79

CAPÍTULO QUINTO

ARTÍCULO 17 CONSTITUCIONAL	83
1. Mecanismos alternativos	83
2. Deber de explicar las sentencias	87
3. Servicio público de defensoría	88
4. Asistencia letrada	90

CAPÍTULO SEXTO

ARTÍCULO 18 CONSTITUCIONAL	95
1. Fines de la pena	95
2. Cercanía con el domicilio	98
3. Centros de reclusión para delincuencia organizada e incomunicación ..	99

CAPÍTULO SÉPTIMO

ARTÍCULO 19 CONSTITUCIONAL: LA PRISIÓN PREVENTIVA	101
---	-----

CAPÍTULO OCTAVO

ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL: PRINCIPIOS DEL PROCESO PENAL	113
1. Proceso acusatorio y proceso inquisitivo	116
A. Sistema Inquisitivo: concentración de funciones en una misma autoridad	116
B. El sistema penal acusatorio: separación de funciones	119
C. Diferencias adicionales entre los sistemas inquisitivos y los siste- mas acusatorios	121
2. Principios del proceso penal	127
A. Publicidad	127
B. Contradicción	134
C. Concentración	138
D. Continuidad	139
E. Inmediación	139
3. Principio de exclusión de prueba ilícitamente obtenida	140
4. Presunción de inocencia	145
5. Lectura de derechos	147

CAPÍTULO NOVENO

CUESTIONES SOBRE LA ACCIÓN PENAL: EL ARTÍCULO 21 DE LA CONSTITUCIÓN ..	151
1. Ministerio Público y acción penal a cargo de particulares	151
2. La autonomía del Ministerio Público	152
3. El principio de oportunidad	155

CAPÍTULO DÉCIMO

ARTÍCULO 22: PROPORCIONALIDAD Y EXTINCIÓN DE DOMINIO	159
--	-----

1. Proporcionalidad	159
2. Extinción de dominio	166

**TERCERA PARTE
RETOS Y PERSPECTIVAS**

CAPÍTULO DECIMOPRIMERO

LOS PASOS A SEGUIR	173
1. Adaptación legislativa	173
2. Creación de un órgano que implemente la reforma	175
3. Modernización de la infraestructura	176
4. Capacitación de los jueces, ministerios públicos y peritos	178
5. Preparación de una nueva generación de estudiantes	180
6. Los artículos transitorios	182

CAPÍTULO DECIMOSEGUNDO

LOS BENEFICIOS DE LA REFORMA Y CONCLUSIÓN	185
Conclusión	189
BIBLIOGRAFÍA BÁSICA	191
AGRADECIMIENTOS	197
SOBRE EL AUTOR	199

SE TERMINÓ ESTA OBRA EL DÍA 8 DE ENERO DE 2010 EN
CASA ALDO MANUZIO
Tennessee núm. 6, Col. Nápoles - 03810 México, D. F.

