

JUSTICIA PENAL Y REFORMAS PENALES CONSTITUCIONALES

Bernardo LEÓN OLEA*

SUMARIO: I. *Legislación vs. administración*. II. *Contenido de la reforma*. III. *Coincidencias*. IV. *Debate*. V. *Divergencias*. VI. *Conclusiones*.

Entre 1940 y 1997 las iniciativas que envió el Poder Ejecutivo a la Cámara de Diputados o al Senado fueron aprobadas prácticamente en su totalidad.

En este sentido, realmente el debate parlamentario por muchos años fue una forma de legitimar decisiones que el Poder Ejecutivo ya había tomado.

En este contexto, las consultas que hacía el Ejecutivo antes de enviar una iniciativa al Congreso eran fundamentales, ya que prácticamente lo que salía de su oficina se convertía en ley. En otras palabras, era más importante la consulta previa del Ejecutivo que la propia discusión en el Congreso cuyo resultado se conocía de antemano.

A partir de 1997, esta tendencia empezó a cambiar debido a la composición fragmentada, primero de la Cámara de Diputados y luego del Senado de la República.

Hoy en día el Ejecutivo puede hacer todas las consultas que desee para elaborar una iniciativa —y de hecho lo hace—, sin embargo, es claro —y qué bueno que así sea— que las cámaras del Congreso harán sus propias consultas y reflexiones “que permitirán un examen amplio, público y crítico de los problemas que existen y de las diversas formas de atacarlos, reducirlos o resolverlos”¹ para aprobar una iniciativa del Ejecutivo en sus términos o con modificaciones. La cuestión no es menor; no se trata de discutir si la consulta se hace antes de presentar la iniciativa (en el Ejecutivo)

* Presidencia de la República.

¹ García Ramírez, Sergio, *Comentario a la iniciativa de reforma constitucional en materia penal del 29 de marzo del 2004*.

o durante el proceso de dictaminación (en el Legislativo); el fondo del asunto es que el Poder Ejecutivo busca transmitir al Congreso el marco jurídico de una política pública que se prometió en campaña, mientras que el Congreso —como representación del pueblo— debe revisar su pertinencia y sus impactos sociales.

La iniciativa de reforma al sistema de seguridad pública y justicia penal se trabajó intensamente al interior del Poder Ejecutivo con las personas que lidian diariamente con los problemas de seguridad y justicia. La Secretaría de Gobernación, Seguridad Pública, la Consejería Jurídica del Ejecutivo y la Procuraduría General de la República además de la propia Oficina de Innovación de la Presidencia de la República. Por ser una reforma ambiciosa la discusión interna duró un poco más de dos años.

La iniciativa se redactó, y se decidió que la socialización de la iniciativa se hiciera en el Legislativo, porque la experiencia de este sexenio en materia de reformas es que el Congreso tiene el papel que quizá no tuvo en el pasado... dispone y decide. Por supuesto, no hay engaño ni improvisación y se respetan las formas democráticas.

El examen de la iniciativa ha sido muy intenso. Desde el 29 de marzo que se anunció hasta ahora se han realizado no menos de treinta foros, viajes, mesas redondas, la mayoría de ellas organizadas por los propios ciudadanos interesados, sin la participación del gobierno y con entera libertad, han sido consultas reales, académicas, en ocasiones muy críticas, que han enriquecido la iniciativa y la visión que tienen los legisladores de ella.

Nadie puede decir que la iniciativa no ha sido discutida y socializada, ningún foro gubernamental tendría el efecto de los que se han organizado. El Congreso tiene un enorme acervo crítico acerca de la reforma para aprobarla en sus términos, con modificaciones o con adiciones. Me parece que el ejercicio ha sido excelente.

I. LEGISLACIÓN VS. ADMINISTRACIÓN

La iniciativa de reformas al sistema de seguridad pública y justicia penal que presentó el presidente de la República en marzo pasado al Senado de la República es un paquete legislativo, que constituye parte del diseño de una política pública que busca combatir eficazmente la criminalidad. Así se construirán las herramientas orgánicas para generar un efecto disuasivo en los potenciales criminales o reincidentes y se protegerán los derechos hu-

manos a través de un sistema procesal penal que legitime ante la sociedad, la víctima y el inculpado, la imposición de penas o la declaración de inocencia.

Fundamentalmente lo que se busca es desincentivar la comisión de delitos y en su caso generar los incentivos adecuados para que cada uno de los actores del proceso penal haga la parte de trabajo que le corresponde de manera adecuada, es decir, policía, Ministerio Público —defensa y juez—.

Una de las discusiones más intensas que ha generado la iniciativa gira en torno a dos posturas encontradas. Por un lado, se ha argumentado que el marco normativo de la seguridad pública y la justicia es el adecuado, y lo que realmente necesita es que se cumpla la normatividad vigente a través de medidas de corte administrativo y presupuestal que permitan su cabal cumplimiento.

Por el contrario, se argumenta que el marco normativo es inadecuado y tiene fallas estructurales de fondo que impiden su correcto funcionamiento. Por ello, a pesar del dinero que se le invierte y de los esfuerzos de modernización que se han hecho, no se han conseguido los resultados esperados, y la seguridad y la justicia siguen siendo un tema de frustración ciudadana.

La iniciativa del presidente parte de la premisa de que ambas posturas tienen parte de razón. Efectivamente muchas de las normas que rigen la materia de seguridad pública y justicia penal no se cumplen, por diferentes razones, que van desde la falta de recursos, pasando por cuestiones de corrupción y negligencia hasta falta de capacitación de los actores del proceso. Al mismo tiempo, el marco normativo tiene fallas estructurales de fondo que impiden que los recursos se asignen adecuadamente, que haya controles contra la corrupción, que se atienda adecuadamente al ciudadano, que se establezcan políticas integrales, etcétera, fundamentalmente porque el marco normativo desincentiva a los actores para hacer lo que la ley prevé.

En este sentido, el gobierno tiene claro que la aprobación de las reformas por sí mismas no van a resolver los problemas, lo que sí tiene claro es que —de aprobarse— se tendrá un marco normativo con nuevas estructuras que generen incentivos a los actores para hacer su trabajo y para hacer más eficaces sus resultados.

En otras palabras, la reforma es parte de una política pública que incluye la nueva legislación, asignaciones presupuestales distintas y decisiones ad-

ministrativas y de recursos humanos de diversa índole que permitan ofrecer a la ciudadanía una seguridad pública equiparable con los países que tienen las mejores prácticas en la materia y un proceso penal que legitime la imposición de una pena a un culpable, la libertad a un inocente y la reparación del daño a una víctima, además de producir en la sociedad una sensación de justicia (no de venganza ni de impunidad) indispensable para la articulación social.

II. CONTENIDO DE LA REFORMA

La iniciativa se compone de reformas y adiciones que modifican veintitrés artículos de la Constitución (16,17,18,19,20,21,29, 73, 76, 78, 82, 89, 93, 95, 102, 105, 107,110, 111, 116, 199, 122) y le agrega siete transitorios. Al mismo tiempo propone expedir seis nuevas leyes (Ley de la Fiscalía General de la Federación, Ley Orgánica de la Policía Federal, Ley de Seguridad Pública, Reglamentaria de los Párrafos Séptimo y Octavo del Artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Nuevo Código Federal de Procedimientos Penales, Ley Federal de Ejecución de Sanciones, Ley General de Justicia Penal para Adolescentes) y reformar, adicionar o derogar diversos artículos de otras siete leyes (Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, Código Penal Federal, Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, Ley Federal de Defensoría, Ley de Amparo, Ley Reglamentaria del Artículo 5o. Constitucional relativo al Ejercicio de las Profesiones en el Distrito Federal).

El contenido de la reforma se puede dividir en cinco ejes y quince objetivos a saber;

<i>Ejes</i>	<i>Objetivos</i>
<p>a) Combate a la criminalidad, seguridad pública y policía. Artículos 16, 20 fracciones II, IV y XI, 21 primer, tercero y octavo párrafos 22 y 73, fracción XXIII.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Generar un efecto disuasivo muy sólido que inhiba la comisión de delitos. • Alcanzar un nivel de seguridad pública comparable con las mejores prácticas mundiales (benchmark).
<p>b) Autonomía del Ministerio Público, profesionalización de la defensa y abogado general de la Federación. 17, 20, 21 (mal), 29, 76, 78, 82, 89, 93, 95, 102, 105 y 107, 110, 111, 116, 119 y 122.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Impedir que el ejercicio de la acción penal esté, o parezca que esté influenciado por intereses políticos. • Garantizar el derecho a la defensa profesional. • Transformar la Consejería Jurídica en Oficina del Abogado General de la Federación.
<p>c) Proceso penal adversarial oral 19, 20, 22.</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Presunción de inocencia. 2. Igualdad de armas entre la defensa y el Ministerio Público. 3. Desincentivar abusos en las etapas previa al juicio. 4. Desahogo de pruebas ante el juez. 5. Hacer más expeditos los procesos a través del abreviado y la conciliación. 6. Mayor transparencia y publicidad 7. Transmutar el valor del expediente a la audiencia. 8. Legitimación del proceso.
<p>d) Justicia penal para adolescentes.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Otorgar las garantías de un proceso a los menores. • Control jurisdiccional. • Favorecer las salidas alternas y la reintegración social.
<p>e) Ejecución de sanciones penales.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Control jurisdiccional de los procesos posteriores a la sentencia. • Favorecer las penas alternativas y la reintegración social.

Las reformas constitucionales y legales que se proponen en la iniciativa responden a cada uno de estos ejes y metas.

Para efectos de este trabajo, dividiremos las reformas constitucionales en tres grupos a saber;

- A. Aquellas en las que a partir de los debates y de los documentos escritos que han generado especialistas y legisladores hay una enorme coincidencia.
- B. Aquellas en que las opiniones están divididas, y
- C. Aquellas donde existen divergencias.

III. COINCIDENCIAS

En el primer grupo se pueden distinguir las siguientes propuestas con sus matices:

1. Autonomía constitucional del Ministerio Público y creación de la figura de abogado general de la Federación (artículo 102 constitucional)

En este tema existen coincidencias entre los diferentes actores que han opinado sobre la reforma. El argumento fundamental para otorgar la autonomía se basa en el hecho de que el Ministerio Público es una función del Estado que requiere de una enorme imparcialidad para evitar que el ejercicio de la acción penal se dé por razones políticas.

El Ministerio Público debe actuar conforme a derecho, y no por consigna de un superior con intereses políticos. En este sentido, darle autonomía constitucional implica eliminar cualquier sospecha de que su actuación tiene una finalidad distinta que la ley y la procuración de la justicia.

En el marco de esta amplia convergencia el debate ha distinguido tres matices a saber:

Primero. Si la institución autónoma encargada del Ministerio Público Federal debe denominarse Fiscalía General de la Federación o seguirse llamando Procuraduría General de la República.

Segundo. Si la designación del titular del Ministerio Público la debe hacer el presidente de la República con aprobación del Senado o si le corres-

ponde al Senado con una votación de dos terceras partes de sus miembros, y cuáles deben ser los controles de este órgano.

Tercero. Si el Ministerio Público debe tener facultades en materia de control constitucional, o en amparo que no sean de la materia penal y la atención de los negocios de la Federación por parte de la nueva figura del “abogado general de la Federación”.

En lo que se refiere a la denominación del órgano encargado del Ministerio Público Federal, y en la voz “fiscal” coincidimos en que la denominación no es fundamental, aunque serviría para precisar la función en materia penal y para establecer una nueva imagen pública de la institución y de sus funcionarios; sin embargo, es claro que no es el fondo de la reforma.

Por lo que se refiere al método de designación del funcionario en cuestión, es importante decir que la fórmula de la iniciativa busca el equilibrio entre la designación del Ejecutivo y la ratificación del Senado, para que no sólo sea producto de un acuerdo parlamentario; sin embargo, la sola designación por dos terceras partes del Senado responde a la fórmula utilizada por otros órganos de la misma naturaleza como la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

También es relevante que una vez otorgada la autonomía al Ministerio Público existan controles sólidos y efectivos a esta institución. La iniciativa prevé la presentación de un informe anual del procurador a los Poderes de la Unión y el equilibrio de su poder con el de los llamados “fiscales de circuito”, que al ejercer la función en los circuitos judiciales y al ser designados de manera escalonada y ratificados por el Senado se planteaban como un control al propio “fiscal general” o procurador general.

En caso de desecharse la propuesta de fiscales de circuito, se podrían establecer como controles un Consejo de Gobierno (ciudadano) del que dependa la Visitaduría para controlar la función ministerial, un comité especializado del Senado para vigilar la función y la comparecencia del funcionario, con la salvedad de que obviamente no tuviera que revelar información que dañara el curso de una averiguación previa.

En cuanto a las funciones del Ministerio Público Federal en materia de control constitucional, amparo y negocios de la Federación, me parece que hay coincidencia en cuanto la función penal del Ministerio Público Federal y las facultades del abogado general de la Federación como asesor jurídico del gobierno federal.

2. Eliminación de la figura de “persona de confianza” y derecho a un defensor que sea “licenciado en derecho”

En este punto de la reforma hay coincidencia, ya que al fortalecer la figura del Ministerio Público a través de la autonomía, es indispensable que su contraparte tenga las herramientas y la preparación necesaria para defender los derechos de un inculpado.

La figura de la “persona de confianza” pudo haber sido una figura necesaria en el pasado o en zonas muy remotas donde no hubiera un abogado profesional; sin embargo, hoy en día se ha convertido en una perversión de la defensa, ya que ha sido usada en muchas ocasiones (documentadas)² como una forma de inhibir la defensa profesional para los imputados, particularmente en la averiguación previa, donde se obtienen las declaraciones que sirven en gran parte de los asuntos para la dictar una sentencia condenatoria.

En esta materia hay un acuerdo generalizado sobre la necesidad del defensor con título de licenciado en derecho; sin embargo, existe divergencia en cuanto a la “certificación del abogado”, ya que establece un requisito especial para los defensores en materia penal respecto de los litigantes en otras materias. Adicionalmente se cuestiona el posible método de certificación propuesto en la legislación secundaria.

En este contexto, me parece un gran avance el que se exija el título de licenciado en derecho para poder representar a un imputado en cualquiera de las etapas del proceso y que esto mismo represente una garantía para el imputado respecto de cualquier actuación del Ministerio Público que no tenga control jurisdiccional.

La cuestión de la certificación, que va de la mano con la vieja demanda de colegiación de los abogados y de mejoramiento de la calidad de las escuelas de derecho, puede ser objeto de una discusión adicional que permita ir más lejos en la profesionalización de los abogados y en las garantías de los ciudadanos, no sólo en la materia penal, sino en todas la demás.

3. Servicio en favor de la comunidad como infracción administrativa

En cuanto a la adición en el artículo 21, que permite a la autoridad administrativa imponer a un infractor determinado número de horas de servicio a

² *Injusticia legalizada: procedimiento penal mexicano y derechos humanos*, Centro de Derechos Humanos “Miguel Agustín Pro Juárez”, mayo de 2001.

favor de la comunidad, las manifestaciones de especialistas y legisladores son favorables, porque permite, entre otras cosas, establecer sistemas de penas sustitutivas a la multa y el arresto. Esto es particularmente importante en el ámbito municipal, ya que le permitiría a la autoridad local encontrar formas de integración de muchos jóvenes infractores que de manera recurrente pasan sus fines de semana arrestados en los separos municipales sin que la autoridad pueda atender esta problemática de una manera más constructiva.

4. Legislación general en materia de seguridad pública

En términos generales, se reconoce que la inseguridad pública se ha vuelto un problema muy grave para México, y se coincide en la necesidad de fortalecer los mecanismos de coordinación entre las instituciones de seguridad pública. Por ello, se busca que el Congreso de la Unión pueda legislar en materia de seguridad pública con efectos generales para estados y municipios.

En este tema existe una discusión que gira en torno de la necesidad de reformar únicamente el artículo 21 constitucional para otorgar esta facultad, o si se requiere hacer una reforma al 73 fracción XXIII que precise más la facultad del Congreso de la Unión en la materia.

5. Justicia penal para adolescentes

La iniciativa de reforma presentada por el Ejecutivo no sería integral si no incluyera entre sus propósitos el cambio del sistema al que se somete a los menores involucrados en la comisión de delitos. Cabe destacar que en este tema, que implica reformas a los artículos 18 y 73 constitucionales, ha sido bien acogida por los expertos.

Así, el nuevo “sistema de justicia penal para adolescentes” implica dos cambios sustanciales. En primer término, la sustitución del anquilosado sistema tutelar por uno penal, reconociendo que los menores de edad son personas imputables, capaces de comprender sus actos y por lo mismo acreedores a un juicio en el que se les respeten las garantías de cualquier individuo. Lo anterior, sin olvidar que su condición de personas en desarrollo requiere la atención de órganos especializados y la atención al “interés

superior del menor y la protección integral del adolescente”, los cuales están previstos en la iniciativa.

El segundo cambio notable es la referencia a “adolescentes” y no a “niños” o “menores de edad”. La variación de términos, aunque pudiera ser modificada, plantea en el fondo la importancia de distinguir la diversa forma de tratamiento de los menores entre doce y dieciocho años. Los primeros serían sujetos del aparato de justicia y los otros a asistencia social.

Es urgente el reconocimiento de los derechos de los adolescentes a un proceso penal en el que sean escuchados, pues de nada sirve apelar a su “tutela”, si en la realidad los “tratamientos en internación” a los que se les sujeta se traducen en la privación de su libertad. O peor aún, ni siquiera reconocerles el derecho esencial a ser asistido por un abogado.

La iniciativa también tiene una importante repercusión en el establecimiento de la edad mínima para sancionar a los adolescentes, permitiendo la unificación del criterio en las entidades federativas, ya que en algunos estados ni siquiera estaba previsto este mínimo de edad.

6. Convenios entre Federación y estados para la ejecución de sanciones

La reforma que se propone en materia de convenios entre la Federación y los estados para que la ejecución de sanciones se pueda cumplir en centros de readaptación social de fuero diverso obedece al simple reconocimiento de la realidad, ya que en estricto sentido y de acuerdo con el artículo 18 constitucional actual sólo los reos del orden común pueden cumplir sus condenas en centros de readaptación social federales, siendo que en la realidad muchos presos por delitos del fuero federal compurgan sus condenas en centros del fuero común.

7. Oportunidad procesal

En lo que se refiere al establecimiento de la oportunidad procesal, es decir, la posibilidad de utilizar métodos de justicia alternativa, se puede observar una actitud positiva en este respecto, quizás con algunas modificaciones en la redacción y posiblemente en la ubicación de la disposición que podría pasar del artículo 16 al 17 constitucional. Efectivamente, debe que-

dar muy claro que este principio de oportunidad debe estar regulado por la ley sin espacio a una discrecionalidad que pueda afectar su uso adecuado.

IV. DEBATE

Con respecto a las reformas donde no se percibe un acuerdo generalizado, podríamos enumerar tres cuestiones de fondo:

1. La presunción de inocencia y su consecuencia en las medidas cautelares

En esta materia hay una discusión que se percibe añeja entre los tratadistas. Por un lado, algunos aseguran que la presunción de inocencia ya está en la Constitución, aunque no de manera explícita, y que incluso la SCJN ya se ha manifestado al respecto en diversas jurisprudencias,³ asegurando

³ Tesis P. XXXV/2002, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XVI, agosto de 2002.

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. De la interpretación armónica y sistemática de los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero, y 102, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprenden, por una parte, el principio del debido proceso legal que implica que al inculpado se le reconozca el derecho a su libertad, y que el Estado sólo podrá privarlo del mismo cuando, existiendo suficientes elementos incriminadores, y seguido un proceso penal en su contra en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, las garantías de audiencia y la de ofrecer pruebas para desvirtuar la imputación correspondiente, el juez pronuncie sentencia definitiva declarándolo culpable; y por otra, el principio acusatorio, mediante el cual corresponde al Ministerio Público la función persecutoria de los delitos y la obligación (carga) de buscar y presentar las pruebas que acrediten la existencia de éstos, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 19, párrafo primero, particularmente cuando previene que el auto de formal prisión deberá expresar “los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado”; en el artículo 21, al disponer que “la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público”; así como en el artículo 102, al disponer que corresponde al Ministerio Público de la Federación la persecución de todos los delitos del orden federal, correspondiéndole “buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos”. En ese tenor, debe estimarse que los principios constitucionales del debido proceso legal y el acusatorio resguardan en forma implícita el diverso principio de presunción de inocencia, dando lugar a que el gobernado no esté obligado a probar la licitud

que los artículos 14, 16, 19, 21 y 102 tutelan el derecho de no ser considerado culpable hasta que no se demuestre lo contrario ya que establecen la garantía del debido proceso, por un tribunal pre establecido y con una legislación que establezca el tipo penal específico.

En el otro extremo, se asegura que la presunción de inocencia no está garantizada en la Constitución, toda vez que su traducción en las medidas cautelares sigue siendo muy flexible, por el uso que se le ha dado a la fórmula de “delitos graves”. En efecto, en el dictamen de las Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y de Justicia que reformaron la Constitución en 1993 se puede leer:

Las adecuaciones realizadas en la fracción I, del citado artículo 20 constitucional, amplía la garantía para que todo inculpado pueda gozar de la libertad caucional, en mayor medida que la que se contempla hoy en el texto vigente mediante la regla de la media aritmética. Es imperativo para el juzgador otorgar aquéllas siempre y cuando el inculpado las solicite, garantice el monto estimado de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponérsele, salvo que sean delitos que, por su gravedad, la ley prohíba obtener tal beneficio.

Ante esta situación, corresponderá al legislador ordinario crear en la Ley secundaria, un catálogo limitativo de conductas que permitan definir qué delitos deben ser los contemplados para no obtener la libertad caucional. En tal virtud, se debe adoptar el criterio de extrema prudencia, al que se hizo alusión al señalar la obligación del legislador de numerar los delitos que autorizan la detención en casos urgentes. Cabe recalcar que es propósito político-penal de esta medida ampliar el margen de libertades, así como restringir a lo necesario el uso de la prisión preventiva.⁴

de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, en tanto que el acusado no tiene la carga de probar su inocencia, puesto que el sistema previsto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos le reconoce, a priori, tal estado, al disponer expresamente que es al Ministerio Público a quien incumbe probar los elementos constitutivos del delito y de la culpabilidad del imputado.

Amparo en revisión 1293/2000. 15 de agosto de 2002. Once votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarios: Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot y Arnulfo Moreno Flores. El Tribunal Pleno, en su sesión pública celebrada el quince de agosto en curso, aprobó, con el número XXXV/2002, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a 16 de agosto de 2002.

⁴ *Derechos del pueblo mexicano*, México, Cámara de Diputados LVIII Legislatura, 1996-2003, t. III.

A pesar de esta decisión del Constituyente Permanente, hoy en día el Código Federal de Procedimientos Penales enumera 138 delitos graves, probablemente muy por encima de lo que se pensó en 1993.

En este sentido, sólo hay dos opciones para hacer realidad la presunción de inocencia y establecer un equilibrio entre la libertad caucional y la prisión preventiva.

La primera es la que sugiere la iniciativa que le da la facultad al juez de decidir de acuerdo con su criterio sobre la libertad caucional aún en delitos graves, cuestión que se complementa en el artículo 252 del Código de Procedimientos Penales propuesto como parte del paquete de reformas, en donde se establece en qué casos podría aplicar el criterio del juez.⁵

La segunda es la de establecer reglas generales para decretar la prisión preventiva, tales como el riesgo de evasión a la acción de la justicia, el peligro para la seguridad de la víctima, los testigos o la sociedad, o por la posible destrucción de evidencia.

El eje en torno del cual gira esta discusión es que existe la debida confianza en el juez para que use su criterio, y con base en las reglas establecidas, decida sobre la libertad caucional o la prisión preventiva o si el legislador debe indicarle con toda precisión cómo actuar en cada caso.

El problema del catálogo de delitos graves es que éste es extenso y puede ser en ciertos casos muy injusto, ya que muchas conductas pueden calificar como delitos graves, sin serlo realmente, lo que implica la prisión preventiva para personas que realmente no lo ameritan.

Por otro lado, las reglas generales le permiten al juez usar su criterio permitiendo que decida según sea el caso. El argumento aquí es la desconfianza de que el juzgador vaya a actuar con propiedad y la discrecionalidad incentive la corrupción.

⁵ La iniciativa del Ejecutivo propone el siguiente artículo del Código Federal de Procedimientos Penales:

“Artículo 252...

No obstante lo previsto en el primer párrafo de este artículo, el Juez podrá conceder la libertad provisional al inculpado, atendiendo a las circunstancias del hecho investigado, por alguno de los delitos contemplados en la fracción I, numerales 9, 10, 16, 17, 18, 19, 20, 28, 29, 30, 34, 36, 37, así como en la fracción III, fracción VI numerales 1 y 2, y fracciones VII a XIII de este artículo, siempre y cuando el inculpado no hubiere sido condenado con anterioridad por un delito grave, hubiera incumplido sus obligaciones procesales en un proceso penal anterior o haya estado sujeto a un procedimiento de extradición por el delito que se le imputa, para lo cual en estos supuestos el delito no será considerado grave para los efectos de la libertad provisional”.

Claramente la presunción de inocencia está directamente relacionada con la posibilidad de aumentar la libertad caucional frente a la prisión preventiva.

2. Valor probatorio de la declaración ministerial y nulidad de actuaciones

Uno de los temas que se ha cuestionado como innecesario es la reforma al artículo 20, fracción segunda del texto actual, para eliminar el valor probatorio de la declaración hecha ante el Ministerio Público, y la adición a ese mismo artículo que declara nula de pleno derecho toda actuación de cualquier autoridad que no cumpla con los requisitos establecidos en la Constitución y en la ley.

En este sentido, se argumentan tres cuestiones, a saber:

- a) El valor probatorio de la declaración ministerial es necesario, porque de otra manera se limita el trabajo del Ministerio Público en su tarea de combatir al delito.
- b) La declaración ante el MP se hace en presencia del defensor, por lo cual se elimina la posibilidad del abuso.
- c) Para que una norma que decrete una nulidad tenga eficacia debe haber un procedimiento que permita su aplicación. Esto es innecesario, ya que en México existe el juicio de amparo, y no se necesita otro recurso; además cuando un servidor público viola una disposición legal se aplica la sanción correspondiente.

Al respecto, nos parece pertinente citar dos jurisprudencias que pueden ejemplificar el argumento:

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO, *Apéndice de 1995*, octava época, t. II, parte TCC.

CONFESIÓN COACCIONADA CORROBORADA POR OTROS DATOS. EFECTOS. Cuando una confesión es obtenida mediante la violencia física y ésta se encuentra aislada sin ningún otro dato que la robustezca o corrobore, desde luego que la autoridad de instancia debe negarle todo valor, pero si una confesión es obtenida mediante golpes, y la misma se encuentra corroborada con otros datos que la hacen verosímil, no por la actitud de los elementos de la policía se deberá poner en libertad al responsable que con-

fesó plenamente su intervención en determinado delito, quedando a salvo desde luego el derecho del sujeto para denunciar ante la autoridad competente la actitud inconstitucional de los agentes de la autoridad que lo hayan golpeado.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO, octava época:
Amparo directo 202/92. Daniel Martín Vega Nicolás. 30 de abril de 1992. Unanimidad de votos.

Amparo directo 410/92. Carlos Navarrete Hernández. 14 de julio de 1992. Unanimidad de votos.

Amparo directo 260/92. Rodolfo Domínguez Valencia. 29 de septiembre de 1992. Unanimidad de votos.

Amparo directo 603/92. José Luis Salazar Gallo. 29 de septiembre de 1992. Unanimidad de votos.

Amparo directo 540/92. Federico Urbano Hernández. 26 de octubre de 1992. Unanimidad de votos.

Nota:

Tesis II.3o.J/45, *Gaceta*, núm. 63, p. 40; véase ejecutoria en el *Semanario Judicial de la Federación*, t. XI, marzo, p. 121.

Esta tesis en su voz y texto coincide con la tesis relacionada con la jurisprudencia número 71 de la Sala Penal de la Suprema Corte, formada durante la séptima época y que aparece a fojas 161, segunda parte, del *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985*.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO, *Apéndice de 1995*, octava época, t. II, parte TCC.

CONFESIÓN, PRIMERAS DECLARACIONES DEL REO. De conformidad con el principio jurídico de inmediatez procesal, con excepción de la procedencia legal de la retractación confesional, la primera declaración del imputado es la que debe prevalecer sobre las posteriores, pues éstas generalmente se vierten con base en reflexiones defensivas que devienen de sugerencias del defensor para obtener una sentencia favorable.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO, octava época:
Amparo directo 177/89. José Guadalupe Hernández Pérez y otro. 4 de mayo de 1989. Unanimidad de votos.

Amparo directo 268/89. Nazario Torres Sánchez. 17 de mayo de 1989. Unanimidad de votos.

Amparo directo 255/89. Armando García García. 31 de mayo de 1989. Unanimidad de votos.

Amparo directo 155/90. Bernardino Pedral Márquez. 27 de marzo de 1990. Unanimidad de votos.

Amparo directo 484/91. Gerardo Lora Reyes. 14 de agosto de 1991. Unanimidad de votos.

Nota:

Tesis II.3o.J/15, *Gaceta*, núm. 56, p. 43; véase ejecutoria en el *Semanario Judicial de la Federación*, t. X, agosto, p. 366.

Esta tesis en su voz y mínimas adiciones en su texto coincide con la jurisprudencia número 70 de la Sala Penal de la Suprema Corte, formada durante la sexta época y que aparece a fojas 157, Segunda parte, del *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985*.

Bajo la opinión de este colegiado, la primera declaración es la cuenta, es decir, la declaración ministerial; acto seguido, si el inculpado no quiere confesar, se le puede sacar la declaración a golpes, y corroborándola con datos verosímiles, y tendrá valor probatorio pleno. La pregunta es, si tienen datos verosímiles ¿por qué sacar una confesión a golpes?

Evidentemente, la redacción del texto constitucional del artículo 20, fracción segunda, no ha generado la interpretación de garantizar la erradicación de la incomunicación, la intimidación o la tortura.

En este sentido, lo que se busca no es eliminar la declaración ministerial, sino el valor probatorio que tiene, para que solamente si se rindió ante el juez pueda ser aceptada como evidencia, de otra manera jurisprudencias como las antes señaladas anulan en la práctica la garantía constitucional.

Esta redacción tiene, adicionalmente, otro efecto nocivo: desincentiva la investigación del delito, ya que al darle semejante valor a una confesión releva al investigador (MP) de acumular evidencia pericial o documental, ya que la propia confesión y algunas testimoniales pueden ser suficientes para dictar sentencia.

<i>Clase de prueba</i>	<i>Ministerio Público</i>	<i>Defensor de oficio</i>	<i>Defensor privado</i>
Documental	0	0	0.5
Testimonial	5	5	7
Pericial	0	0	0

Fuente: CIDE

Es por eso que debe eliminarse el valor probatorio de la declaración ministerial y deben ser nulas de pleno derecho todas las actuaciones que no

cumplan con los requisitos establecidos en la Constitución y en la ley, porque son frutos del árbol envenenado.

3. Ministerio Público dotado de autonomía constitucional con el mando de la policía investigadora y el monopolio de la investigación de los delitos

El artículo 21 constitucional actualmente establece que: “..La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se Auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato...”.

Por otro lado, el artículo 102 constitucional establece lo siguiente:

La ley organizará el Ministerio Público de la Federación, cuyos funcionarios serán nombrados y removidos por el Ejecutivo, de acuerdo con la ley respectiva. El Ministerio Público de la Federación estará presidido por un Procurador General de la República, designado por el Titular del Ejecutivo Federal con ratificación del Senado o, en sus recesos, de la Comisión Permanente. Para ser Procurador se requiere: ser ciudadano mexicano por nacimiento; tener cuando menos treinta y cinco años cumplidos el día de la designación; contar, con antigüedad mínima de diez años, con título profesional de licenciado en derecho; gozar de buena reputación, y no haber sido condenado por delito doloso. El procurador podrá ser removido libremente por el Ejecutivo...

Estas disposiciones constitucionales señalan con claridad que el Ministerio Público tiene el monopolio de la investigación de los delitos, y que el jefe de Ministerio Público y por tanto de la policía judicial, ministerial o investigadora es el presidente de la República.

En este contexto, como ya se ha mencionado, es indispensable la autonomía constitucional del Ministerio Público a través de la Procuraduría General de la República, porque el ejercicio de la acción penal no debe usarse, ni debe sospecharse que se usa con fines políticos o de índole diversa a la protección de la sociedad.

Sin embargo, al otorgársele la autonomía constitucional a la Procuraduría General de la República como órgano titular del Ministerio Público y su correspondencia en los estados, se les entrega también el monopolio de la investigación de los delitos y el control de la policía judicial, ministerial o investigadora.

En otras palabras, se está aceptando que ningún presidente de la República ni gobernador de un estado pueda investigar cualquier delito. Esa será facultad exclusiva de un órgano autónomo independiente del Ejecutivo.

Bajo estas premisas, es indispensable hacer una reflexión sobre el significado que tendría para cualquier titular del Poder Ejecutivo Federal o de los estados (sin importar el partido al que pertenezcan) el hecho de no poder investigar delito alguno, y en este sentido estar impedido a combatir los ilícitos que ya se cometieron.

Del mismo modo, debe haber claridad en el sentido que tiene el hecho de que un órgano autónomo constitucional tenga el mando inmediato de un cuerpo de policía armado.

Para hacer esta breve reflexión me gustaría desagregar la función del Ministerio Público en tres elementos, a saber;

- a) Investigación.
- b) Ejercicio de la acción penal.
- c) Persecución del delito en los tribunales.

En lo que se refiere a la función de investigación, el Ministerio Público empieza su trabajo a partir de una querella o una denuncia de un hecho que la ley señale como delito; en este sentido, el Ministerio Público ordena a la Policía Judicial que investigue los hechos, y la controla para que la averiguación previa se haga conforme a derecho y los elementos de prueba que obtenga sean obtenidos lícitamente. El Ministerio Público no es un detective que hace la investigación, sino un perito en derecho que la asesora para que se obtengan medios probatorios que puedan ser utilizados en el tribunal.

En este sentido, el Ministerio Público ejercerá la acción penal, es decir, consignará una averiguación previa a los tribunales si considera que los medios probatorios (obtenido, lícitamente, por su puesto) acreditan el cuerpo del delito y la probable responsabilidad de un imputado; de otra manera simplemente no lo hará.

La facultad del Ministerio Público de ejercer la acción penal es, finalmente, la que le permite controlar la labor de la policía judicial y la averiguación previa, ya que si los medios de prueba son obtenidos de manera ilegal o no son suficientes para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad de un imputado, no podrá ejercer la acción penal y enviará el expediente a la reserva.

El Ministerio Público no es ni debe ser un detective, entre otras cosas, porque no está formado para serlo; su función debe ser el control de la investigación para integrar una averiguación previa que pueda ser consignada a los tribunales.

En otras palabras, el monopolio de la investigación de los delitos no es la clave de la acción del Ministerio Público; el verdadero control está en el ejercicio de la acción penal y en la persecución de los delitos ante los tribunales.

México es prácticamente el único país del mundo donde la policía está dividida en investigadora y preventiva, y el único donde el Ministerio Público tiene el mando orgánico de la policía.

	<i>Dependencias encargadas de la seguridad y la policía</i>	<i>Dependencias encargadas de la labor de Ministerio Público o equivalente</i>
España	Ministerio del Interior	Fiscalía General del Estado
Francia	Ministerio del Interior, de la Seguridad Interior y de las Libertades Locales	Ministerio de Justicia
Reino Unido	Ministerio del Interior	Servicio de Procuradores de la Corona
Alemania	Ministerio Federal del Interior	Ministerio Federal de Justicia
Suecia	Ministerio de Justicia (Cuerpo de Policía Nacional incluye al Departamento Nacional de Investigación Criminal, Servicio Sueco de Seguridad y el Colegio de Policía)	Oficina del Procurador General y el Buró Nacional Sueco de Crímenes Económicos.
Portugal	Ministerio del Interior: Policía de Seguridad Pública y Guardia Nacional Republicana	Ministerio de Justicia: Policía Judicial
		Ministerio Público

	<i>Dependencias encargadas de la seguridad y la policía</i>		<i>Dependencias encargadas de la labor de Ministerio Público o equivalente</i>
Bélgica	Policía comunal (descentralizada) Depende de Burgomaestres y Consejos Municipales	Gendarmería (centralizada) Depende del Ministerio del Interior para mantenimiento de orden y del Ministerio de Justicia en funciones de policía judicial	Procurador General y Procuradores del Rey
Italia	Ministerio de Defensa (Carabineros y Guardia de Finanzas)	Ministerio del Interior (Policía del Estado)	Procuraduría de la República (vigilado por el Ministerio de la Justicia)
Todos realizan funciones de policía judicial			
Argentina	Ministerio de Justicia Seguridad y Derechos Humanos		Ministerio Público Fiscal
Brasil	Ministerio de Justicia		Ministerio Público de la Unión
Chile	Ministerio de la Defensa	Ministerio del Interior (control operativo)	Fiscalía Nacional
Colombia	Ministerio de la Defensa Nacional	Departamento Administrativo de Seguridad	Fiscalía General de la Nación
Antigua y Barbuda	Ministerio de Justicia y Asuntos Legales		Departamento de Investigación Criminal
Costa Rica	Poder Judicial (comprende el Departamento de Investigación Criminal (la Policía Judicial), el Departamento de Medicina Legal y el Laboratorio Forense (peritos))		El Ministerio Público está dirigido por el Fiscal General y el Fiscal General Adjunto
Ecuador	Ministerio de Gobierno y Policía		Fiscalía General
El Salvador	Ministerio de Gobernación		Fiscalía General de la República
Honduras	Secretaría de Seguridad		Fiscalía Nacional

	<i>Dependencias encargadas de la seguridad y la policía</i>	<i>Dependencias encargadas de la labor de Ministerio Público o equivalente</i>
Nicaragua	Ministerio de Gobernación (Policía Nacional de Nicaragua)	Fiscal General de la República
Panamá	Ministerio de Gobierno y Justicia	Ministerio Público
Paraguay	Ministerio del Interior (Policía Nacional de Paraguay)	Ministerio Público de la República de Paraguay (Fiscal General del Estado)
Perú	Ministerio de Justicia	Fiscalía de la Nación
Uruguay	Ministerio de Interior	Ministerio Público
Venezuela	Ministerio del Interior y Justicia (dependen el sistema penitenciario y el Cuerpo de Investigaciones Científicas Penales y Criminalísticas)	Fiscalía General de la República
Surinam	Ministerio de Justicia y Policía	Poder Judicial (Fiscalía Nacional)
Guatemala	Ministerio de Gobernación (Policía Nacional Civil de Guatemala)	Fiscalía General de la República
China	Ministerio de Seguridad Pública (People's Armed Police Force)	Ministerio de Justicia (Los juicios son inquisitivos, esto constituye un importante contraste con el sistema adversarial occidental)
Rusia	Ministro de Asuntos Interiores	Procurador General
Singapur	Ministerio de Asuntos Interiores (Policía de Singapur)	Abogado General
Tailandia	Ministerio del Interior (Royal Thai Police)	Oficina del Abogado General
Israel	Ministerio del Interior (Israel Police)	Diputado Abogado General

	<i>Dependencias encargadas de la seguridad y la policía</i>	<i>Dependencias encargadas de la labor de Ministerio Público o equivalente</i>
Egipto	Ministerio del Interior (Egypt's Police)	Ministerio de Justicia (Oficina del Procurador Público)
Sudáfrica	Minister of Safety and Security (South Africa Police Service)	Director of Public Prosecutions (independiente)

Se ha criticado mucho a la reforma, el hecho de darle autonomía al Ministerio Público, pero sin la policía judicial, se ha dicho que de qué sirve esta autonomía si no tiene herramientas para investigar los delitos.

En este sentido, está claro que se está malinterpretando tanto la función de la policía como del Ministerio Público. La policía es un servicio público cuya función primordial es disuadir a los posibles delincuentes para que no cometan delitos, mientras que la función del Ministerio Público es controlar la investigación determinando si los elementos de prueba obtenidos en tal investigación pueden ser utilizados en el tribunal porque fueron obtenidos lícitamente y acreditan el cuerpo del delito y la probable responsabilidad.

La policía depende en casi todo el mundo del Poder Ejecutivo, quien establece una política criminal que busca disuadir la comisión de los delitos a través de la prevención, investigación y en su caso la represión de los delitos. Los cuerpos de policía son controlados por el Poder Ejecutivo, quien al ser un funcionario electo rinde cuentas de su actuación ante el electorado, sin embargo, la policía no puede ejercer la acción penal porque está legalmente impedida para hacerlo.

En este sentido, se desincentiva el abuso policial fundamentalmente porque cualquier evidencia obtenida ilegalmente no puede ser utilizada en un tribunal; pero eso no lo decide la policía, lo decide el Ministerio Público, que es autónomo.

Por otro lado, se entiende que la política criminal y el combate a la delincuencia es facultad del gobierno electo, porque éste debe rendir cuentas ante la ciudadanía de la seguridad ciudadana.

No se debe desvalorizar el ejercicio de la acción penal, que es la clave de la autonomía, porque a partir de ésta controla el trabajo policiaco. El hecho de que la policía dependa del Ministerio Público no le da prácticamente

ningún valor agregado a sus funciones, de hecho las demerita al posibilitar la legalización de pruebas obtenidas ilícitamente.

Por otro lado, al Ejecutivo se le quita mucha eficacia al no poder investigar los delitos y depender de un órgano autónomo que no es electo democráticamente y que tiene a su mando un cuerpo de policía.

La relación Ministerio Público-policía es una relación difícil en todo el mundo, sin embargo, este difícil matrimonio es el equilibrio necesario para tener por un lado una política integral de disuasión del delito y por otra un control autónomo de las investigaciones, del ejercicio de la acción penal y de la persecución de los delitos. Al igual que la Secretaría de Hacienda y el Banco de México, es un matrimonio difícil, pero necesario.

V. DIVERGENCIAS

Régimen especial de delincuencia organizada

En cuanto al régimen especial de delincuencia organizada, es importante señalar que es un tema extremadamente controversial, debido en parte a que es un problema muy grave que afecta a la sociedad y en cierta forma a la estabilidad del Estado y sus instituciones, y por otra parte a que un régimen especial implica una decisión muy grave para el legislador, porque tiene que limitar garantías constitucionales y hacer excepciones en normas que deberían ser generales e impersonales.

En este sentido, después de estos meses de discusión queda claro que no es una materia sencilla y que debe revisarse detenidamente para establecer un marco adecuado de combate a este tipo de delitos y a la vez proteja las garantías del individuo. Es posible que este debate sea de más larga duración que el de la propia reforma.

VI. CONCLUSIONES

Si bien es cierto que el simple cambio de legislación no arreglará los problemas de seguridad y justicia penal que enfrenta la sociedad, sí puede establecer un mejor marco normativo sobre el que se muevan los actores, que tendrán mejores incentivos para hacer su trabajo y darán por ello mejores resultados.