

III. CONTENIDO DE LA REFORMA

El contenido de la reforma 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 supone 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.

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 reformas, aunque solamente en sus aspectos más novedosos o llamativos, sin ánimo alguno de exhaustividad temática.

1. *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. Es el artículo que establece, entre otras cuestiones, 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. Veamos con algún detalle las implicaciones de estas seis cuestiones.

A. 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 el cuerpo del delito. Estas exigencias habían a su vez sido un producto de una reforma anterior, de 1999, en la que se eliminaba la exigencia 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.

Con la reforma se exige que se acrediten “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 no 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”.²²

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 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 de vigilar que se le causen a la persona las menores molestias posibles a lo largo del procedimiento.

Ahora bien, como se verá más adelante, no queda claro 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 del artículo 20 constitucional, lo cierto es que tampoco se puede afirmar contundentemente que la prisión preventiva se ha-

²² *Op. cit.*, nota 4, pp. 33 y 36.

ya reducido al mínimo indispensable, y ni siquiera que su procedencia 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.²³ Es una posibilidad hermenéutica que merece ser tomada en cuenta.

B. 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 para 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 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 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, ya sea por haberse aprehendido a la persona en flagrancia o en flagrancia equiparada.²⁴

La reforma constitucional señala con claridad que cualquier persona puede detener al “indiciado” en el momento que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido. No se permite, por tanto, la figura de la cuasi-fla-

²³ *Ibidem*, p.32.

²⁴ Los datos que justifican esta afirmación pueden verse en CARBONELL y OCHOA REZA, *op. cit.*, nota 1, pp. 3 y 4.

grancia o flagrancia equiparada. Este supuesto de detención 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.

C. Arraigo

Uno de los argumentos más recurrentes que esgrimen las autoridades por 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. De esta manera 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 a su lectura.

Lo anterior viene a cuento porque la reforma constitucional que estamos analizando parece que dio por buenos tales argumentos y le 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 séptimo 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 tres 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 inculcado se sustraiga a la acción de la justicia”.

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 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.

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, 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.²⁵

D. Concepto de delincuencia organizada

El párrafo octavo 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 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 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 octavo contiene un elemento adicional que conviene observar: hace una remisión a la ley en su última parte, de modo que le abre al legislador la habilitación para que intente ser más preciso y cuidadoso, cabe suponer que con el objetivo de que se abra un boquete enorme para los derechos fundamentales bajo el amparo de la lucha contra

²⁵ Véanse, 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*, 6a. ed., Madrid, Trotta, 2004, pp. 695 y ss.

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.

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 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 interpreta siempre a 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 indudables que hagan aplicable el régimen de delincuencia organizada.

E. Limitación de la privacidad de las comunicaciones

La nueva redacción del párrafo undécimo 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 ahora permite 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.

El juez de la causa está facultado para valorar el alcance de la aportación que haga una de las partes en 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.

El mismo párrafo undécimo 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).²⁶

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 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 vejear a las demás personas, el de-

²⁶ 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. Véanse, sin embargo, las observaciones de GARCÍA RAMÍREZ, *op. cit.*, nota 4, p. 81.

recho 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 derechos fundamentales, siempre que los tipos penales puedan justificarse en relación con 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, 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 undécimo 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”.²⁷

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 forme un efecto inhibitorio en el juicio 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

²⁷ *Idem.*

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?

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). Las tesis en cuestión fueron las siguientes:

COMUNICACIONES PRIVADAS. EL DERECHO A SU INVOLABILIDAD, 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. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XII, Novena Época, Segunda Sala, tesis aislada, Tesis 2ª CLX/2000, diciembre de 2000, p. 428.

COMUNICACIONES PRIVADAS. LAS PRUEBAS OFRECIDAS DENTRO DE UN JUICIO CIVIL, OBTENIDAS POR UN GOBERNADO SIN RESPETAR LA INVOLABILIDAD 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 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. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XII, Novena Época, Segunda Sala, tesis aislada, Tesis 2a. CLXI/2000, diciembre de 2000, p. 428.

F. Creación de la figura de jueces de control

El párrafo décimo tercero 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.²⁸ 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 forma 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. Para empezar tendrá que determinar las facultades concretas que podrían ejercer. Además, deberá precisar los requisitos para sus actuaciones y la forma de cumplir con el mandato constitucional de registro de comunicaciones entre

²⁸ Incluso algunos de los críticos más informados de la reforma reconocen que se trata de una medida “plausible”; véase GARCÍA RAMÍREZ, *ibidem*, p. 59.

los propios jueces y las demás autoridades. Deberá ser capaz el legislador, adicionalmente, de coordinar adecuadamente la función investigadora del Ministerio Público y la facultad, también establecida constitucionalmente, de los jueces relacionada con las técnicas de investigación. También 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 con las medidas cautelares, las cuales pueden ser impuestas en la etapa de la investigación pero permanecer vigentes durante la etapa del proceso).

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.

2. 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.

A. *Mecanismos alternativos*

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 cara de los procesos ante las autoridades judiciales. Desde luego, los particulares tienen ese derecho, de acuerdo a lo que señala el artículo 17 párrafo segundo de la misma Constitución, que establece el derecho a la tutela judicial efectiva.²⁹ Pero el Estado puede y debe proveerles de soluciones que sean más eficaces para resolver sus problemas. Adicionalmente, por otra parte, 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.

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 vo-

²⁹ Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, 2a. ed., México, Porrúa, UNAM, CNDH, 2006, pp. 721 y ss.

luntad 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 un par de obligaciones a cargo del legislador, a fin de hacer efectiva la posibilidad de acudir a medios alternativos. Por un lado, se deberá asegurar la reparación del daño a favor de la víctima; por otro parte, el legislador deberá prever en qué casos se requiere supervisión judicial.

A partir de estas dos 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 a la competencia exclusiva de las autoridades administrativas (como el Ministerio Público o incluso, si se llegase a crear, de algún centro de mediación, conciliación o arbitraje) y en qué casos debe haber una supervisión judicial.

El término “supervisión” que emplea el artículo 17 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?

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 civil, familiar, mercantil, laboral, administrativo, fiscal, agrario, etcétera, deberá dar-

se 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.

B. 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 le 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.

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 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 impone el artículo 17 párrafo cuarto.

C. Servicio público de defensoría

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

El párrafo quinto 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 sí podrán ganar más que estos, desde luego.

Para muchas entidades federativas esta disposición supone un gran avance, pues 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 abogados de oficio en casi todas las entidades federativas que tienen un excelente nivel jurídico y han realizado verdaderas hazañas a favor de sus defendidos).

La igualación 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.³⁰

3. *Artículo 18 constitucional*

La reforma del 18 de junio de 2008 trajo consigo, respecto del contenido del artículo 18 constitucional, tres novedades o

³⁰ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, cit., p. 614.

aportaciones: a) la primera tiene que ver con el objetivo de la pena privativa de la libertad; b) el segundo se refiere a la cercanía con el domicilio en el caso de personas sentenciadas por delitos de delincuencia organizada, y c) el tercero tiene que ver con los lugares en que se deberán compurgar las penas por este tipo de delitos. Veamos algunas de las cuestiones más relevantes sobre cada uno de estos tres puntos.

A. 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 más bien 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 privación, recluyendo al sujeto

en instituciones creadas para ese propósito) y la propiedad (por medio de las penas pecuniarias, en sus distintas modalidades).³¹

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. La salud es casi una precondición 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 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

³¹ *Ibidem*, pp. 389-391.

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

B. 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 preveía un nuevo derecho fundamental a favor de las personas que se encontraban extinguiendo una pena privativa de la libertad: el derecho del sentenciado a compurgar 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 readaptación social del sentenciado, cerca del

medio social al que regresará, que puede o no coincidir con lo que la legislación civil entienda por domicilio.³²

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 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.

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 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.

³² 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.

C. Centros de reclusión para delincuencia organizada e incomunicación

Ya en anteriores apartados hemos mencionado que la reforma constitucional crea un subsistema 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 sentenciados 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 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 funda-

mentales 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 reinsertar 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 delincuentes 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 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.

4. Artículo 19 constitucional

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 ya derogada 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.

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 inculpado 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 Época, Tribunales Colegiados de Circuito,

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. XXI, tesis X.1o.36 P, aislada, p. 1394, abril 2005.

Se trata de interpretaciones muy desafortunadas sostenidas por un tribunal colegiado de circuito cuyos integrantes no tienen la menor idea de 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. 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 legislador 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 de 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. 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 anterior se permitió que 40% de las personas privadas de su libertad en México estén en régimen de prisión preventiva; en efecto, de las aproximadamente 213 mil personas que se encuentran en nuestros establecimientos penitenciarios, 90 mil no han recibido una sentencia que los declare culpables de haber cometido un delito.³³

No hay que olvidar que la prisión preventiva implica una afectación directa e 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 tensión respecto a la presunción de inocencia.

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 pre-

³³ 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 ISLAS, Olga y GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (coords.), *Panorama internacional sobre justicia penal. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, UNAM, 2007.

ventiva choca no solamente con la elemental presunción de inocencia, sino también con el principio 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).³⁴

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. 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.

La prisión preventiva, por último, 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

³⁴ FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, nota 25, p. 555.

pueda hacer trampas, construyendo acusaciones y manipulando las pruebas a sus espaldas.³⁵

5. *Artículo 20 constitucional*

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 aspectos tan relevantes del artículo 20, por lo que nos limitaremos a señalar tres aspectos que consideramos de la mayor importancia para el correcto funcionamiento del nuevo sistema de justicia penal en México. Nos referimos a: a) los principios del juicio penal, enunciados en el primer párrafo del citado artículo; b) la constitucionalización de la nulidad de la prueba ilícitamente obtenida, y c) la constitucionalización del principio de presunción de inocencia.

A. 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.³⁶ 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? Con-

³⁵ *Ibidem*, p. 559.

³⁶ Una descripción de ambos modelos puede verse en CARBONELL, Miguel y OCHOA REZA, Enrique, *op. cit.*, nota 1, capítulo II.

viene ofrecer una exposición, aunque sea sucinta, del contenido de cada uno de ellos.

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

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.

El principio de contradicción 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.

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.

El principio de inmediación indica que el juez debe estar presente en la audiencia y dicha presencia debe, 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. 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.

B. 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 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 por medio 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), una segunda mediante el uso de ese material en un proceso, en perjuicio de la víctima de la primera violación. El principio que estamos analizando se proyecta solamente respecto de 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 los actos pro-

cesales y extra—procesales por medio de los cuales se obtiene información que puede ser relevante dentro de un proceso, los actos de incorporación de tales elementos dentro del proceso (aportación de fuentes y proposición de medios de prueba), los actos procesales por los que se extrae y se pone ante el juzgador la información contenida en tales fuentes y el proceso de valoración de esa información por parte del juez.³⁷

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.³⁸

³⁷ FIDALGO GALLARDO, Carlos, *Las “pruebas ilegales”: de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ*, Madrid, CEPC, 2003, p. 12.

³⁸ *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 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 compeliere 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

El precedente fundamental en los Estados Unidos es el caso *Weeks vs. 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 sesenta. 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.³⁹

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 ilí-

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 caree 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”.

³⁹ Cabe hacer notar que esta enmienda guarda cierto parecido con algunas disposiciones del artículo 16 de la Constitución mexicana.

citamente, siempre que entre la violación inicial y las pruebas adicionales haya una conexión lógica.

El precedente relevante en la jurisprudencia norteamericana es *Wong Sun vs. 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 de las declaraciones obtenidas gracias a una violación de derechos fundamentales.⁴⁰

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 ciertas 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 la teoría de la fuente independiente, el principio de conexión atenuada y la regla del descubrimiento inevitable.

De acuerdo con la teoría de la fuente independiente, serán aceptables en juicios 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. vs. United States*, de 1920. En realidad no estamos frente

⁴⁰ FIDALGO Gallardo, *op. cit.*, nota 37, p. 436.

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 *Nardonevs. United States*, de 1939, y en el ya citado caso de *Wong Sun vs. United States*.

Hay ciertos elementos que la teoría procesal penal norteamericana ha ido reconstruyendo para advertir cuando una “mancha” ha sido en efecto limpiada y no afecta a la admisión de pruebas dentro de un proceso. Entre tales factores se menciona:⁴¹ 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 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 cual 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 ilícita-

⁴¹ *Ibidem*, pp. 441 y 442.

mente, 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 vs. 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 Status vs. 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 cuando la autorización judicial derivó de una declaración jurada falsa del propio agente o de uno de sus superiores (*Franks vs. Delaware*, de 1979), cuando el juez en cuestión carece de neutralidad respecto al caso (*United Status vs. Leon*, ya mencionado), cuando faltan indicios suficientes en la declaración jurada (*Illinois vs. Gates*, de 1983), 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 vs. Sheppard*, de 1984), o bien, para terminar, cuando

existen defectos en la ejecución de la orden judicial que autoriza un registro (de nuevo en *United Status vs. 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.

C. 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 aná-

lisis que se quiera hacer del sistema de derechos fundamentales que 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. 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 inculpa-do, 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 del proceso.

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.⁴²

Como se dijo, 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 de una persona por orden judicial, luego de seguido un juicio en el que se haya demostrado su culpabilidad.

⁴² *Op. cit.*, nota 25, p. 549.

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”.