

EL SISTEMA PENAL CONSTITUCIONAL EL LABERINTO DE LA POLÍTICA CRIMINAL DEL ESTADO MEXICANO

ALICIA AZZOLINI

I. Antecedentes; II. Derecho constitucional penal sustantivo; III. Derecho constitucional procesal penal; IV. Hacia la construcción de un sistema penal constitucional desde la perspectiva de los derechos fundamentales.

I. ANTECEDENTES

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 diseñó un modelo de Estado democrático, respetuoso de los derechos fundamentales de las personas, entendidos éstos como *todos aquellos “derechos subjetivos” que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del status de persona, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar*¹. El texto constitucional reconoce expresamente un conjunto de derechos y libertades a todos los individuos, ello presupone, necesariamente, limitaciones al ejercicio del poder estatal. El *ius puniendi* encuentra sentido y límites infranqueables que se extienden a la legislación secundaria.

El derecho constitucional es fuente jurídica y directriz del sistema penal mexicano, que incluye al derecho penal sustantivo y al derecho procesal penal². Los principios constitucionales que regulan el sistema penal comprenden:

- Las normas que regulan cuestiones penales sustantivas, como el principio de legalidad penal (artículo 14 tercer párrafo), delincuencia organizada (artículo 16 párrafo noveno), los fines y la ejecución de la pena (artículo 18), las penas prohibidas (artículo 22) y las consecuencias penales accesorias como la extinción de dominio (artículo 22), .

- Las normas que regulan el proceso penal, como son los artículos 16 (libramiento de orden de aprehensión, detención en flagrancia o caso urgente, intervención de comunicaciones privadas, arraigo, jueces de control); 17 (mecanismos alternativos de solución de controversias); 18 (prisión preventiva); 19 (plazo de detención judicial, auto de vinculación a proceso, supuestos que pueden dar lugar a prisión preventiva); el artículo 20 (principios generales del proceso acusatorio, derechos del inculpaado y de la víctima u ofendido), y 21 (atribuciones del Ministerio Público y del juez).

¹ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías; La ley del más débil*, 4ª edición, Editorial Trotta, Madrid, 2004, p. 37. En este mismo texto los derechos subjetivos son entendidos como *cualquier expectativa positiva (de presentaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y el status, como la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.*

² Actualmente la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos incluye normas en materia de seguridad pública; su estudio no se abordará en este trabajo; excede el campo específico del sistema penal. Tampoco se analizará el sistema de justicia para adolescentes que representa un campo específico y que ha sido objeto de intensos debates en el ámbito nacional sobre su carácter de “penal” o “asistencial” (tutelar).

- Los derechos y libertades fundamentales contenidos, principalmente, en los artículos 1 a 29 de la Constitución y en otros artículos como, por ejemplo en el artículo 129.

- Un sistema deducido a partir de la totalidad de la Constitución, especialmente a partir de la legitimidad, de la garantía de libertad y de la garantía de igualdad³.

La regulación constitucional en materia sustantiva y procesal penal no determina los contenidos específicos del sistema punitivo mexicano, pero tiene efectos importantes. Uno de ellos es, señala Alexy, que las normas constitucionales limitan el contenido posible de la legislación secundaria, al excluir ciertos contenidos iusfundamentalmente imposibles y exigir otros iusfundamentalmente necesarios. En este sentido el sistema penal tiene el carácter de un sistema materialmente determinado por la Constitución⁴:

La elevación a rango constitucional de normas específicas de derecho penal sustantivo y adjetivo tiene, también, otras consecuencias. Obliga a todas las entidades federativas y al Distrito Federal a adecuar su sistema penal a los lineamientos constitucionales, lo que permite, en cierta medida, uniformar los diversos sistemas estatales. Extiende la actuación de la justicia federal en el ámbito penal, en tanto se amplía el marco de control constitucional. Genera sistemas penales más rígidos, por cuanto su modificación estará supeditada, en parte, a reformas a la Constitución federal.

Las normas constitucionales de carácter penal y procesal penal se han incrementado desde 1917 hasta la actualidad. El movimiento constitucionalista que se impuso a lo largo del siglo XIX en Europa y América, incluyó como contenidos indispensables derechos fundamentales básicos y ascendió al carácter de normas constitucionales principios como el de legalidad penal (*nullun crimen*) y el de humanidad, expresado a través de la prohibición de la tortura y de las penas crueles e inusitadas. Tanto la Constitución mexicana de 1824 como la de 1857 contenían normas en ese sentido, que constituyen el precedente de las que rigen actualmente.

La Constitución Política de 1917 fue producto de un movimiento revolucionario que buscó la transformación del estado, en particular de ciertas instituciones asociadas con el ejercicio abusivo del poder. El constituyente reguló en forma más detallada y extensa los derechos y garantías de carácter penal y procesal penal contenidos en las constituciones que la precedieron.

Como producto de ese espíritu transformador y de alto contenido social, la nueva Ley Fundamental reconoció al estado mexicano el monopolio del ejercicio de la acción, lo encomendó a un solo órgano, el Ministerio Público —al que elevó a nivel

³ Se ha seguido la sistemática propuesta por Riess, Peter, "Derecho constitucional y proceso penal", en Ambos, Kai y Eduardo Montealegre Lynett (Compiladores), *Constitución y sistema acusatorio; Un estudio de derecho comparado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, p. 130.

⁴ Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª edición española, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 481-482. El autor señala también que el sistema es abierto e incluye contenidos morales como es la idea de justicia.

constitucional—, con lo cual privó a los jueces de la facultad que hasta entonces habían tenido de incoar de oficio los procesos⁵.

Del texto constitucional aprobado por el constituyente de Querétaro era posible deducir ciertos principios penales, de carácter sustantivo y procesal, propios de un estado democrático y respetuoso de los derechos fundamentales. El principio *nullum crimen* consagrado en el artículo 14, párrafo tercero, junto con la prohibición de la prisión por deudas, contenida en el artículo 17, interpretados a la luz de la legitimidad regulada en el artículo 39, permitían hablar de un derecho penal de *ultima ratio*, avocado a la protección de los bienes jurídicos más importantes para la sociedad frente a los ataques de mayor gravedad.

Los artículos 16, 18 y 19 a 22, sentaban las bases de un proceso penal de carácter acusatorio, oral y público, en que se prohibía la tortura y todo trato inhumano o degradante.

Muchos factores incidieron para que el esquema original fuera objeto de diversas modificaciones, más de treinta. Las legislaciones secundarias se inspiraron en modelos de derecho comparado e incorporaron sistemas procesales de carácter mixto, inquisitivo en la etapa de investigación y acusatorio al momento del proceso judicial, en vez del modelo acusatorio puro que podía derivarse del texto constitucional. Las prácticas cotidianas favorecieron que el Ministerio Público, en tanto integrante del Poder Ejecutivo, concentrara cada vez más atribuciones durante la investigación, etapa que se fue convirtiendo en decisiva para el resultado del proceso. Un proceso penal de este tipo favoreció la comisión de injusticias y, particularmente, dejaba, en ocasiones, en estado de indefensión a los probables responsables. Esta situación y las presiones de carácter internacional para modernizar y agilizar el procedimiento, forzaron un cambio de rumbo, cuyo resultado fue la reforma encaminada a diseñar un proceso penal de corte “adversarial”.

A lo anterior se sumó el criterio excesivamente formalista de los jueces y, en particular, de la justicia federal, encargada de velar por la constitucionalidad del sistema. La técnica de interpretación apegada estrictamente al sentido literal del texto constitucional propició que, cuando las soluciones así obtenidas fueron contrarias a criterios político criminales considerados “correctos”, se modificara la norma constitucional para evitar la consecuencia no deseada.

El carácter federal del estado mexicano y la necesidad de unificar el contenido de las legislaciones estatales y del Distrito Federal, muchas de las veces para que coincidiera con el contenido y sentido de los tratados internacionales celebrados por el estado mexicano, fueron factores que favorecieron el gran número de reformas constitucionales en materia penal y procesal penal.

El incremento de la criminalidad organizada a lo ancho y largo del país, así como la comisión reiterada de conductas delictivas específicas —tal es el caso del secuestro—, son, finalmente, situaciones que también coadyuvaron a las modificaciones e incremento del contenido penal en el texto constitucional. Los

⁵ González Bustamante, Juan José, *Principios de derecho procesal mexicano*, 7ª edición, Edictorial Porrúa, México, 1983, p. 73.

reclamos de las víctimas, algunas de ellas con poder económico y presencia pública, y la presión de amplios sectores de la sociedad canalizada a través de los medios de comunicación, incidieron para que estos hechos circunstanciales estuvieran presentes en la Carta Magna.

El texto vigente de la Constitución Política contiene, tal como se pone en evidencia en los apartados siguientes, no sólo las bases fundamentales del sistema penal, sino el programa de actuación penal del estado mexicano en los últimos años, que se inclina decididamente hacia el combate de la delincuencia, más que a garantizar los derechos de los gobernados.

II. DERECHO CONSTITUCIONAL PENAL SUSTANTIVO

La base axiomática⁶ del sistema penal se forma con las normas constitucionales y con las normas de derecho internacional debidamente reconocidas⁷. A partir de esta base normativa se derivan los principios directrices para la creación, interpretación y aplicación del derecho penal⁸.

El estado constitucional de derecho contemporáneo, como es el estado mexicano, se caracteriza no sólo por el carácter positivo de las normas producidas, sino también por su sujeción a la ley. Señala Ferrajoli que de acuerdo a la primera característica, el “ser” del derecho no puede derivarse de la moral o la naturaleza, sino que es puesto, elaborado, por los hombres; y de acuerdo a la segunda característica, *el “deber ser” del derecho positivo, o sea sus condiciones de validez, resulta positivizado mediante un sistema de reglas que disciplinan las propias opciones desde las que el derecho viene proyectado, mediante el establecimiento de los valores “ético-políticos” —igualdad, dignidad de la persona, derechos fundamentales— por los que se acuerda que aquellas deben ser informadas*⁹. El derecho contemporáneo programa sus formas de producción, a través de las normas procedimentales que regulan la creación de leyes y, además, programa sus contenidos sustanciales, vinculándolos normativamente a los principios y a los valores inscritos en sus constituciones¹⁰.

⁶ Ver el texto de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires, Astrea, 1987, pp. 84 a 89 y 110 a 130 *passim*. En él se analizan los sistemas deductivos y, en particular, el sistema jurídico. Corresponde al jurista identificar la base axiomática del sistema a través de criterios de identificación que comprendan reglas de admisión y de rechazo de enunciados de derecho. La base del ordenamiento debe estar formada por: 1. enunciados de derecho válidos y 2. debe contener todos los enunciados que tengan consecuencias normativas para la materia elegida.

⁷ El alcance y jerarquía de los tratados internacionales ha sido objeto de controversia en ocasión de una decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que niega a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos la atribución de interponer acciones de inconstitucionalidad por violación de dichos tratados. Ello ha dado lugar a que se debata en el Congreso de la Unión una nueva reforma constitucional para que en el artículo 105 de la Constitución se mencione expresamente esa atribución.

⁸ Una exposición concisa y acabada de los principios penales fundamentales la encontramos en “La democratización del derecho penal” de Luis de la Barrera y Zulita Fellini, *Ensayos de Derecho Penal y Criminología en honor de Javier Piña y Palacios*. México, Porrúa-Departamento de Derecho de la UAM Azcapotzalco, México, 1985, pp. 153-159.

⁹ Ferrajoli, Luigi, *Op. Cit.*, p.19.

¹⁰ *Ídem*, p. 20.

La Constitución Política contiene directrices sobre las que debe fundarse el derecho penal sustantivo, ellas consagran derechos fundamentales de los gobernados y las garantías relacionadas con su aplicación¹¹. Se han ido incorporando a la Carta Magna criterios de penalización y de persecución de determinadas conductas delictivas que, por su gravedad y comisión reiterada, son consideradas dignas de una regulación especial. Las directrices constitucionales más importantes en materia penal sustantiva pueden concentrarse en las siguientes¹²:

LEGALIDAD (*nullum crimen*)¹³

La legalidad en materia penal se enuncia a través del principio *Nullum crimen, nulla poena sine lege*: sólo la comisión de una conducta contemplada en una ley previa y escrita puede dar lugar a la imposición de una pena o de una medida de seguridad, que igualmente deben estar contempladas en una ley previa y escrita¹⁴.

Este principio, del que habló Beccaria en su magistral obra *Dei delitti e delle pene*¹⁵, ha sido adoptado por todos los sistemas penales democráticos. Está reconocido en el artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el artículo 15, número 1, del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. La Constitución Política lo incorpora en el párrafo tercero del artículo 14, que establece:

Artículo 14. ...

...

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

....

La redacción del texto constitucional es defectuosa ya que parece referirse solamente a las penas aplicables y no a las leyes que lo definen¹⁶. La doctrina penal contemporánea ha ampliado los alcances del precepto, aceptando que incluye los siguientes postulados: a) No puede haber delito si el hecho no está descrito en una ley previa, escrita y exactamente aplicable al caso; b) No se puede imponer una pena si ésta no está contemplada en una ley previa, escrita y exactamente aplicable al caso, y c) No se puede aplicar una medida de seguridad si ésta no está contemplada en una ley previa, escrita y exactamente aplicable al caso. El principio se ha entendido con estos alcances en los artículos 1 y 2 del Código Penal para el Distrito Federal.

La actuación penal del estado, en concordancia con la legalidad, deberá ajustarse a las siguientes directrices¹⁷:

¹¹ *Ídem*, p. 61.

¹² Se alude a las más importantes porque es indudable que de cada derecho fundamental podrían derivarse consecuencias aplicables al sistema penal.

¹³ Para el desarrollo de este principio constitucional se ha tomado como base el texto con tenido en el libro de Alicia Azzolini, *Culpabilidad y punición*, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, México, 1997, pp. 30-32.

¹⁴ Cfr. Luis de la Barreda, *op. cit.*, p.153.

¹⁵ Versión española Beccaria, Cesare, *De los delitos y de las penas*, primera reimpresión, Alianza Editorial, Madrid, 2000, p. 34.

¹⁶ Arteaga Nava, Elisur, *Garantías individuales*, Oxflood, México, 2009, p. 152.

¹⁷ Sobre este tema ver el magnífico trabajo de Claus Roxin, "*Nullum crimen nulla poena sine lege*". En *Iniciación al derecho penal de hoy*. Sevilla, Universidad de Sevilla, 1981, pp. 96 a 114, *passim*.

1. Prohibición de la analogía (*Lex stricta*). Se entiende por analogía la aplicación de la ley a un caso similar al legislado pero no igual comprendido en su texto¹⁸. La mayoría de razón alude a las razones que tuvo en cuenta el legislador para elaborar la norma penal, hace referencia al sentido de la norma.

El alcance esta prohibición es discutido por la doctrina ya que, en principio, toda interpretación requiere analogía. De ahí que su prohibición debe entenderse como la exclusión de la analogía con el fin de creación de un nuevo derecho¹⁹.

La interpretación analógica está prohibida en tanto perjudique al imputado extendiendo la punibilidad (analogía *in malam partem*), pero está permitida cuando lo beneficia al restringirla (analogía *in bonam partem*), siempre que no sea arbitraria. En particular se admite en la interpretación de las causas de justificación²⁰.

2. Prohibición de la aplicación retroactiva de la ley en perjuicio del inculpado (*Lex praevia*). Esto significa que no podrá aplicarse una ley posterior a la comisión del hecho delictivo que perjudique al acusado.

Se discute si las disposiciones referentes a la prescripción están incluidas en la prohibición de aplicación retroactiva o si quedan fuera de ésta. La cuestión es muy debatida y su solución depende, según Bacigalupo, de la postura que se adopte en cuanto a la prescripción. Si se la considera materia del derecho penal material, —tal como sucede en el Código Penal Federal y en el Código Penal del Distrito Federal—, entonces habrá que reconocer la vigencia de la garantía de irretroactividad en relación con ella. Por el contrario, si se entiende que las reglas de la prescripción son ajenas al derecho penal material, entonces será posible admitir la aplicación retroactiva de nuevos plazos de prescripción²¹.

El primer párrafo del artículo 14 constitucional prohíbe la aplicación retroactiva de toda ley en perjuicio de persona alguna. Los tribunales han acatado este principio y la justicia federal se ha pronunciado en forma indubitable respecto de la prohibición de aplicar retroactivamente la ley penal, sin distinción de la materia sustantiva o procesal²².

Asimismo, ver el texto de Enrique Bacigalupo, *Principios de derecho penal*. Madrid, Akal, 1990, pp. 36 a 43.

¹⁸ Cfr. Bacigalupo, *op. cit.*, pp. 38 - 39.

¹⁹ *Ibidem*, p. 39.

²⁰ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alejandro Plagia y Alejandro Slokar, *Derecho penal; Parte general* Editorial Porrúa, México, 2001, p. 112.

²¹ *Ibidem*, p. 43. Por su parte Roxin se inclina por aceptar la retroactividad en los plazos de prescripción en su texto "*Nullum crimen nulla poena*" ya citado.

²² ORDEN DE APREHENSIÓN. APLICACIÓN RETROACTIVA DE LA LEY PENAL EN PERJUICIO DEL INDICIADO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA). Si el Juez Penal emitió en contra del indiciado, promovente del amparo, una orden de aprehensión por el delito previsto en el artículo 208 ter, fracción VIII, del Código Penal del Estado de Baja California, respecto de un evento delictivo que aconteció antes de que dicho numeral fuera adicionado al referido cuerpo normativo, esa determinación judicial vulnera la garantía individual del quejoso tutelada por el artículo 14 de la Constitución Federal, al actualizarse la aplicación retroactiva de aquella disposición jurídico-penal en su perjuicio.
SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO QUINTO CIRCUITO.

La aplicación retroactiva de la ley es obligatoria en virtud del principio de ley más favorable, que se desprende del texto constitucional por aplicación de la legitimidad del sistema penal, y que está expresamente reconocido en la legislación secundaria, en los artículos 56 del Código Penal Federal y 10 del Código Penal para el Distrito Federal. La Suprema Corte de Justicia ha refrendado este principio en reiteradas ocasiones²³.

3. Prohibición del derecho consuetudinario (*Lex scripta*). En el modelo de estado de derecho liberal, se ha sostenido que los casos penales no pueden resolverse mediante la aplicación de los usos o costumbres jurídicas. La doctrina penal sostiene que la aplicación del derecho consuetudinario es legítima cuando es *in bonam partem*, es decir que sirva para establecer límites a la tipicidad penal²⁴.

Las constituciones contemporáneas reconocen complejidad de la sociedad, en la que interactúan distintos grupos sociales de la más diversa índole. Esta estructura compleja ha hecho necesario, en ocasiones, la creación de normas *ad hoc*, que regula problemáticas muy específicas como tercera edad, niños y adolescentes, o los pueblos o comunidades indígenas. El artículo 2º de la Constitución Política establece:

Artículo 2º. ...

A. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para:

...

II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las

Amparo en revisión 164/2003. 27 de mayo de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Martínez Aragón. Secretario: José Ávalos Cota.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Tesis: XV.2o.16 P

Tesis Aislada

²³ LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN. ES UN DERECHO SUSTANTIVO RESPECTO DEL CUAL RIGE LA EXCEPCIÓN CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 14 CONSTITUCIONAL, CONSISTENTE EN LA APLICACIÓN RETROACTIVA DE LA LEY EN BENEFICIO DEL REO.

La libertad provisional bajo caución establecida en el artículo 20, fracción I, de la Constitución Federal, es un derecho sustantivo o fundamental del gobernado, y no una cuestión meramente adjetiva o procesal, porque además de estar consagrada como tal en la Carta Magna, involucra uno de los derechos sustantivos más preciados del hombre, como es su libertad, y la afectación que produce su negativa, no es susceptible de ser reparada, aunque el interesado obtuviera una sentencia absolutoria; y, por ende, le es aplicable la excepción contenida en el artículo 14 constitucional, en cuanto a la aplicación retroactiva de la ley en beneficio del reo, en este caso, del indiciado, procesado o sentenciado; lo que significa que al resolver sobre el derecho de referencia se debe aplicar la ley más benéfica para aquél, ya sea la vigente al momento en que se cometió el ilícito, si ésta permitía que se otorgara dicho beneficio, o bien, la vigente en la época de emisión del acuerdo respectivo, si esta última le es más favorable.

Contradicción de tesis 44/2000-PS. Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito, actualmente Segundo Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Cuarto Circuito y Primer Tribunal Colegiado del Noveno Circuito. 24 de enero de 2001. Cinco votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaria: María Elizabeth Acevedo Gaxiola. Tesis de jurisprudencia 10/2001. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de veintiocho de marzo de dos mil uno, por unanimidad de cinco votos de los señores Ministros: presidente José de Jesús Gudiño Pelayo, Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas

Instancia: Primera Sala

Tesis: 1a./J. 10/2001

Jurisprudencia

²⁴ Cfr. Bacigalupo, *op. cit.*, p. 41; Zaffaroni, E.R. et al, *Op. cit.*, p. 106.

garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes.

...

El derecho reconocido en la Constitución de los integrantes de los pueblos o comunidades indígenas a ser juzgados conforme a sus propios sistemas normativos, que descansan en usos y costumbres, no vulnera materialmente el principio *nullum crimen*, en tanto es obligatorio el respeto a las garantías individuales y los acusados siempre tienen el derecho a optar por la legislación estatal.

4. Prohibición de normas penales imprecisas y penas indeterminadas (*Lex certa*).

Esta prohibición se desprende indirectamente del texto constitucional. La letra del párrafo tercero se dirige al juez, al momento de dictar la sentencia. Pero este servidor público no podría cumplir con el mandato de aplicar exactamente la norma penal si ésta no está redactada adecuadamente. Por ello, el legislador debe elaborar los tipos penales con un lenguaje claro y preciso, evitando el uso de conceptos vagos o ambiguos. Son vagos aquellos términos difíciles de delimitar —bueno, malo, grande—; son ambiguos aquellos que tienen más de un significado —casa, pata—. Esta prohibición implica un mandato de determinación que se concreta a nivel sustantivo en la exigencia de tipicidad del hecho (artículo 2º del Código Penal del Distrito Federal) y en la obligación de directrices legales claras para la determinación de la pena (artículos 51 y 52 del Código Penal Federal y 71, 71 bis, 71 ter, 71 quáter y 72 del Código Penal para el Distrito Federal).

Las denominadas leyes penales en blanco, es decir aquellas normas que deben ser completadas por otra disposición normativa a la cual remiten, son aceptables en tanto la remisión sea a otra norma de la misma fuente (poder legislativo) y jerarquía (ley)²⁵. Tal es el supuesto del artículo 193 del Código Penal Federal que remite a disposiciones precisas de la Ley General de Salud.

Lo anterior no significa que se deba recurrir a un sistema casuista estricto —propio de legislaciones anglosajonas—, propicio a crear lagunas. La taxatividad exigida a las normas penales implica que la generalización necesaria del texto legal permita identificar con precisión los supuestos que en él quedan incluidos, tratando de resolver las tensiones entre seguridad jurídica y justicia del caso. Esto no siempre se consigue. En el derecho penal se advierte una tendencia “desformalizadora”, caracterizada por leyes con conceptos vagos o de contenido valorativo, que obligan al juez a completar la tarea que deja pendiente el legislador²⁶. En los últimos años se han incorporado tipos penales imprecisos, en ocasiones, ambiguos, relacionados con nuevos bienes jurídicos y con nuevas formas de criminalidad. Por ejemplo, la definición de delincuencia organizada contenida en el artículo 16 de la Constitución Política o los diversos tipos de delitos contra el ambiente y la gestión ambiental en los códigos penales Federal y para el Distrito Federal. En estos casos será tarea de los jueces

²⁵ Zaffaroni, E. R. et al., *Op. cit.*, pp. 108-110.

²⁶ Silva Sánchez, Jesús María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992, pp. 255-256. Ver del mismo autor *La expansión del derecho penal; Aspecto de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 199, p.86.

llegar, en la medida de lo posible, a una interpretación sistemática acorde a una reconstrucción racional de los enunciados jurídico-penales legales²⁷.

Las consecuencias jurídicas del delito requieren de la suficiente precisión que le permita al gobernado una estimación de las consecuencias que puede afectarlo. Es necesario que el legislador establezca la clase de pena aplicable y un rango limitado de esa clase de punibilidad, que debe ser sometido a la valoración del juez para su determinación en el caso concreto. Una punibilidad que comprendiera de tres días a setenta años de prisión contraviene las exigencias del principio de legalidad²⁸.

El mandato de certeza también rige para las sentencias judiciales, tal como se desprende del contenido literal del tercer párrafo del artículo 14 constitucional. Los jueces deben elaborar sentencias claras y precisas en las que se determine la pena aplicable²⁹.

LESIVIDAD (AFECTACIÓN DE UN BIEN JURÍDICO)

La doctrina penal mayoritaria ha sostenido que el sistema penal en el estado social de derecho, se justifica como sistema de protección a la sociedad. Los intereses sociales que protege el derecho penal se denominan “bienes jurídicos”. El concepto de “bien jurídico” se utiliza en este contexto en su sentido político criminal de objeto que puede reclamar la protección penal, en contraposición a su carácter dogmático que alude a los intereses que en cada caso protege cada tipo penal³⁰.

La exigencia de que los tipos penales contemplen la afectación de bienes jurídicos fue reconocida expresamente en el artículo 4 del Código Penal para el Distrito Federal y fue incorporada al artículo 22 de la Constitución por la reforma de 18 de junio de 2008. El primer párrafo del artículo dice:

Artículo 22. ... Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado.

El reconocimiento de que siempre que se imponga una pena debe haber un bien jurídico afectado, implica que todos los tipos penales contemplen la protección de determinados bienes jurídicos y que para que haya delito, esos bienes deban lesionados o puestos en peligro. Sólo deben incluirse en el ámbito penal las conductas socialmente dañinas. La *dañosidad* social³¹ de una conducta se establece en relación con el valor del bien jurídico lesionado. Una conducta no se considera dañosa por ser

²⁷ Cfr. Silva Sánchez, Jesús-María, “Sobre la “interpretación” en derecho penal”, en Díaz y García Conlledo, Miguel t Juan Antonio García Amado (Editores), *Estudio de Filosofía del derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, p. 305.

²⁸ Cfr. Roxin, Claus, *Derecho penal; Parte general*, Civitas, Madrid, 1997, p. 174.

²⁹ Cfr. Arteaga, Elisur, *Op. cit.*, pp. 150-156.

³⁰ Cfr. Mir Puig, Santiago, *Derecho penal; Parte general*, 7º edición, Editorial B de F, Buenos Aires, 2007, p. 128.

³¹ Cfr. Claus Roxin, Gunther Arzt y Klaus Tiedemann, *Introducción al derecho penal y al derecho procesal penal*. Barcelona, Ariel, 1989, pp. 21-22.

en sí misma reprobable —inmoral o incorrecta—, sino por sus consecuencias sociales lesivas³².

Aunque algunos penalistas discrepan acerca de que la finalidad última del sistema penal consista en la protección de bienes jurídicos, todos coinciden en afirmar que para que haya delito deben afectarse bienes jurídicos ajenos. En este sentido expresa Zaffaroni que *ningún derecho puede legitimar una intervención punitiva cuando no media por lo menos un conflicto jurídico, entendido como la afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo*³³.

El concepto de lesividad, es decir de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, debe necesariamente acotarse en aplicación del principio que exige que la actuación del estado se traduzca en beneficio del pueblo, emanado del artículo 39 de la Constitución:

Artículo 39. La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno.

De este artículo dimana la exigencia de legitimidad de la actuación estatal. La legitimidad, en tanto contenido material de la legalidad, está dada por el consenso de los individuos para la creación de la sociedad política, con la única finalidad de defender el bienestar y el interés general³⁴. La actuación penal del Estado deberá, en concordancia con la legitimidad, contemplar las siguientes limitantes al principio de lesividad:

1. Fragmentariedad. El derecho penal debe actuar ante los ataques más graves a los bienes jurídicos socialmente más valiosos. Los bienes jurídicos que debe proteger el derecho penal son los intereses individuales o colectivos, de orden social, que son necesarios para hacer soportable la convivencia social, o bien para preservar la subsistencia misma de la sociedad³⁵. El derecho penal no ha de sancionar todas las conductas lesivas a los bienes jurídicos que protege, sino sólo las modalidades de ataque que impliquen mayor peligro para ellos³⁶.

La actuación represiva del estado debe limitarse a garantizar a los gobernados la salvaguarda de condiciones mínimas para vivir pacíficamente. Una intervención estatal represiva que excediera estos límites nunca sería beneficiosa para los gobernados. El estado policiaco, propio de los regímenes autoritarios, ha obtenido a lo largo de la historia la reprobación reiterada de los gobernados y ha demostrado su ineficacia para procurar el bienestar general.

³² Alicia Azzolini, *Culpabilidad y punición...*, p. 28.

³³ Zaffaroni, E. R. et al, *Op. cit.*, p. 121.

³⁴ Cfr. Alicia Azzolini, "Sentencia penal y sistema penal democrático". En *Hacia el derecho penal de nuevo milenio*. México, Inacipe, 1991, p. 57.

³⁵ Cfr. Islas de González Mariscal, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, 3° edición, Trillas, México, p. 32 y el artículo de Elpidio Ramírez Hernández, "Fuentes reales de las normas penales". En *Revista Mexicana de Justicia*, No. 1, Vol. I, México, Procuraduría General de la República - Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal - Instituto Nacional de Ciencias Penales, enero-marzo 1983, p. 25.

³⁶ Mir Puig, S., *op. cit.*, p.127.

2. Última ratio. Una segunda limitación al principio de lesividad se refiere al carácter de último recurso que debe guardar el derecho penal. Éste debe intervenir sólo en aquellos casos en que ya se hayan agotado otras instancias de actuación menos represivas. El estado debe recurrir a la vía penal en aquellos supuestos en que no basten los medios del derecho civil o del derecho público no punitivo, sólo cuando hayan fracasado todos los demás intentos de prevención no penal³⁷. Una actuación distinta por parte del Estado, anteponiendo la amenaza penal a otras alternativas de actuación menos represivas, es incompatible con la actuación beneficiosa para el pueblo que ordena nuestra Constitución³⁸.

CULPABILIDAD

El principio *no hay pena sin culpabilidad* —*nullum crimen sine culpa*— es una conquista del derecho penal moderno, que fue ignorado por la mayoría de los ordenamientos de la antigüedad. El principio de culpabilidad fue aceptado definitivamente en el marco del pensamiento liberal del siglo XIX. Su incorporación a los sistemas jurídico penales significó la *subjetivización de la responsabilidad penal centrada en la exclusión de la responsabilidad objetiva*³⁹.

El principio de culpabilidad se explica en el respeto a la dignidad humana. Imputar un daño o peligro para un bien, sin que exista un vínculo subjetivo reprochable al autor, equivale a degradar a éste último a la categoría de una cosa causante⁴⁰. La Constitución menciona expresamente a la dignidad humana como un valor defendible y fundante del sistema jurídico mexicano al prohibir, en el artículo primero, toda discriminación motivada por razones que atenten contra ella:

Artículo 1o. ...

...

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

La referencia a la dignidad humana expresa la preocupación del constituyente porque ella sea respetada y salvaguardada. Aplicar una pena a quien no puede reprochársele personalmente el hecho, atenta tanto o más contra su dignidad que quien lo discrimina injustamente.

³⁷ Cfr. el ya clásico artículo de Claus Roxin, "Sentido y límites de la pena estatal". En *Problemas básicos del derecho penal*. Madrid, Reus, 1976, pp. 21-22. También Elpidio Ramírez Hernández, *op. cit.*, pp. 27-29.

³⁸ Roxin habla, en este caso, del carácter *subsidiario* del derecho penal en "Sentido y límites de la pena estatal", ya citado, p. 27. Elpidio Ramírez en el mencionado artículo "Fuentes reales de las normas penales" prefiere aludir a la *racionalidad* del ejercicio del *ius puniendi*, pp. 27-28.

³⁹ Pérez Manzano, Mercedes, *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1986, p.56.

⁴⁰ Zaffaroni, E. R., et al, *op. cit.*, p. 132.

La referencia directa a la culpabilidad se encuentra en distintas fracciones del artículo 20 constitucional tal como quedó redactado a partir de la reforma de 18 de junio de 2008.

Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

A. De los principios generales:

I. El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen;

II. a IV. ...

V. La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal. Las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente;

VI. a VII. ...

VIII. El juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado;

IX. a X. ...

El principio de culpabilidad es extenso. En su sentido más amplio se opone al de inocencia, entre los dos conceptos caben muchos supuestos, ellos hacen que del principio de culpabilidad se desprenden diversas limitantes al *ius puniendi*, como son:

1. Principio de personalidad. Nadie puede ser castigado por un hecho ajeno. La propia Constitución prohíbe en el artículo 22 las penas trascendentes; ellas fueron propias de los regímenes penales de la antigüedad y de la edad media, en los que se llegaba a castigar a toda una familia o a todo un pueblo por conductas cometidas por algún miembro de ellos⁴¹.

2. Principio de responsabilidad por el hecho. Exige que se condene a la persona y se le determine la pena aplicable por el hecho cometido y no por sus rasgos de personalidad. El estado de derecho tiene cabida para el derecho penal de acto y no para el derecho penal de autor, en el que en vez de castigarse al homicidio o al robo se focaliza el castigo en el homicida o el ladrón⁴².

3. Principio dolo o culpa. La sola causación del resultado es insuficiente para fundar la responsabilidad penal. Este principio implica la prohibición de la responsabilidad objetiva, es decir que es suficiente haber causado el resultado para responder por ello, si el autor no lo ha querido o no ha actuado imprudentemente. Hoy día se exige que la persona haya actuado con dolo o culpa para que pueda ser responsable penalmente⁴³. Esta exigencia ha sido acogida expresamente en el artículo 3 del Código Penal para el Distrito Federal, que prohíbe expresamente la responsabilidad objetiva.

⁴¹ Mir Puig, S, *Op. cit.*, p. 134.

⁴² *Ídem*, p. 134.

⁴³ *Ídem*, p. 134.

La prohibición de la responsabilidad objetiva implica la prohibición de responder por el caso fortuito. La manifestación por excelencia de la responsabilidad objetiva en materia penal es el *versare in re illicita*, que consiste en responsabilizar a una persona por todas las consecuencias de una conducta inicialmente ilícita, incluyendo aquellas consecuencias que son producto del caso fortuito. Esta figura, que está excluida del sistema penal mexicano por ser contraria a la Constitución y a la legislación secundaria, se filtra, en ocasiones, en algunas sentencias y en alguna doctrina⁴⁴.

4. Principio de imputación personal. Impide castigar con una pena al autor de un ilícito penal que no tenga la capacidad psíquica para comprender la prohibición infringida o que no haya podido conocerla. Para que una persona pueda ser condenada por la comisión de un delito es imprescindible que sea imputable y que haya podido conocer la prohibición. La inimputabilidad y el error de prohibición excluyen la culpabilidad y, en consecuencia, el delito⁴⁵.

Todas Las consecuencias que se desprenden del principio de culpabilidad están comprendidas en el contenido del artículo 20 de la Constitución. La referencia a que el culpable no quede impune, se refiere a la persona imputable, que podía conocer la prohibición y que llevó a cabo dolosa o culposamente la conducta ilícita. Cuando la fracción V del Apartado A dispone que corresponde a la parte acusadora demostrar la culpabilidad, se refiere a que ésta debe presentar pruebas suficientes para acreditar que el sujeto imputable, que estaba en condiciones de conocer la ilicitud de su actuar, llevó a cabo dolosa o culposamente la conducta que, sin derecho, lesionó o puso en peligro el bien jurídico típico. Finalmente, al exigirle al juez que sólo condene cuando esté convencido de la culpabilidad del acusado, el constituyente lo conmina a que tenga la certeza de que el sujeto imputable, que podía conocer la prohibición de su conducta, la llevó a cabo personalmente, sin derecho, con dolo o culpa.

HUMANIDAD

En virtud del principio de humanidad se prohíbe toda pena cruel, que afecte la integridad y la dignidad del ser humano. Este principio fue el punto central del programa de la Ilustración, expuesto magistralmente por Beccaria, quien condenó lapidariamente la tortura y todo trato cruel e inhumano.

El principio de humanidad está expresamente consagrado en el primer párrafo del artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que a la letra dice:

Artículo 22. Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales...

Este texto establece en forma genérica el respeto a la dignidad humana y la prohibición de la pena de muerte, de penas crueles y de penas inusitadas y trascendentes. El constituyente menciona expresamente la mutilación, la infamia, la marca, los azotes y los palos, como ejemplos de penas crueles. Son crueles, en general,

⁴⁴ Zaffaroni, E. R. et al, *Op. cit.*, pp. 133-134.

⁴⁵ Cfr. Mir Puig, S., *Op. cit.*, p. 135 y Zaffaroni, E. R. et al, *Op. cit.*, p. 134.

todas aquellas penas que tengan consecuencias brutales, como las que dejen huellas físicas (marcas, esterilización) o que produzcan sufrimiento físico grave (azotes, palos). Son penas inusitadas todas aquellas que no sean usuales. Son penas trascendentes aquellas que se extienden a sujetos que no cometieron la conducta delictiva⁴⁶.

La prohibición lisa y llana de la pena de muerte rige en la Constitución desde diciembre de 2005. Su abolición formal fue una victoria del proceso civilizatorio, aunque desde hacía ya varias décadas que la pena capital no se aplicaba en México. Luis de la Barreda afirma que *la pena capital es inútil, irreversible e indecente. Es inútil porque no logra disminuir la criminalidad. Es irreversible porque su irrevocabilidad no permite corregir los no infrecuentes errores judiciales. Y es indecente porque las penas que legítimamente puede imponer un Estado democrático y civilizado excluyen la destrucción de la vida, lo más sagrado del ser humano*⁴⁷.

Entre las penas que prohíbe la Constitución, se menciona al tormento de cualquier especie. La tortura se entiende como los dolores o sufrimientos graves, sean físicos o psíquicos, infligidos a una persona por un servidor público. El artículo 22 comprende la prohibición de que el tormento sea incluido en una ley como pena. Su erradicación como práctica durante la investigación o el proceso deriva de la fracción II del Apartado B del artículo 20 Constitucional y de diversos instrumentos internacionales —Declaración Universal de los Derechos Humanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de Derechos Económicos y Sociales—. La tortura está considerada como delito en la Ley federal para prevenir y sancionar la tortura, en el ámbito federal, y en los códigos penales locales, como el del Distrito Federal, en el fuero común⁴⁸.

La prohibición de la tortura marca el rompimiento con el proceso inquisitorio medieval. Pese a que esta prohibición está presente en el derecho mexicano desde los instrumentos constitucionales del siglo XIX, la práctica de la tortura, sobre todo en la etapa de investigación, se mantiene hasta nuestros días. En el marco de la lucha contra la tortura se crearon las comisiones de derechos humanos. Estas instituciones en conjunción con la legislación contra la tortura resultaron un arma eficaz, si no para erradicarla, sí para combatirla, disminuyendo significativamente su práctica cotidiana.

El principio de humanidad es aplicable al cumplimiento de las penas privativas de libertad. Las prisiones deben garantizar condiciones dignas para las personas que están recluidas en ellas. Este es un postulado indiscutible de la prevención especial. La dignidad del individuo marco los límites en la dureza de las penas y resalta el daño que se cause a quienes la sufren⁴⁹. En virtud de este principio debe excluirse toda intervención punitiva que pretenda incidir sobre el fuero interno de los individuos.

⁴⁶ Arteaga Nava, E., *Op. cit.*, p. 443.

⁴⁷ Barreda Solórzano, Luis de la, *La justicia penal en el banquillo; Diccionario razonado de justicia penal*, Editorial Porrúa, México, 2009, p. 73.

⁴⁸ Cfr. Arteaga, E., *Op. cit.*, p. 449. Luis de la Barreda, en el libro *La justicia penal en el banquillo...*, analiza en detalles los conceptos de tortura incluidos en la ley federal y en el Código Penal para el Distrito Federal; señala el error de este último código de haber suprimido el calificativo de grave en la definición de tortura; ver pp. 83 – 89.

⁴⁹ Mir Puis, S., *Op. cit.*, p. 132.

La privación de la libertad es la pena más grave prevista por sistema penal mexicano, por ello debe reservarse para las conductas más lesivas y sustituirse, en los demás casos, por sanciones menos severas, como el trabajo a favor de la comunidad o la multa. En la valoración indispensable para fijar las penas y sus sustitutivos, se debe tener en cuenta que la pena de prisión afecta directamente a quien la sufre, pero tiene consecuencias para el núcleo familiar, que resiente los efectos negativos que conlleva.

En México el principio de humanidad es violado de manera reiterada en el sistema penitenciario. Las cárceles mexicanas proporcionan condiciones de vida indignas, no garantizan la integridad física de los detenidos ni contribuyen a su reinserción social.

PROPORCIONALIDAD

El principio de proporcionalidad que deben guardar las penas en relación con el delito cometido, fue enunciada por Beccaria a mediados del siglo XVIII.⁵⁰ En México, el principio se incorporó en forma expresa a la Constitución en 2008:

Artículo 22.... Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado.

La proporcionalidad en el derecho penal incide en dos niveles: en el de las normas penales generales elaboradas por el legislador, y en el de las normas penales individuales que derivan de las sentencias de los jueces.

1. Normas penales generales: En virtud de este principio, el legislador debe conminar con mayor sanción las conductas socialmente más lesivas y dejar para las que afectan bienes de menor entidad punibilidades menos gravosas. La “lesividad social” de una conducta debe valorarse en razón de la magnitud del bien jurídico afectado y del ataque a éste⁵¹.

La realización reiterada de una conducta no la convierte, en sí misma, en más lesiva que otra, que involucra bienes jurídicos de mayor valor, pero que se ejecuta en forma ocasional. El robo de vehículos no puede ser nunca más grave que el homicidio en relación del parentesco. Los códigos penales mexicanos, en ocasiones, atendiendo al impacto social, violentan la proporcionalidad, al fijar punibilidades semejantes para ciertos robos a las previstas para el homicidio o la violación.

Para evitar conminar con una pena mayor la afectación de un bien jurídico de menor entidad, el legislador debe tener presente el criterio de proporcionalidad. Esto no siempre ocurre. Un ejemplo de ello es la regulación del delito de tortura prevista por el Código Penal para el Distrito Federal. El tipo de tortura contemplado en el artículo 294, omite el calificativo de grave para los dolores o sufrimientos físicos o psicológicos ocasionados por un servidor público. Ello propicia que el agente de la autoridad opte por causar mayor dolor al detenido en el cometido, por ejemplo, de obtener una información, sabiendo que la punibilidad será la misma que si se limita a propinarle una bofetada.

⁵⁰ Beccaria, C. *Op. cit.*, pp. 39-42.

⁵¹ Islas de G. M., O., *Op. cit.*, p. 24.

2. Normas penales individuales (sentencias): Los jueces, al determinar la pena o medida de seguridad aplicable, deben considerar la gravedad del hecho cometido en el caso concreto y el grado de reproche que merece el autor por haberlo cometido. La gravedad del injusto y el grado de culpabilidad son reconocidos en los códigos penales federal y del Distrito Federal como criterios de determinación de la pena. El Código del Distrito Federal, además, reconoce expresamente en el artículo 5 que la medida de la pena estará en relación directa con el grado de culpabilidad del sujeto respecto del hecho cometido, así como de la gravedad de éste.

La doctrina actual entiende que la proporcionalidad como criterio de determinación de la pena marca el límite máximo del castigo que puede imponer el juez en el caso concreto, pero no impide que por razones de prevención general o especial se imponga una sanción menor⁵².

FINALIDAD PREVENTIVA DE LA PENA

El artículo 18 de la Constitución Política establece que el sistema penitenciario debe orientarse a lograr la reinserción social del condenado. El texto original fue objeto de diversas modificaciones:

Artículo 18. ...

El sistema penitenciario se organizará sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres cumplirán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.

...

La Constitución ha utilizado diversos conceptos para expresar la finalidad del sistema penitenciario. El texto original de 1917 hablaba de regeneración, en 1977 se substituyó por readaptación, en 2001 por reintegración, y en 2008 por reinserción. El cambio de conceptos obedeció a la evolución de las teorías criminológicas, que abandonaron la concepción del delincuente como enfermo o inadaptado y al fracaso, en los hechos, del tratamiento penitenciario como medio para evitar la reincidencia. En la actualidad, el constituyente se limita a disponer, tímidamente, que el sistema penitenciario procure que el sujeto no vuelva a delinquir.

La situación de las prisiones mexicanas difícilmente favorecerá que el propósito del constituyente se haga realidad. Los centros de reclusión del país, lejos de propiciar que el sujeto no vuelva a delinquir, ofrecen las oportunidades para que aprenda y se ocupe en diversas actividades ilícitas durante su estancia en ellos.

A pesar del fracaso de la pena de prisión para incidir en la conducta de los condenados y favorecer su reinserción en la sociedad, gran número de penitenciaristas insisten en reivindicar la función resocializadora de esta pena. Algunos afirman que el fracaso se debe a que no se ha puesto en práctica, cabalmente, el tratamiento penitenciario. Otros, como Baratta, consideran que, aunque los hechos demuestren lo

⁵² El tema es abordado en profundidad en el libro de Alicia Azzolini *Culpabilidad y punición*, ya citado.

contrario, la cárcel debe ser considerada como lugar y medio de resocialización, como una manera de enfrentar y detener las corrientes de la retribución y neutralización del delincuente, que han favorecido la creación de cárceles de máxima seguridad, desprovistas de toda aspiración humanitaria⁵³.

El constituyente, por una u otra razón, ha mantenido, con las variaciones señaladas, la finalidad preventiva especial positiva de la pena, que no se agota en evitar que el sujeto vuelva a delinquir, sino que busca su reincorporación a la vida social. Este solo hecho convierte en inconstitucional la pena de prisión perpetua, a pesar de que la Suprema Corte haya sostenido lo contrario⁵⁴.

El precepto también permite afirmar la inconstitucionalidad de las penas excesivamente largas, sin derecho a beneficios de libertad anticipada, que hacen imposible la reinserción social del condenado.

Un Estado de derecho, como es el mexicano, debe procurar mitigar el efecto desocializador de la pena privativa de la libertad, y facilitar el contacto de los presos con el exterior. Asimismo, debe ofrecer a los internos capacitación para el trabajo y educación, como una alternativa para ampliar sus opciones de reinserción social.

⁵³ Alessandro Baratta, "¿Resocialización o control social?", en *El sistema penitenciario; Entre el temor y la esperanza*, Orlando Cárdenas Editor, Irapuato, 1991, p. 75.

⁵⁴ EXTRADICIÓN. LA PRISIÓN VITALICIA NO CONSTITUYE UNA PENA INUSITADA DE LAS PROHIBIDAS POR EL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, POR LO QUE CUANDO AQUÉLLA SE SOLICITA ES INNECESARIO QUE EL ESTADO REQUIRENTE SE COMPROMETA A NO APLICARLA O A IMPONER UNA MENOR QUE FIJE SU LEGISLACIÓN.

De conformidad con el artículo 10, fracción V, de la Ley de Extradición Internacional, si el delito por el que se solicita la extradición es punible con la pena de muerte o alguna de las prohibidas por el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, acorde con las leyes de la parte requirente, la extradición no podrá concederse, a menos de que esta parte otorgue las seguridades suficientes de que aquéllas no se aplicarán, o que se impondrán las de menor gravedad que fije su legislación. En estas condiciones, si la pena de prisión vitalicia no es de las prohibidas por el referido precepto constitucional, es evidente que en los casos en que se solicite la extradición y el delito que se impute al reclamado sea punible en la legislación del Estado solicitante hasta con pena de prisión vitalicia, es innecesario exigirle que se comprometa a no imponerla o a aplicar una menor.

Solicitud de modificación de jurisprudencia 2/2005-PL. Presidente Mariano Azuela Güitrón, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia y Sergio A. Valls Hernández, Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 29 de noviembre de 2005. Mayoría de seis votos. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz, Juan Díaz Romero, Genaro David Góngora Pimentel, José de Jesús Gudiño Pelayo y Juan N. Silva Meza. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretarios: Rafael Coello Cetina y Alberto Díaz Díaz.

El Tribunal Pleno, el tres de enero en curso, aprobó, con el número 2/2006, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a tres de enero de dos mil seis.

Nota: En su sesión de 29 de noviembre de 2005, el Tribunal en Pleno determinó modificar la tesis P./J. 125/2001, que aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XIV, octubre de 2001, página 13, para quedar aprobada en los términos de la diversa P./J. 2/2006.

La propuesta preventiva especial contenida en la Constitución exige que el Estado tenga el control de los centros penitenciarios e imponga su autoridad para regular adecuadamente la estancia de los condenados en ellos.

Para esto, se requiere de una política penitenciaria integral, que a través de la creación de nuevos centros, del mejoramiento de los ya existentes y de la formación y capacitación del personal que preste sus servicios en ellos, genere las condiciones mínimas que permitan alcanzar el objetivo perseguido por la Constitución.

CONSECUENCIAS PENALES ACCESORIAS

El decreto de 18 de junio de 2008 incorporó a la Constitución una nueva figura, la extinción de dominio, con el propósito de contrarrestar las ganancias económicas, producto de la realización de actividades delictivas.

Extinción de dominio. De no haber ingresado esta figura directamente en el texto de la Carta Magna, hubiera sido, sin lugar a dudas, inconstitucional; ella afecta directamente los derechos adquiridos de los gobernados sin que se requiera sentencia firme que justifique, sin lugar a dudas, la procedencia ilícita de los bienes sobre los que recae.

Antes de su incorporación, los objetos o productos del delito podían ser, en primer término, asegurados, y cuando se comprobaba mediante sentencia firme la comisión del delito, decomisados. De conformidad con lo establecido en la Ley federal para la administración y enajenación de bienes del sector público, el Ministerio Público de la Federación acuerda el aseguramiento de los instrumentos, objetos o productos del delito, así como bienes en que existan huellas o pudieran tener relación con éste, con la finalidad de que no se alteren, destruyan o desaparezcan. El decomiso de los objetos o productos del delito, es decretado por el juez en la sentencia

La nueva figura busca atacar de manera expedita los beneficios económicos que se derivan de la comisión de delitos. La extinción de dominio es la pérdida de los derechos de propiedad de aquellos bienes (muebles o inmuebles) que sean instrumento, objeto o producto del delito. El propietario puede perder sus bienes antes de que se resuelva el proceso penal, a través de un juicio de paralelo, de carácter civil, en el que así se determine. La institución tiene un doble naturaleza, puede verse como una medida cautelar y también como una pena. Es cautelar porque si el juez de la causa penal determina la inexistencia de alguno de los elementos del cuerpo del delito, deberá ordenar la devolución de los bienes materia de la controversia, si fuera posible, o su valor a su legítimo propietario o poseedor, junto con los intereses, rendimientos y accesorios que, en su caso, se hayan producido durante el tiempo en que hayan sido administrados por el Servicio de Administración y Enajenación de Bienes (artículo 49 de la Ley Federal de extinción de dominio). Es una pena, porque, en caso que la sentencia penal confirme la existencia del delito, el titular de los bienes pierde definitivamente su derecho sobre ellos.

La extinción de dominio está regulada en el segundo párrafo del artículo 22, de la siguiente manera:

Artículo 22. ...

...En el caso de extinción de dominio se establecerá un procedimiento que se regirá por las siguientes reglas:

I. *Será jurisdiccional y autónomo del de materia penal;*

II. *Procederá en los casos de delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, robo de vehículos y trata de personas, respecto de los bienes siguientes:*

a) *Aquellos que sean instrumento, objeto o producto del delito, aún cuando no se haya dictado la sentencia que determine la responsabilidad penal, pero existan elementos suficientes para determinar que el hecho ilícito sucedió.*

b) *Aquellos que no sean instrumento, objeto o producto del delito, pero que hayan sido utilizados o destinados a ocultar o mezclar bienes producto del delito, siempre y cuando se reúnan los extremos del inciso anterior.*

c) *Aquellos que estén siendo utilizados para la comisión de delitos por un tercero, si su dueño tuvo conocimiento de ello y no lo notificó a la autoridad o hizo algo para impedirlo.*

d) *Aquellos que estén intitulado a nombre de terceros, pero existan suficientes elementos para determinar que son producto de delitos patrimoniales o de delincuencia organizada, y el acusado por estos delitos se comporte como dueño.*

La figura es aplicable en los casos de delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, robo de vehículos y trata de personas. Esto da lugar a que la Federación, las entidades federativas y el Distrito Federal incluyan esta figura en sus respectivas legislaciones. La Ley Federal de extinción de dominio establece que el Poder Judicial de la Federación contará con jueces especializados en extinción de dominio. La ley de extinción de dominio para el Distrito Federal contempla la figura del Juez de extinción de Dominio del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. En todos los casos es el Ministerio Público el legitimado para entablar la demanda de extinción de dominio ante los tribunales.

Se trata de un juicio autónomo que no está sujeto, en principio, a los resultados del procedimiento penal. Este hecho, y el que se pueda extinguir el dominio respecto de bienes cuyos propietarios no participaron ni tuvieron relación alguna con el delito, ha generado múltiples críticas y se ha cuestionado su constitucionalidad.

DELITOS EN PARTICULAR

El incremento de normas de carácter penal en la Constitución incluye la incorporación de referencias a delitos específicos, como son la delincuencia organizada y el secuestro.

1. Delincuencia organizada. La reforma constitucional de 18 de junio de 2008, incorporó al artículo 16 de la Carta Magna el tipo penal, en los siguientes términos:

Artículo 16. ...

...

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.

...

La inclusión de este precepto en el texto constitucional suscitó numerosas críticas, entre ellas:

1. La Constitución no debe regular los tipos penales, la definición de las conductas delictivas y sus respectivas punibilidades corresponde a la legislación secundaria.
2. No era necesario incluir el tipo de delincuencia organizada para uniformar su contenido en todo el país: según el texto del artículo 73 fracción XXI constitucional, modificado por la propia reforma de 18 de junio de 2008, la delincuencia organizada será materia federal.
3. El tipo penal de delincuencia organizada regulado en el artículo 16 es excesivamente amplio porque: a) No incluye la finalidad de organizarse para cometer permanente o reiteradamente delitos cuya gravedad amerite la calidad de delincuencia organizada; b) No exige la permanencia en el tiempo de la organización; más que la comisión de dos o más delitos lo que permite calificar a un delito como de delincuencia organizada es que la organización a la que pertenecen los delincuentes se extienda por un tiempo prolongado, y c) No puede tratarse de cualquier organización, sino de aquella que cuente con una estructura jerárquica y recursos considerables⁵⁵.

El incremento, la diversificación y la complejidad de las organizaciones delictivas en el mundo globalizado, en particular, en México, son innegables. También lo es que la prevención y persecución de los crímenes cometidos por esta clase de delincuencia merece especial atención; requiere de una estrategia integral que descansa, principalmente, en tareas de inteligencia policial a cargo de personal altamente especializado, y la capacitación de ministerios públicos y peritos encargados de perseguirlos. La legislación, por su parte, también debe dar cuenta de las dificultades particulares que se presentan en la investigación y persecución de crímenes de esta naturaleza. Lo que no debe hacerse es crear un régimen paralelo, que viole garantías esenciales reconocidas por la Constitución. La existencia de un derecho penal del enemigo es incompatible con los derechos fundamentales reconocidos en nuestra carta Magna.

El constituyente ha incorporado al texto fundamental disposiciones aplicables a la delincuencia organizada que afectan las garantías de imputados y condenados. El artículo 16 prevé la figura del arrarigo y la detención por parte del Ministerio Público de hasta noventa y seis horas; el artículo 18 ordena que la reclusión preventiva y la ejecución de sentencias por delitos de delincuencia organizada, se cumpla en centros especiales y autoriza que a los inculpados y condenados se les pueda restringir las comunicaciones con terceros, salvo con su defensor; el artículo 19 establece que si con posterioridad a la emisión del auto de vinculación a proceso por delincuencia organizada, el inculpadado evade la acción de la justicia o es puesto a disposición de otro juez que lo reclame en el extranjero, se suspenderá el proceso junto con los plazos para la prescripción de la acción penal; el mismo artículo obliga a los jueces ordenar de oficio la prisión preventiva a los imputados por este delito; el artículo 20, Apartado B,

⁵⁵ Estas observaciones han sido formuladas, en lo sustancial, por Luis de la Barreda en el texto ya citado *La justicia penal en el banquillo*, pp. 21-22.

fracción I permite que los jueces autoricen que en casos de delincuencia organizada se mantenga en reserva el nombre y los datos del acusador; la fracción III, párrafo segundo, faculta al legislador ordinario para establecer beneficios a favor del inculcado, procesado o condenado que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de los delitos en esta materia; la fracción V admite que en casos de delincuencia organizada, tengan valor probatorio las actuaciones realizadas en fase de investigación. Finalmente, el artículo 22 prevé la figura de extinción de dominio de aquellos bienes que sean producto del delito o que se hayan utilizado para su comisión en los casos de delincuencia organizada.

Disposiciones como las mencionadas, menguan sustancialmente los derechos fundamentales reconocidos y garantizados en el texto constitucional. Crean un sistema penal paralelo, con garantías devaluadas, respecto de ciertos delitos. El hecho de que las actuaciones realizadas en la fase de investigación lleguen a tener valor probatorio, cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas, abre la puerta para que los procedimientos penales en esta materia se lleven a cabo con los principios que la reforma pretende combatir. Las situaciones señaladas como excepción no lo son este tipo de delitos. La regla de que la prueba que funda la sentencia es la desahogada en la audiencia de juicio oral, es básica en el proceso acusatorio. En materia de delincuencia organizada no se aplicará el proceso acusatorio. Éste es un supuesto adicional.

Además de la flagrante violación a las bases del estado de derecho que representa la inclusión de un régimen paralelo en el texto constitucional, se corre el riesgo de que ese sistema disminuido, deje de ser excepcional y termine por prevalecer como regla. Desde que ingresó al ordenamiento jurídico mexicano en 1993, el concepto de delincuencia organizada se ha extendido. En nuestros días, se han incorporado nuevos delitos a la lista original del artículo 2 de la Ley federal contra la delincuencia organizada.

A lo anterior, se suma el hecho de que las disposiciones de “excepción”, que el constituyente ha adoptado para combatir la delincuencia organizada, pueden extenderse a otros supuestos y delitos. La posibilidad de restringir las comunicaciones con el exterior, prevista en el artículo 18, son aplicables a internos ajenos a la delincuencia organizada, que requieran medidas especiales de seguridad, en términos de la ley. La extinción de dominio, regulada en el artículo 22, opera también en delitos contra la salud, secuestro, robo de vehículos y trata de personas. El endurecimiento paulatino del sistema penal ha sido una constante en los últimos años, matizado por disposiciones de corte garantista que no llegan a paliar sus consecuencias.

La reforma constitucional de junio de 2008 facultó al Congreso de la Unión para legislar en materia de delincuencia organizada. El Congreso de la Unión, en ejercicio de la facultad conferida en la reformada fracción XXI del artículo 73, modificó la Ley federal contra la delincuencia organizada, el 23 de enero de 2009. Con ello se habría activado la disposición del artículo Sexto transitorio del decreto de reforma de 18 de junio de 2008, que prevé:

Sexto. Las legislaciones en materia de delincuencia organizada de las entidades federativas, continuarán en vigor hasta en tanto el Congreso de la Unión ejerza la facultad conferida en el artículo 73, fracción XXI, de esta Constitución. Los procesos penales iniciados con fundamento en dichas legislaciones, así como las sentencias emitidas con base en las mismas,

no serán afectados por la entrada en vigor de la legislación federal. Por lo tanto, deberán concluirse y ejecutarse, respectivamente, conforme a las disposiciones vigentes antes de la entrada en vigor de esta última.

Las autoridades locales, entre ellas las del Distrito Federal, no han considerado que la modificación a Ley federal contra la delincuencia organizada haya activado el supuesto considerado en el artículo sexto transitorio, por lo que siguen aplicando la legislación estatal en la materia.

2. Secuestro. La reforma de 18 de junio de 2008 modificó la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución, para quedar así:

Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

I. a XX.

XXI. Para establecer los delitos y las faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse; expedir una ley general en materia de secuestro, que establezca, como mínimo, los tipos penales y sus sanciones, la distribución de competencias y las formas de coordinación entre la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios; así como legislar en materia de delincuencia organizada.

..... XXII. a XXX.

La facultad otorgada al Congreso de la Unión para legislar sobre secuestros obedece a la preocupación por la comisión reiterada de este delito a lo largo y ancho del país. Por tratarse de un delito permanente, es común que la privación de la libertad inicie en una entidad federativa y se prolongue en otra u otras, independientemente de aquellos casos en que se configure la delincuencia organizada. Se pretende que la ley uniforme los tipos penales y las punibilidades y que establezca criterios de colaboración en los distintos niveles de gobierno para lograr un combate más eficaz. El proyecto de decreto que se está discutiendo en el Poder Legislativo de la Unión contiene penas draconianas, una tipificación imperfecta y criterios poco claros para delimitar las competencias y las formas de coordinación.

La proliferación de legislaciones especiales, propia del derecho premoderno, pone en crisis al principio de legalidad penal. Como una manera de refundarlo, Ferrajoli propone el principio de reserva de código, en virtud del cual no podría introducirse ninguna norma en materia de delitos, penas o procesos penales si no es a través de una modificación o una integración en el texto del código penal o procesal⁵⁶.

La propuesta garantista es contraria a la tendencia del constituyente mexicano a crear legislaciones penales especiales.

III. DERECHO CONSTITUCIONAL PROCESAL PENAL

En la Exposición de Motivos del proyecto de Constitución de 1917, se menciona que la institución del Ministerio Público evitaría los excesos de los entonces jueces de instrucción en la investigación de delitos, como también que le quitaría a los presidentes municipales y a la policía común la posibilidad de aprehender a las personas que juzgaran sospechosas. Es claro que desde ese documento el constituyente

⁵⁶ Ferrajoli, Luigi, "Pasado y futuro del estado de derecho", en Carbonell Miguel (compilador), *Neoconstitucionalismo*, Editorial Trotta, Madrid, 2008, p. 23.

mostraba signos de preocupación en la concentración del poder en un solo órgano. Por ello, diseñó un procedimiento penal acusatorio en el que el Ministerio Público se avocaría a la investigación de los delitos, auxiliado de la Policía Judicial, y a su persecución ante los tribunales como órgano acusador⁵⁷. La Constitución Política, en su texto original, diseñaba un proceso acusatorio. Tan es así que Estados como Oaxaca o Chihuahua modificaron su legislación procesal con anterioridad a 2008, sin que se hubiera reformado al efecto el texto constitucional.

La legislación secundaria y la práctica, por el contrario, diseñaron un procedimiento de carácter mixto; se acrecentaron las atribuciones del Ministerio Público en la etapa de la averiguación previa, se permitió que desahogara ante sí mismo el caudal probatorio; éste, en muchos casos, constituye el elemento medular de la sentencia condenatoria dictada por el juez.

La indefensión del imputado en la etapa de investigación llevó a incorporar en la Constitución y en la legislación secundaria garantías específicas para esta etapa procesal: la presencia del defensor en todas las actuaciones del imputado y el derecho a ofrecer pruebas. La mayor regulación de la etapa de investigación convirtió a la averiguación previa en un mini proceso en el que, en ocasiones, se resuelve el caso, y la intervención judicial no hace más que corroborar lo actuado ante el órgano investigador.

A pesar de que la existencia del Ministerio Público está prevista en la Constitución en el capítulo IV del Poder Judicial, éste está inserto en el Poder Ejecutivo: el Procurador es nombrado en el ámbito Federal y en el estatal por el titular del Poder ejecutivo respectivo, con la ratificación, en algunos casos, del Poder Legislativo y del Ejecutivo Federal en el Distrito Federal.

El exceso de atribuciones de este órgano ha propiciado, en muchos casos, la incursión del ejecutivo en el ámbito de la justicia penal con fines notoriamente políticos e, incluso, partidarios.

El incremento del crimen organizado y la falta de una política criminal adecuada para prevenirlo y combatirlo favorecieron que se incrementaran las atribuciones del Ministerio Público en menoscabo de las garantías individuales.

Todo lo anterior puso en evidencia la necesidad de un cambio en el sistema procesal penal mexicano. Organizaciones de derechos humanos, nacionales y extranjeras, e importantes sectores académicos impulsaron la creación de un nuevo sistema procesal de carácter acusatorio —también llamado adversarial—, que se desarrolle en forma oral, que limite las atribuciones del Ministerio Público, que prevea el control judicial de la mayor parte de las actuaciones y que contemple medios alternativos de solución de controversias.

La aspiración de que todos los procesos penales del país siguieran el modelo acusatorio oral, propició la reforma a la Constitución Política de 18 de junio de 2008, con la que se pretendió sentar las bases del nuevo sistema para todas las entidades federativas.

⁵⁷ Sobre el sistema acusatorio diseñado por el constituyente, ver Olga Islas y Elpidio Ramírez, *El proceso penal en la Constitución*, Porrúa, México, 1970, *passim*.

El texto reformado incluye principios y reglas de carácter procesal, ellos obligan al legislador secundario, limitan las amplias atribuciones que tiene todavía el Ministerio Público en la etapa de investigación y reconoce expresamente derechos al imputado y a la víctima.

PRINCIPIOS PROCESALES

El texto reformado del artículo 20 inicia con el reconocimiento de los principios que rigen el proceso acusatorio.

Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

La doctrina procesal se ha ocupado de definir en detalle cada uno de estos principios.

1. Publicidad. El proceso acusatorio es público; debe existir publicidad y transparencia para instruir y juzgar a la vista de la sociedad y bajo su control. Este principio se refleja en varios aspectos, entre los que destacan:

- a) El órgano acusador debe señalar, al momento de la acusación, todas las pruebas, sin reservarse o esconder ninguna, y
- b) La prueba se practica de manera integral en una audiencia pública⁵⁸.

El principio de publicidad no es absoluto, debe ceder ante la necesidad de proteger la intimidad, el honor o la seguridad de cualquier persona que debiere tomar parte en el juicio y de evitar la divulgación de secretos protegidos por la ley. La fracción V del Apartado B, del artículo 20 establece que la publicidad sólo podrá restringirse en los casos de excepción que determine la ley, por razones de seguridad nacional, seguridad pública, protección de las víctimas, testigos y menores, cuando se ponga en riesgo la revelación de datos legalmente protegidos, o cuando el tribunal estime que existen razones fundadas que lo justificasen.

2. Contradicción. En virtud del principio de contradicción —que va aparejado con la igualdad entre las partes— se articula un proceso dialéctico de valoración de la prueba, para conocer la verdad de los hechos a partir de la presentación de las pruebas y argumentos de manera equilibrada, en igualdad de circunstancias, entre la defensa y el Ministerio Público⁵⁹. Las partes deben tener acceso a todas las pruebas; participar en la práctica de ellas y controvertirlas.

El principio de contradicción se ve reforzado por lo dispuesto por las fracciones III y VI del Apartado A, del artículo 20 constitucional. La primera establece que para

⁵⁸ Solórzano Garavito, Carlos Roberto, *Sistema acusatorio y técnicas del juicio oral*, tercera edición, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2010, pp. 115-116. Baytelman A., Andrés y Mauricio Duce J., *Litigación penal; Juicio oral y prueba*, Fondo de Cultura Económica, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2005, p. 19.

⁵⁹ Baytelman, A. et al. *Op. cit.*, p. 19.

efectos de la sentencia sólo podrá considerarse como prueba la que se haya desahogado en la audiencia de juicio oral. Esto permite a la contraparte conocer y debatir —a través del concontrainterrogatorio o de otras técnicas o medios probatorios— las pruebas del adversario. La fracción VI prohíbe al juez tratar asuntos sujetos a proceso con una de las partes sin que esté presente la otra. Con ello se garantiza la contradicción, en tanto que ambas partes, estando presentes, pueden expresar sus puntos de vista. Esta disposición pretende, asimismo, reforzar la imparcialidad judicial.

3. Concentración. Este principio alude a la necesidad de concentrar la práctica de la prueba en la audiencia pública, también denominada audiencia de juicio oral, lo que ayuda a desahogar los procesos con agilidad y eficacia⁶⁰.

4. Continuidad. El principio es complemento del de concentración. Se refiere a que el debate no sea interrumpido. La audiencia debe desarrollarse en forma continua y, de ser necesario, prolongarse en sesiones sucesivas hasta su conclusión. En derecho comparado se consideran sesiones sucesivas aquellas que tuvieron lugar en el día siguiente o subsiguiente de funcionamiento ordinario del tribunal⁶¹.

5. Inmediación. Radica en el conocimiento directo que debe tener el juez, como director del proceso, de todas las actuaciones que se realicen. El juzgador sólo puede emitir su sentencia con base en las impresiones personales que obtenga del acusado y del examen de los medios de prueba. No puede tener en cuenta un medio de prueba que no ha sido rendido directamente ante él. Este principio tiene dos aspectos:

a) Inmediación formal: El tribunal que dicta la sentencia debe haber observado por sí mismo la recepción de la prueba, y

b) Inmediación material: El tribunal debe extraer los hechos de la fuente por sí mismo, sin que pueda recurrir a equivalentes probatorios. Se funda en el valor que se le reconoce al juicio oral como instrumento para poner a prueba la confiabilidad de la información que recibe el tribunal⁶².

El principio de inmediación, en sus aspectos formal y material, está reconocido en la fracción II del Apartado A, del artículo 20 de la Constitución, que obliga al juez a estar presente en las audiencias y le prohíbe delegar el desahogo y la valoración de la prueba.

REGLAS PROBATORIAS

La Constitución prevé reglas específicas para la admisión y valoración de la prueba. Ellas son:

1. Prueba para efectos de la sentencia. La regla general prevista en la fracción III del Apartado A, del artículo 20 es que para los efectos de la sentencia sólo se

⁶⁰ Solórzano Garavito, C. R., *Op. cit.*, p. 118.

⁶¹ Horvitz Lennon, María Inés y Julián López Masle, *Derecho procesal penal chileno*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2002, p. 98.

⁶² Horvitz Lennon, María Inés y Julián López Masle, *Op. cit.*, pp. 96-97.

considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio. Esta disposición excluye el material probatorio que haya recabado el Ministerio Público en la etapa de investigación y que no haya sido debidamente introducido en la audiencia de juicio oral. Con esto se acotan las atribuciones del Ministerio Público, que ya no podrá hacer valer para la sentencia las pruebas que él mismo propuso y desahogó, sin control judicial ni participación de la contraparte.

Las partes están obligadas a introducir por los medios procesales pertinentes —declaraciones de testigos, dictámenes de peritos, informes de investigadores— el material probatorio, de lo contrario carecerá de valor y el juez no podrá tenerlo en cuenta para motivar su fallo. El cambio en las reglas de producción de pruebas constituye uno de los aspectos más trascendente de la reforma desde la perspectiva de las garantías individuales.

2. Prueba anticipada. La fracción III del Apartado A, del artículo 20 prevé que: *...La ley establecerá las excepciones y los requisitos para admitir en juicio la prueba anticipada, que por su naturaleza requiera desahogo previo.* En ocasiones, las circunstancias hacen necesario que la prueba se desahogue con anterioridad a la audiencia, de lo contrario corre el riesgo de perderse⁶³. La prueba debería, entonces, desahogarse ante el juez de garantías o de control, según sea el nombre que adopte la legislación secundaria, en presencia de ambas partes. Si no hubiere en ese momento persona imputada, debería concurrir el defensor de oficio.

3. Valoración de la prueba. La fracción II del Apartado A, de del artículo 20 constitucional hace referencia a la valoración libre y lógica. El texto establece el sistema de valoración de la prueba denominado de libre convicción o sana crítica; ésta se caracteriza por la inexistencia de toda norma legal tendiente a regular el valor probatorio que el juez debe asignar a cada evidencia, pero impone la obligación de fundamentar su decisión, haciendo explícita las razones que la han motivado, las que no pueden contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados⁶⁴. Esta regla deja sin efecto cualquier disposición secundaria que aluda a la prueba tasada, propia de los sistemas inquisitivos, que obligaban al juez a adoptar las reglas de valoración fijadas en la ley⁶⁵.

⁶³ El artículo 267 del Código de Procedimientos Penales de Chihuahua, por ejemplo, contempla casos como los de aquellos testigos que manifiesten la imposibilidad de concurrir a la audiencia, ya que tienen, por ejemplo, necesidad de ausentarse del país, o cuando existieren motivos que hagan temer su muerte o que sobrevenga una incapacidad física o mental o esté en riesgo y no haya otra forma de darle protección.

⁶⁴ Horvitz Lennon, M. I. et al, *Op cit.*, tomo II, p. 150.

⁶⁵ El Código Procesal Penal de Chihuahua regula la valoración de la prueba en el artículo 333, adoptando el sistema de libre convicción o sana crítica.

Artículo 333. Valoración de la prueba.

Los Tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos.

El Tribunal deberá hacerse cargo en su motivación de toda la prueba producida, considerando en su caso, los elementos de prueba, que por cualquier medio fueron desahogados durante la audiencia de debate de juicio oral. [Párrafo reformado mediante Decreto No. 1016-10 VII P.E. publicado en el P.O.E. No. 9 del 30 de enero de 2010]

La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieren por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados. Esta motivación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia.

4. Prueba ilícita. Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula, dispone la fracción IX del Apartado A, del artículo 20. En un Estado de derecho democrático el sistema procesal penal está orientado a averiguar la verdad; no a cualquier precio⁶⁶. El respeto a los derechos fundamentales prevalece sobre la obtención de la verdad. En los sistemas inquisitivos, en los que la búsqueda de la verdad material es el objetivo central del procedimiento, se han considerado admisibles y válidas las pruebas obtenidas con violación de los derechos fundamentales. En el derecho mexicano el tema ha sido controvertido. En los últimos años, aun en aquellos casos en que no ha entrado en vigor la reforma de 2008, ha habido la tendencia a rechazar la prueba ilícita⁶⁷.

Tres razones de peso señalan Horvitz y López para rechazar la prueba obtenida ilícitamente: a) la necesidad de evitar que las decisiones judiciales en materia penal se basen en pruebas que no satisfagan exigencias mínimas de credibilidad (criterio de confiabilidad); b) la necesidad de asegurar que las decisiones judiciales en materia penal no descansen en medios ilícitos (criterio de integridad judicial), y c) la necesidad de disuadir a los agentes de la persecución penal de violentar derechos fundamentales en el curso de la investigación (criterio de la prevención o disuasión)⁶⁸.

La prueba ilícita no tiene valor en ninguna etapa del proceso, no puede justificar medidas cautelares ni la sentencia.

SUJETOS PROCESALES

⁶⁶ *Ídem*, p, 168.

⁶⁷ **PRUEBA ILÍCITA. EL DERECHO A UN DEBIDO PROCESO COMPRENDE EL DERECHO A NO SER JUZGADO A PARTIR DE PRUEBAS OBTENIDAS AL MARGEN DE LAS EXIGENCIAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES.**

Exigir la nulidad de la **prueba ilícita** es una garantía que le asiste al inculpado durante todo el proceso y cuya protección puede hacer valer frente a los tribunales alegando como fundamento: (i) el artículo 14 constitucional, al establecer como condición de validez de una sentencia penal, el respeto a las formalidades esenciales del procedimiento, (ii) el derecho de que los jueces se conduzcan con imparcialidad, en términos del artículo 17 constitucional y (iii) el derecho a una defensa adecuada que asiste a todo inculpado de acuerdo con el artículo 20, fracción IX de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Si se pretende el respeto al derecho de ser juzgado por tribunales imparciales y el derecho a una defensa adecuada, es claro que una **prueba** cuya obtención ha sido irregular (ya sea por contravenir el orden constitucional o el legal), no puede sino ser considerada inválida. De otra forma, es claro que el inculpado estaría en condición de desventaja para hacer valer su defensa. Por ello, la regla de exclusión de la **prueba ilícita** se encuentra implícitamente prevista en nuestro orden constitucional. Así mismo, el artículo 206 del Código Federal de Procedimientos Penales establece, a contrario sensu, que ninguna **prueba** que vaya contra el derecho debe ser admitida. Esto deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables.

Amparo directo 9/2008. 12 de agosto de 2009. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Sergio A. Valls Hernández. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Miguel Enrique Sánchez

Instancia: Primera Sala

Tesis: 1a. CLXXXVI/2009

Tesis Aislada

⁶⁸ Horvitz Lennon, M. I. et al, *Op cit.*, tomo II, p. 181. El Código Procesal Penal de Chihuahua, por ejemplo, establece en el artículo 331 que los elementos de prueba no tendrán valor si han sido obtenidos por un medio ilícito, o si no fueron incorporados al proceso conforme a las disposiciones de este Código.

Bajo la fórmula de sujetos procesales, la doctrina ha entendido a las personas que intervienen regularmente en el trámite del proceso, representando al Estado, o bien a los diferentes intereses particulares comprometidos en la definición del mismo⁶⁹. El concepto de sujeto procesal es más amplio que el de parte. Es parte quien ha solicitado al juez una decisión relativa a la imputación y aquél contra la cual la decisión ha sido solicitada⁷⁰. El texto constitucional alude y regula a los sujetos que intervienen en las distintas etapas procesales.

1. Ministerio Público. La figura del Ministerio Público se introdujo en el texto constitucional de 1917 como la encargada de investigar los delitos y perseguir su sanción ante los tribunales. El Ministerio Público tenía, en la Constitución de 1917, el monopolio del ejercicio de la acción penal. Con ello se privó a los jueces de la facultad que hasta entonces habían tenido de iniciar de oficio los procesos.

En los ámbitos federal y local el Ministerio Público es parte de la administración pública, es nombrado por el Poder Ejecutivo. El nombramiento del Procurador General de la República está sujeto a la ratificación del Senado. Ello no ha sido obstáculo para que la doctrina lo considere como un organismo independiente, cuyos funcionarios están sujetos a una sola unidad de mando y de control: el Procurador de Justicia. Señala González Bustamante que el Ministerio Público “Debe intervenir en el procedimiento penal desde las primeras diligencias, solicitar las órdenes de aprehensión contra los que aparezcan responsables, buscar y presentar las pruebas que acrediten su responsabilidad, pedir la aplicación de las penas y cuidar porque los procesos penales sigan su marcha normal”⁷¹. En el periodo de averiguación previa ejerce funciones de autoridad en la búsqueda de las pruebas necesarias para el ejercicio de la acción penal, desde el momento que promueve la acción penal pierde el carácter de autoridad y se convierte en parte.

La legislación secundaria y la práctica forense confirieron al Ministerio Público amplias atribuciones, que no se desprendían del texto originario de la Constitución de 1917. En particular, en la investigación de los delitos, se le concedió valor probatorio pleno a las diligencias que se practican ante él; se le otorgó la libertad de decidir el ejercicio o no de la acción penal. La concentración de poder en el órgano investigador dio lugar a reformas constitucionales que incluyeron garantías para el indiciado durante la averiguación previa, y concedieron a la víctima u ofendido la posibilidad de impugnar las resoluciones de no ejercicio de la acción penal o el desistimiento de ella.

La reforma constitucional de 18 de junio de 2008 limita las atribuciones del Ministerio Público, en busca del equilibrio entre las partes.

Investigación de los delitos. Corresponde al Ministerio Público y a las policías, que actuarán bajo su mando, de conformidad con lo previsto en el primer párrafo del artículo 21 constitucional, la investigación de los delitos. Para ello, el Ministerio Público podrá ordenar que se practiquen las diligencias necesarias y recabar y asegurar las evidencias para acreditar la existencia de un hecho que la ley señale como delito y la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión. Las

⁶⁹ Botero C., Martín Eduardo, *El sistema procesal penal acusatorio; El justo proceso*, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Bogotá, 2008, p. 129.

⁷⁰ Paolo Tonini, citados por Botero en *Op. cit.*, p. 131.

⁷¹ González Bustamante, Juan José, *Op. cit.*, p. 78.

diligencias que practiquen las policías y el Ministerio Público no tendrán valor probatorio para efectos de la sentencia; serán considerados, solamente, para el libramiento de la orden de aprehensión o del auto de vinculación a proceso.

El Ministerio Público, en el nuevo modelo, debe dirigir la actuación de la policía, controla la legalidad de las detenciones y demás diligencias que ella lleve a cabo.

Tiene que solicitar al juez autorización para obtener pruebas que afecten a la persona imputada.

El Ministerio Público podrá solicitar, en los casos que prevean las legislaciones secundarias, que se practique prueba anticipada.

En el curso de la investigación del delito, el artículo 16 autoriza al Ministerio Público a solicitar al juez el arraigo de los sospechosos, en caso de delincuencia organizada, el cateo de lugares en los que puedan existir evidencias del delito investigado y la intervención de comunicaciones telefónicas.

El artículo 19 establece que 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 condenado previamente por la comisión de un delito doloso.

El Ministerio Público no puede realizar en la investigación funciones de carácter jurisdiccional⁷². Deberá garantizar la protección de víctimas, ofendidos, testigos y en general todas los sujetos que intervengan en el proceso (artículo 20, Apartado C, fracción V).

El principio de buena fe, por el cual toda la actuación del Ministerio Público, en tanto órgano del Estado tenía la presunción de veracidad, se entiende en el nuevo sistema de manera diferente. El principio remite a que la actuación del Ministerio Público está sometida al principio de objetividad; debe investigar la existencia del delito, como sus excluyentes, y, llegado el caso, si así se desprende de su carpeta de investigación, tiene que solicitar el sobreseimiento de la causa o la absolución del imputado en cualquier etapa del proceso. Asimismo, debe proceder con lealtad hacia el imputado, la víctima, el ofendido y las demás personas que intervengan en el proceso. La lealtad comprende el deber de no ocultar los elementos probatorios que pueden ser favorables al acusado.

Persecución de los delitos ante los tribunales. El ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al Ministerio Público. Durante la investigación, debió de haber recabado evidencias suficientes sobre la comisión de un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

⁷² Cfr. HERNÁNDEZ REYES, René, “Los sujetos procesales en el Nuevo Proceso Penal”, en CARMONA CASTILLO, Gerardo A., (Coord.) *Juicio oral penal; Reforma proceso penal de Oaxaca*, Jurídica de la Américas, México, D.F., 2008, pp. 82-92 *passim*.

El párrafo segundo del artículo 21, reformado en 2008, establece que la ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial. Antes de la reforma, se entendía que el Ministerio Público tenía el monopolio del ejercicio de la acción penal ante los tribunales federales y locales, así lo había declarado la Suprema Corte de Justicia⁷³. El artículo 19 concedía a los particulares la posibilidad de impugnar las resoluciones del Ministerio Público de no ejercicio de la acción penal o de su desistimiento. Con ello se limitaba la facultad discrecional de la acusación penal. El texto actual va más allá; será el particular quien accione directamente ante los tribunales en los casos y condiciones que regule la legislación secundaria. La regulación de este precepto deberá ser cuidadosa. La acción privada tiene cabida para los delitos que afectan bienes jurídicos individuales, siempre que esa afectación no sea de tal trascendencia que ponga en riesgo la convivencia pacífica de los integrantes de la sociedad. El Código de Procedimientos Penales del Estado de México, por ejemplo, autoriza la acción privada para los delitos contra el honor, los culposos, las lesiones perseguibles por querrela y lo patrimoniales no violentos. En derecho comparado, la acción privada se autoriza, también, en delitos relacionados con cuestiones familiares, en los que se afecta los derechos alimentarios o la guarda y custodia de los hijos. En los procesos penales que se inician por acción privada, no existe etapa previa de investigación; la denuncia la presenta directamente el particular ante el juez. En el Estado de México se presenta ante el juez de control. Las distintas legislaciones que regulan la acción privada prevén que una vez dictado el acto de vinculación a proceso, o la disposición equivalente, el procedimiento se tramite de acuerdo con las normas generales de la acción pública.

Deben fijarse límites precisos, para evitar que en la justicia penal se diriman controversias de carácter privado, contrariando así los principios de *ultima ratio* y mínima intervención.

La Constitución, en el artículo 21, reconoce el principio de oportunidad: el Ministerio Público, ante la noticia de un hecho punible o, inclusive, ante la existencia de prueba completa de la perpetración de un delito, está autorizado para no iniciar, suspender, interrumpir o hacer cesar el curso de la persecución penal, cuando así lo aconsejen motivos de utilidad social o razones político-criminales⁷⁴. Este principio se articula con los medios de justicia alternativa. La posibilidad de resolver conflictos penales por vías no jurisdiccionales sólo es factible si se autoriza al Ministerio Público y, en su caso, a los jueces, a no actuar con estricto apego a la legalidad en el ejercicio de la acción penal y en la potestad de juzgar los delitos y sancionar a sus autores. La ley secundaria debe prever los supuestos y condiciones en que opere el principio. Es aconsejable que la legislación sea precisa y que, en todo momento, se salvaguarden los derechos de las víctimas u ofendidos; de lo contrario pudiera favorecerse la impunidad o se propiciarían actuaciones arbitrarias del Ministerio Público⁷⁵.

⁷³ Elisur Arteaga señala la existencia de excepciones al monopolio del ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, en su libro *Garantías individuales*, ya citado, p.401.

⁷⁴ Horvitz Lennon, M. I. et al, *Op cit.*, tomo I, p. 48.

⁷⁵ El Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua prevé criterios para la aplicación el principio de oportunidad.

Artículo 83. Principios de legalidad procesal y oportunidad.

El agente del Ministerio Público deberá ejercer la acción penal en todos los casos en que sea procedente, con arreglo a las disposiciones de la ley.

Corresponde al Ministerio Público la carga de la prueba, frente al reconocimiento expreso de la inocencia del imputado (Artículo 20, Apartado A fracción V).

El inciso b) del párrafo undécimo del artículo 21 establece que los agentes del Ministerio Público deben ser certificados y registrados para ingresar al Sistema Nacional de Seguridad Pública. La ley secundaria debe fijar los plazos y los requisitos para que se cumpla con esta disposición.

2. Policía. La policía es un sujeto que interviene en la etapa de investigación. La redacción actual del artículo 21 de la Constitución Política establece que la investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquél en el ejercicio de esa función. Aunque la redacción es similar al texto original, ahora habla de policías, en plural, dando a entender que cualquiera de los cuerpos policiales, incluyendo los de carácter preventivo, deberá avocarse a la investigación del delito. La sujeción al Ministerio Público es sólo funcional, se reemplaza el término autoridad por los de conducción y mando.

El párrafo décimo del mismo artículo 21 dispone que el Ministerio Público y las instituciones policiales de los tres órdenes de gobierno deben coordinarse entre sí para cumplir los objetivos de la seguridad pública.

No obstante, el Ministerio Público podrá prescindir, total o parcialmente, de la persecución penal, que se limite a alguno o a varios hechos o a alguna de las personas que participaron en su realización, cuando:

I. Se trate de un hecho socialmente insignificante o de mínima o exigua culpabilidad del imputado, salvo que afecte gravemente un interés público o lo haya cometido un servidor público en el ejercicio de su cargo o con motivo de él.

No podrá aplicarse el principio de oportunidad en los casos de delitos contra la libertad y seguridad sexuales o de violencia familiar, por afectar gravemente el interés público.

II. Se trate de la actividad de organizaciones criminales, de delitos que afecten seriamente bienes jurídicos fundamentales o de investigación compleja, y el imputado colabore eficazmente con la misma, brinde información esencial para evitar que continúe el delito o se perpetren otros, ayude a esclarecer el hecho investigado u otros conexos o proporcione información útil para probar la participación de otros imputados que tengan funciones de dirección o administración dentro de las organizaciones criminales, y siempre que los hechos que motivan la acción penal de la cual se prescinda, resulten considerablemente más leves que aquellos cuya persecución facilita o cuya continuación evita;

III. El imputado haya sufrido, a consecuencia del hecho, daño físico o psicológico grave que torne desproporcionada la aplicación de una pena;

IV. La pena o medida de seguridad que pueda imponerse por el hecho de cuya persecución se prescinde, carezca de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad ya impuesta, o a la que se debe esperar por los restantes hechos, o la que se le impuso o se le impondría en un proceso tramitado en otro fuero.

El agente del Ministerio Público deberá aplicar los criterios de oportunidad y otras facultades discrecionales sobre la base de razones objetivas y sin discriminación, valorando las pautas descritas en cada caso individual, según los criterios generales que al efecto se hayan dispuesto por la Procuraduría General de Justicia del Estado. En los casos en que se verifique un daño, éste deberá ser previamente reparado en forma razonable.

En los casos de la fracción II del presente artículo, el Ministerio Público podrá ofrecer al imputado medidas especiales de protección, de conformidad con la ley de la materia.

[Artículo reformado mediante Decreto No. 697-09 II P.O. publicado en el P.O.E. No. 67 del 22 de agosto de 2009]

La Ley general del sistema nacional de seguridad pública, de 2 de enero de 2009, dispone en su artículo 76 que: *Las unidades de policía encargadas de la investigación científica de los delitos se ubicarán en la estructura orgánica de las Instituciones de Procuración de Justicia, o bien, en las Instituciones Policiales, o en ambas, en cuyo caso se coordinarán en los términos de esta Ley y demás disposiciones aplicables para el desempeño de dichas funciones.*

La policía debe investigar los delitos con estricto apego a la legalidad.

La Ley general del sistema nacional de seguridad pública le confiere atribuciones para recabar la información necesaria de los hechos delictuosos, pero debe informar inmediatamente el Ministerio Público. La atribución de realizar actos de investigación debe ejercerla sin causar molestia. La denuncia que se haya hecho ante la policía no debe ratificarse ante el Ministerio Público, dada la falta de formalidad ya mencionada en la primera fase de la investigación. La policía puede entrevistar testigos, llevando un registro de sus actuaciones. La garantía de que la policía no se exceda en sus atribuciones e incurra en abuso de autoridad, se hace descansar en que actúa bajo la vigilancia y control del Ministerio Público y, en segundo término, bajo la supervisión del juez que controla la investigación.

Las policías encargadas de la investigación científica de los delitos deben estar organizadas en unidades especializadas, que no tendrán que estar adscritas necesariamente a las procuradurías. El Ministerio Público conducirá la investigación; el trabajo de campo recae fundamentalmente en las policías. Es importante que el Ministerio Público cumpla su función de controlar la investigación, de lo contrario, se limitará a legalizar las actuaciones policiales.

El inciso b) del párrafo undécimo del artículo 21 establece que los miembros de los cuerpos policíacos ser certificados y registrados para ingresar al Sistema Nacional de Seguridad Pública. La ley secundaria debe fijar los plazos y los requisitos para que se cumpla con esta disposición.

3. Juez. La función del juez es la de declarar y aplicar el derecho a los casos particulares. En el modelo acusatorio el juez no puede dirigir la investigación y, en el proceso, no puede ordenar pruebas, ni siquiera aquellas denominadas “para mejor proveer”.

El juez es garante del respeto a las reglas; por definición, debe ser imparcial, objetivo e independiente⁷⁶.

El nuevo modelo diseñado en la Constitución contempla la intervención de distintos jueces a lo largo del procedimiento.

Juez de control. El párrafo decimocuarto del artículo 16 introduce la figura de los jueces de control, en los siguientes términos:

Artículo 16. ...

Los Poderes Judiciales contarán con jueces de control que resolverán, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y

⁷⁶ Botero C., M. E., *Op. cit.*, p. 138.

técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos. Deberá existir un registro fehaciente de todas las comunicaciones entre jueces y Ministerio Público y demás autoridades competentes.

...

Este juez tiene la encomienda de controlar la investigación del Ministerio Público, analizar y autorizar, en su caso, las solicitudes que éste le plantee de medidas cautelares u otras diligencias que pueden afectar derechos de indiciados o de las víctimas o de los ofendidos. Los poderes judiciales locales y el federal deberán contar con este tipo de jueces.

El texto constitucional no otorga a los jueces de control facultades para desahogar la prueba anticipada ni para dictar el auto de vinculación.

Las entidades federativas que han adoptado el modelo acusatorio oral con anterioridad a la reforma de 2008, incorporaron la figura del juez de garantías, que lleva a cabo las funciones constitucionalmente reconocidas al juez de control y, además, tiene a su cargo el desahogo de la prueba anticipada; ante él se formula la imputación y él resuelve sobre la vinculación a proceso; recibe la acusación; ante él se ofrecen las pruebas que se desahogarán en la audiencia del juicio y dicta la resolución de apertura de juicio oral. Las legislaciones posteriores a la reforma, como la del Estado de México, siguiendo al texto constitucional, usan la denominación “juez de control”.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación creó, mediante acuerdo juzgados de control, sus atribuciones se limitan, por el momento, a realizar las diligencias previstas en el artículo 16.

Juez de juicio oral. La fracción IV del Apartado A del artículo 20 prevé que el juicio se celebrará ante un juez que no haya conocido del caso previamente. Esta disposición justifica que la imputación, el auto de vinculación, la declaración de apertura de juicio oral y la recepción de las pruebas haya sido encomendada por las legislaciones secundarias al juez de garantías o de control, según sea la denominación adoptada en cada caso.

El constituyente procuró que el encargado de juzgar la existencia del delito y de pronunciarse sobre la culpabilidad del acusado, no esté contaminado con conocimientos previos que puedan generarle prejuicios sobre el caso.

El juez de juicio oral presidirá la audiencia, pronunciará el sentido del fallo y dictará la sentencia.

El juicio oral puede estar, conforme a lo dispuesto en la fracción V del Apartado B del artículo 20, a cargo de un órgano colegiado —generalmente es un tribunal integrado por tres jueces— o de un juez unipersonal, según se establezca en la respectiva legislación.

La Constitución no contiene referencia alguna al juez de ejecución, que es quien controla el cumplimiento de la pena. Ello no impide que la legislación secundaria, como de hecho sucede en algunos estados, lo incorpore.

4. Imputado y defensor. El imputado es aquel interviniente contra quien se dirige la pretensión punitiva del Estados. Recibe diversos nombres a lo largo del procedimiento. En la etapa de investigación es común denominarlo indiciado. Desde el momento en que se formula formalmente una imputación en su contra ante el juez, se le denomina imputado. En la etapa de juicio, ya formulada la acusación, se lo conoce como acusado. En el modelo acusatorio se entiende que el imputado puede hacer valer sus derechos y garantías constitucionales y legales desde el momento mismo en que se le atribuya participación en un hecho punible.

La Constitución vigente, al menos en algunos Estados de la República, se refiere en general al imputado, como la persona que es investigada o procesada por la probable comisión de un delito. El artículo 20 Apartado B está dedicado a los derechos que se le reconocen expresamente:

-A ser considerado inocente, en tanto no se pruebe lo contrario

-A la defensa material y técnica. La defensa material comprende el derecho a declarar o guardar silencio; a que desde el momento de su detención se le haga saber los motivos de la misma y su derecho a guardar silencio, a no ser incomunicado, intimidado o torturado, a que se le informe, tanto en el momento de su detención, como en su comparecencia ante el Ministerio Público o el juez, los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten; a que se le reciban los testigos y demás pruebas pertinentes que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley determine necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, a que se le faciliten todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso⁷⁷. La defensa técnica comprende el derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente, incluso desde el momento de su detención. Si no quiere o no puede nombrar un abogado, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor público. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera.

- A ser juzgado en audiencia pública por un juez o tribunal.

-A ser juzgado antes de cuatro meses, si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa.

-A que no se prolongue su prisión o detención por deudas de carácter civil.

-A no ser detenido en prisión preventiva por más de dos años, salvo que la prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa.

⁷⁷ La fracción VI del Apartado B del artículo 20 constitucional autoriza al imputado y a su defensor a acceder a los registros de la investigación cuando el primero se encuentre detenido y cuando pretenda recibirse declaración o entrevistarlo. Asimismo, establece que antes de su primera comparecencia ante juez podrán consultar dichos registros, con la oportunidad debida para preparar la defensa. A partir de este momento no podrán mantenerse en reserva las actuaciones de la investigación, salvo los casos excepcionales expresamente señalados en la ley cuando ello sea imprescindible para salvaguardar el éxito de la investigación y siempre que sean oportunamente revelados para no afectar el derecho de defensa

En México, la defensa penal es obligatoria, pública y gratuita en el ámbito federal, local y militar. Cuando no se nombre defensor, estará a cargo de uno de oficio que, conforme al texto constitucional, debe ser abogado. En materia penal, la defensoría de oficio no está condicionada a la posición socioeconómica del imputado.

No es suficiente con el nombramiento de un defensor para garantizar el cumplimiento del derecho a la defensa. La calidad de la defensa, sea de carácter público o privado, es importante para aproximar la posición de las partes, asegurar la igualdad de armas y el ejercicio eficaz del derecho de defensa del imputado.

5. Víctima. El derecho penal y, en consecuencia, las garantías penales, han estado tradicionalmente orientados a proteger los derechos del imputado, que es contra quien se dirige la actuación punitiva del Estado. En la segunda mitad del siglo XX, la doctrina puso de manifiesto el olvido en que las legislaciones habían dejada a la víctima, que es quien sufre las consecuencias del delito. Los derechos de la víctima ingresaron al texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en año el 2000. Actualmente, el apartado C del artículo 20 se refiere a los derechos de la víctima o del ofendido. No ha habido consenso entre los penalistas para definir estas figuras. La Ley de atención y apoyo a las víctimas del delito para el Distrito Federal entiende por víctima a la persona que haya sufrido daño, como consecuencia de acciones u omisiones realizadas en su contra, tipificadas como delito y sancionadas por la legislación penal. A su vez, entiende por ofendido al titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro, que asume la condición de sujeto pasivo del delito.

A la víctima y al ofendido se les reconocen los siguientes derechos:

- Recibir asesoría jurídica;
- Ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución; cuando lo solicite, ser informado del desarrollo del procedimiento penal;
- Coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la investigación como en el proceso, a que se desahoguen las diligencias correspondientes, a intervenir en el juicio e interponer los recursos en los términos que prevea la ley;
- Recibir, desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia;
- A que se le repare el daño;
- Al resguardo de su identidad y otros datos personales cuando: sean menores de edad; se trate de delitos de violación, secuestro o delincuencia organizada, o a juicio del juzgador sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa.
- A solicitar las medidas cautelares y providencias necesarias para la protección y restitución de sus derechos.
- A impugnar ante autoridad judicial las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio,

desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño.

MOMENTOS PROCESALES

La Constitución no detalla las diversas etapas que componen el procedimiento penal. Se limita a diseñar el modelo procesal que debe guiar al legislador secundario. De algunos preceptos contenidos en la Carta Magna se desprenden diversos momentos o actos que deben estar presentes en el proceso penal.

1. Investigación. La etapa de investigación, denominada por la mayoría de la doctrina de averiguación previa, inicia con la denuncia, querrela o con la noticia que tenga la autoridad de la comisión de un delito.

Los códigos procesales que han incorporado el nuevo modelo, prevén pocas formalidades en la etapa inicial de investigación; exigen simplemente que el Ministerio Público y la policía elaboren un registro de las actuaciones. En esta etapa se incorpora a la autoridad judicial, que está encargada del control de las medidas cautelares y de que se respeten las garantías del imputado.

Ciertas diligencias de investigación requieren la autorización y el control judicial, tal es el caso del cateo y de la intervención de comunicaciones.

Cateo. Para allegarse elementos para comprobar los delitos, el Ministerio Público podrá solicitar al juez de control la autorización para catear lugares en los que puedan existir evidencias que favorezcan el esclarecimiento del delito investigado.

En la orden de cateo el juez expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan. La diligencia debe limitarse únicamente a lo dispuesto en la orden emitida por el juez.

El constituyente ha mantenido el requisito de la autorización judicial previa al cateo, en contraste con otras legislaciones, por ejemplo la francesa, en que la policía, en casos urgentes, informa al juez con posterioridad a la ejecución de la diligencia. Ha designado al Ministerio Público como la autoridad legitimada para solicitarlo; las policías carcen de tal legitimación.

Intervención de comunicaciones. La intervención de comunicaciones privadas sólo puede ser autorizada por un juez de control federal. La petición la puede formular la autoridad federal que faculte la ley o el titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente. Hasta antes de la reforma publicada el 18 de junio de 2008, la intervención de comunicaciones sólo tenía lugar en casos de delincuencia organizada. En el nuevo texto, la intervención de comunicaciones privadas puede solicitarse en cualquier clase de delitos, salvo las excepciones expresamente señaladas en el párrafo decimotercero del artículo 16: *... La autoridad judicial federal no podrá 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.* La autoridad competente deberá fundar y motivar las causas

legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración.

La etapa de investigación, en los códigos procesales del “viejo” modelo, culmina con el ejercicio de la acción penal ante los tribunales o con la determinación del no ejercicio de ella. Los nuevos códigos establecen que la etapa de investigación se prolonga después de que el juez haya dictado el auto de vinculación a proceso, por un tiempo determinado, que puede ir de dos hasta seis meses, según sea el caso. Prevé que la investigación, o etapa preliminar, concluya con la formulación de la acusación por parte del Ministerio Público ante el juez de control: con la solicitud de proceso abreviado; con la solicitud de la suspensión del proceso a prueba; con la solicitud del sobreseimiento de la causa; con la solicitud de conciliación, o con la aplicación del criterio de oportunidad.

La Constitución se limita a señalar que la investigación de los delitos está a cargo del Ministerio Público y de las policías bajo el mando de aquél, y a especificar las diligencias que requieren de control judicial durante la investigación.

2. Libramiento de orden de aprehensión. En el contexto de la reforma, los requisitos que debe reunir el Ministerio Público para solicitar el libramiento de una orden de aprehensión, son menos que los que se vienen exigiendo en proceso penal en vigor en el ámbito federal y en la mayoría de las entidades federativas. El nuevo texto del párrafo tercero del artículo 16 constitucional establece que:

Artículo 16. ...

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

...

La existencia de datos que establezcan que se cometió un hecho señalado por la ley como delito y la probabilidad de la intervención del indiciado son, en principio, exigencias menores que la acreditación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad. La existencia de un hecho que la ley señale como delito, puede acreditarse con elementos semejantes a las del cuerpo del delito, según sea la interpretación que los tribunales den al concepto. La “probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión” es, sin duda, una menor exigencia que la “probable responsabilidad”, la cual alude directamente a la culpabilidad del sujeto.

3. Término constitucional. El nuevo modelo procesal ha conservado el tradicional “término constitucional” de setenta y dos horas para que, una vez que el indiciado sea puesto a disposición del juez, éste determine su situación mediante el auto de vinculación o, en su caso, el de libertad. El texto constitucional establece:

Artículo 19. *Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso...*

...

El plazo para dictar el auto de vinculación a proceso podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley. La prolongación de la detención en su perjuicio será sancionada por la ley penal en libertad.

...

Dentro del término de las setenta y dos horas, o en el que se prorrogue a petición del indiciado, éste podrá ofrecer las pruebas que considere pertinente para desvirtuar la imputación formulada por el Ministerio Público.

4. Auto de vinculación a proceso. Se introduce el concepto de “auto de vinculación a proceso”, en reemplazo del de “auto de formal prisión”.

Artículo 19. ...

...

con un auto de vinculación a proceso en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

...

Las exigencias probatorias para el auto de vinculación son iguales a las del libramiento de la orden de aprehensión. Dependerá, en todo caso, de las legislaciones secundarias y de la jurisprudencia el alcance de estos conceptos. Por el momento, existen interpretaciones diversas. García Ramírez entiende, en aras de la protección de las garantías de los gobernados, que el cambio de palabras no significa modificación de los conceptos de fondo y que, en consecuencia, la inclusión de nuevos conceptos no significa aligerar los datos de los que depende la ingerencia penal del estado⁷⁸. Pero el mismo autor reconoce, a su pesar, que su interpretación discrepa con la que se desprende del dictamen de la Cámara de Diputados que acompañó el proyecto de reforma, en éste se propone un solución equidistante entre los derechos de los individuos y la carga probatoria que corresponde al estado⁷⁹.

En la exposición de motivos que acompañó al dictamen de reforma, se explica que la nueva terminología obedece a la necesidad de abandonar el concepto “sujeción”, por ser éste de corte inquisitorio. Se reconoce, tal como señaló García Ramírez, que el auto de vinculación requiere menor exigencia probatoria, pero que dicho auto, a su vez, no implica la imposición de la prisión preventiva, sino, en todo caso, de otras medidas cautelares menos lesivas.

Según se desprende de la misma exposición de motivos, el auto de vinculación, a diferencia del de sujeción a proceso, no pone fin a la etapa de investigación, sino que se limita a formalizar la imputación, permitiendo que el imputado puede conocer los medios probatorios que el Ministerio Público considera que le incriminan, para preparar adecuadamente su defensa ante un juez, al mismo tiempo, tiene la garantía que toda medida cautelar será decretada y controlada también por un juez. *De esta forma, la vinculación a proceso permite que el costo del acceso a la jurisdicción no sea la prisión preventiva*⁸⁰. Las legislaciones secundarias que han adoptado el nuevo modelo han seguido la orientación señalada en la exposición de motivos.

⁷⁸ García Ramírez, Sergio, “La reforma penal constitucional de 2007: un proyecto ambiguo”, en *Sistema penal*, número 4, Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal – Ubijus, México, octubre –diciembre 2008, p. 40.

⁷⁹ *Ídem*, p. 40.

⁸⁰ Exposición de motivos de la propuesta de reforma presentada a la Cámara de Diputados por el Diputado César Camacho Quiroz el 19 de diciembre de 2006.

El auto de vinculación, asimismo, fija la *litis*, el proceso se seguirá forzosamente por los hechos en él señalados (artículo 19, párrafo quinto). Si en la secuela del proceso aparece que se ha cometido un delito distinto, éste deberá ser objeto de investigación separada y, en su caso, se decretará la acumulación.

Los elementos de prueba que sirvan como base para el dictado del auto de vinculación a proceso y de las medidas de coerción, carecen de valor probatorio por sí mismos para fundar la sentencia, sin perjuicio de ser introducidos como prueba en el juicio, salvo las excepciones expresas previstas por la ley.

Juicio oral. Se denomina así a la etapa en la que se desahogan las pruebas en una audiencia pública y oral, ante la presencia del juez que la valorará y, en consecuencia, dictará la sentencia.

El juicio debe celebrarse ante un juez que no haya conocido del caso previamente. La presentación de los argumentos y los elementos probatorios debe desarrollarse de manera pública, contradictoria y oral (fracción IV del Apartado A del artículo 20). El juez debe recibir y percibir en forma directa y personal la prueba; la recepción y percepción debe obtenerse a partir de fuentes directas. Los testigos y los peritos deben comparecer personalmente al juicio para declarar y ser examinados y contraexaminados por las partes, sin que se permita la reproducción de sus declaraciones anteriores por medio de su lectura⁸¹.

La sentencia debe dictarse sobre la base de lo actuado en el juicio oral.

En el nuevo modelo, el veredicto debe dictarse sin solución de continuidad, minutos después de darse por concluida la audiencia, la sentencia en una audiencia posterior, a la que son citadas las partes. Al respecto, el tercer párrafo del artículo 17 establece:

Artículo 17. ...

Las sentencias que pongan fin a los procedimientos orales deberán ser explicadas en audiencia pública previa citación de las partes.

MEDIDAS CAUTELARES

El constituyente consideró necesario la autorización de herramientas para que quienes intervienen en el proceso cumplan con su deber de sancionar al autor del delito y garantizar que se impongan y ejecuten las penas previstas en la ley. Se denominan medidas cautelares a *aquellas resoluciones motivadas del órgano jurisdiccional, que pueden adoptarse contra el presunto responsable de la acción delictuosa, por las que se limita provisionalmente la libertad o la libre disposición de los bienes con el fin de garantizar los efectos, penales y civiles, de la sentencia*⁸². Las medidas cautelares pueden ser civiles o penales. La reforma constitucional de 2008 reconoce expresamente, como medidas cautelares de carácter penal, el arraigo y la prisión preventiva.

⁸¹ Baytelman A., Andrés et al, *Op. cit.*, p. 43

⁸² Horvitz Lenon, María Inés y Julián López Masle, *Derecho procesal penal chileno*; Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2002, p. 343.

1. Arraigo: Es una medida precautoria dictada por el juez de control a petición del Ministerio Público, cuando hubiere temor de que una persona de quien haya sospechas que intervino en la comisión de un delito se ausente u oculte, y no existieren elementos suficientes para ejercitar contra ella acción penal. Es una medida restrictiva de libertad, que en la mayoría de las entidades federativas implica la detención de la persona en un centro destinado a esos efectos.

El artículo 16 reformado prevé el arraigo exclusivamente para casos en que se investigue el delito de delincuencia organizada. Uno de los motivos para que el constituyente haya elevado a rango constitucional dicha excepción a la libertad personal, es la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la acción de inconstitucionalidad 20/2003, promovida por legisladores del Estado de Chihuahua, en contra del Congreso y del gobernador de aquel Estado, que declaró la inconstitucionalidad de la figura del arraigo, argumentando, en lo esencial, que constituye una restricción de la garantía de libertad personal, no prevista en el texto constitucional.

El artículo 16 autoriza al Ministerio Público, durante la investigación, a solicitar al juez de control el arraigo de personas sospechosas de haber cometido un delito. El constituyente limitó la aplicación de esta figura, de manera expresa, a los casos de delincuencia organizada. El artículo décimo primero transitorio del decreto de reforma de 18 de junio prevé que: *...En tanto entra en vigor el sistema procesal acusatorio, los agentes del Ministerio Público que determine la ley podrán solicitar al juez el arraigo domiciliario del indiciado tratándose de delitos graves y hasta por un máximo de cuarenta días.*

Los Ministerios Públicos de las entidades federativas que aún no han incorporado el nuevo sistema y que contemplan en sus legislaciones la figura del arraigo, lo siguen solicitando respecto de toda clase de delitos. En el Distrito Federal, el Ministerio Público local continúa solicitando el arraigo a los jueces penales en los términos previstos en el artículo 270 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal⁸³, que contempla el arraigo hasta treinta días, con la posibilidad de ser prorrogado por un término similar. Con ello se contraviene el máximo de cuarenta días establecido en undécimo transitorio.

Señala Luis de la Barreda que el arraigo pretende justificarse en atención al principio de realidad: “...dadas las dificultades que entraña la persecución a la delincuencia organizada y las notorias deficiencias de nuestro Ministerio Público y nuestras policías de investigación, no podría asegurarse físicamente, a fin de que no evadieran la acción de la justicia, a sospechosos de formar parte de la delincuencia

⁸³ Artículo 270Bis.- Cuando con motivo de una averiguación previa el Ministerio Público estime necesario el arraigo del indiciado, tomando en cuenta las características del hecho imputado y las circunstancias personales de aquél, recurrirá al órgano jurisdiccional, fundando y motivando su petición, para que éste, oyendo al indiciado, resuelva el arraigo con vigilancia de la autoridad, que ejercerán el Ministerio Público y sus auxiliares. El arraigo se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación de que se trate, pero no excederá de treinta días, prorrogables por otros treinta días, a solicitud del Ministerio Público. El Juez resolverá, escuchando al Ministerio Público y al arraigado, sobre la subsistencia o el levantamiento del arraigo.

organizada”⁸⁴. Debe tenerse en cuenta que en el nuevo modelo procesal, los requisitos que debe reunir el Ministerio Público para ejercitar la acción penal y los que debe valorar el juez para dictar el auto de vinculación a proceso, son menos que los que todavía se exigen en el sistema penal tradicional. La prisión preventiva es obligatoria en los casos de delincuencia organizada.

Los códigos procesales que se adelantaron a la reforma prevén, como ya se señaló, que la investigación por parte del Ministerio Público se prolongue más allá del auto de vinculación a proceso. La combinación entre un período de investigación más prolongado y una mayor laxitud en los requisitos para el ejercicio de la acción penal y la prisión preventiva, hacen que el arraigo no sea necesario para la investigación y persecución de esos delitos. En todo caso, debería aplicarse como medida excepcional, nunca como la regla.

Las autoridades locales han abusado del arraigo y lo utilizan como regla más que como excepción en la investigación de los delitos graves. Esto es violatorio de derechos fundamentales, toda vez que se afecta arbitrariamente la libertad de los gobernados.

2. Prisión preventiva: Es una medida cautelar personal, que consiste en la privación temporal de la libertad ambulatoria de una persona, mediante su ingreso a un centro penitenciario, durante la sustanciación del proceso penal; tiene por objeto asegurar los fines del procedimiento⁸⁵.

La lógica subyacente al modelo procesal acusatorio indica que el imputado esté en libertad durante el proceso, en aplicación del principio de que toda persona es inocente hasta que no se demuestre lo contrario. El artículo 19 constitucional, reformado por el decreto publicado el 18 de junio de 2008, no es compatible con este principio. El nuevo texto reduce, en comparación con la legislación federal y la mayoría de las legislaciones estatales vigentes, los supuestos en los que la imposición de esta medida cautelar es obligatoria. El juez está obligado a ordenar de oficio la prisión preventiva en caso de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas o 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. Este listado es de por sí extenso, a la luz de los principios que rigen el proceso adversarial. En estos casos no se admite excepción alguna, la persona a la que se le atribuya la comisión de alguno de los delitos señalados, deberá ser sometida a prisión preventiva, siempre que se reúnan los requisitos para su imposición.

Además de los supuestos en que el juez debe decretar de oficio la prisión preventiva del imputado, el mismo artículo 19 autoriza al Ministerio Público para solicitar su imposición a los jueces, 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 condenado previamente por la comisión de un delito doloso. El Ministerio Público deberá fundar y motivar

⁸⁴ Barreda, L. de la, *La justicia...*, p.4.

⁸⁵ Horvitz Lenon, María Inés y Julián López Masle, *Op. cit.*; Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2002, p. 389.

adecuadamente su solicitud de prisión preventiva en los casos en los que la medida no es obligatoria. Su otorgamiento queda a criterio del juez. La mayoría de la doctrina y los instrumentos internacionales admiten la prisión preventiva como una excepción al derecho de libertad y a la presunción de inocencia por motivos procesales, es decir para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio⁸⁶. El artículo 19 ha ido más allá, y la admite no sólo como medio de protección a la víctima, a los testigos y a la comunidad, sino también cuando el imputado haya sido condenado con anterioridad por un delito doloso. Éste último supuesto implica una alusión directa al derecho penal de autor y carece de fundamento en la doctrina y en las normas internacionales aplicables al caso.

Si el propósito del constituyente, al explicitar los delitos que dan lugar a la prisión preventiva, fue limitar la aplicación de la medida cautelar, no lo logró. Por el contrario, al permitirle al Ministerio Público solicitar la prisión preventiva en todos los casos mencionados, abrió la puerta a que dicha medida se imponga por conductas que hoy día no la ameritan. Dependerá del criterio que adopten las legislaciones secundarias y los tribunales que el número de procesados sujetos a prisión preventiva se reduzca o se incremente, en comparación con el actual.

El modelo acusatorio descansa en la premisa de la libertad durante el proceso como regla. Prevé una serie de medidas cautelares, de las cuales la prisión preventiva es la más extrema y, en consecuencia, se reserva a casos excepcionales. De la nueva redacción de la Constitución no se desprenden con claridad estos conceptos. Los jueces deberán ser muy cautos antes de imponer la prisión preventiva, de lo contrario violarán el principio de presunción de inocencia reconocido expresamente en la fracción I del Apartado B del artículo 20, violación que sólo es entendible cuando existan razones fundadas para ello.

MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS PENALES

El modelo de proceso acusatorio “adversarial” que se ha incorporado a la Constitución Política, incluye, necesariamente, un conjunto de “válvulas de escape” que filtran los casos, de manera que llegan a la etapa de juicio oral un número reducido del total de averiguaciones previas iniciadas⁸⁷. Es común que existan diversas opciones de solución de controversias penales. La amplia variedad de procedimientos alternativos implica un poder de decisión asignado a las partes, coherente al sistema acusatorio que es un sistema de partes⁸⁸.

Los mecanismos alternativos son indispensables para despresurizar el sistema. Uno de los factores que ha impulsado el nuevo modelo, es la necesidad de reducir la exagerada carga de trabajo de las procuradurías y tribunales, de combatir la burocratización y el excesivo formalismo de sus actuaciones. De no adoptarse mecanismos alternativos, el nuevo modelo corre el riesgo de colapsar; es prácticamente imposible que el Estado pueda sostener el número de jueces que se

⁸⁶ *Ídem*, pp. 391–397. Los autores citan los artículos 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 7 de la Convención Americana sobre derechos Humanos.

⁸⁷ González R., Samuel, *et al*, *El sistema de justicia penal y su reforma*, Fontamara – Cepolcrim – Aquesta Terra, México, p. 473.

⁸⁸ Botero C., M. E., *Op. cit.*, p. 494.

requeriría para cumplir adecuadamente con los principios de concentración, continuidad e inmediatez.

El párrafo tercero del artículo 17 de la Constitución menciona expresamente mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal:

Artículo 17. ...

Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.

...

Las legislaciones secundarias que ya han instrumentado el modelo de juicio oral, prevén diversos mecanismos alternativos de solución de controversias, como son los acuerdos reparatorios, la suspensión del proceso a prueba, la conciliación y los criterios de oportunidad, entre otros⁸⁹. Los requisitos de procedencia y los alcances de cada una de estas figuras depende de la regulación que, en cada caso, contengan las respectivas leyes. En todos los supuestos debe asegurarse la reparación del daño.

La Constitución hace referencia específica al criterio de oportunidad y a la suspensión del proceso. El artículo 21 establece que el Ministerio Público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal en los supuestos y condiciones que fijen las leyes. La fracción VII, del Apartado C del artículo 20 constitucional reconoce a la víctima u ofendido el derecho a impugnar la suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha con la reparación del daño.

La reforma de 2008 introdujo al texto constitucional la modalidad del proceso abreviado que, sin ser propiamente un mecanismo alternativo, propicia la agilidad del sistema.

Artículo 20. ...

A. De los principios generales:

I, a VI. ...

VII. una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del inculpado, se podrá decretar su terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley. Si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, el juez citará a audiencia de sentencia. La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculpado cuando acepte su responsabilidad;

VIII. a X. ...

El proceso abreviado ha sido controvertido por la doctrina. Se sostiene que el imputado no está en igualdad de condiciones para negociar, por lo que, en ocasiones, preferirá reconocer su participación en el delito, aunque sea inocente, porque así recuperará su libertad más rápido que si se somete a un proceso ordinario. Es importante la exigencia de medios de convicción que sustenten la confesión de responsabilidad, con esto se pretende impedir supuestos como los que han motivado el rechazo de esta figura.

⁸⁹ Códigos de procedimientos penales de Chihuahua y Oaxaca.

IV. HACIA LA CONSTRUCCIÓN DE UN SISTEMA PENAL CONSTITUCIONAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

Elisur Arteaga define a la Constitución como “un complejo normativo de naturaleza suprema y fundamental. Es un conjunto de normas dispuestas sistemáticamente con el propósito de organizar un estado; ellas regulan el uso del poder, garantizan el respeto de las libertades y permiten el ejercicio de derechos; son de jerarquía superior, permanentes, escritas, generales y reformables⁹⁰.”

La Constitución se divide en diferentes partes, la llamada parte dogmática es la que contiene, principalmente, los derechos fundamentales y sus garantías. A lo largo de todo el texto constitucional se reconocen derechos a los individuos. Los derechos reconocidos en la Constitución y sus garantías no siempre están sistematizados. La redacción es, en ocasiones, confusa y deficiente. Como todo acto humano, la Constitución es defectuosa y es producto del devenir de distintas concepciones políticas que confluyen en sus contenidos.

El sistema penal diseñado en la Constitución es un ejemplo de esas contradicciones y deficiencias. El gran número de adiciones y reformas de fue objeto el texto original de 1917, propició la existencia de corrientes encontradas que buscan su lugar en el proyecto penal del estado.

Los distintos gobiernos han buscado plasmar su proyecto político en el texto constitucional. Con el transcurso de los años, han llegado a convivir en nuestra Carta Magna distintos modelos de país que no siempre son compatibles entre sí.

Existen diversas posturas doctrinarias en relación con la posibilidad de modificar y alterar el texto de la Constitución.

En México, la doctrina constitucional coincide, en su mayoría, en que el Constituyente Permanente puede llevar a cabo por vía de la adición o la reforma cualquiera modificación a la ley suprema⁹¹. Este criterio tiene las siguientes consecuencias:

-Son válidas todas las reformas y adiciones que se hagan del texto constitucional respetando las formalidades respectivas, con independencia de su contenido.

-El legislador secundario y los tribunales están obligados a acatar los contenidos constitucionales y, de ser necesario, encontrar los criterios que permitan diluir las contradicciones que puedan existir entre ellos.

Lo anterior es aplicable al sistema constitucional penal.

Las disposiciones del sistema constitucional penal sustantivo deberían ser coherentes entre sí y permitir una interpretación armoniosa con los derechos

⁹⁰ Arteaga Nava, Elisur, *Derecho constitucional*, tercera edición, Oxford, México, 2008, p. 2.

⁹¹ Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, decimoséptima edición, Porrúa, México, 1980, 56. En el mismo sentido se pronuncia Elisur Arteaga en su libro *Derecho constitucional* ya citado, p. 701.

fundamentales contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales aprobados por el Senado. Los principios enunciados de legalidad, humanidad, culpabilidad, proporcionalidad y finalidad preventiva especial de la pena sientan las bases de un derecho penal apegado a los derechos fundamentales.

La legislación secundaria y la jurisprudencia de la Suprema Corte no siempre han respetado esos lineamientos.

Los códigos penales han incorporado tipos imprecisos llevando, en ocasiones, el adelantamiento punitivo a límites violatorios del derecho penal de acto. Establecen punibilidades que no guardan la debida proporción con el bien jurídico protegido y que, muchas veces, son de tan larga duración que hace imposible cumplir con la finalidad constitucional de la reinserción del condenado a la vida social.

La Suprema Corte de Justicia ha convalidado el principio de no aplicación retroactiva de la ley penal y consagrado el del la ley más favorable. En el caso de la prisión vitalicia ha variado sus interpretaciones. Por muchos años consideró que la prisión vitalicia era contraria a la finalidad de reinserción social, expresamente reconocida en el artículo 18 de la Constitución. Al mismo tiempo, consideró en contra de toda de las reglas de la experiencia que la punibilidad de setenta años, sin derechos a beneficios de preliberación, no era contraria a dicha finalidad preventiva especial. Finalmente, y para efectos de extradición, consideró que la prisión vitalicia no es inconstitucional, porque no se trata de una pena inusitada que esté prevista en el artículo 22.

La misma Corte ha seguido también el principio de interpretación literal de los textos constitucionales, al desechar la acción de inconstitucionalidad en contra del reconocimiento, en el Distrito Federal, de la interrupción legal del embarazo en las primeras doce semanas de gestación, con el argumento de que la Constitución no reconoce el derecho a la vida. Con posterioridad a esta resolución, siguieron una serie de reformas a las constituciones estatales consagrando el derecho a la vida desde la concepción, previniendo en esos estados, de acuerdo a la lógica expresada en la resolución de la Corte, una legislación que favoreciera la interrupción voluntaria de los embarazos.

El reconocimiento a la protección de la vida no lleva necesariamente a la prohibición del aborto, y la falta de ese reconocimiento no implica *per se* su autorización. Se requiere la interpretación, a la luz de los principios consagrados en la Constitución, sobre los alcances y límites del *ius puniendi* del Estado mexicano para valorar la constitucionalidad de la norma que autoriza a las mujeres a decidir la interrupción voluntaria del embarazo.

El sistema constitucional procesal es más complejo. La preocupación por mejorar un sistema procesal que propiciaba resoluciones injustas y la necesidad de modernizar la práctica procesal a la luz de los criterios de transparencia y publicidad propios del siglo XXI, se combinaron con el afán de satisfacer el reclamo social de soluciones eficaces contra el embate de grupos criminales organizados. Por ello, existen mensajes de signo contrario en la Constitución actual, unos que favorecen la presunción de inocencia y la libertad durante el proceso como regla; otros que permiten detener para investigar, reducir los estándares probatorios para librar las órdenes de aprehensión y

extender la privación de la libertad durante el proceso a un número mayor de casos a los que hoy día se permiten.

La legislación secundaria y la interpretación jurisprudencial del texto constitucional serán las que definan el sentido de la política criminal del estado mexicano.

Las entidades federativas que ya han adoptado el nuevo modelo, han incorporado los contenidos constitucionales que los regulan, atendiendo a los principios del sistema acusatorio.

La Federación y el Distrito Federal no han incorporado aún el nuevo sistema. Están vigentes en ambos ámbitos las instituciones consagradas en la reforma de junio de 2008, que son de signo contrario al sistema acusatorio, como el arraigo y la extinción de dominio, pero no los principios de contradicción, publicidad y presunción de inocencia. En tanto entre en vigor en todo el país el nuevo sistema, estarán vigentes en la República Mexicana dos textos constitucionales.

La Suprema Corte de Justicia no se ha pronunciado sobre el nuevo modelo procesal penal constitucional. Con anterioridad a la reforma de 2008, la Corte había apelado, también en materia procesal, a la interpretación literal del texto constitucional. Al pronunciarse sobre el arraigo, sostuvo que la figura era inconstitucional porque no estaba prevista en la Constitución. Ello dio lugar a que fuera incluida en el artículo 16 en los términos que ya se señalaron.

La doctrina, los principios de derecho internacional público y los tratados internacionales establecen que los textos constitucionales que consagran derechos deben interpretarse de buena fe, y en caso de duda, conforme a la cláusula *pro homine*⁹². El principio *pro homine* ha sido reconocido por la justicia federal⁹³; impone que, en la duda, se decida siempre en el sentido de mayor protección a los derechos fundamentales de la persona. La aplicación de este principio invalida una interpretación apegada únicamente a la jerarquía de las fuentes que consagran derechos y garantías y exige una interpretación en la que prevalezca la norma que otorga mayores garantías.

⁹² Zaffaroni, E. R. *et al*, *Op. Cit.*, p. 127. El principio está reconocido en el artículo 29 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y en el artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁹³ **PRINCIPIO PRO HOMINE. SU APLICACIÓN ES OBLIGATORIA.** El principio *pro homine* que implica que la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para el hombre, es decir, que debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio, se contempla en los artículos 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicados en el Diario Oficial de la Federación el siete y el veinte de mayo de mil novecientos ochenta y uno, respectivamente. Ahora bien, como dichos tratados forman parte de la Ley Suprema de la Unión, conforme al artículo 133 constitucional, es claro que el citado principio debe aplicarse en forma obligatoria. CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 202/2004. Javier Jiménez Sánchez. 20 de octubre de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretaria: Sandra Ibarra Valdez. Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XX, octubre de 2004, página 2385, tesis I.4o.A.441 A, de rubro: "PRINCIPIO PRO HOMINE. SU APLICACIÓN."

Las reglas de la experiencia y la complejidad de la regulación constitucional nos indican que la política criminal del Estado mexicano seguirá recorriendo en los años venideros un sendero sinuoso, cuyo trazo estará marcado por el pragmatismo derivado de los acontecimientos que condicionen y determinen las decisiones políticas para solucionar los conflictos penales.