

REFORMAS CONSTITUCIONALES EN MATERIA PENAL (1993-2008)

Olga ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL*

SUMARIO: I. *Preámbulo*. II. *Reformas constitucionales*. III. *Prisión preventiva*.

I. PREÁMBULO

El doctor Sergio García Ramírez es un ser humano excepcional y, sin duda alguna, uno de los juristas más reconocidos internacionalmente. Su vasta cultura y su extraordinaria pluma se reflejan en todas sus obras. Su rigor profesional en el servicio público y en su labor académica han sido loables. Es autor de más de 50 libros y un sinnúmero de artículos sobre cuestiones jurídicas fundamentales. Un tema recurrente en su obra es el de las reformas constitucionales en materia de justicia penal y derechos humanos; es un defensor nato del Estado de derecho y la democracia. Su modestia y sensibilidad humana se reflejan en toda su conducta. Yo he sido testigo de su trabajo esforzado y sin tregua, durante muchos años. Nuestra amistad entrañable data desde nuestro paso por la Facultad de Derecho. Solo me queda expresar mi profundo agradecimiento por la invitación para participar en este homenaje tan merecido.

En este texto me ocuparé de algunas reformas constitucionales en materia penal hasta 2008, pero pondré el acento en la libertad provisional del indiciado, la prisión preventiva y el tratamiento de la delincuencia organizada. Sobre estos temas el doctor García Ramírez ha escrito libros y artículos de manera espléndida y abundante.

* Miembro de número de la Academia Mexicana de Ciencias Penales. Investigadora jubilada del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

II. REFORMAS CONSTITUCIONALES¹

La Constitución de 1917, nacida después de una cruenta Revolución y emanada del Constituyente de Querétaro de 1916-1917, tuvo como fundamental propósito dar solución a los grandes y graves problemas de injusticia heredados de la Colonia. De sus textos, interpretados contextualmente se deducía un sistema de justicia penal propio de un Estado de derecho, respetuoso de los derechos fundamentales, respeto que se consagraba en las garantías individuales.

En su devenir histórico, ha ido incorporando múltiples y muy variadas reformas, con diferentes tendencias, unas acertadas y otras desafortunadas. Sin embargo, puede afirmarse que los textos referidos a la materia de justicia penal habían sido escasos, en virtud de que las modificaciones en esta materia se realizaban en la ley secundaria. Los cambios trascendentes en el área constitucional comenzaron en 1993. A partir de este año, como lo ha dicho el doctor García Ramírez en múltiples y variados escritos, “la animación” reformista comenzó “tras un prolongado reposo”, interferido por algunos cambios humanistas.

1. *Reforma de 1993*

La reforma constitucional de 1993² —como lo he manifestado en otras ocasiones— tuvo como principal objetivo abrir el camino a la futura “Ley Federal contra la Delincuencia Organizada”. Esta reforma se ocupó de los artículos 16, 19, 20, 119 y derogó la fracción XVIII del artículo 107.

El artículo 16 ha sido reformado varias veces.³ Se modificó sustancialmente su contenido. El párrafo inicial, que era sumamente extenso, se subdividió por materias para su mejor entendimiento. El primer enunciado se conservó como primer párrafo. En el segundo, relativo a la orden de aprehensión, se eliminó el requisito de que “la denuncia, acusación o querrela [estén] apoyadas por declaración bajo protesta de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado”. Pero se agregó otro plenamente novedoso: “y existan datos que acrediten

¹ Con la colaboración de Alberto Francisco Garduño, becario del IIJ-UNAM.

² Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 3 de septiembre de 1993.

³ A la fecha de elaboración de este trabajo (diciembre de 2021) sobre este artículo se han publicado ocho decretos.

los “elementos que integran el tipo penal” (en lugar del cuerpo del delito) y la probable responsabilidad del indiciado”. Este punto fue sumamente debatido y no fue aceptado por los especialistas, en razón de que en ese momento procedimental dicha probanza era exagerada, por lo cual posteriormente se cambió. En el tercer párrafo se ubicó la responsabilidad de la autoridad que ejecute la orden de aprehensión. En el cuarto se situaron los casos de flagrancia en los que cualquier persona puede detener al indiciado y ponerlo “sin demora” a disposición de “la autoridad inmediata”. En el quinto se dio cabida a los casos urgentes; se prescribió que sólo en estos casos “cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia “siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia”, el Ministerio Público está facultado, bajo su responsabilidad, para ordenar su “detención fundando y expresando los indicios que motiven su proceder”.⁴ En el sexto se estatuyó la responsabilidad del juez que reciba la consignación del indiciado en los casos urgentes y flagrantes.

En el séptimo párrafo se establece el plazo de cuarenta y ocho horas de retención del indiciado por parte del Ministerio Público, plazo que podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Empieza aquí la dualidad del derecho penal y procesal, es decir, el surgimiento del derecho penal paralelo. En los párrafos siguientes (octavo y noveno), concernientes al cateo se conserva el texto anterior. Es importante advertir dos cambios terminológicos: “pena privativa de libertad” sustituye a “pena corporal”, e “indiciado” en vez de “inculcado”.

En el artículo 19⁵ se abandona el plazo máximo de tres días para la detención ante la autoridad judicial. Ahora será de setenta y dos horas, contadas a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, plazo máximo en el que deberá dictar el auto de formal prisión, “Siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste”. Además, se añadió una obligación para los “custodios”: en el caso de que no reciban copia autorizada del auto de formal prisión en un plazo de tres horas siguientes, el inculcado deberá ser puesto en libertad. Originalmente

⁴ Antes de la reforma no se hacía señalamiento expreso a la posibilidad de fuga, sólo se hablaba de que no hubiese en el lugar ninguna autoridad judicial y se tratara de delitos perseguibles de oficio.

⁵ En relación al cual se han publicado cinco decretos.

esta previsión aparecía en la fracción XVIII del artículo 107, misma que se derogó como parte del conjunto de reformas de 1993. En el párrafo siguiente, se añadió la mención al auto “de sujeción a proceso” junto al auto de formal prisión y, se estipula que el proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en dichos autos. El último párrafo no tuvo ningún cambio.

En el artículo 20⁶ las innovaciones fueron múltiples y profundas, recayeron sobre los requisitos para obtener la libertad provisional bajo caución y, consecuentemente, los requisitos referentes a la procedencia de la prisión preventiva.⁷ Dichas innovaciones se relacionan con las reformas de 1948⁸ y de 1985.⁹ En la primera de estas reformas se consideró más justo que la libertad provisional (en lugar de tener un término fijo de cinco años de prisión) tuviera como base el término medio aritmético de la pena de prisión establecida para el delito cometido, con la limitación de que dicho término medio no fuese mayor de cinco años. El monto de la caución se incrementó a doscientos cincuenta mil pesos en razón “del valor que había ido perdiendo la moneda”. Se introdujo un nuevo requisito: “Si el delito representare para el autor un beneficio económico o causare a la víctima un daño patrimonial, la garantía sería de, cuando menos, tres veces mayor al beneficio obtenido o del daño ocasionado”. Esta disposición significaba una carga bastante fuerte para el acusado, la cual muy probablemente no pudiera cubrir y, consecuentemente, la libertad provisional no procedería.

En la reforma de 1985¹⁰ se respetó en lo sustancial la reforma anterior, pero se incluyó la exigencia de tomar en cuenta “las modalidades” (calificativas o atenuantes). Esta adición era importante porque los *iuspensalistas* entendían al tipo penal “desprovisto” de calificativas, como si siempre se tratara de tipos fundamentales. En lo concerniente al monto de la caución, éste se estableció, acertadamente, en días de salario, en lugar de pesos, con el fin de tener el monto siempre actualizado.

⁶ Sobre este artículo han recaído siete decretos.

⁷ Originalmente en la fracción I se requería: a) que el delito imputado al sujeto fuese castigado con una pena cuyo máximo no excediere de 5 años de prisión; b) otorgar una fianza hasta de diez mil pesos según las circunstancias personales [del acusado] y la gravedad del delito que se le impute, y c) poner la suma de dinero respectiva a disposición de la autoridad, u otorgar caución hipotecaria o personal bastante para asegurarla.

⁸ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de diciembre de 1948.

⁹ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de enero de 1985.

¹⁰ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 14 de enero de 1985.

Ahora bien, en la reforma de 1993, como ya se anticipó, se varió hasta el enunciado inicial y se abandonó el lenguaje empleado por el Constituyente de Querétaro, que era el que entendía el pueblo, para introducir el lenguaje propuesto por los especialistas. Se reemplazó el término “juicio del orden criminal” por el de “proceso del orden penal”, sustitución que redujo las garantías a la tercera fase del juicio penal. El error fue tan grave que se quiso enmendar prescribiendo que “Las garantías previstas en las fracciones V, VII y IX, también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan; lo previsto en las fracciones I y II no estará sujeto a condición alguna”. Asimismo, se postuló, por primera vez, que la libertad provisional se niega en caso de delitos en que por su “gravedad” la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En cuanto a la caución, se dice que “debe ser asequible para el inculpado”. “En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá disminuir este monto de la caución”. Esta permisión podría dar lugar a corruptelas.

En un nuevo punto, se faculta al juez a revocar la libertad provisional “cuando el procesado incumpla en forma grave con cualquiera de las obligaciones que en términos de ley se deriven a su cargo en razón del proceso”. En las fracciones siguientes (II a IX) sólo se estipulan algunas precisiones. En la VIII se dispone una salvedad en cuanto al plazo del juzgamiento: este podrá extenderse cuando lo solicite el inculpado para su defensa. En la IX, se añade, a lo establecido en torno de las obligaciones de la autoridad, la de informar al inculpado, desde el inicio de su “proceso” de “los derechos que en su favor consigna la Constitución”. Información que es indispensable para promover su defensa. La fracción X quedó en los mismos términos.

Sobre la derogación de la fracción XVIII del artículo 107 —ya se anticipaban algunos elementos en el comentario al artículo 19— pues su contenido impactó los artículos 16 y 19. La discusión sobre esta fracción nació de la práctica, a raíz de lo previsto en su párrafo tercero: “También será consignado a la autoridad o Agente de ella, el que, realizada una aprehensión, no pusiere al detenido a disposición de su juez, dentro de las veinticuatro horas siguientes”, y cuarto: “Si la detención se verificare fuera del lugar en que reside el juez, al término mencionado se agregará el suficiente para recorrer la distancia que hubiere entre dicho lugar y el en que se efectuó la detención”,¹¹ los que se prestaban a interpretación en lo inherente al plazo de veinticuatro horas si la detención viniera como consecuencia de situa-

¹¹ Párrafos incorporados al artículo 107 por reforma publicada el 19 de febrero de 2021.

ciones diferentes de la orden de aprehensión; de esta discusión da cuenta con más detalle Luis de la Barreda.¹²

2. Reforma de 1994

El 31 de diciembre de 1994 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* una importante reforma al Poder Judicial. Se ajustó el número de ministros de veintiséis (veintiún numerarios y cinco supernumerarios) a once que trabajarán en Pleno y divididos en dos salas.¹³

Independientemente, al artículo 21 se le sumaron tres párrafos: en el primero se previó la impugnación por vía jurisdiccional del “no ejercicio de la acción penal” por el Ministerio Público, dando un medio de defensa contra esa determinación que sólo debería proceder en casos excepcionales, pero cuyo uso en la práctica se había vuelto cotidiano y sus efectos en la realidad se igualaban a los de una sentencia definitiva.¹⁴ Los otros dos párrafos se destinaron al tratamiento de la seguridad pública como función a cargo de los tres órdenes de gobierno, los principios por los que se regirán las instituciones policiales y el establecimiento de un sistema nacional de seguridad pública.

¹² Barreda Solórzano, Luis de la, “El Ministerio Público, ¿garante de la libertad?”, en García Ramírez, Sergio e Islas de González Mariscal, Olga (coords.), *Evolución del sistema penal en México. Tres cuartos de siglo*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, pp. 136-138.

¹³ El doctor García Ramírez escribió un artículo denominado “Adiós señores ministros” en el libro *Temas de México*, introducción de Luis Maldonado Venegas, México, Asociación Nacional de Abogados, 1996, pp. 51-58. Véase Aguinaco Alemán, José Vicente, “La reforma al Poder Judicial de la Federación 1994-1995”, *ibidem*, pp. 25-30. También véase Rodríguez Lozano, Amador, “Reforma judicial de 1994: una visión integral”, en *La justicia mexicana hacia el siglo XXI*, México, UNAM-Senado de la República, LVI Legislatura, 1997, pp. 41-68.

¹⁴ Es necesario dejar constancia que, entre las atribuciones otorgadas al Ministerio Público en el texto original de la Constitución de 1917, no se previó el “no ejercicio de la acción penal”. Debe quedar bien claro que el no ejercicio de la acción penal tiene los efectos de una decisión definitiva de fondo, por ello, de ninguna manera corresponde al Ministerio Público sino al órgano jurisdiccional, en virtud de que dicha resolución equivale a una sentencia absolutoria. Véase Islas de González Mariscal, Olga, “Cuestiones relevantes del Ministerio Público. Su autonomía”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, tomo XII, Ministerio Público, contencioso administrativo y actualidad jurídica*, México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional-Marcial Pons-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, pp. 41-65.

3. *Reforma de 1996*

La reforma de 1996¹⁵ continuó con el cometido de allanar el camino a la futura Ley Federal de Delincuencia Organizada (LFDO). En ella se reformaron y adicionaron los artículos 16, 20, 21, 22 y 73 fracción XXI. Se manifestó de inicio que “la delincuencia organizada es, sin duda, uno de los problemas más graves por los que atraviesa México y toda la comunidad mundial”. Se anotó, además, que “al plantearse la necesidad de legislar en materia de delincuencia organizada, ha surgido no solamente la posibilidad de dar origen a una legislación especial que se ocupe de ella, sino igualmente, la conveniencia de sugerir reformas a la Constitución con el propósito de prever en esta, con mayor claridad, ciertas bases que permitan la adopción de algunas estrategias procedimentales frente al crimen organizado, que de alguna manera se ha puesto en entredicho su constitucionalidad, porque se ha considerado que podrían implicar vulneración de derechos fundamentales”. Ante estos razonamientos tan absurdos e irreflexivos, que implican la inconstitucionalidad de normas había que suprimir los obstáculos que eran nada menos que derechos fundamentales. En otras palabras, cubrió de constitucionalidad lo inconstitucional.

Desde ese momento el doctor García Ramírez bautizó la futura LFDO como “el bebé de Rosemary”, “bebé que ante los obstáculos constitucionales no se amedrenta, sino que cuidadoso de no pisarlos los hace a un lado”. “Esta denominación ya circula en nuestra literatura criminológica y penal”.¹⁶

En el artículo 16 se introducen dos párrafos referentes a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas y las intervenciones autorizadas por la autoridad judicial federal. En el párrafo noveno se prevé la autorización por parte de la autoridad judicial federal para “intervenir cualquier medio de comunicación privada como la telefónica y la telegráfica o bien la ubicación secreta de aparatos tecnológicos para ciertos fines relacionados sobre todo con la justicia penal”. Se trataba de una disposición muy abierta y abusiva.

¹⁵ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 3 de julio de 1996.

¹⁶ Estos términos los utilizó el doctor García Ramírez por primera vez en el periódico *Excelsior* del 25 de abril de 1956; luego, en el mismo medio en 1996, cuando el “el bebé de Rosemary ya nació”. Igualmente, en su obra *Delincuencia organizada. Antecedente y regulación penal en México*, pról. de Olga Islas de González Mariscal, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996. La cual ya lleva varias ediciones.

En el artículo 20, la fracción I permite la libertad provisional bajo caución limitada para los delitos en que por su gravedad la ley expresamente lo prohíba. Empezó aquí la distinción entre delitos graves y no graves. Desacertadamente se dejó a la ley secundaria dicha clasificación, por lo tanto, el catálogo día a día crece. En los casos de “delitos graves” el juez, a petición del Ministerio Público, podrá revocar la libertad provisional. Pero agrega: “En casos de delitos no graves” el juez, a solicitud del Ministerio Público, también podrá negar la libertad provisional “cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad por algún delito calificado como grave por la ley”; es decir, la negativa atiende a conductas anteriores realizadas por el indiciado.

Asimismo, se puede negar la libertad cuando el Ministerio Público aporte elementos para establecer que por su conducta precedente la libertad del inculpado puede ser riesgosa para el ofendido o para la sociedad.

Por otra parte, determina que para fijar la caución “deberá tomar en cuenta... la posibilidad del cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo, los daños y perjuicios causados al ofendido, así como la sanción pecuniaria que en su caso pueda imponerse al inculpado”. Adviértase lo gravoso de esta disposición para el inculpado en ese momento procedimental.

En el artículo 21¹⁷ se introducen dos innovaciones: en una se agrega el término “investigación” junto al vocablo “persecución” sin advertir que la persecución involucra o implica la investigación. En la otra, la innovación es ambigua: se sustituye el nombre de “policía judicial” por el indeterminado término de “policía” cuya amplitud permite que cualquier policía auxilie al Ministerio Público.

El artículo 22¹⁸ se aboca al decomiso “de los bienes propiedad del sentenciado, por delitos de los previstos como delincuencia organizada”. Una reforma poco clara, que conduce a dos interpretaciones: una sumamente errónea y arbitraria en que “el decomiso procede sobre todos los bienes propiedad de un sujeto por el simple hecho de que éste ha sido sentenciado por delitos previstos como delincuencia organizada, aunque dichos bienes nada tengan que ver con los delitos cometidos”. La otra, razonable, en el sentido que el decomiso procede sobre los bienes provenientes de delitos previstos como delincuencia organizada.

¹⁷ Sobre este precepto han recaído siete decretos de reforma.

¹⁸ Este precepto ha sido objeto de siete decretos.

Se agregó un segundo párrafo a la fracción XXI del artículo 73¹⁹ para autorizar que las autoridades federales conozcan también de delitos del fuero común, cuando éstos tengan conexidad con los del orden federal.

4. *Reforma de 1999*

Esta reforma, publicada el 8 de marzo de 1999, modificó los artículos 16, 19, 22 y 123. En el artículo 16 en su segundo párrafo prevé, que “no podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela”, se suprimió la “acusación” junto a la denuncia. Asimismo, se sustituyó la referencia a “los elementos que integran el tipo penal” por “el cuerpo del delito”. Como lo ha referido el doctor García Ramírez, en múltiples ocasiones: ahí comenzó el “trasiego” entre el cuerpo del delito y los elementos del tipo penal.

En el artículo 19, en el primer párrafo se reemplazó el concepto de “término” por el de “plazo” cuando se hace referencia a las setenta y dos horas que no podrá exceder la detención frente a la autoridad judicial. Además, se ordenó que en el auto de formal prisión se expresarán: “el delito que se impute al acusado; el lugar, el tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado”. También se incorporó un segundo párrafo donde se establece la posibilidad de prorrogar el plazo de la detención a petición del indiciado cuando beneficie a su defensa.

En el artículo 22 se agregó un tercer párrafo para explicitar que no se considerará confiscación “la aplicación a favor del Estado de bienes asegurados que causen abandono en los términos de las disposiciones aplicables” y se asigna a la autoridad judicial la responsabilidad de resolver la aplicación a favor del Estado de los bienes asegurados como consecuencia de un proceso que se siga por “delitos de delincuencia organizada”, previo procedimiento donde se escuche a terceros y se acredite plenamente “el cuerpo del delito previsto por la ley como de delincuencia organizada”.²⁰ Se advierte que cada vez son más las excepciones a la delincuencia organizada.

¹⁹ Sobre este artículo se han publicado 85 decretos de reforma.

²⁰ Véase Islas de González Mariscal, Olga y Carbonell, Miguel, *El artículo 22 y las penas en el Estado de derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

En cuanto al artículo 123, se adicionó un tercer párrafo a la fracción XIII del apartado B de dicho artículo para precisar sobre la remoción de los miembros de las instituciones policiales de los tres órdenes de gobierno.

5. *Reforma del 2000*

El 21 de septiembre del 2000 se publicó una reforma de gran calado al artículo 20,²¹ en virtud de que su contenido se ordenó en dos apartados: el A referente a las garantías del inculpado y en el B se instalaron las garantías de la víctima o del ofendido integradas en siete fracciones de especial relevancia como: recibir asesoría jurídica; ser informada de los derechos que en su favor establece la norma fundamental y ser informada sobre el desarrollo del proceso; coadyuvar con el Ministerio Público; que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con que cuente y la obligación para el Ministerio Público de fundamentar y motivar su negativa cuando no realice el desahogo de alguna diligencia; a la atención médica de urgencia se sumó la atención psicológica, ambas a partir de la comisión del delito, y se precisa que la reparación del daño deberá ser solicitada por el Ministerio Público. Asimismo, se incluyó la consigna, en el caso que la víctima o el ofendido sean menores de edad, de no estar obligados a carearse con el inculpado cuando se trate de los delitos de violación o secuestro; también se previó la garantía de solicitar “medidas y providencias” para su seguridad y auxilio.

6. *Iniciativa de “Reforma estructural del sistema de justicia penal mexicano” (paquete legislativo de 2004)*

El 29 de marzo de 2004, el titular del Poder Ejecutivo federal presentó al Senado de la República un extenso paquete de reformas denominado “Reforma estructural del sistema de justicia penal mexicano”. Se trató de un “paquete legislativo que parte del diseño de una política pública que busca combatir eficazmente la criminalidad”, así lo expresó Bernardo León Olea en representación de la Presidencia de la República, quien, además señaló que dichos planteamientos son resultado de un trabajo intenso

²¹ Véase Islas de González Mariscal, Olga, *Derechos de las víctimas y de los ofendidos por el delito*, México, UNAM, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2003.

llevado a cabo al interior del Poder Ejecutivo con “las personas que lidian diariamente con los problemas de seguridad y justicia”.²²

Dicho “paquete legislativo” promovía modificaciones a veintitrés artículos constitucionales: 16, 17, 18, 19, 20, 21, 29, 73, 76, 78, 82, 89, 93, 95, 102, 105, 107, 110, 111, 116, 199 y 122. También buscaba expedir seis leyes²³ y reformar siete más.²⁴ Los ajustes más relevantes en materia de justicia penal se refieren a los artículos 16, 18, 20, 21, 22 y 102. Sobre ese paquete el doctor García Ramírez y yo escribimos sendos artículos.²⁵

León Olea identifica que los “ejes” de la reforma son: “a) Combate a la criminalidad, seguridad pública y policía”, “b) Autonomía del Ministerio Público, profesionalización de la defensa y abogado general de la Federación”, “c) Proceso penal adversarial oral”; “d) Justicia penal para adolescentes” y “e) Ejecución de sanciones penales”.²⁶

El doctor García Ramírez no limitó su análisis a un mero trabajo académico. En su oportunidad hizo llegar su opinión experta a “legisladores, juristas y comunicadores sociales”.⁶ Cabe destacar que en su obra posterior sobre la reforma de 2008, identifica a este paquete de reformas como

²² “Justicia penal y reformas penales constitucionales”, en García Ramírez, Sergio *et al.* (coords.), *La reforma a la justicia penal. Quintas Jornadas sobre Justicia Penal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 42.

²³ 1. Ley de la Fiscalía General de la Federación; 2. Ley Orgánica de la Policía Federal; 3. Ley de Seguridad Pública, Reglamentaria de los Párrafos Séptimo y Octavo del Artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 4. Nuevo Código Federal de Procedimientos de Procedimientos Penales; 5. Ley Federal de Ejecución de Sanciones y 6. Ley General de Justicia para Adolescentes.

²⁴ 1. Ley Orgánica de la Administración Pública Federal; 2. Ley Federal contra la Delincuencia Organizada; 3. Código Penal Federal; 4. Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación; 5. Ley Federal de Defensoría; 6. Ley de Amparo; 7. Ley Reglamentaria del Artículo 50. Constitucional relativo al Ejercicio de las Profesiones en el Distrito Federal.

²⁵ La iniciativa de 29 de marzo de 2004 fue objeto de análisis de las *Quintas Jornadas sobre Justicia Penal* celebradas en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Como ya es tradición, resultado de dicho acto académico se integró la memoria correspondiente con los trabajos de los participantes. Tanto el trabajo del doctor García Ramírez como el mío están contenidos en esa memoria, se intitulan: “La iniciativa de reforma constitucional en materia penal del 29 de marzo de 2004” y “Reformas penales a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, respectivamente. En mi texto hago un estudio detallado y escrupuloso de los artículos referidos a la justicia penal. Ambos trabajos se encuentran en García Ramírez, Sergio *et al.* (coords.), *La reforma a la justicia penal. Quintas Jornadas sobre Justicia Penal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 3-21 y 23-40.

²⁶ León Olea, Bernador, *op. cit.*, p. 45.

un antecedente de la reforma en materia de seguridad y justicia penal de ese año.²⁷

Se advierte claramente con la lectura total de esta iniciativa que es un antecedente bastante puntual de la reforma de 2008. Por tanto, las puntualizaciones sobre los artículos 16, 18, 20, 21 y 22 se realizarán en el apartado destinado a la auténtica reforma del 18 de junio de 2008. En cuanto a la autonomía del Ministerio Público a la cual alude esta iniciativa ya operó (artículo 102).

7. Reforma de 2004

La reforma del 5 de abril de 2004 anexó la fracción XXIX-M al artículo 73, en la cual se faculta al Congreso de la Unión para expedir leyes en materia de seguridad nacional (no es nuestra materia).

En la fracción VI del artículo 89 se dio un muy debatido ajuste con el fin de facultar al presidente, en términos de la ley secundaria, para “preservar la seguridad nacional” y “disponer de la totalidad de la Fuerza Armada permanente” (Ejército, Armada y Fuerza Aérea) para preservar la “seguridad interior y defensa exterior de la Federación”; con lo cual se avanzó hacia la actual militarización de la seguridad.

8. Reformas de 2005

En 2005 apareció una nueva reforma.²⁸ En ella se aumentó un quinto párrafo al artículo 21 con lo cual se dio un enorme paso en materia de derecho penal internacional, tras un prolongado debate se logró al fin “que el titular del Ejecutivo Federal podrá, con la aprobación del Senado, reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional”.²⁹

El 28 de noviembre de 2005, nuevamente se ajustó el contenido del artículo 73 para incluir un tercer párrafo a la fracción XXI, relativo a las materias concurrentes (“delitos y faltas contra la federación”) previstas en la Constitución sobre las cuales “las leyes federales establecerán los supuestos

²⁷ Véase García Ramírez, Sergio, *La reforma penal constitucional (2007-2008) ¿Democracia o autoritarismo?*, México, Porrúa, 2008.

²⁸ Publicada en el *Diario Oficial la Federación* del 20 de junio de 2005.

²⁹ Véase Ambos, Kai, *Nuevo derecho penal internacional*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2002.

en que las autoridades del fuero común podrán conocer y resolver sobre delitos federales”.

Transcurridos sólo unos días sobrevino una nueva reforma.³⁰ Con ella se modificaron dos artículos: el 14 y el 22. En el primero se eliminó, en el segundo párrafo, la referencia a que “nadie podrá ser privado de la vida”; en correspondencia con el primer párrafo del artículo 22, donde se prohibió expresamente la pena de muerte. Este cambio no fue menor, el tema de la pena de muerte siempre ha sido y sigue siendo controvertido.³¹ Hay quienes defienden esta terrible pena con argumentos erróneos y simplistas, como el de afirmar que esta pena tiene “por su ejemplariedad, un alto valor disuasivo e inhibitorio; por tanto, tiene una gran fuerza preventiva, es decir, con esta pena se evita la comisión de nuevos delitos”.³²

El doctor García Ramírez opina que el “problema de la pena capital no ha cesado de agitarse en el mundo entero; México no fue —ni es— excepción a esta regla”.³³

A un mes de la publicación de la reforma anterior sobrevino otra el 12 de diciembre de 2005. En esta ocasión recayó sobre el artículo 18. Su objetivo fue establecer un régimen de justicia para adolescentes, con el cual también se dio cumplimiento —en alguna medida— a los compromisos internacionales del Estado mexicano en esta materia.

La reforma al artículo 18 varió el párrafo cuarto y se adicionaron otros dos (quinto y sexto) cuyas innovaciones fueron: ordenar la conformación de un “sistema integral de justicia”, prever los principios fundamentales por los que se regirá y precisar los sujetos a quienes será aplicable a partir de rangos de edad. Las personas que tengan más de 12 y menos de 18 años

³⁰ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de diciembre de 2005.

³¹ Ferrajoli expresa que la pena de muerte “es sin duda más horrenda e infamante para la humanidad que la propia historia de los delitos... porque mientras el delito puede ser una violencia ocasional y a veces compulsiva y obligada, la violencia infligida con la pena es siempre programada, consciente, organizada por muchos contra uno”. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1998, pp. 385 y 386.

³² Islas de González, Olga y Díaz-Aranda, Enrique, *La pena de muerte*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 33.

³³ García Ramírez, Sergio, “El sistema penitenciario. Siglos XIX y XX”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999, p. 373. También véase García Ramírez, Sergio, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos ante la pena de muerte”, en Muñoz Aunión, Antonio (coord.), *Por la abolición universal de la pena de muerte*, Valencia, Tirant lo blanch, 2010, pp. 229-263.

El Código Penal de 1931 no dio cabida a la pena de muerte. Tampoco se incluyó en los anteproyectos de Código Penal elaborados en 1949, 1958, 1963, 1990 y 1999.

de edad y se les “atribuya una conducta tipificada como delito por las leyes penales” se les aplicarán medidas de “orientación, protección y tratamiento que amerite cada caso”; para las personas menores de doce años que hayan realizado alguna conducta prevista como delito se prevén medidas de rehabilitación y asistencia social.

Como parte del sistema instituido se ordena la especialización de las autoridades que lo integran y la atención a los principios de protección integral y de interés superior del adolescente. Se consigna que el internamiento es una medida extrema, aplicable únicamente a los adolescentes mayores de 14 años de edad cuyas conductas sean calificadas como graves, dicha sanción será “por el tiempo más breve que proceda”.

Esta reforma fue sumamente debatida y lo sigue siendo; además, el sistema propuesto nunca llegó a instaurarse íntegramente. No hubo la preparación necesaria ni la organización del personal especializado que se requería para integrar el verdadero sistema. Todo quedó en la improvisación y apariencia.³⁴

9. *Iniciativa de reforma de 2007*

El Ejecutivo Federal presentó el 9 de marzo de 2007 ante el Congreso de la Unión una iniciativa de decreto para reformar los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22 y 122 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Respecto de esta iniciativa el doctor García Ramírez puntualiza: “Las sugerencias planteadas [en esta iniciativa] son inquietantes, por decir lo menos, y contienen «soluciones» que pudieran desviar una vez más el signo democrático que aún conserva el orden penal mexicano”.³⁵

En la iniciativa se propone conceder al Ministerio Público “mayores herramientas de investigación”, o sea: “flexibilizar” su labor, no se piensa en ningún momento en la capacitación.

En el artículo 16 en diferentes párrafos³⁶ se faculta al Ministerio Público a imponer medidas cautelares sin autorización del juez (que podrá dar su autorización *a posteriori*). Se olvida que las medidas cautelares significan pri-

³⁴ Véase Islas de González Mariscal, Olga y Carbonell, Miguel, *Constitución y justicia para adolescentes*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

³⁵ García Ramírez, Sergio, *La reforma penal constitucional (2007-2008) ¿Democracia o autoritarismo?*, México, Porrúa, 2008, p. 509.

³⁶ Segundo, cuarto, séptimo, décimo, décimo segundo y décimo cuarto.

vacación o restricción de bienes jurídicos por lo cual sólo proceden en casos absolutamente necesarios y siempre decretados por el juez.

En el párrafo cuarto se consignaría que la ley secundaria determinará “como delitos graves aquellos que afectan seriamente la tranquilidad y la paz pública”. La base para delimitar estos delitos es vaga, en virtud de que la expresión “tranquilidad y paz pública” es demasiado ambigua. El párrafo séptimo alude a los casos urgentes tratándose de delitos graves en los que el Ministerio Público, bajo su responsabilidad, podrá ordenar su detención.³⁷ En el párrafo décimo se introdujo una figura sumamente censurada y cuestionable: el arraigo, privación de la libertad que tratándose de delitos graves podrá decretar la autoridad judicial a petición del Ministerio Público. El plazo del arraigo podrá duplicarse en caso de delincuencia organizada. El arraigo entraña una privación de la libertad por lo que se puede ver como una prisión preventiva anticipada que le facilita al Ministerio Público la investigación del delito. Se le ha calificado como un atropello para el simplemente sospechoso pues se decreta sin tener pruebas que lo justifiquen. Además, se sabe, que se lleva a cabo en hoteles o áreas ya seleccionadas para mantener a la persona incomunicada y sometida a toda clase de abusos hasta la tortura.³⁸

“El párrafo duodécimo faculta a la policía para ingresar a un domicilio particular «sin orden de cateo» en caso de delito flagrante con el único propósito de evitar la consumación de delitos y proteger la integridad de las personas”. Con esta facultad, la policía puede llevar a cabo múltiples atropellos en el domicilio familiar. Es un allanamiento sin limitación alguna y sin conocimiento del juez. El cateo, en cambio, se ordena por la autoridad judicial cumpliendo requisitos muy estrictos establecidos precisamente en el artículo 16.

En el párrafo décimo cuarto se estatuye una facultad omnímoda y desborda: “Tratándose de delitos considerados como de delincuencia organizada, el Ministerio Público podrá ordenar la realización de arraigos, cateos e intervención de comunicaciones privadas cuya validez estará sujeta a revisión judicial posterior en los términos que determina la ley”. Esta facultad

³⁷ Se advierte que se suprimió el complemento del requisito de que “siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia”, complemento indispensable.

³⁸ El Código Federal de Procedimientos Penales preveía el arraigo domiciliario (artículo 133 bis) solicitado por el Ministerio Público quien debería fundarlo y motivarlo, y sólo así sería autorizado por el juez. Su duración no podrá exceder de treinta días naturales.

tad significa el desfasamiento total del Ministerio Público concebido por el Constituyente de 1917.

En lo que respecta al artículo 20, el proyecto establece en la fracción III del apartado A una nueva excepción para el caso de la delincuencia organizada. Se puntualiza que “la autoridad judicial podrá autorizar que se mantenga en reserva el nombre y datos personales del acusador”; sin embargo, tal omisión es violatoria de garantías, en virtud de que esa omisión u ocultamiento por parte de las autoridades imposibilita al acusado a contestar el cargo y rendir su declaración preparatoria; en una palabra: defenderse. En la misma fracción, se agrega un párrafo segundo que prevé de manera textual que “cuando el inculcado reconozca ante la autoridad judicial su participación en el delito y la confesión se encuentre sustentada en datos suficientes para considerarla cierta, el juez lo citará para la audiencia de sentencia. La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculcado cuando acepte su responsabilidad”.

Con esta disposición se da cabida en la Constitución a la negociación de la justicia entre el inculcado, la autoridad judicial y el Ministerio Público, lo cual nos parece inaudito. No es comprensible que, en un Estado democrático de derecho, la justicia pueda ser negociada. El doctor Zamora Pierce explica con puntualidad que esta negociación no es más que el *plea bargaining* que se maneja todos los días en Estados Unidos de América, en esa forma casi el 95 % de los casos se resuelve mediante figura, sin un juicio adecuado.³⁹

En nuestro país a últimas fechas lo más importante en el procedimiento penal es acortar los tiempos, sin tener presente que la finalidad más trascendente es la búsqueda de la verdad real: cumplir con la verdadera justicia y la verdad histórica.

Al artículo 20 se adicionan otras modificaciones referentes a la seguridad pública, que no son tema de esta investigación.

Respecto del artículo 21 el decreto propone que “la investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a la policía, la cual actuará bajo la conducción jurídica de aquél en el ejercicio de su función”. Esto aparece también en la reforma de 2008 donde se analizará este punto.

En el artículo 22 se contempla la posibilidad de que el Estado pueda aplicar a su favor “bienes respecto de los cuales existan datos suficientes para considerar que son objeto o producto de la delincuencia organiza-

³⁹ Zamora Pierce, Jesús, *Juicio oral. Utopía y realidad*, México, Porrúa, 2011. Especialmente el “Capítulo III. Terminación anticipada del proceso”, pp. 52-56.

da...”. Constituye un paso más para la instrumentación de acciones para enfrentar actividades de los grupos delictivos que al amparo de vacíos e inconsistencias del marco normativo logran evadir la acción de la justicia.

De todo lo apuntado puede concluirse que el problema de la delincuencia no se resuelve con reformas a la Constitución, sino con la profesionalización de todos los personajes que intervienen en la justicia penal. El problema factual.

10. *Reforma de 2008*

No pretendo analizar, ni siquiera referirme, a cada uno de los temas abordados por la reforma tan amplia, únicamente trataré los puntos que me parecen más relevantes.

La reforma constitucional del 18 de junio de 2008⁴⁰ es muy extensa, con la que se pretende cambiar todo el “Sistema” de justicia penal, hasta entonces vigente en la Constitución.⁴¹ En el momento de su aparición fue muy bienvenida, mereció el aplauso de la mayoría de los especialistas; sin embargo, poco a poco, fueron apareciendo múltiples críticas. Incluso se cuestiona su origen.⁴²

⁴⁰ Esta reforma se comenzó a trabajar de manera definitiva en la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal (SETEC) creada por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 13 de octubre de 2008.

⁴¹ Véase García Ramírez, Sergio, *La reforma penal constitucional (2007-2008) ¿Democracia o autoritarismo?*, México, Porrúa, 2008.

⁴² “En nuestro país, la USAID financia lo que se denomina el Programa de Apoyo al Estado de Derecho en México (Proderecho), entidad que de manera expresa reconoce que apoyó la reforma constitucional al proceso penal. En el sitio de Internet de este programa (www.proderecho.com) se expresa que tal programa está financiado por la «Agencia de Asistencia para el Desarrollo Internacional de los Estados Unidos» y que es operado por la empresa *Management Sciences for Development*. En este sitio se proporciona información detallada de las reformas al proceso penal efectuadas en los estados de Chihuahua, México, Nuevo León y Oaxaca, entre otros”. Ovalle Favela, José, “Las reformas a los artículos 16 y 19 de la Constitución Política”, en García Ramírez, Sergio e Islas de González Mariscal, Olga (coords.), *La reforma constitucional en materia penal. Jornadas de Justicia Penal*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, pp. 279 y 280. En esa misma línea, Sergio García Ramírez señala que Moisés Moreno Hernández destaca “la influyente concurrencia que han tenido en la construcción del nuevo sistema mexicano la Agencia para el Desarrollo Internacional de los Estados Unidos, el Banco Mundial y el Banco Interamericano por ejemplo...”. *Temas del nuevo procedimiento penal. Las reformas de 1996, 2008, 2013 y 2014*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 7.

Como toda reforma contiene aciertos y desaciertos. Es una reforma, entre las varias, que el doctor García Ramírez ha denominado como “ambiguas” por conjuntar medidas garantistas y medidas de corte acusatorio; además de avances y retrocesos “muy notorios”.⁴³

Las opiniones de los senadores que participaron en el proceso de reforma son muy significativas.⁴⁴ El senador César Camacho, entre otras cuestiones, informa que se analizaron diez iniciativas⁴⁵ y que los propósitos acometidos cuando esta reforma se aprobó fueron: “La implementación de un sistema, yo diría preponderantemente acusatorio... porque tiene una o dos instituciones jurídicas que no le permiten ser un sistema absolutamente acusatorio... La primera el arraigo... La otra figura que pudiera no ser típicamente acusatoria es la extinción de dominio”. Por su parte, el senador Pablo Gómez puntualiza que “uno de los propósitos principales del proyecto de reformas constitucionales en materia de justicia y seguridad pública es crear una burbuja de reglas especiales en cuanto a la llamada «delincuencia organizada»”. Subraya su desacuerdo con la figura del arraigo y con: “La creación de dos espacios jurídicos: uno para la generalidad de los delitos y otro para la delincuencia organizada contradice el carácter universal de los derechos fundamentales. Estos se conceden a toda persona independientemente de sus características y también de las imputaciones que se le hagan en cualquier procedimiento penal”. Asimismo, critica la definición de delincuencia organizada (como tipo penal) en la Constitución.

⁴³ “En mi concepto, la reforma constitucional... Pertenece a la categoría de las «reformas ambiguas»... ofrece desaciertos y soluciones peligrosas. Éstas militan contra el orden penal democrático y ponen en predicamento derechos y garantías de los ciudadanos. Por eso he comparado la reforma con un vaso de agua fresca, cristalina, que invita a saciar la sed, en el que alguien hubiese dejado caer, sin embargo, unas gotas de veneno. Ya se verá el efecto general que esta inquietante mezcla produce en la fisiología de la nación”. “La reforma penal constitucional”, en García Ramírez, Sergio e Islas de González Mariscal, Olga (coords.), *La reforma constitucional en materia penal. Jornadas de Justicia Penal*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, p. 187.

⁴⁴ García Ramírez, Sergio e Islas de González Mariscal, Olga (coords.), *La reforma constitucional en materia penal. Jornadas de Justicia Penal*, cit., pp. 19-27 y 49-59.

⁴⁵ Moisés Moreno Hernández manifiesta que las reformas en cuestión tienen su origen en diversas propuestas como son: “las provenientes de legisladores presentada en la Cámara de Diputados en diciembre de 2006; la presentada ante el Senado de la República el 9 de marzo de 2007 por el presidente de la República; la presentada por legisladores del PRD, PT y Convergencia en abril de 2007; la del PRD presentada ante la Cámara de Diputados en octubre de 2007, entre otras...”. “Impactos de las reformas constitucionales en el ámbito de la procuración de justicia”, en García Ramírez, Sergio e Islas de González Mariscal, Olga (coords.), *La reforma constitucional en materia penal. Jornadas de Justicia Penal*, cit., p. 94.

El senador Pedro Joaquín Coldwell anota que “los ejes de la reforma son tres: 1) el diseño de un régimen penal acusatorio... 2) un régimen constitucional especial para la delincuencia organizada y 3) [llevar a cabo] modificaciones generales para el diseño constitucional del sistema penal”.

En esta reforma se propone cambiar, de manera profunda, diez artículos: 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22, las fracciones XXI y XXIII del artículo 73, la fracción VII del artículo 115 y la fracción XIII del apartado B del artículo 123.

El artículo 16 es uno de los preceptos mayormente modificados,⁴⁶ situación similar ocurre con los artículos 18, 19, 20 y 21. En esta ocasión el artículo 16 incluye la definición de delincuencia organizada de la siguiente manera: “organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada”, definición que de ninguna manera debe situarse dentro de la Constitución. Además, contempla algunas cuestiones severas e inquietantes de las grabaciones privadas como medio de prueba.

Todo esto tiene que ver con la grave situación de no partir de una política criminal acorde al Estado democrático de derecho. Una verdadera y puntual política criminal que responda a las necesidades reales de nuestro país, que en materia de justicia penal son cuantiosas, empezando con la prevención no penal.⁴⁷

En el artículo 17 se incorporan los “mecanismos alternativos de solución de controversias” con el fin evitar el prolongado tiempo de llevar a cabo los juicios; o sea, despresurizar el sistema judicial. Regula, además, el servicio de defensoría pública de calidad, profesional y de carrera. Alude también a sus perfecciones. Por su parte, el artículo 18 propone un ambicioso y organizado sistema penitenciario, en el que se resaltan diversas medidas benéficas para los internos y se prevé la distribución de competencias.

Independientemente, de nueva cuenta se plantea un sistema integral de justicia “aplicable a quienes se atribuye la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales y tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad”. Se precisa, obviamente, que se

⁴⁶ Antes de la reforma de 2008 se modificó en cuatro ocasiones.

⁴⁷ El doctor Sergio García Ramírez dice: “...aún no contamos con una verdadera política criminal que provea rumbo y destino de los afanes del poder público y de la sociedad en el ámbito que ahora nos interesa. Una política que permita ponderar las acciones y las omisiones y sus resultados en función de objetivos, metas e itinerarios”. “Temas penales en la Constitución”, en García Ramírez, Sergio *et al.* (coords.), *Sistema penal y Constitución (1917-2017)*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2018, p. 5.

les garanticen sus derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Las personas menores de doce años sólo serán sujetas a rehabilitación y asistencia social. Se destaca que la operación del sistema “estará a cargo de instituciones, tribunales y autoridades especializadas para atender el «interés superior del adolescente»”. Se espera, con optimismo, que ahora sí se haga efectivo el sistema.

En el artículo 19 se modificó el primer párrafo para sustituir los términos “auto de formal prisión” por el de “auto de vinculación a proceso” y se reemplazó el requisito de “los datos que arroja la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado” por “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”, con lo cual se flexibiliza la actividad del Ministerio Público.

Se introducen dos párrafos: el segundo y el tercero. En el segundo se prevé la prisión preventiva y la prisión preventiva oficiosa, tema que se abordará más adelante y en el tercero, se anota que la “ley determinará los casos en los cuales el juez podrá revocar la libertad de los individuos vinculados a proceso”. En el cuarto opera nuevamente la actualización terminológica. En el quinto (antes tercero) se actualizó el lenguaje: “hecho o hechos delictivos” en lugar de “delito o delitos”, “auto de vinculación a proceso” para sustituir “auto de formal prisión o de sujeción a proceso” e “investigación” por “averiguación”. En el sexto se prescribe que si después de emitido el auto de vinculación a proceso por delincuencia organizada el inculcado evade la acción de la justicia o es reclamado por otro juez se suspenderá el proceso junto con los plazos para la prescripción de la acción penal. El actual séptimo párrafo conserva íntegramente el contenido del anterior cuarto párrafo.

En el artículo 20 operan cambios drásticos. De principio se inscriben las bases fundamentales del procedimiento penal y se postula que será “acusatorio y oral”.⁴⁸ Se detallan los principios que habrán de guiar el procedimiento penal: publicidad, contradicción, concentración, continuidad

⁴⁸ El doctor Fix-Zamudio expresa que “en sentido estricto —y desde el punto de vista de la ciencia del Derecho Procesal— no existen juicios orales sino procesos que se tramitan por medio de audiencias o con etapas orales ya que en la actualidad no se puede prescindir de la documentación escrita en las fases orales del procedimiento”. Laveaga, Gerardo y Lujambio, Alberto (coords.), *El derecho penal a juicio. Diccionario crítico*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2007, p. 312.

e intermediación.⁴⁹ Divide su texto en tres apartados: A, B y C. El apartado A establece en diez fracciones los principios generales que rigen el procedimiento penal, en la fracción I se precisa el objeto del proceso penal: el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños se reparen. El objetivo es muy loable, pero deberá reflejarse en la realidad.

En el apartado B se instituyen los derechos de toda persona imputada, empezando por el “derecho a que se presuma su inocencia”, derecho que contrasta con la prisión preventiva (segunda parte de la fracción IX). En la fracción II aparece el derecho a declarar o a guardar silencio. En la parte segunda de la fracción III, claramente y sin rodeos, se constitucionaliza la negociación entre el delincuente y la autoridad. Textualmente se dice: “La ley establecerá beneficios a favor del inculpado, procesado o sentenciado que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de delitos en materia de delincuencia organizada”. Con tal negociación se pervierte plenamente la justicia penal. La fracción IV señala que se le auxiliará en toda su situación procedimental, especialmente, en la presentación de testigos; en la fracción V se consigna el derecho a ser juzgado en audiencia pública; en la fracción VI se ordena que le serán facilitados todos los datos para su defensa; en la fracción VII se establecen los plazos en que será juzgado según la punibilidad; en la fracción VIII se resalta el derecho a la defensa adecuada por abogado, desde el momento de su detención; en la fracción IX establece el plazo máximo para la prisión preventiva: “No podrá exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso y en ningún caso será superior a dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado”.

Se advierte con sorpresa que se eliminó como derecho primordial la libertad provisional mediante caución, la cual desde 1917 hasta antes de esta reforma se había considerado de especial trascendencia.

En el apartado C se instauran los derechos de las víctimas que habían quedado rezagados hasta el año 2000. La reforma constitucional de ese año los reguló y organizó. Derechos que merecen toda la atención.⁵⁰

⁴⁹ Sobre estos principios el doctor García Ramírez da una explicación amplia en el capítulo 3 de su obra *El procedimiento penal. Constitución y Código Nacional*, colab. de Eduardo Rojas Valdez, México, UNAM-Porrúa, pp. 140-165.

⁵⁰ Véase Islas de González Mariscal, Olga, *Derechos de las víctimas y de los ofendidos por el delito*, México, UNAM-Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2003. También véase Lima Malvido, María de la Luz, *Derecho victimal*, México, Porrúa, 2010.

El artículo 21 propone que “la investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquel en el ejercicio de esta función”. Esta determinación rompe con la relación que antes tenía el Ministerio Público con las policías. Ahora, las policías tienen al igual que el Ministerio Público la función de investigar. Se argumenta que la policía al estar bajo el mando del Ministerio Público “se constriñe al cumplimiento de las instrucciones que recibe limitando sus habilidades e impidiendo su profesionalización”. Afirmación falsa en razón de que, la falta de profesionalización así como su ineptitud y los vicios en que desarrolla sus funciones la policía, nada tienen que ver con su dependencia del Ministerio Público (esta postura se evidenciaba desde la iniciativa de reforma de 2007); en el segundo párrafo se agrega una nueva figura procesal: la acción penal ejercida por particulares ante autoridad judicial con lo cual nuevamente se abre el debate sobre el monopolio de la acción penal;⁵¹ en el séptimo aparecen, por primera vez los criterios de oportunidad, textualmente se postula que “el Ministerio Público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que exige la ley”. Se adujo como objetivo fundamental de estos criterios la descongestión de cargas de trabajo de las procuradurías y de los tribunales. A mi juicio, tales criterios son negativos, si pensamos en una verdadera justicia.⁵² En otros párrafos se aludió a la seguridad pública (que no se abordará en este trabajo).

En esta reforma queda remarcada la intención del legislador, como medida garantista, de establecer un novedoso sistema acusatorio y oral. Como lo he manifestado en varios foros y artículos, la reforma de 2008 sólo explicita el sistema acusatorio, porque la Constitución, desde 1917, ya lo consagraba. Si se hace una interpretación contextual y sistemática de los textos constitucionales, el sistema acusatorio se hace evidente. El texto básico, para construir el sistema acusatorio es el artículo 40 que recoge la voluntad del pueblo mexicano de constituirse en una República “democrática” y, cabe subrayarlo, en un Estado democrático no es pensable un sistema inquisitivo, y tampoco un sistema mixto. Con este punto de partida, vinculado con los textos que contienen los elementos del sis-

⁵¹ Sobre este tema véase el trabajo intitulado Islas de González Mariscal, Olga, “La acción penal por particulares”, en *Justicia Global. Homenaje a Héctor Fix-Fierro*, México, Universidad de Guadalajara-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2021 [en prensa].

⁵² Véase “Criterios de oportunidad”, en García Ramírez, Sergio e Islas de González Mariscal, Olga (coords.), *El Código Nacional de Procedimientos Penales. Estudios*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, pp. 107-119.

tema acusatorio, desde 1917, dispuestos en los artículos: 14, párrafo 2o., y 21, párrafo 1o. (debido proceso legal); 14, párrafos 2o. y 3o., y 16, párrafo 1o., primera parte (legalidad); 20, fracción IX (defensa adecuada); 17, párrafo 2o., y 20, fracción VIII (celeridad: resoluciones de manera pronta, completa e imparcial); 21 y 20, fracción IX (contradicción), y 20, fracción VI (publicidad), queda probada la existencia del sistema acusatorio. Las leyes secundarias procedimentales y la realidad en el funcionamiento irregular del Ministerio Público cambiaron el sistema acusatorio y lo convirtieron en un sistema inquisitivo.⁵³

III. PRISIÓN PREVENTIVA

La prisión preventiva es una institución polémica que siempre ha estado en la mira de los especialistas, primordialmente por la contradicción insuperable que guarda con el principio de inocencia y porque se enfrenta con el derecho humano máspreciado —después de la vida humana— como lo es el derecho a la libertad. Sin embargo, se le ha considerado como un mal necesario que procede cuando otras medidas no sean suficientes para garantizar

⁵³ En esa línea de ideas el doctor García Ramírez expresó: “Los datos acusatorios predominaron en el texto original de 1917 (42) malinterpretado por no pocos analistas de última hora, que incurrían en la sorprendente afirmación de que nuestra ley fundamental, y con ella todo el Sistema Penal transitó del sistema inquisitivo al sistema acusatorio apenas en 2008. A partir de ese yerro se eleva el abundante panegírico de la reforma de 2008, que posee méritos indiscutibles y no requiere instalarse sobre ese desacierto” (N. 42. *Cfr.* Islas de González Mariscal, Olga y Ramírez, Elpidio, *El sistema procesal penal en la Constitución*, México, Porrúa, 1979, pp. 39 y 55). “Jesús Zamora Pierce señala que el proceso penal mexicano ya era de corte acusatorio antes de la Reforma constitucional de 2008, a lo que agrega que el proceso establecido en esta reforma es mixto con pronunciados rasgos inquisitivos” (*Juicio oral. Utopía y realidad*, México, Porrúa, 2011, pp. 11 y 15). García Ramírez, Sergio, *La Constitución y el sistema penal: 75 años (1940-2015). Obra conmemorativa del 40 aniversario del INACIPE*, México, INACIPE, 2016, p. 43. Por su parte Moisés Moreno Hernández también coincide con estas afirmaciones: “Como ya se ha destacado, en el México del siglo XX, no es una novedad la presencia del sistema procesal acusatorio, pues nuestro país desde 1917... no hizo expresa la referencia al sistema procesal acusatorio, es evidente que, de acuerdo con los contenidos de diversas de sus disposiciones, ese fue el tipo de sistema procesal que previó, así, por ejemplo el artículo 21 estableció la necesaria diferencia entre la función investigatoria y de acusación que corresponde al Ministerio Público y la función de decisión que es potestad del juzgador, el artículo 20, por su parte previó la función de la defensa, así como que las audiencias serían públicas ya sea ante un juez o ante un jurado de ciudadanos, entre otros”. *Posiciones. Retos de la implementación de la reforma constitucional en materia de justicia penal (2008)*, México, Universidad La Salle, Centro de Análisis y Desarrollo del Derecho, 2011 p. 43.

la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación y en su caso, la aplicación de la sanción penal; asimismo, proteger a la víctima, a los testigos y a la comunidad. Como puede advertirse, los objetivos de la prisión preventiva son muy precisos.

Por otra parte, es una medida cautelar personal, provisional y de extrema dañosidad, ordenada por el órgano jurisdiccional, cuando sólo se tienen pruebas indiciarias.

La dañosidad de la prisión preventiva debe medirse en razón de los múltiples daños que se le ocasionan al indiciado, pues además de “encarcelarlo” sufre: *a)* la pérdida del empleo; *b)* separación del núcleo familiar y social; *c)* afectaciones en su esfera psíquica, física y social; *d)* exposición a la contaminación carcelaria y a los peligros graves por algún desencuentro con otros internos; *e)* las posibilidades de una defensa adecuada se ven reducidas por estar imposibilitado para allegarse medios de prueba; *f)* es sujeto de una serie de prejuicios y calificativos perjudiciales por parte de los medios de comunicación y en general de la opinión pública; *g)* en caso de obtener una sentencia absolutoria, habrá sido sujeto de una injusticia gravísima de imposible reparación. Por lo que respecta a la familia, esta se enfrentará a los prejuicios sociales, a problemas económicos cuando el sujeto de la medida es el proveedor y, además, sobrevienen costos que de hecho existen en las prisiones.⁵⁴

El destacado sociólogo e investigador, doctor Zepeda Lecuona, manifiesta:

La prisión preventiva en México es indebida, exorbitada, injusta y costosa. Es indebida porque contradice los principios constitucionales y del derecho internacional, es exorbitada porque la autoridad la utiliza extensa e indiscriminadamente, más del 40% de las personas señaladas como probables responsables son encarceladas.⁵⁵

⁵⁴ Carbonell hace una muy importante cita de Ferrajolli que en atención a la prisión preventiva afirma: “el imputado debe comparecer libre ante sus jueces, no solo porque así se asegura la dignidad del ciudadano presunto inocente, sino también — es decir, sobre todo— por necesidades procesales para que quede situado en pie de igualdad con la acusación, para que después del interrogatorio y antes del juicio pueda organizar sus defensas; para que el acusador no pueda hacer trampas construyendo acusaciones manipulando las pruebas a sus espaldas”. Carbonell, Miguel, voz “Prisión preventiva”, en Laveaga, Gerardo y Lujambio, Alberto (coords.), *Derecho penal a juicio. Diccionario crítico*, 2a. ed., Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2009, p. 469.

⁵⁵ *Los mitos de la prisión preventiva en México*, 2a. ed., México, Proyecto Presunción de Inocencia en México de Open Society Justice Initiative (OSJI), 2010, p. 8.

Este autor subraya que “el 98.8% de los delitos que se cometen en México no son castigados”.⁵⁶ Además, plantea “los mitos”⁵⁷ o falacias de los fines de la prisión preventiva: “Mito 1. La prisión preventiva reduce la incidencia delictiva”. “Mito 2. La prisión preventiva disminuye la inseguridad ciudadana”. “Mito 3. La prisión preventiva se usa contra sujetos «peligrosos»”. “Mito 4. La prisión preventiva garantiza la reparación del daño”.

Demuestra sus afirmaciones con datos reales y explicaciones contundentes, y va demostrando que cada uno de los “mitos” se han venido planteando “como principales argumentos de los defensores de la prisión preventiva”. Demuestra que a pesar de la prisión preventiva (se ha duplicado) la incidencia delictiva “se ha estacionado en niveles inusuales”.

La reforma al sistema de justicia penal de 2008 introdujo la prisión preventiva oficiosa para ocho supuestos delictivos.⁵⁸ Su procedencia es, en la mayoría de los casos, a petición del Ministerio Público; “así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso”. En los supuestos de prisión preventiva oficiosa no interviene el Ministerio Público, el juez dicta la medida de acuerdo con los delitos dispuestos en el artículo 19, segundo párrafo, sin tomar en consideración los objetivos de la prisión preventiva.

La reforma de 2008 no sólo ajustó el régimen de la prisión preventiva (artículo 19), sino también removió del orden constitucional, la libertad provisional mediante caución (artículo 20); esta garantía para el acusado, significaba el contrapeso de la prisión preventiva y era congruente con el principio de presunción de inocencia. Una reforma posterior, publicada el 12 de abril de 2019, continuó el perfil represivo, incrementó en nueve el número de supuestos⁵⁹ por los cuales el juez puede ordenar la prisión preventiva oficiosa.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 15.

⁵⁷ *Ibidem*, pp. 12-21.

⁵⁸ Delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas (se agregó en la reforma constitucional del 14 de julio de 2011), delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

⁵⁹ Abuso o violencia sexual contra menores; feminicidio; robo de casa habitación; uso de programas sociales con fines electorales; corrupción tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones; robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades; delitos en materia de hidrocarburos petrolíferos o petroquímicos; delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares; delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea.

En contraste, en el ámbito internacional se pretende reducir al máximo la procedencia de la prisión preventiva oficiosa; la mejor muestra es el Estatuto de la Corte Penal Internacional donde, simplemente, no se prevé.

Con las reformas comentadas y las cuantiosas que sobrevinieron después de la reforma de 2008, a la fecha queda poco de la Constitución de 1917.