



UNIVERSIDAD VILLA RICA

ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

“COMENTARIOS SOBRE LA REFORMA
CONSTITUCIONAL EN MATERIA PENAL 2007-
2008”

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

ABRAHAM SUSVILLA SANCHEZ

Director de Tesis:

Revisor de Tesis

Lic. Miguel Ángel Gordillo Gordillo

Lic. Edna del Carmen Márquez Hernández

BOCA DEL RÍO, VER.

2010



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
-------------------	---

CAPÍTULO I

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN.

1.1 Planteamiento del problema.....	5
1.2 Justificación del problema.....	6
1.3 Delimitación de objetivos.....	7
1.3.1Objetivos generales.....	7
1.3.2Objetivos específicos.....	7
1.4 Formulación de Hipótesis.....	8
1.4.1 Enunciación de Hipótesis.....	8
1.5 Identificación de variables.....	8
1.5.1Variable independiente.....	8
1.5.2Variable Dependiente.....	8
1.6 Tipo de estudio.....	8
1.6.1 Investigación Documental.....	8
1.6.1.1 Bibliotecas públicas.....	9
1.6.1.2 Bibliotecas privadas.....	9

1.6.2 Técnicas empleadas.....9
1.6.2.1 Fichas bibliográficas.....9
1.6.2.2 Fichas de Trabajo.10

CAPÍTULO II

HISTORIA DEL DERECHO PENAL, SU EVOLUCIÓN EN MÉXICO Y SU RELACIÓN
CON EL DERECHO CONSTITUCIONAL.

2.1 Historia del Derecho Penal.....11
2.1.1 Venganza Privada.....12
2.1.2 Venganza Divina.....13
2.1.3 Venganza Pública.....14
2.1.4 Periodo Humanitario.....15
2.1.5 Evolución Histórica del Derecho Penal en México.....16
2.1.5.1 Derecho Precortesiano.....16
2.1.5.2 Derecho Penal en el Pueblo Maya.....17
2.1.5.3 Derecho Penal en el Pueblo Tarasco.....17
2.1.5.4 Derecho Penal en el Pueblo Azteca.....18
2.1.5.5 Derecho Penal Colonial.....19
2.1.5.6. México Independiente.....20
2.2 Concepto y Características del Derecho Penal.....21
2.2.1 Concepto del Derecho Penal.....21
2.2.2 Características del Derecho Penal.....22
2.2.2.1 Público.....22
2.2.2.2 Sancionador.....22
2.2.2.3 Valorativo.....24
2.2.2.4 Finalista.....24

2.2.2.5 Personalísimo.....25

2.3 Partes del Derecho Penal.....25

2.3.1 Parte General.....26

2.3.2 Parte Especial.....27

2.4 Derecho Penal Sustantivo, Adjetivo y Ejecutivo.....27

2.4.1 Derecho Penal Sustantivo.....27

2.4.2 Derecho Penal Adjetivo.....27

2.4.3 Derecho Penal Ejecutivo.....28

2.5 El Derecho Penal y su Relación con el Derecho
Constitucional...28

CAPÍTULO III

DERECHO CONSTITUCIONAL EN MÉXICO.

3.1 Nociones Preliminares.....30

3.2 Concepto.....31

3.3 Poder Político.....31

3.4 Soberanía.....32

3.5 Supremacía Constitucional.....36

3.6 Poder Constituyente.....37

3.6.1 Característica del Poder Constituyente.....39

3.6.2 Limitaciones del Poder Constituyente.....39

3.6.3 Constituyente Permanente.....42

3.6.3.1 Adición y Reforma.....43

3.7 Constitución.....45

3.7.1 Parte Dogmatica de la Constitución.....46

3.7.2 Parte Orgánica de la Constitución.....47

3.7.3 Parte Material de la Constitución.....	47
3.8 Constituciones de México.....	48
3.8.1 Constitución de Apatzingan de 1814.....	48
3.8.2 Constitución de 1824.....	51
3.8.3 Las Siete Leyes Constitucionales.....	54
3.8.4 Acta Constitutiva y de Reformas de 1847.....	56
3.8.5 Constitución Federal de 1857.....	56
3.8.6 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.....	58

CAPÍTULO IV

COMENTARIOS SOBRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL 2007-2008.

4.1 Reforma Penal Constitucional.....	63
4.1.1 Creación y modificación de la reforma.....	66
4.1.2 Motivos de la reforma.....	69
4.1.3 Contenido de la reforma constitucional en materia penal.....	72
4.2 Objeto de la Investigación y Fundamento del Proceso.....	77
4.2.1 Autoridad Investigadora.....	77
4.2.2 Ministerio Público y Policía.....	79
4.2.3 Principio de Oportunidad.....	83
4.3 Ejercicio de la acción y orden de aprehensión.....	88
4.4 Delincuencia Organizada.....	91
4.4.1 Concepto.....	91
4.4.2 Delitos Federales. Redefinición de Competencias.....	94
4.4.3 Régimen para la Delincuencia Organizada.....	96

4.5 Juez de Control.....	97
4.5.1 Atribuciones.....	101
4.6 Cuestiones en la Investigación.....	103
4.6.1 Flagrancia.....	103
4.6.2 Arraigo.....	106
4.6.3 Cateo.....	110
4.6.4 Comunicaciones privadas.....	114
4.7 Medios alternos de solución de controversias.....	115
4.8 Auto de vinculación a proceso.....	117
4.8.1 Elementos de fondo.....	118
4.8.2 Suspensión del Procedimiento.....	120
4.9 Prisión Preventiva.....	121
4.9.1 Finalidades de la Prisión Preventiva.....	124
4.9.2 Revocación de la Prisión Preventiva.....	126
4.10 Principios del Proceso Penal.....	127
4.10.1 Sistema Acusatorio.....	128
4.10.2 Oralidad.....	129
4.10.3 Inmediación.....	130
4.10.4 Contradicción.....	131
4.10.5 Publicidad.....	132
4.10.6 Concentración y Continuidad.....	133
4.11 Derecho del imputado.....	135
4.11.1 Presunción de Inocencia.....	136
4.11.2 Derecho al Silencio.....	137
4.12 Acción Penal Privada.....	138

4.12.1 Procedimiento de la Acción Penal Privada.....	139
4.13 Extinción de Dominio.....	140
CONCLUSIONES.....	145
RECOMENDACIONES.....	148
BIBLIOGRAFÍA.....	150
LEGISGRAFÍA.....	152

INTRODUCCION

El Estado mexicano impulsó recientemente en el año 2008, una reforma completa y profunda a su sistema de seguridad y justicia. La reforma fue debatida por estudiosos y profesionales de la seguridad y la justicia en diversos foros, y ha sido tema relevante en los medios de comunicación. En el Poder Legislativo se discutió una iniciativa del Presidente Felipe Calderón y varias más de los propios legisladores, así como la reforma previa del Poder Judicial. Fue aprobada por una amplia mayoría de todos los partidos. No obstante, la población y aun abogados y servidores públicos de los órganos locales de procuración e impartición de justicia continúan sin conocer a fondo las reformas.

El cambio obedece al gran atraso e ineficiencia del sistema actual para dar vigencia plena a las garantías

individuales y derechos humanos que consagra la Constitución y brindar la seguridad debida a personas y propiedades.

Actualmente, de acuerdo a estadísticas del Gobierno Federal, menos de cinco de cada cien delitos denunciados reciben sentencia en México. La delincuencia organizada tiene un gran poder económico y capacidad para operar internacionalmente, evadir la acción de la justicia y trasgredir el orden social. Como en todo el mundo, la delincuencia organizada es una seria amenaza para el Estado y la sociedad.

En México existe una desconfianza extendida respecto del aparato de justicia, ya que las instituciones públicas han sido permeadas por la delincuencia; los procesos y juicios penales son burocráticos y lentos, escritos en expedientes interminables, y las cárceles son inseguras, no garantizan la reinserción social.

Los objetivos de la reforma objeto de estudio, son ajustar el sistema a los principios de un Estado democrático de Derecho, como defender las garantías de la víctima y acusados y la imparcialidad en los juicios, así como implantar prácticas más eficaces contra la delincuencia organizada y en el funcionamiento de las cárceles. Asimismo,

adaptar las leyes penales a compromisos internacionales de México.

En cuanto hace al tema de seguridad, la reforma pretende vincular al Sistema Nacional de Seguridad Pública con la protección de los derechos humanos y obligaría a las autoridades federales, estatales y municipales a coordinarse de manera más estrecha y eficiente.

Otro de los aspectos relevantes de esta reforma, es el tema de la justicia, que se eleva a rango constitucional de manera explícita la presunción de inocencia. En estos tiempos, en nuestro país, los Agentes del Ministerio Público buscan conseguir el castigo del inculpaado y no la verdad histórica y jurídica de los hechos para lograr que impere verdaderamente la justicia. Los juicios serán públicos, orales y continuos para propiciar su transparencia, equidad e imparcialidad. Con las nuevas reglas el inculpaado podría enfrentar el proceso en libertad y existiría la opción de buscar la conciliación con la reparación del daño.

Por lo que respecta al punto de delincuencia organizada, se establecen medidas como las que ya existen en otros países democráticos para enfrentar a delincuentes peligrosos, entre ellas el arraigo antes de la sujeción a proceso, la prisión antes y durante el juicio, confidencialidad de datos de

víctimas o testigos, intervención de comunicaciones privadas, acceso a información reservada y extinción de dominio de propiedades a favor del Estado, siempre con la orden del juez.

CAPÍTULO I

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

Un gran número de reformas ha abatido sobre el sistema penal constitucional en el curso de los últimos años. En el año 2004 aparecieron tentaciones reformadoras de la Constitución en la materia a que se refiere este trabajo de investigación, sin embargo, fue hasta el año 2007, en una circunstancia de criminalidad exacerbada, de impotencia estatal para contenerla y profunda exasperación social, cuando volvieron a la escena las propuestas reformadoras de la Constitución, que en esta oportunidad adoptaron, sobre todo, soluciones jurídicas imperantes en diversos países y

continentes, de donde provienen algunas de las novedosas figuras jurídicas que integran la reciente reforma. Es por ello que resulta necesario que dichos instrumentos sean estudiados y comentados con detenimiento de tal forma que podamos conocer y entender su alcance y eficiencia, toda vez que los mismos por su propia naturaleza y máxime por su aplicación en sociedades distintas a la nuestra, es preciso obtener un panorama más amplio a fin de entender si estos instrumentos que conforman un sistema jurídico acusatorio son los adecuados para solucionar los problemas que nuestro país enfrenta en la actualidad en materia de seguridad pública. Derivado de lo anterior, la interrogante que habrá de plantearse en el presente trabajo de investigación es ¿Cuáles son las ventajas y desventajas que presenta la reforma constitucional en materia penal del periodo 2007 al 2008?

1.2 JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA.

El tema central de los comentarios que se pretenden exponer en el presente trabajo de investigación respecto de la reforma constitucional en materia penal, se sustenta en la necesidad de contar con un nuevo aparato normativo para enfrentar la delincuencia, establecer razonables condiciones de seguridad pública, reducir la impunidad, abatir la corrupción y mejorar, en general, el desempeño estatal en lo

que respecta a la prevención del delito, la seguridad y la impartición de justicia penal.

Por lo anterior, se reunió diverso material que quizá auxilie a los estudiosos del sistema penal mexicano en el conocimiento de la reforma constitucional del periodo 2007-2008 y de sus antecedentes y circunstancias. Por otra parte se presentan los comentarios pertinentes sobre las novedades constitucionales, con sentido descriptivo y crítico.

1.3 DELIMITACIÓN DE OBJETIVOS.

1.3.1 Objetivo General.

Analizar detalladamente la reforma de cada uno de los preceptos constitucionales relativos a la materia penal que fueron modificados en el periodo 2007-2008.

1.3.2 Objetivos Específicos.

Recordar la historia del Derecho Penal en México y su relación con el Derecho Constitucional.

Revisar los conceptos más trascendentales del Derecho Constitucional mexicano.

Analizar la reforma constitucional 2007-2008.

1.4 FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS.

1.4.1 Enunciación de Hipótesis.

Las nuevas figuras jurídicas y propuestas de la reforma constitucional en materia penal 2007-2008, merecen comentarios sobre sus aciertos y deficiencias.

1.5 IDENTIFICACIÓN DE VARIABLE.

1.5.1 Variable Independiente.

La reforma constitucional en materia penal 2007-2008, realizada en la LX Legislatura del Congreso de la Unión.

1.5.2 Variable Dependiente.

Aciertos y deficiencias de la reforma constitucional en materia penal 2007-2008.

1.6 TIPO DE ESTUDIO.

Este trabajo de investigación será de tipo documental y es respaldado a través de la revisión de la bibliografía que trata el tema.

1.6.1 Investigación Documental.

El presente trabajo de investigación será llevado a cabo por medio de consultas de textos relacionados con el tema principal, por lo que se visitarán, tanto bibliotecas privadas como públicas.

1.6.1.1 Bibliotecas Públicas.

Unidad de Servicios Bibliotecarios y de Información (USBI) de la Universidad Veracruzana, ubicada en Avenida S.S.

Juan Pablo II esquina Avenida Ruiz Cortinez, Fraccionamiento Costa Verde en Boca del Río, Veracruz.

Casa de la Cultura Jurídica "Humberto Román Palacios", ubicada en Calle Emparan esquina Avenida 5 de Mayo y Calle Madero, Colonia Centro en Veracruz, Veracruz.

1.6.1.2 Bibliotecas Privadas.

Biblioteca de la Universidad Autónoma de Veracruz Villa Rica, ubicada en Avenida Urano esquina Calle Progreso Fraccionamiento Jardines de Mocambo en Boca del Río, Veracruz.

1.6.2 Técnicas Empleadas.

Para la realización de este trabajo de investigación se utilizaron fichas bibliográficas y de trabajo para la mejor comprensión y organización del contenido.

1.6.2.1 Fichas Bibliográficas.

Es una técnica de investigación que nos lleva a conocer el contenido del libro que se pretende utilizar para la elaboración de determinado trabajo, la cual consta de los siguientes requisitos: nombre de autor, nombre del libro, tomos, número de edición, editorial, lugar y fecha de edición y número de páginas.

1.6.2.2 Fichas de Trabajo.

Son aquéllas que en su contenido establecen los datos necesarios para conocer determinada información de un libro como son: el nombre del autor, nombre del libro, tomo o volumen, edición, editorial, lugar, año, número de página o páginas de donde se obtuvo determinada información, el título del tema y una reseña del mismo.

CAPÍTULO II

HISTORIA DEL DERECHO PENAL, SU EVOLUCIÓN EN MÉXICO Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO CONSTITUCIONAL.

2.1 HISTORIA DEL DERECHO PENAL.

A lo largo del tiempo, la función represiva se ha orientado hacia diversas rutas según los distintos pueblos. Los estudiosos de la materia agrupan en cuatro periodos la tendencia que ofrecen algunas notas comunes, a saber: el de la venganza privada; el de la venganza divina; el de la venganza pública y el periodo humanitario.

Antes de detallar cada uno de los periodos que comprende la evolución de las ideas penales, es conveniente destacar, que la pena surgió como una venganza del grupo, reflejando el

instinto de conservación del mismo. La expulsión del delincuente se consideró el castigo más grave que podía imponerse, por colocar al infractor en situación de absoluto abandono y convertirlo en propicia víctima, por su desamparo, de agresiones provenientes de miembros de su propio grupo o de elementos extraños a éste. La expulsión que en un principio se utilizó para evitar la venganza del grupo a que pertenecía el ofendido, evitando así la guerra entre las tribus, se extendió para sancionar hechos violentos y de sangre cometidos por un miembro del conglomerado contra otro, perteneciente al mismo.

2.1.1 Venganza Privada.

A esta etapa suele llamársele *venganza de la sangre o época bárbara*. En el primer periodo de formación del Derecho Penal, fue impulso de la defensa o de la venganza, la *ratio essendi* de todas las actividades provocadas por un ataque injusto. Por falta de protección adecuada que hasta después se organiza, cada particular, cada familia y cada grupo se protegen y se hace justicia por sí mismo. En este periodo, la función represiva estaba en manos de los particulares. Como afirman los tratadistas, si se piensa en que todo animal ofendido tiende instintivamente a reaccionar, es fácil comprender cómo la primera forma y la primera justificación

de lo que hoy llamamos justicia penal debió ser, por la naturaleza misma de las cosas, la venganza. Mas no toda venganza puede estimarse como antecedente de la represión penal moderna; solo tiene relevancia, como equivalente de la pena actual, la actividad vengadora que contaba con el apoyo de la colectividad misma, mediante la ayuda material y el respaldo moral hacia el ofendido, reconociéndole su derecho a ejercitarla.

La venganza privada se conoce también como venganza de sangre, porque sin duda se originó por el homicidio y las lesiones, delitos por su naturaleza denominados *de sangre*.

En ocasiones los vengadores, al ejercitar su reacción, se excedían causando males mucho mayores que los recibidos, hubo necesidad de limitar la venganza y así apareció la fórmula de talión: *ojo por ojo y diente por diente*, para significar que el grupo solo reconocía al ofendido el derecho de causar un mal de igual intensidad al sufrido. Además de la limitación talionaria, surgió más tarde el sistema de composiciones, según el cual el ofensor podía comprar al ofendido o a su familia el derecho de venganza.

2.1.2 Venganza Divina.

En este periodo se considera delito a una de las causas del descontento de los dioses; por eso los jueces y

tribunales juzgan en nombre de la divinidad ofendida, pronunciando sus sentencias e imponiendo las penas para satisfacer su ira, logrando el desistimiento de su justa indignación. En esta etapa evolutiva del Derecho Penal, la justicia represiva es manejada generalmente por la clase sacerdotal.

2.1.3 Venganza Pública.

A medida que los Estados adquieren una mayor solidez, empieza a realizarse la distinción entre los delitos privados y públicos, según que el hecho lesione de manera directa los intereses de los particulares o el orden público. En este periodo los tribunales juzgan en nombre de la colectividad. Para la supuesta salvaguarda de ésta se imponen penas cada vez más crueles e inhumanas. Con razón, Cuello Calón afirma que en este periodo nada se respetaba, ni siquiera la tranquilidad de las tumbas, pues se desenterraban los cadáveres y se les procesaba; los jueces y tribunales poseían facultades omnímodas y podían incriminar hechos no previstos como delitos en las leyes. De estos ilimitados derechos abusaron los juzgadores; no los pusieron al servicio de la justicia, sino al de los déspotas y los tiranos depositarios de la autoridad y del mando.

En esta etapa reinaba en la administración de justicia la más irritante desigualdad, pues mientras a los nobles y a los poderosos se les imponían las penas más suaves y eran objeto de una protección penal más eficaz, para los plebeyos y siervos se reservaban los castigos más duros y su protección era en muchos casos tan solo una caricatura de la justicia.

2.1.4 Periodo Humanitario.

La tendencia humanitaria, tomó cuerpo hasta la segunda mitad del siglo XVIII con César Bonnesana, Marqués de Beccaria, con su libro *De los Delitos y de las Penas*, con el que logró convulsionar a la sociedad de su época, estableciendo una serie de principios y derechos mínimos del delincuente. En dicho libro, se une la crítica demoledora de los sistemas empleados hasta entonces, a la proposición creadora de nuevos conceptos y nuevas prácticas; se pugna por la exclusión de suplicios y crueldades innecesarios; se propone la certeza, contra las atrocidades de las penas, suprimiendo los indultos y las gracias que siempre hacen esperar la impunidad a los delincuentes; se orienta la represión hacia el porvenir, subrayando la utilidad de las penas sin desconocer su necesaria justificación; se preconiza la peligrosidad del delincuente como punto de mira para la determinación de las sanciones aplicables y se urge por una

legalidad de los delitos y de las penas, hasta el extremo de proscribir la interpretación de la ley, por el peligro de que pudiera servir de pretexto para su verdadera alteración. Entre los puntos más importantes del libro de Beccaria destacan los siguientes:

-El derecho a castigar se basa en el contrato social y por tanto la justicia humana y la divina son independientes.

-Las penas únicamente pueden ser establecidas por las leyes.

-Las penas deben ser públicas, prontas y necesarias, proporcionadas al delito y las mínimas posibles.

-El fin de la pena es evitar que el autor cometa nuevos delitos.

-La pena de muerte debe ser proscrita por injusta.

2.1.5 Evolución Histórica del Derecho Penal en México.

2.1.5.1 Derecho Precortesiano.

Existen muy pocos datos precisos sobre el Derecho Penal anterior a la llegada de los conquistadores; indudablemente los distintos reinos y señoríos poblados de los que ahora es nuestra patria, poseyeron reglamentaciones sobre la materia penal. Como no existía unidad política entre los diversos núcleos aborígenes, porque no había una sola nación, sino varias, resulta más correcto aludir únicamente al Derecho de

tres pueblos principales encontrados por los europeos poco después del descubrimiento de América: el maya, el tarasco y el azteca. Se le llama Derecho Precortesiano a todo el que rigió hasta antes de la llegada de Hernán Cortes, designándose así no solo el orden jurídico de los tres señoríos mencionados, sino también al de los demás grupos.

2.1.5.2 Derecho Penal en el Pueblo Maya.

Entre los mayas, las leyes penales al igual que en los otros reinos y señoríos, se caracterizaban por su severidad. Los batabs o caciques tenían a su cargo la función de juzgar y aplicaban como penas principales la muerte y la esclavitud; la primera se reservaba para los adúlteros, homicidas, incendiarios, raptos y corruptores de doncellas; la segunda para los ladrones. Si el autor del robo era un señor principal, se le labraba el rostro desde la barba hasta la frente.

2.1.5.3 Derecho Penal en el Pueblo Tarasco.

Este Derecho se caracterizaba por su severidad y crueldad en las penas; un ejemplo de ello era el adulterio habido con alguna mujer del soberano o Calzontzi, se castigaba no solo con la muerte del adúltero, sino que trascendía a toda su familia; los bienes del culpable eran confiscados. Cuando un familiar del monarca llevaba una vida escandalosa, se le

mataba en unión de su servidumbre y se le confiscaban los bienes. Al forzador de mujeres le rompían la boca hasta las orejas, empalándolo después hasta hacerlo morir.

2.1.5.4 Derecho Penal en el Pueblo Azteca.

Existían dos instituciones que protegían a la sociedad azteca y la mantenían unida, constituyendo el origen y fundamento del orden social: la religión y la tribu. La religión penetraba en los diversos aspectos de la vida del pueblo y para el individuo todo dependía de la obediencia religiosa; el sacerdocio no estuvo separado de la autoridad civil, sino dependiente de ella, al tiempo de que la hacía depender de sí; con ello ambas jerarquías se complementaban. La sociedad azteca existía para beneficio de la tribu y cada uno de sus miembros debía contribuir a la conservación de la comunidad.

El Derecho Penal Azteca revela excesiva severidad, principalmente con relación a los delitos considerados como capaces de hacer peligrar la estabilidad del Gobierno o la persona misma del soberano; las penas crueles se aplicaron también a otros tipos de infracciones. Ha quedado perfectamente demostrado que los aztecas conocieron la distinción entre delitos dolosos y culposos, las circunstancias atenuantes y agravantes de la pena, las

excluyentes de responsabilidad, la acumulación de sanciones, la reincidencia, el indulto y la amnistía.

Las penas eran las siguientes: destierro, penas infamantes, pérdida de la nobleza, suspensión y destitución de empleo, esclavitud, arresto, prisión, demolición de la casa del infractor; corporales, pecuniarias y la de muerte, que se prodigaba demasiado.

2.1.5.5 Derecho Penal Colonial.

Puede afirmarse que la legislación colonial tendía a mantener las diferencias de castas, por ello no debe extrañar que en materia penal haya habido un cruel sistema intimidatorio para los negros, mulatos y castas, como tributos al rey, prohibición de portar armas y de transitar por las calles de noche, obligación de vivir como amo conocido, penas de trabajo en minas y de azotes, todo por procedimientos sumarios. Para los indios las leyes fueron más benévolas, señalándose como penas los trabajos personales, por excusarles las de azotes y pecuniarias, debiendo servir en conventos, ocupaciones o ministerios de la Colonia y siempre que el delito fuera grave, pues si éste era leve, la pena sería la adecuada aunque continuando el reo en su oficio y con su mujer; solo podían los indios ser entregados a sus acreedores para pagarles con su servicio, y los mayores de 13

años podían ser empleados en los transportes, donde se careciera de caminos o de bestias de carga.

2.1.5.6. México Independiente.

La grave crisis producida en todos los órdenes por la Guerra de Independencia, motivó el pronunciamiento de disposiciones tendientes a remediar, en lo posible, la nueva y difícil situación. En esta etapa se procuró organizar la policía y reglamentar la portación de armas y el consumo de bebidas alcohólicas, así como combatir la vagancia, la mendicidad, el robo y el asalto. Posteriormente se dispuso, para hacer frente a los problemas de entonces, que quedaran en vigor las leyes existentes durante la dominación.

En resumen, en esta época, se realizó una legislación fragmentaria y dispersa, motivada por los diferentes tipos de delincuentes que llegaban a constituir problemas políticos, pero ningún intento de formación de un orden jurídico total; hay atisbos de humanitarismo en algunas penas, pero se prodiga la de muerte como arma de lucha contra los enemigos políticos; en las diversas constituciones que se suceden ninguna influencia ejercen en el desenvolvimiento de la legislación penal y no se puede afirmar que las escasas instituciones humanitarias creadas por las leyes, se hayan realizado.

2.2 CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO PENAL.

Todos los intereses que el Derecho intenta proteger son de importancia incalculable; sin embargo, de entre ellos hay algunos cuya tutela debe ser asegurada a toda costa, por ser fundamentales en determinado tiempo y lugar para garantizar la supervivencia misma del orden social. Para lograr tal fin, el Estado se encuentra naturalmente facultado y obligado a la vez, a valerse de los medios adecuados originándose así la necesidad y justificación del Derecho Penal que, por su naturaleza esencialmente punitiva, es capaz de crear y conservar el orden social.

2.2.1 Concepto de Derecho Penal.

“La expresión de Derecho Penal, se define como la rama del Derecho Público Interno relativa a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad que tiene por objetivo inmediato la creación y la conservación del orden social”¹.

Se afirma que el Derecho Penal es público por cuanto solo el Estado tiene capacidad para establecer los delitos y señalar las penas, imponer éstas y ejecutarlas; es decir, porque al cometerse un delito la relación se forma entre el delincuente y el Estado como soberano y no entre aquél y el

¹ CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos Elementales del Derecho Penal, Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, D.F., 2004, p. 19.

particular ofendido. En concreto, puede decirse que el Derecho Penal es público por normar relaciones entre poder y los gobernados.

2.2.2 Características del Derecho Penal.

El Derecho Penal es público, sancionador, valorativo, finalista y personalísimo.

2.2.2.1 Público.

En cuanto hace a la primera característica del Derecho Penal, no se abundará mucho en este tema, a fin de evitar repeticiones innecesarias, en razón de que ya se explicó que es público; sin embargo, remontare a efecto de tener un concepto claro del carácter público del Derecho Penal, a la definición de Jiménez de Asúa, "cuando reafirma el criterio de que el Derecho Penal es un Derecho Público, porque exclusivamente el Estado es capaz de crear normas que definan delitos e impongan sanciones de acatamiento al principio liberal: nullum crimen, nulla poena sine lege."²

2.2.2.2 Sancionador.

Se ha discutido largamente si el Derecho Penal es constitutivo o es sancionador, aun cuando la opinión dominante se inclina a la segunda afirmación. Existen varios

²PAVON VASCONCELOS, Francisco, Derecho Penal Mexicano, Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, D.F, 2004, p. 23.

autores, como Eduardo Novoa que hace notar que el calificativo de *secundario* atribuido al Derecho Penal, al negarle carácter constitutivo, ha despertado el rechazo de muchos penalistas, por creer que su naturaleza sancionadora lo coloca en un plano de inferioridad con relación a otras ramas del Derecho. Otros autores como Porte Petit proclaman por la autonomía del Derecho Penal, otorgándole el carácter de Derecho creador de normas y no solamente sancionador.

En esta misma tesitura, existen autores como Carlos Binding que dan razón al carácter de sancionador del Derecho Penal, al estructurar su célebre teoría de las normas y si bien es cierto que no siempre se encuentra en las otras ramas del Derecho a la norma quebrantada, cuando el sujeto ajusta su proceder a la conducta o al hecho descrito en la ley penal, tal dificultad, se allana mediante la teoría de las normas de cultura, elaborada por Max Ernesto Mayer. En consecuencia, si la ley penal surge de la existencia previa de la norma de cultura que la exige, evidentemente el Derecho Penal no crea las normas y, en esa virtud, no es Derecho constitutivo sino simplemente sancionador.

La misión del Derecho Penal es dar amparo, con la más enérgica de las reacciones de que es capaz el Derecho, a los bienes jurídicos que tienen mayor jerarquía y significación

social. Cuando se atenta contra uno de estos bienes jurídicos, quebrantando la norma consagrada respecto de ellos por la pertinente rama jurídica, en la forma determinada prevista por el precepto penal, se comete un delito, porque el legislador penal, estimando el alto valor de aquellos bienes, ha descrito como delictuosas esas conductas atentatorias, y ha prefijado para ellas una pena.

2.2.2.3 Valorativo.

El Derecho Penal es valorativo en razón de que sus normas jurídicas regulan conductas y al imponer un deber jurídico determinado bajo la amenaza de la pena, cambia del mundo del ser al del *deber ser*; esto es, el hecho del hombre es un acontecimiento ocurrido en el mundo material de relación y por ello a la categoría del ser, constituyendo el objeto de la normatividad jurídica que prescribe la conducta debida, ésta adquiere la categoría de *deber ser* al asociar al incumplimiento de dicha conducta con la imposición de una pena.

2.2.2.4 Finalista.

El carácter finalista del Derecho Penal consiste en el fin del mismo, es decir, el combate del fenómeno de la criminalidad. En realidad el fin del Derecho Penal puede ser mediato o inmediato; el primero tiene como meta principal,

lograr la sana convivencia social, mientras que el fin inmediato consiste en la represión del delito.

2.2.2.5 Personalísimo.

Si se atiende a que la pena únicamente se aplica al delincuente, por haber sido quien cometió el delito, sin sobrepasar su esfera personal, resulta que el Derecho Penal tiene también como carácter esencial, ser un derecho personalísimo; ello queda demostrado por el hecho de que la muerte, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 91 del Código Penal Federal, elimina la responsabilidad del delincuente, al extinguir tanto la acción penal como las sanciones que se hubieran impuesto, excepción hecha de la reparación del daño y la de decomiso de los instrumentos con que se cometió el delito y de las cosas que sean efecto de un objeto de él.

2.3 PARTES DEL DERECHO PENAL.

El estudio sistemático del Derecho Penal se divide en diversos temas, según el punto de vista y la extensión que cada especialista pretenda darle. El Derecho Penal tradicionalmente se divide en Parte General y Parte Especial.

2.3.1 Parte General.

Comprende las Normas Secundarias, Accesorias o simplemente Declarativas referentes al Delito, al Delincuente y a las Penas y Medidas de Seguridad; siendo éstas la Introducción, la Teoría de la Ley Penal, Teoría del Delito y Teoría de la Pena y de las Medidas de Seguridad.

La Introducción se concreta a las Generalidades sobre el Derecho Penal y las Ciencias Penales; Evolución de las Ideas Penales; Historia del Derecho Penal y las principales Escuelas Penales.

Dentro de la Teoría de la Ley Penal, se encuentran las Fuentes del Derecho Penal; la Interpretación de la Ley Penal; y finalmente los Ámbitos de Validez de la Ley Penal.

La Teoría del Delito comprenderá, fundamentalmente, generalidades sobre la definición, concepto, elementos, factores negativos, la vida del delito, la participación y el concurso.

En cuanto hace a la Teoría de la Pena y de las Medidas de Seguridad, permitirá conocer someramente la distinción entre ambas instituciones, su concepto, clasificación e individualización, la condena condicional y la libertad preparatoria.

2.3.2 Parte Especial.

Ésta se integra con los Tipos Penales y las Penas que a cada delito corresponden, es decir comprende el estudio de los Delitos en particular y de las Medidas de Seguridad aplicables a casos concretos.

2.4 DERECHO PENAL SUSTANTIVO, ADJETIVO Y EJECUTIVO.

2.4.1 Derecho Penal Sustantivo.

“El Derecho Penal Sustantivo o también denominado Derecho Penal Material, se concreta en la noción del delito y determina sus consecuencias.”³

2.4.2 Derecho Penal Adjetivo.

Se define como el conjunto de normas jurídicas relativas a la forma de aplicación de las reglas penales a casos particulares, queriéndose con ello destacar el dinamismo característico de sus normas, al considerarse que mientras el Derecho Penal Material o Sustantivo es abstracto y estático, el Derecho Penal Adjetivo o Procesal es, por el contrario, concreto y dinámico; a él le compete, a través de sus principios y procedimientos, precisar la existencia de los delitos y de los responsables, y determinar en concreto las

³ ZAFFARONI, Eugenio, Tratado de Derecho Penal I, Primera Edición, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1939, p.83.

penas aplicables que, en abstracto, señalan los tipos penales.

2.4.3 Derecho Penal Ejecutivo.

El Derecho Penal Ejecutivo está constituido por un compuesto de normas que se ocupa de la ejecución de las penas y ordinariamente se vincula, como una de sus ramas, con el Derecho Administrativo, liberando al juez del procedimiento que corresponde al cumplimiento de las penas. Este derecho es denominado ordinariamente como Derecho Penitenciario y se integra por un conjunto de preceptos jurídicos referentes al tratamiento que los reos deben recibir al cumplir sus penas para lograr su efectiva readaptación social.

2.5 EL DERECHO PENAL Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO CONSTITUCIONAL.

Las relaciones del Derecho Penal con el Constitucional son evidentes, pues el primero encuentra su razón existencial en el segundo, por ser éste, de rango superior. Entre los preceptos constitucionales que guardan estrecha relación con el Derecho Penal, Sustantivo y Adjetivo, podemos citar los artículos 10, 11, 13, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22 y 23. "El Derecho Constitucional tiene por objeto establecer la forma y organización del Estado y la fijación de los límites a la actividad del Poder Público frente a los particulares.

En otras palabras es la estructura al Estado y sus funciones y reconoce las garantías tanto individuales como de grupo".⁴

El Derecho Constitucional es el que señala al penal su órbita de acción; si la Constitución es la ley fundamental en la vida del Estado, reparte competencias y finca barreras a las autoridades frente a los individuos, las orientaciones constitucionales sin duda marcan cauce al Derecho Penal.

Las garantías de naturaleza penal encuentran, pues, su fundamento en el reconocimiento que de ellas hace la Constitución como Ley Suprema; por lo tanto, son de incalculable importancia las relaciones entre ambas disciplinas. "Como dice el maestro Villalobos el Derecho Constitucional sienta las bases de todo sistema político y jurídico del Estado, dando las normas principales para estimar como delictuosos los actos que se hallan en desacuerdo con el sistema preconizado; en él se establecen garantías y formas de persecución y de protección que no podrán ser transgredidas; y los conceptos allí aceptados respecto a la libertad y sus límites, a la organización pública y sus exigencias, darán el tono para el desarrollo legislativo y muy especialmente para el Derecho Penal".⁵

⁴ CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos Elementales Del Derecho Penal, Editorial Porrúa, p. 23.

⁵ PAVON VASCONCELOS, Francisco, Derecho Penal Mexicano, Segunda edición, Editorial Porrúa, p. 18.

CAPÍTULO III

EL DERECHO CONSTITUCIONAL EN MÉXICO.

3.1 NOCIONES PRELIMINARES.

La vida en sociedad obliga al hombre a mantener con sus semejantes relaciones múltiples y de manera compleja que son, a veces, causa de conflictos, resultado de todas las investigaciones que se han realizado, ha sido comprobar de manera concisa y precisa, que la vida social es la forma originaria de la existencia humana, es decir, que el hombre no se concibe tal, sino viviendo en sociedad. Aristóteles es un principal personaje que dice: *El hombre es un animal político.*

3.2 CONCEPTO.

El Derecho Constitucional es una rama del Derecho Público cuyo campo de estudio incluye el análisis de las leyes fundamentales que definen un Estado. De esta manera, es materia de estudio todo lo relativo a la forma de Estado, forma de Gobierno, derechos fundamentales y la regulación de los Poderes Públicos, incluyendo tanto las relaciones entre poderes públicos, como las relaciones entre los poderes públicos y los ciudadanos.

3.3 PODER POLÍTICO.

El poder se conoce comúnmente como la potencialidad de hacer que un tercero haga o realice lo que se le solicita u ordena. En ese sentido, un órgano tiene poder cuando posee capacidad de coerción para hacer cumplir sus mandatos. El significado actual en las democracias liberales va ligado a la existencia de una legitimidad democrática, y a la atribución de capacidad dispositiva acorde al criterio de oportunidad política. Así, el concepto se contrapone al poder que se atribuye a la Administración o a los órganos judiciales, pues éstos poseen una voluntad que ha de estar fundada en un texto legal, es decir, poseen una capacidad reglada cuyas decisiones jamás pueden basarse en criterios de

oportunidad. Este poder necesita un respaldo popular y hallarse vinculado a grupos de presión o factores de poder.

3.4 SOBERANÍA.

“La soberanía es producto histórico y como afirma Jellinek, un concepto polémico. No fue conocida de la antigüedad, porque no se dio entonces la oposición del poder del Estado a otros poderes”.⁶ La idea se gestó en los finales de la Edad Media para justificar ideológicamente la victoria que alcanzó el rey, como encarnación del Estado, sobre las tres potestades que le habían mermado autoridad: el Papado, el Imperio y los Señores Feudales. Del primero reivindicó la integridad del poder temporal, al segundo le negó el vallasaje que como reminiscencia del imperio romano le debían los príncipes al emperador; de los Señores Feudales recuperó la potestad pública, que en todo o en parte había pasado a su patrimonio. La doctrina se puso al servicio de los acontecimientos y Bodino definió por primera vez al Estado en funciones de su soberanía: *El Estado es un recto gobierno, de varias agrupaciones y de lo que les es común, con potestad soberana.*

⁶ RAMIREZ TENA, Felipe, Derecho Constitucional Mexicano, Trigesimacuarta Edición, Editorial Porrúa, México, D.F., 2001, p. 4.

Al sustituir la soberanía del rey por la del pueblo, los doctrinarios que influyeron en la Revolución Francesa no hicieron sino trasladar al nuevo titular de la soberanía las notas de exclusividad, de independencia, de indivisibilidad y de ilimitación que habían caracterizado al poder soberano.

Del proceso histórico que a grandes rasgos se ha reseñado, la doctrina europea ha considerado a la soberanía como *la negociación de toda subordinación o limitación del Estado por cualquier otro poder*, concepto negativo que se traduce en la noción positiva de una *potestad pública que se ejerce autoritariamente por el Estado sobre todos los individuos que forman parte del grupo nacional*.

Etimológicamente soberanía significa lo que está por encima de todo. Por ello, la competencia de los Estados miembros de la Federación, para gobernarse por sí mismos dentro de las limitaciones impuestas por la Constitución Federal, no es soberanía. Los Estados no tienen sino una potestad relativa, por acotada, de autodeterminación.

A conceptos distintos deben corresponder voces diferentes, a menos de empobrecer el idioma y oscurecer las ideas con el empleo de un solo término para dos o más conceptos. Definase pues, *soberanía a la facultad absoluta de autodeterminarse, mediante la expedición de la ley suprema*,

que tiene una nación y autonomía a la facultad restringida de darse su propia ley que posee cada uno de los Estados de la Federación.

La autolimitación, la capacidad para determinarse de un modo autónomo jurídicamente, que para la doctrina europea constituye la característica esencial de la soberanía, no puede ubicarse nunca en los poderes del Estado dentro del sistema americano, porque esos poderes obran en ejercicio de facultades recibidas, expresas, y por todo ello, limitadas.

Dentro del sistema americano, el único titular de la soberanía es el pueblo o la nación. Este titular originario de la soberanía hizo uso de tal poder cuando se constituyó en Estado jurídicamente organizado. Para ese fin el pueblo soberano expidió su ley fundamental llamada Constitución en la que consignó la forma de gobierno, creó los poderes públicos con sus respectivas facultades y reservó para los individuos cierta zona inmune a la invasión de las autoridades (Garantías Individuales).

El acto de emitir la Constitución significa para el pueblo que la emite un acto de autodeterminación plena y auténtica, que no está determinado por determinantes jurídicos, extrínsecos a la voluntad del propio pueblo. En los regímenes que, como en el nuestro, no toleran la

apelación directa al pueblo, el acto de autodeterminación representa la única oportunidad de que el titular de la soberanía la ejerza en toda su pureza e integridad.

De esta suerte los poderes públicos creados por la Constitución no son soberanos. No lo son en su mecanismo interno, porque la autoridad está fragmentada entre los diversos órganos, cada uno de los cuales no tiene sino la dosis y la clase de autoridad que le atribuyó la Constitución; ni lo son tampoco en relación con los individuos, en cuyo beneficio la Constitución erige un obstáculo que no puede salvar arbitrariamente el poder público. A tales órganos no les es aplicable, por lo tanto, el atributo de poder soberano que la doctrina europea coloca en el órgano a través de la ficción del Estado.

El pueblo, a su vez, titular originario de la soberanía, subsumió en la Constitución su propio poder soberano. Mientras la Constitución exista, ella vincula jurídicamente, no solo a los órganos, sino también al poder que los creó. La potestad misma de alterar la Constitución solo cabe ejercerla por cauces jurídicos.

Lo mencionado en el párrafo que antecede, nos lleva a la conclusión de que la soberanía, una vez que el pueblo la ejerció, reside exclusivamente en la Constitución y no en los

órganos ni en los individuos que gobiernan. Advertirlo así, es el hallazgo de Kelsen, quien decía que “Solo un orden normativo puede ser soberano, es decir, autoridad suprema, o última razón de validez de las normas que un individuo está autorizado a expedir con el carácter de mandatos y que otros individuos están obligados a obedecer.”⁷

3.5 SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL.

La supremacía de la Constitución Federal sobre las leyes del Congreso de la Unión y sobre los tratados consta en el artículo 133 de la Constitución Federal, cuya primera parte dispone: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que están de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión”.⁸

Aunque la expresión literal del texto autoriza a pensar a primera vista que no es solo la Constitución la Ley Suprema, sino también las leyes del Congreso de la Unión y los Tratados, sin embargo, del propio texto se desprende que la Constitución es superior a las Leyes Federales, porque éstas para formar parte de la Ley Suprema deben *emanar* de ésta

⁷ KELSEN, Hans, Teoría General Del Derecho Y Del Estado, Primera Edición, Editorial UNAM, México, 1949, p. 404.

⁸ Constitución de los Estados Unidos Mexicanos 1917, Editorial Mc Graw Hill, México, 2010, art. 133.

misma; es decir, deben tener su fuente en la Constitución; lo mismo en cuanto a los tratados, que necesitan *estar de acuerdo* con la Constitución. Se alude así al principio de subordinación de los actos legislativos respecto a la norma fundamental.

3.6 PODER CONSTITUYENTE.

La supremacía Constitucional presupone dos condiciones: el Poder Constituyente es distinto de los Poderes Constituidos, la Constitución es rígida y escrita.

En efecto, los órganos de poder reciben su investidura y sus facultades de una fuente superior a ellos mismos como es la Constitución, eso quiere decir que el autor de la Constitución debe ser distinto y estar por encima de la voluntad particular de los órganos que la aplican. La doctrina designa al primero con el nombre de *Poder Constituyente* y a los segundos los llama *Poderes Constituidos*.

El origen de la distinción entre las dos clases de poderes se encuentra en la organización constitucional norteamericana. La teoría de la separación de los tres poderes de Montesquieu, además de plantear ya de por sí la división del poder público, suponía lógicamente la necesidad de un poder más alto que marcara a cada uno de los

tres órganos su respectiva competencia. Esto no lo alcanzó a advertir Montesquieu, ni se dio cuenta tampoco de que la unidad del Estado quebrantada por la división de los poderes, se reconstruía en la obra del constituyente.

Cronológicamente el Constituyente precede a los Poderes Constituidos; cuando aquél ha elaborado su obra, formulando y emitiendo la Constitución, desaparece del escenario jurídico del Estado, para ser sustituido por los órganos creados. Desde el punto de vista de las funciones, la diferencia también es neta: el Poder Constituyente no gobierna, sino solo expide la ley en virtud de la cual gobiernan los Poderes Constituidos; éstos a su vez, no hacen otra cosa que gobernar en los términos y límites señalados por la ley emanada del Constituyente, sin que puedan en su carácter de poderes constituidos, alterar en forma alguna la ley que los creó y los dotó de competencia.

Nuestra Constitución actual es obra de una asamblea constituyente, como fue la que se reunió en la Ciudad de Querétaro en el año de 1917, y la cual creó y organizó, en la Constitución por ella expedida, a los Poderes Constituidos, dotados de facultades expresas y por ende limitadas, e instituyó frente al poder de las autoridades ciertos derechos de la persona. Una vez que el Constituyente de Querétaro

cumplió su cometido al dar la Constitución, desapareció como tal y en su lugar empezaron a actuar los poder constituidos, dentro de sus facultades.

3.6.1 Característica del Poder Constituyente.

La característica principal del Poder Constituyente es la rigidez, es decir, la intangibilidad de la Constitución en relación con los poderes constituidos. En ningún sistema constitucional se admite ciertamente que cualquier órgano constituido pueda poner la mano en la Constitución, pues tal cosa implicaría la destrucción del orden constitucional. Sin embargo, también existe la flexibilidad como en el caso de Inglaterra, consistente en que la Constitución puede ser modificada por el Poder Legislativo.

La rigidez de una Constitución proviene, por lo tanto, de que ningún poder constituido, puede tocar la Constitución. Esta característica encuentra su complemento en la forma escrita. Aunque no indispensable, si es conveniente, por motivos de seguridad y claridad, que la voluntad del Constituyente se externe por escrito en un documento único y solemne.

3.6.2 Limitaciones del Poder Constituyente.

Si el fin de toda Constitución consiste en implantar un orden jurídico, su primera y fundamental limitación la tiene

en la determinación de establecer, no la anarquía ni el absolutismo, sino precisamente un orden jurídico. De otro modo la Constitución se negaría a sí misma y sería suicida. Puede ciertamente, elegir el Estado la Constitución que ha de tener, pero habrá de tener necesariamente alguna dice Jellinek, y más adelante asienta: "No se encuentra el estado sobre el Derecho, de suerte que puede librarse del Derecho mismo. Lo que depende de su poder, no es el saber si el orden jurídico debe existir, sino solo el cómo ha de organizarse."⁹

Mas en el modo de constituirse el Estado; es decir, en la fijación y modificación de sus competencias, también topa el Constituyente con un límite, de índole histórica y sociológica. La ampliación de la competencia del Estado encuentra siempre su límite en el reconocimiento de la personalidad individual. Pudiera agregarse que sigue en pie en nuestros días como otro elemento esencial de toda Constitución, el principio de la separación de poderes, por más que en este punto, como en el relativo a la personalidad humana, las ideas y su expresión positiva han variado profundamente con posterioridad a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en la que se

⁹ RAMIREZ TENA, Felipe, Derecho Constitucional Mexicano, Trigesimacuarta Edición, Editorial Porrúa, México, D.F, 2001, p. 27.

inscribió enfáticamente el principio: *Toda sociedad en que la garantía de los derechos no esté asignada ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución.*

Aparte de las limitaciones anteriores, el Constituyente no debe prescindir de numerosos factores políticos, que condicionan el éxito de su obra. Esos factores, que en si mismos son extrajurídicos, introducen con frecuencia en la obra del Constituyente elementos auténticamente jurídicos y que ya existían con anterioridad; de este modo nuestra primera Constitución no pudo menos que recoger ciertos principios impuestos por la época, entre ellos la intolerancia religiosa. Se trata de los factores reales de poder, que rigen en el seno de toda sociedad y que funcionan según la fórmula expresiva de Lasalle "Se toman esos factores reales de poder, se extienden en una hoja de papel, se les da expresión escrita y, a partir de este momento, incorporados a un papel, ya no son simples factores reales de poder, sino que se han erigido en Derecho, en instituciones jurídicas y quien atente contra ellos atenta contra la ley, y es castigado."¹⁰

Otro género de limitaciones, son las impuestas a la voluntad constituyente por el Derecho Internacional. La

¹⁰ LASALLE, Ferdinand, ¿ Que es la Constitución?, Editorial Colofón, México, 2004 p. 62.

soberanía exterior, que había sido hasta hace poco un principio absoluto en la doctrina del Estado, ha empezado a ser enjuiciada a la luz de necesidades nuevas, de realidades que se imponen y de una conciencia social y política preparada por la primera Gran Guerra y vigorizada por la Segunda. Toda limitación a la soberanía exterior tiene que repercutir inevitablemente en la autodeterminación interna.

3.6.3 Constituyente Permanente.

La separación en el tiempo del Poder Constituyente, autor de la Constitución, y de los Poderes Constituidos, obra y emanación de aquél, no presenta dificultad; en el momento en que la vida del primero, se extingue, por haber cumplido su misión, comienza la de los segundos. La diferenciación teórica tampoco es difícil de entender; el Poder Constituyente únicamente otorga facultades, pero nunca las ejercita, al contrario de los Poderes Constituidos, que ejercitan las facultades recibidas del Constituyente, sin otorgárselas nunca a sí mismos.

En este sentido, el artículo 135 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece un órgano, integrado por la asociación del Congreso de la Unión y de las legislaturas de los Estados, capaz de alterar la Constitución, mediante adiciones y reformas a la misma, tal y

como se describe en dicho numeral: "La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerde las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados..."¹¹

Ese órgano tiene que participar en alguna forma, de la función soberana, desde el momento en que puede afectar la obra que es expresión de la soberanía. Su función es, pues, función Constituyente.

La presencia del Constituyente Permanente al par de los Poderes Constituidos, requiere ser explicada y justificada dentro de un régimen que, como el nuestro, descansa en la separación de las dos clases de Poderes, lo que da a la Constitución su carácter de rígida. Es por ello, que el Congreso Federal es Poder Constituido, cada una de las legislaturas de los Estados también lo es. Pero eso acontece cuando actúan por separado, en ejercicio de sus funciones normales; una vez que se asocian, en los términos del artículo 135 componen un órgano nuevo que ya no tiene

¹¹ Constitución de los Estados Unidos Mexicanos 1917, Editorial Mc Graw Hill, México, 2010, art. 135.

actividades de Poder constituido, sino únicamente de Poder Constituyente.

3.6.3.1 Adición y Reforma.

El alcance de las actividades del Poder Constituyente Permanente consiste en adicionar y reformar la Constitución. Adicionar es agregar algo nuevo a lo ya existente; tratándose de leyes, añadir un precepto nuevo a una ley que ya existe. Toda adición supone la supervivencia íntegra del texto antiguo, para lo cual es necesario que el texto que se agrega no contradiga ninguno de los preceptos existentes; pues si hubiere contradicción, el precepto que prevalece es el nuevo, en virtud del principio de que la norma nueva deroga la antigua, razón por la que en ese caso se trata de una verdadera reforma, disfrazada de adición, ya que hay derogación tacita del precepto anterior para ser reemplazado por el posterior.

Reforma es también la supresión de un precepto de la ley, sin sustituirlo por ningún otro; en ese caso la reforma se refiere a la ley, que es la que resulta alterada, y no a determinado mandamiento. También se puede definir a la reforma, como la sustitución de un texto por otro, dentro de la ley existente.

Adicionar y reformar la Constitución por cualquiera de los medios que han quedado indicados, en eso estriba la competencia del Constituyente Permanente. Quiere decir, en consecuencia, que dicho poder no tiene facultad para derogar totalmente la Constitución en vigor, sustituyéndola por otra, pues esa facultad no puede incluirse en las únicas que tiene el Constituyente Permanente, como son la de adicionar y la de reformar, las cuales se ejercitan siempre sobre una ley existente.

3.7 CONSTITUCIÓN.

La Constitución abarca los principios jurídicos que designan a los órganos supremos del Estado, los modos de su creación, sus relaciones mutuas, fijan el círculo de su acción y la situación de cada uno de ellos respecto del poder del Estado. Crear y organizar a los poderes públicos supremos, dotándolos de competencia es, por lo tanto, el contenido mínimo y esencial de toda Constitución.

Desde este punto de vista material, las Constituciones del mundo occidental, inspiradas en la norteamericana y en las francesas, han organizado el poder público con la mira de impedir el abuso del poder. De aquí que la estructura de nuestra Constitución, como la de todas las de su tipo, se sustente en dos principios capitales: 1° La libertad del

Estado para restringirla es limitada en principio; 2º Como complemento indispensable del postulado anterior, es preciso que el poder del Estado se circunscriba y se encierre en un sistema de competencias.

El primer principio obliga a enumerar en la Constitución ciertos derechos del individuo, llamados fundamentales, que expresa y concretamente se sustraen de la invasión del Estado. Tales derechos se clasifican teóricamente en dos categorías: Derechos del individuo aislado y derechos del individuo relacionado con otros individuos. Todos son derechos de la persona frente al Estado, pero la primera categoría comprende derechos absolutos, como la libertad de conciencia, la libertad personal protegida contra las detenciones arbitrarias, Etc.; en tanto que la segunda clase contiene derechos individuales que no quedan en la esfera del particular, sino que al traducirse en manifestaciones sociales, requieren la intervención ordenadora y limitadora del Estado, como la libertad de cultos, la de asociación, la de prensa, Etc.

3.7.1 Parte Dogmática de la Constitución.

La parte de la Constitución que trata de los derechos fundamentales del hombre, recibe el nombre de *dogmática*. Generalmente se designan tales derechos como garantías

individuales y nuestra Ley Fundamental así lo hace; en realidad son derechos que la ley reconoce a los individuos, a saber; libertad, igualdad, propiedad y seguridad jurídica. Por otro lado, la garantía de hacer valer estos derechos, es decir, de obligar a las autoridades a respetarlos, se encuentra regulada constitucionalmente mediante el Juicio de Amparo. El capítulo primero de la Constitución, que comprende 29 artículos, se refiere a los derechos fundamentales, por más que existan dispersos en los restantes artículos de la Constitución algunos otros de esos derechos.

3.7.2 Parte Orgánica de la Constitución.

La parte de la Constitución que tiene por objeto organizar al poder público, es la parte *Orgánica*. Es la que se encarga propiamente de la organización de las funciones encaminadas a ejercer el poder político de un Estado, y mediante el cual establece los cuerpos encargados de las funciones gubernamentales del Estado: Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

En nuestra constitución todo el título tercero, desde el artículo 49 hasta el 107, trata de la organización y competencia de los poderes federales, en tanto que el título cuarto, relacionado también con la parte orgánica, establece las responsabilidades de los funcionarios públicos. Es la

parte orgánica la que propiamente regula la formación de la voluntad estatal, al introducir en los órganos facultades de hacer, a diferencia de la parte dogmática, que generalmente solo erige prohibiciones.

3.7.3 Parte Material de la Constitución.

Además de la parte dogmática y la orgánica, pertenecen a la Constitución en sentido material los preceptos relativos a la superestructura constitucional, la cual cubre por igual a los derechos del individuo, a los poderes de la Federación y a los poderes de los Estados. Son dichos preceptos en nuestra Constitución los artículos 39, 40, 41, 133, 135 y 136, que aluden a la soberanía popular, a la forma de gobierno, a la supremacía de la Constitución y a su inviolabilidad.

3.8 CONSTITUCIONES DE MÉXICO.

Es oportuno, hacer un espacio al análisis de todas las Constituciones que han existido a lo largo de la historia de nuestro país, destacando cada una de sus características y motivos que dieron lugar a su creación.

3.8.1 Constitución de Apatzingán de 1814.

Esta Constitución es derivada del documento elaborado por José María Morelos y Pavón: *Sentimientos de la Nación*. A principios de 1814, el Congreso tuvo que abandonar Chilpancingo por el acoso de las fuerzas realistas y se alojó

en Tlacotepec. Por tal razón, Rayón abandonó el Congreso y sugirió la remoción de Morelos como Titular del Ejecutivo. Este pidió ser tomado como soldado si no era considerado apto para General. Sin embargo, el Congreso aceptó su renuncia como Jefe del Ejecutivo, poder que asumió la propia asamblea y ratificó a Morelos en el mando militar.

El Congreso se trasladó a Uruapan, de ahí a Huetamo, después a la hacienda de Santa Efigenia, de allí a Tiripitio y finalmente a Apatzingán, en donde logró promulgar la primera Constitución propiamente Mexicana, el 22 de Octubre de 1814, con el título *Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana o Constitución de Apatzingán*.

Cuando se restableció el antiguo régimen en México, y por lo tanto el Tribunal de la Inquisición, éste condenó la Constitución de Apatzingán, por ser atea e irreligiosa y se castigaba con la excomunión a quien la retuviese o leyese.

En cuanto a las fuentes de inspiración de los redactores de esa carta fundamental, fueron las corrientes políticas europeas y norteamericanas vigentes a principios del siglo XIX, y particularmente el pensamiento de Locke, Hume, Paine, Burke, Montesquieu entre otros.

Por otro lado, es de señalarse que la falta de experiencia práctica de los primeros constituyentes dio lugar

a que prepararan un texto totalmente inaplicable y utópico, casi romántico. Dicha carta fundamental, definía a la soberanía como la facultad de dictar leyes y establecer la forma de gobierno que más convenga a la sociedad; señalando, además, que es imprescriptible, inalienable e indivisible. Rechaza cualquier forma de gobierno monárquico-absolutista, al señalar que éste no se instituye por honra o intereses particulares de ninguna familia, de ningún hombre o clase de hombres, sino por la protección y seguridad general de todos los ciudadanos, unidos voluntariamente en sociedad, que tiene el derecho incontestable a establecer el gobierno que más le convenga, alterarlo, modificarlo y abolirlo totalmente.

Así mismo, rechazó cualquier tipo de dependencia de España al decir que ninguna Nación tiene derecho para impedir a otra el uso libre de su soberanía y que el título de conquista no puede legitimar los actos de la fuerza.

Por lo que toca a derechos fundamentales del hombre, se ha pensado que el texto de Apatzingán era muy avanzado para su época, el capítulo correspondiente comienza diciendo que la felicidad del pueblo y de cada uno de los ciudadanos consiste en el goce de la igualdad, seguridad, propiedad y libertad. La integra conservación de estos derechos es el

objeto de la institución de los gobiernos y el único fin de las asociaciones políticas.

Respecto a la forma de gobierno, la Constitución de Apatzingán, señalaba que éste debería ser republicano, representativo y popular, integrado con los tres poderes clásicos que se denominaban supremos: Congreso Mexicano, Gobierno y Tribunal de Justicia. El Congreso se integraría con un diputado por cada provincia, electo de manera similar a la prevista en la Constitución de Cádiz. Por su parte, el Ejecutivo se componía de tres personas, quienes se rotarían la Presidencia cada cuatro meses, electos por el Congreso, auxiliados por tres secretarios de despacho y una Intendencia General de Hacienda. Finalmente, al Poder Judicial lo integraba el Supremo Tribunal de Justicia que se componía de cinco individuos, también electos por el Congreso y el Tribunal de Residencia, para hacer efectivas las responsabilidades de los miembros de los tres poderes, a través de juicios de residencia. Los siete jueces de este Tribunal de residencia serían electos por las Juntas provisionales y el mismo tendría un carácter transitorio, o sea para juzgar.

Por último, esta Constitución tenía un carácter interino, ya que la misma preveía que una vez electo el Supremo

Congreso, tendría que sancionarla. De esta forma y a través de 242 artículos, los primeros constituyentes redactaron la primera Ley Suprema de la Nación Mexicana. Realmente nunca se aplicó, pues cuando fue promulgada el movimiento insurgente estaba a la baja y los territorios controlados por los independentistas se habían reducido mucho.

3.8.2 Constitución de 1824.

A partir del 1° de Abril del mismo año de 1824 se comenzó a discutir en el propio Congreso Constituyente el proyecto de Constitución, que se aprobó finalmente el 3 de Octubre de ese año, promulgada al día siguiente y publicada el día 5, con el nombre de *Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos*.

La Constitución Federal de 1824 estuvo en vigor hasta el 23 de octubre de 1835 en que el Congreso promulgó una nueva Ley Suprema de corte centralista, las llamadas *Bases Constitucionales de 1836*, que fueron sustituidas por las Bases Orgánicas de 1843, también de corte centralista. En 1846 se restableció la Constitución de 1824, la cual sufrió importantes reformas mediante el Acta del 18 de Mayo de 1847.

La Constitución Mexicana del 4 de Octubre de 1824, se componía de 171 artículos agrupados en siete títulos. El primero y el segundo eran muy breves; en el primero se

hablaba de la independencia y de la religión de la nación, y en el segundo de la forma de gobierno, de las entidades federativas, y del principio de la división de poderes.

El título tercero trataba del Poder Legislativo, que era bicameral, su integración, duración y facultades, así como del procedimiento legislativo. El título cuarto trataba del Poder Ejecutivo, que se depositaba en un solo individuo denominado Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, del Vicepresidente, los requisitos, duración, modo de elección (que era indirecta y tenía la característica de que quien ganaba era el Presidente y quien quedaba en segundo lugar, era el Vicepresidente) sus facultades y prerrogativas.

El título quinto abordaba el tema del Poder Judicial de la Federación, que fue organizado de manera muy parecida al de Estados Unidos, inclusive hasta en los nombres utilizados. Evidentemente se trataba lo referente a la integración, duración, facultades y competencias de dicho poder, así como de los Poderes Judiciales de los Estados.

El título sexto reglamentó las líneas generales que debían conformar los gobiernos de las entidades federativas, sus obligaciones y sus limitaciones. Por último, el título séptimo hacía referencia a la observancia, interpretación y reforma de la Constitución y acta constitutiva, lo que era

una especie de miscelánea constitucional combinada con lo que llaman artículos transitorios.

Tres han sido los errores u omisiones que se han señalado a la Carta Fundamental mexicana de 1824: la falla de una parte dogmática o declaración de derechos humanos, la forma tan ingenua de designar al Vicepresidente y la falta de las adecuadas garantías constitucionales, lo cual, si bien se trató de resolver en las Leyes Constitucionales de 1836, se hizo de manera inadecuada. Dichos errores se subsanaron en el Acta de Reformas Constitucionales de 1847.

3.8.3 Las Siete Leyes Constitucionales.

“La comisión de la Constitución, igual que los constituyentes de 1823 y 1824, que primero hicieron el Acta como marco general de referencia, prepararon una Ley de Bases para la Nueva Constitución aprobada el 2 de Octubre y promulgada el día 23 de ese mes. Aunque todos lo esperaban, la gran innovación de esa ley fue la adopción del régimen centralista.”¹²

En esa ocasión se ensayó una nueva técnica constitucional, ya que en lugar de confeccionar una única Ley Fundamental, se prefirió expedir las *Leyes Constitucionales*;

¹² SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, Historia del Derecho Mexicano, Onceava Edición, Editorial Porrúa, p.158.

la primera de ellas fue promulgada el 15 de Diciembre de 1835, en la cual se empezaba señalando quiénes eran mexicanos y cuáles eran sus derechos y sus obligaciones, cómo se pierde la calidad de mexicano, quiénes eran ciudadanos y cómo se perdía la ciudadanía y, finalmente acerca de los extranjeros, sus derechos y obligaciones.

Esta ley quería ser una primera expresión de una declaración de derechos del hombre, pues ahí se hablaba de la libertad personal, la de tránsito, la de expresión, de la propiedad, de la inviolabilidad del domicilio y de las garantías procesales.

Las seis leyes restantes fueron terminadas de aprobar el 9 de Diciembre de 1836, remitidas al Ejecutivo y publicadas todas juntas el día 30 del mismo mes; dicha Carta Fundamental fue jurada el 1° de Enero de 1837.

Una de las novedades que se integraron a estas leyes, fue la introducción del Supremo Poder Conservador Mexicano, integrado por cinco miembros y tenía facultades para anular los actos de los otros tres poderes que se estimaran inconstitucionales, declarar la incapacidad del Presidente de la República e inclusive declarar *cuál es la voluntad de la Nación* y otras más que no es el caso mencionar en esta oportunidad. El 24 de Mayo de 1837 abrió sus puertas dicho

Supremo Poder. Sin embargo, al ser un fracaso rotundo, el mismo tuvo que cerrar sus puertas el 30 de Septiembre del 1841.

La tercera Ley Constitucional se refería al Poder Legislativo, que se integraba con dos cámaras. La cuarta ley se refiere al Ejecutivo, el cual era ejercido por el Presidente de la República. La quinta al Judicial. La sexta ley trataba de la división interna de la República, ya que se había suprimido al régimen federal, los antiguos estados eran suplidos por los departamentos.

Por último la séptima ley, hacía mención a las reformas constitucionales y de la obligación del juramento constitucional.

3.8.4 Acta Constitutiva y de Reformas de 1847.

En esta Acta, compuesta por 30 artículos, junto con el restablecimiento de la Constitución Federal de 1824, modificada precisamente por dichos artículos, se introdujeron cambios tales como la supresión de la Vicepresidencia, la inclusión de una declaración expresa de derechos, supresión de los requisitos censitarios, creación del Senado, el reconocimiento de los Estados formados conforme a la Constitución de 1824, adopción del Sistema Federal y la introducción de los sistemas de control de la Constitución.

3.8.5 Constitución Federal de 1857.

Esta Carta Fundamental fue jurada y promulgada el 5 de Febrero de 1857. Estaba conformada por 128 artículos, distribuidos en ocho títulos, que incluían una sección especial sobre los derechos del hombre, además de tratar sobre los derechos de los mexicanos, extranjeros y ciudadanos mexicanos. Otra sección estaba integrada por lo referente a la soberanía nacional y a la forma de gobierno, así como las partes integrantes de la Federación y del territorio nacional; organizó los poderes federales y estableció capítulos especiales sobre responsabilidad de los funcionarios y sobre prevenciones generales.

Esta Constitución tuvo diversas reformas. La primera llevada a cabo por la Ley de Adiciones y Reformas Constitucionales de 1873, para elevar a rango constitucional las Leyes de Reforma, que hasta entonces habían permanecido al margen de la Constitución, ya que contravenían varios de sus artículos. La segunda estuvo contenida en Ley del 13 de Noviembre de 1874, que realizó varias reformas proyectadas en la circular de 14 de Agosto de 1867, con respecto al Poder Legislativo en lo referente al restablecimiento del Senado, a la elección e instalación del Congreso, sobre la iniciativa y formación de las leyes, las facultades del Congreso en

General y sobre la Comisión Permanente. Durante el régimen de Porfirio Díaz, que comenzó en 1876 y concluyó en 1910, hubo reformas a la Constitución de 1857, que se refirieron a dos grandes cuestiones: la regulación de la reelección del Presidente y su sucesión, y por otro lado la atribución a la Federación de numerosas competencias estatales que se dieron para que se produjese el desarrollo económico. De forma gráfica, éstos son los principales cambios que se hicieron en el texto constitucional:

- Reelección y sucesión presidencial.
- Sustracción de facultades de los Estados para otorgarlas a la Federación en materia de patentes y marcas, minería.
- Materia impositiva.
- Establecimiento de ciertas prohibiciones para los estados.
- Modificación en la organización de la Suprema Corte de Justicia y en las facultades de la Comisión Permanente del Congreso.

3.8.6 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, es la actual Ley Suprema de la Federación Mexicana.

Fue promulgada por el Congreso Constituyente el 5 de Febrero de 1917, reunido en la Ciudad de Querétaro, y entró en vigor el 1 de Mayo del mismo año.

El Congreso Constituyente fue convocado por el Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, encargado del Poder Ejecutivo, Venustiano Carranza, en cumplimiento del mandato establecido en el Plan de Guadalupe.

La Constitución de 1917 es una aportación de la tradición jurídica mexicana al constitucionalismo universal, dado que fue la primera Constitución de la historia que incluye los denominados derechos sociales, dos años antes que la Constitución alemana de Weimar de 1919. Entre los cambios respecto de la Constitución de 1857, se encuentra la eliminación de la reelección del Presidente de la República y el cargo de Vicepresidente.

En 1910 se inicia la lucha armada como Revolución Mexicana en respuesta a las desigualdades sociales, económicas y políticas generadas por la permanencia del Presidente Porfirio Díaz en el poder por más de 30 años.

Venustiano Carranza, en su carácter de Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, convocó en Diciembre de 1916 al Congreso Constituyente para presentar un proyecto de reformas a la Constitución de 1857. El documento sufrió numerosas

modificaciones y adiciones para ajustarse a la nueva realidad social del país. La nueva Constitución incluía una gran parte de los ordenamientos de la Constitución de 1857, especialmente lo referente a los derechos humanos, aunque categorizados esta vez, como *Garantías Individuales*. La forma de gobierno siguió siendo republicana, representativa, democrata y federal; se refrendó la división de poderes en Ejecutivo, Judicial y Legislativo, si bien éste último dejó el unicamarismo y adoptó la división de cámaras de Diputados y Senadores.

Se ratificó el sistema de elecciones directas y se decretó la no reelección, suprimiendo la Vicepresidencia y dando mayor autonomía al Poder Judicial y más soberanía a las entidades federativas. En este marco se creó el Municipio libre y se estableció un ordenamiento agrario en el país relativo a la propiedad de la tierra. Entre otras garantías, la Constitución vigente determina la libertad de culto, la enseñanza laica y gratuita y la jornada de trabajo máxima de 8 horas y reconoce como libertades, las de expresión y asociación de los trabajadores.

El contenido del texto constitucional está dividido en nueve títulos:

- Título Primero: Garantías Individuales.

- Título Segundo: Soberanía Nacional y Forma de Gobierno.
- Título Tercero: División de Poderes.
- Título Cuarto: Responsabilidad de los Funcionarios Públicos.
- Título Quinto: De los Estados de la Federación.
- Título Sexto: Del Trabajo y de la Previsión Social.
- Título Séptimo: Prevenciones Generales.
- Título Octavo: De las Reformas a la Constitución.
- Título Noveno: De la Inviolabilidad de la Constitución.

En este texto quedan plasmadas muchas de las ideas que motivaron la Revolución Mexicana, destacando un marcado contenido social y de fortalecimiento del Estado.

En la primera, quedan consignadas las garantías individuales y se reconocen derechos y libertades sociales:

- Derecho a la libertad, aboliendo la esclavitud y otorgando libertad a cualquier individuo dentro del territorio nacional.
- Derecho a la libre expresión, asociación y tránsito, libertades esenciales de la nación mexicana.
- Derecho a la educación, siendo ésta otorgada por el Estado de manera laica y gratuita.
- Derecho a la posesión de armas de fuego para seguridad y legítima defensa.

- Derecho de huelga y organización de los trabajadores en sindicatos.
- Derecho a la libre profesión de cultos.
- Jornada máxima de 8 horas de trabajo.
- Derecho al trabajo digno y socialmente útil.

La parte orgánica corresponde a la división de los Poderes de la Unión y el funcionamiento fundamental de las instituciones del Estado, estableciendo:

- Una forma de gobierno mexicano como una república federal, representativa y popular.
- Que los Poderes de la Unión están divididos en Ejecutivo (Presidencia de la República), Legislativo (Honorable Congreso de la Unión) y Judicial (Suprema Corte de Justicia de la Nación).
- Que la reelección del Presidente queda prohibida.
- La creación del Municipio libre.

CAPÍTULO IV

COMENTARIOS SOBRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL 2007-2008.

4.1 REFORMA PENAL CONSTITUCIONAL.

A partir de 1917, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ha recibido muy numerosas reformas. Los temas más socorridos han sido los que se relacionan con el poder, en sentido amplio, y las que conciernen a los proyectos económicos, sociales y culturales de la nación mexicana y del Estado social de Derecho establecido para representarla y gestionar sus intereses. Por eso han realizado reformas sobre ciudadanía, régimen electoral, Poderes de la Unión, federalismo, municipio, Etc.

Durante el tiempo transcurrido entre 1917 y 1993, las reformas en materia de procuración y administración de justicia ordinaria fueron escasas, a intervalos más o menos largos, si se compara su número y ritmo con las concernientes al poder y a los derechos sociales. Hubo, en cambio, muy frecuentes e importantes modificaciones en la legislación secundaria, las más relevantes reformas en dicha legislación, se realizaron en 1983 y 1984, imprimieron un rumbo más liberal y democrático al Derecho Penal Mexicano.

Desde 1993 se ha observado un nervioso proceso de cambio constante en el régimen penal constitucional. En los últimos lustros ha marchado una amplia reforma procesal en países de América Latina. Se ha escrito con razón, que actualmente la reforma del proceso penal es un fenómeno de carácter regional que involucra a la mayoría de los países de América Latina y que se encuentra encabezado por los avances obtenidos por Chile. En este contexto es oportuno hacer alusión al mensaje del Ejecutivo de Chile a la Cámara de Senadores a propósito de la Ley 19,696, referente al Código Procesal Penal de ese país; en el que manifiesta a la cámara que "se trata de una propuesta destinada a ser analizada ampliamente por la comunidad jurídica, política y por la población en general, con la expectativa de que su

conocimiento y análisis pueda suscitar amplios consensos, así como permitir su perfeccionamiento.”¹³ Y no solo informa el mensaje que hubo, en general, determinadas consultas, sino da cuenta detallada, nominal, de las entidades participantes en éstas y de las personas invitadas a participar en el foro de discusión que produjo los lineamientos básicos de la reforma. Señala además, que para el diseño de los lineamientos básicos de la reforma se contó con un conjunto de académicos, abogados y magistrados convocados con el criterio de buscar la más amplia representatividad entre los diversos roles al interior del sistema jurídico y las diversas sensibilidades políticas, culturales e ideológicas.

Así, un promotor de la reforma ha señalado que en prácticamente todos los países de América Latina, los procesos de recuperación democrática experimentados a partir de la década de 1980 vinieron acompañados de reformas a sus sistemas de justicia, quizá el proceso más consistente de todos ellos haya sido el de las transformaciones a la justicia criminal. Los movimientos legislativos en países sudamericanos y en países europeos ha llamado el interés de los estudiosos y legisladores mexicanos, que hallan en

¹³ GARCIA RAMÍREZ, Sergio, La Reforma Penal Constitucional (2007-2008), Segunda Edición, Editorial Porrúa, p.11.

aquéllos, fuente de sugerencias para la reforma en México. Sin embargo, viene bien recordar que cada sociedad tiene sus propias características y peculiaridades que deben observarse al momento de legislar o de cambiar sistemas legales existentes, a fin de armonizarlos y evitar transformaciones inconvenientes; se ha estado atento a los procesos de reforma procesal en otros países, especialmente los latinoamericanos y se comparten sus inquietudes y objetivos, pero desde luego que México debe transitar por su propia reforma, acorde a la idiosincrasia, costumbres y posibilidades.

4.1.1 Creación y Modificaciones de la Reforma.

El 10 de Diciembre del año 2008, se produjo el dictamen de comisiones de la Cámara de Diputados, siendo que el 12 de Diciembre fue aprobada la reforma en ese órgano legislativo. En la sesión de la Cámara de Diputados del 12 de Diciembre se contó con la presencia de 427 legisladores, de los 500 que integran la Cámara. En lo general, la reforma obtuvo 366 votos a favor; 53 en contra y 8 abstenciones.

Además en la misma sesión de la Cámara de Diputados se sometió a votación el cambio del duodécimo párrafo del artículo 16, de la propuesta original, relativa al allanamiento de domicilios por parte de la policía, que fue aprobado y también se votó acerca de la inclusión del

arraigo. Igualmente existió confusión en la propia versión del debate parlamentario acerca de una propuesta para excluir la posibilidad de que el juez de control resuelva *por cualquier medio* las solicitudes que se le formulen.

El 13 de Diciembre, recibida la minuta en el Senado de la República, éste acordó dispensar el trámite convencional y turnar el tema a comisiones, para análisis y dictamen. Las comisiones emitieron dicho dictamen ese mismo día, y el propio 13 de Diciembre fue presentado ante el pleno de la Cámara de Senadores.

Los grandes ejes que articulan la reforma constitucional son: el establecimiento de un sistema penal acusatorio, un segundo aspecto es la construcción de un andamiaje o estructura constitucional que otorgue al Estado mexicano las herramientas que requiere para combatir eficazmente a la delincuencia organizada; y el tercer eje incluye diversas disposiciones que contribuyen a dar mayor claridad a la política criminal del Estado Mexicano y asegurar el debido proceso.

La asamblea aprobó la reforma, con algunas enmiendas. Éstas figuraban en el cuerpo del Dictamen de la Cámara de Senadores, que en apreciable medida transcribe consideraciones recogidas en el Dictamen de la Cámara de

Diputados, y en una sección especial del dictamen, bajo el título *IV Modificaciones*, en el que las comisiones dictaminadoras indican que han estimado procedente precisar las modificaciones realizadas a la minuta en estudio. En aquella sección especial, que da cuenta de todos los cambios aportados, solo se recogen dos modificaciones al artículo 16; una al párrafo décimo, acerca del acceso a cierta documentación con motivo de la investigación del delito y otra, al párrafo duodécimo, en torno al allanamiento policial de un domicilio.

En lo general, la Cámara de Senadores se pronunció a favor de la reforma por 79 votos; hubo 27 en contra y 4 abstenciones. El texto adoptado por el Senado y las modificaciones introducidas por éste fueron remitidos a la Cámara de Diputados, para la consideración respectiva. Un nuevo dictamen elaborado por la Cámara de Diputados el 19 de Febrero de 2008, destacó los méritos del proyecto y concedió las modificaciones adoptadas por el Senado en torno al artículo 16; por una parte la supresión del párrafo décimo que establecía el acceso del Ministerio Público a cierta información de diverso carácter, sin previo mandamiento judicial, cuando se tratase de delincuencia organizada.

Hubo, sin embargo, un voto particular de varios diputados, miembros del Partido de la Revolución Democrática (PRD) en el que se insistió en la eliminación del párrafo alusivo a los allanamientos por parte de la policía. Finalmente, la Cámara de Diputados acordó retirar el párrafo inquietante y reenviar el proyecto, sin aquél a la legisladora.

4.1.2 Motivos de la Reforma.

La reforma constitucional en materia penal de Marzo del 2008, obedeció a la exigencia de la sociedad para reformar al sistema de justicia penal mexicano que había dejado de ser eficaz, para así, devolver a la ciudadanía la confianza en las instituciones encargadas de procurar e impartir justicia, recuperando de esta manera su objetivo de ofrecer seguridad jurídica a fin de preservar la libertad y tranquilidad de las personas. Es por ello que la revisión del sistema de justicia en México se presenta actualmente como un reto impostergable, pues la sociedad mexicana percibe que la lentitud, iniquidad, corrupción e impunidad son el denominador común en la mayoría de los casos cuando las personas intervienen en la sustanciación de un proceso penal, lo que genera desconfianza en las instituciones y debilita su consolidación.

Uno de los reclamos más persistentes y sentidos de los ciudadanos en México tiene que ver con el funcionamiento de la justicia penal, lo que hace necesario reformar el marco institucional aplicable. Así mismo uno de los problemas más graves en nuestro país es la inseguridad tanto física como jurídica; la primera, por los altos índices de violencia que se suceden a diario y que afectan a todos los estratos sociales; la segunda, por la ausencia de un marco jurídico que contribuya a combatir los altos índices de impunidad. Ante dicha problemática, la respuesta ha sido poco eficiente; ya sea el caso de aumentos en las penas y sobrepoblación en las prisiones, en lugar de formular una estrategia de prevención de los delitos, transformar las corporaciones policiacas en instituciones sólidamente capacitadas, profesionales, honestas, eficaces y confiables.

Como ya se mencionó anteriormente, para la mayoría de los mexicanos, el problema más importante del país es la seguridad pública, la gran mayoría no confía en los policías municipales, estatales ni federales. Un ejemplo claro de ello es que basta con acercarse a las estadísticas y darse cuenta del panorama tan abrumador que representa que menos de 5 de cada 100 delitos son perseguidos y castigados, la probabilidad de que un delito denunciado llegue a concluir

con el presunto responsable consignado ante un juez es de 13 de cada 1000, es decir, una impunidad de 87 por ciento. Se ha informado que el 85% de las víctimas no acuden a denunciar los delitos; 99% de los procesados no terminan condenados; el 92% de las audiencias en los procesos penales se desarrollan sin la presencia del juez; 80% de los mexicanos cree que puede sobornar a los jueces; 60% de las órdenes de aprehensión no se cumplen; 40% de los presos no han recibido una sentencia condenatoria; el 80% de los detenidos nunca habló con el juez que lo condenó; y se podría seguir con una larga lista, sin embargo, se cree que es más que suficiente para dejar acreditada la verdadera necesidad de reformar el sistema penal mexicano.

La policía federal, estatal y municipal actúa con criterios diferentes, lo que hace muy difícil su coordinación para combatir a la delincuencia. La delincuencia organizada actúa todos los días en todos los estados en sus diversas modalidades: narcotráfico, secuestro, tráfico de personas, robo de automóviles, prostitución; este tipo de delincuencia ha alcanzado un enorme poder económico, cuenta con armas modernas y de alto poder, con aviones y vehículos para transporte de drogas, así mismo cuenta con una gran capacidad para amedrentar y corromper autoridades, policías y jueces.

La mayoría de los mexicanos tampoco confían en los agentes del ministerio público locales ni federales, ni mucho menos en los jueces estatales o federales. En la práctica, los acusados de haber cometido un delito son culpables y están obligados a demostrar su inocencia, esto es así porque la averiguación previa que se emprende para resolver el delito tiene como objetivo principal acreditar el cuerpo del delito y esto se hace estableciendo una relación de causa con el acusado. Al empezar el juicio, el acusado es presentado como culpable por el Ministerio Público, entonces el juez expide un auto de formal prisión y sobre esa base la mayor parte de las veces la sentencia es condenatoria.

Actualmente el proceso penal, incluido el juicio, es escrito en expedientes enormes, se lleva a cabo en las oficinas a puerta cerrada y con mucha frecuencia el juez no es quien conoce el expediente, sino el secretario del juzgado. Los acusados, aun los que no son delincuentes peligrosos, deben enfrentar el juicio en la cárcel o, cuando el delito no es considerado grave, pagar una fianza para enfrentarlo en libertad. Las diligencias del juicio ocurren sin que las partes puedan exponer sus argumentos frente al otro y delante del juez.

4.1.3 Contenido de la Reforma Constitucional en Materia Penal.

En esta reforma el contenido es muy diverso, en razón de haberse modificado diez artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, siete artículos en materia penal, uno sobre facultades del Congreso de la Unión, uno sobre desarrollo municipal, uno en materia laboral; siendo con ello una variedad de temas, los cuales son de suma importancia para la transición de nuestro Sistema Jurídico Penal.

Para efecto de este trabajo, y como una breve reseña previa al análisis que se realizará a cada uno de los puntos de esta reforma, es importante señalar que uno de los grandes avances en ésta es que por disposición constitucional, toda persona acusada de algún delito será inocente hasta que se pruebe lo contrario; es decir, que al principio de inocencia se le atribuye el rango constitucional; es por ello que desde el momento de su detención y después ante el juez, a toda persona inculpada se le informará de qué delito se le acusa y cuáles son sus derechos, incluido el de guardar silencio, lo que después no podrá ser usado en su contra.

Asimismo, para acelerar la acción de la justicia se creará un nuevo tipo de juez, denominado juez de control, el

cual resolverá de manera inmediata y por el medio más rápido las solicitudes que le hagan al Ministerio Público de medidas cautelares o precautorias y técnicas de investigación, respetando las garantías de la víctima y el acusado. De todas las comunicaciones entre jueces de Control, Ministerio Público y otras autoridades, se llevará un registro preciso. El juez de Control podrá radicar o no en el Distrito correspondiente a la acción.

Para iniciar un proceso penal, en vez de averiguación previa se llevará a cabo una investigación para establecer que el delito ocurrió verdaderamente, y en lugar de acreditar el cuerpo del delito para culpar al acusado, se demostrará su posible participación. En este orden de ideas, esta reforma también prevé la sustitución del Auto de Formal Prisión, por el Auto de Vinculación a Proceso, es decir, que en casos menores o de poca peligrosidad, si el juez considera que el acusado no causara daño, no se escapara y no pondrá en riesgo la investigación, la vida o la integridad de otras personas, podrá enfrentar el proceso en libertad y quedará a decisión del juez la aplicación de medidas que aseguren la comparecencia del acusado a las audiencias del proceso; buscando con ello la reducción de la población en las cárceles.

Una de las figuras modificadas por esta reforma es la de la prisión preventiva, la cual se limitará para los casos en que otras medidas cautelares o de prevención no sean suficientes para garantizar que el acusado se presente a las audiencias, para proteger a la víctima, a los testigos o a la comunidad, cuando se trate de un delincuente que se encuentre en proceso o haya sido sentenciado antes por haber cometido un delito doloso, o cuando se trate de violación, secuestro o delitos violentos cometidos con armas.

La carga de la prueba, es decir, la obligación de demostrar la culpabilidad de una persona, recaerá en el Ministerio Público, ya no será como ahora, en que el acusado se encuentra en la necesidad de demostrar su inocencia. En la investigación participará la policía, al mando del Ministerio Público, esto permitirá que desde el principio la policía está obligada a preservar la escena del crimen y las primeras evidencias del mismo, como debe procederse en una investigación adecuada.

Otro punto muy importante en esta reforma, es que todo inculcado tendrá derecho a que lo defienda un abogado titulado, al que podrá elegir libremente incluso desde el momento de su detención. Se acabará con la posibilidad de que el defensor sea una persona de confianza, como actualmente

ocurre y que son conocidos como *coyotes* o una persona sin preparación adecuada.

El objetivo del proceso penal se define con toda claridad como 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, esto significa que el Ministerio Público podrá recobrar plenamente su carácter de buena fe, pues el procedimiento ya no lo obligará a tratar de demostrar que el acusado es necesariamente el culpable.

Con la reforma se crea el principio de publicidad, el cual consiste en que las audiencias preliminares y la audiencia del juicio deberán ser públicas, podrán asistir a ellas las personas que lo deseen. En todas las audiencias estará presente el juez, sin que pueda nombrar a nadie en su representación, siendo éste el principio de inmediación. En el proceso se considerarán como pruebas las que sean presentadas en la audiencia de juicio. A este principio se le llama de concentración porque en la audiencia deberá concentrarse el desahogo de las pruebas.

En todas las audiencias las partes estarán en igualdad de condiciones para conocer de viva voz las pruebas y argumentos de la parte contraria y presentar los propios también oralmente, estando ante el principio de

contradicción. Las audiencias de juicio serán continuas, aunque pueda durar varios días, hasta que se llegue a la sentencia. Con esto, los juicios, que ahora puedan durar años, se desahogarán con mayor rapidez.

Una de las novedades de esta reforma son las medidas alternativas de solución de controversias, consistentes en que el juicio podrá terminar anticipadamente cuando el acusado reconozca la culpa, esté dispuesto a reparar el daño como lo señale el juez y la víctima esté de acuerdo.

Solamente la autoridad judicial podrá imponer o modificar las penas, es decir, que las atribuciones del Poder Ejecutivo se limitaran en el funcionamiento de las cárceles. Para la imposición o modificación de penas en las cárceles se creará un nuevo tipo de juez que será el Juez Ejecutor, que además de vigilar y controlar el cumplimiento de las penas, tendrá la obligación de proteger los derechos de los reclusos y evitar abusos.

4.2 OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN Y FUNDAMENTO DEL PROCESO.

4.2.1 Autoridad Investigadora.

La reforma constitucional se ha propuesto reducir la relevancia de la investigación a cambio de incrementar la del proceso judicial, especialmente en la etapa de juicio o audiencia de fondo. Esto entraña determinadas modificaciones

al papel tradicional del Ministerio Público y a las obligaciones probatorias de éste para el inicio del proceso, así como el establecimiento de una nueva figura judicial llamada juez de garantía o de control.

Bajo la reforma constitucional, la investigación del hecho delictuoso y de la probable participación incumbe al Ministerio Público, como ha ocurrido anteriormente; éste es el que lleva adelante la averiguación y plantea el caso ante la autoridad jurisdiccional a través de la acción pública, sin perjuicio de la acción privada que se concede a los particulares en algunos supuestos que permite la Constitución y detallará la ley reglamentaria.

La tradicional averiguación previa nunca fue considerada como fase procesal, a pesar de que en esa etapa fuese posible el control de la constitucionalidad de actos del Ministerio Público por parte de la jurisdicción de amparo.

El dictamen de los diputados, documento que reviste gran utilidad para conocer a conciencia la reforma constitucional, contradice a ésta, o bien, a la inversa, el texto de la reforma constitucional no se ajusta a la intención proclamada en el dictamen. Ese documento señala que la investigación de la posible participación de una persona en un hecho probablemente delictivo se realizará ante un juez, no ante

una autoridad administrativa. En el dictamen de los diputados se manifiesta que la reforma reconoce al imputado su derecho fundamental a que la investigación de su posible participación en un hecho probablemente delictivo se realice ante un juez y de no forma unilateral por la autoridad administrativa, que a la postre sería quien lo acusaría ante un juez.

La reforma constitucional refiere otra cosa, tal y como quedó establecido en el artículo 21 constitucional que reza lo siguiente: "La investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías (...)".¹⁴ Desde luego, es posible que también se entienda que el proceso penal en su conjunto es un ejercicio de investigación y que ésta se desarrolla, por tanto, ante la autoridad jurisdiccional que recibirá las pruebas y escuchará los alegatos inmediatamente conducentes a la sentencia, en todo caso las expresiones del dictamen de los diputados son equívocas.

4.2.2 Ministerio Público y Policía.

La reforma constitucional ha introducido cierta reestructuración y diversas novedades en el artículo 21, que desde 1917 se ha ocupado de precisar los espacios del

¹⁴ ANDRADE SÁNCHEZ, J. Eduardo, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada*, Primera Edición, Editorial Oxford, México, D.F. 2009, p.48.

Ministerio Público y la autoridad judicial y el régimen de las infracciones a reglamentos de policía, y más recientemente el sistema de seguridad pública.

De acuerdo al precepto anteriormente citado, la investigación de los delitos corresponde (anterior a la Reforma se decía *incumbe*) al Ministerio Público y a las Policías. Como se advierte, la reforma constitucional ha errado al referirse al Ministerio Público como el encargado de la investigación de los delitos y no a la persecución de éstos, como señalaba la fórmula anterior. En un tiempo solo se habló de persecución; la investigación se añadió más tarde, innecesariamente, en virtud que *persecución* comprende investigación, pero ésta no incluye los extremos de aquélla, es decir, el ejercicio de la acción y la actuación en juicio.

En el primer párrafo del artículo 21 hay otro cambio significativo. El texto original del precepto aludía a una sola corporación: *La Policía Judicial*; hubo modificación terminológica y se hizo referencia a una policía, sin denominarla judicial. De ahí provino una notoria anarquía terminológica: policía judicial, policía investigadora, policía ministerial. Ningún beneficio real provino de esa reforma, que pretendió corregir con cambios de terminología

lo que se debía enmendar con cambios de otra naturaleza, mucho más profundos y eficaces.

Por otra parte, existe una corriente unificadora de las corporaciones policiales, que desea concentrarla en una sola institución, bajo un mismo mando, ajeno al Ministerio Público. Esta corriente ha caminado un largo trecho, pero aún no se ha consolidado. En consecuencia, el texto constitucional pasa a referirse a *policías* en plural. No hay reparo si esto último significa que habrá varias policías auxiliares del Ministerio Público, en la investigación de los delitos, cada una con su propia esfera de atribuciones conforme al régimen federal.

La idea del Constituyente Permanente ha sido incorporar a las policías diversas especialidades en la compleja, delicada investigación de los delitos. Con este objetivo, confía en ciertas certificaciones de habilidades y destrezas, para que un elemento de policía municipal, estatal o federal, que no esté adscrito a las agencias estatales o federales de investigación, pueda practicar éstas; requerirá certificación que acredite los conocimientos y habilidades necesarias para realizar su función, siempre en un marco de irrestricto respeto a los derechos humanos.

Siguiendo con el análisis y crítica del primer párrafo del artículo 21, cuando se hace referencia a las policías se indica que éstas actuarán bajo la conducción y el mando de aquél (Ministerio Público) en el ejercicio de esta función, es decir, la investigación de delitos. No es novedad que se pretenda sustraer a la policía, de la autoridad y mando inmediato del Ministerio Público, para incorporarla en una corporación integradora independiente del Ministerio Público, aunque se encomiende a éste la conducción jurídica de la averiguación, referencia que de ninguna manera significa una verdadera subordinación de la Policía al Ministerio Público.

En este orden de ideas, es oportuno hacer notar que la reforma constitucional no utiliza las expresiones *autoridad y mando inmediato* que es una expresión muy enérgica, solo menciona *conducción y mando*. Es probable que la palabra *mando* abarque la idea de autoridad, pero preocupa la supresión de la voz *inmediata*, porque oculta la posibilidad de incorporar una autoridad interpuesta entre el Ministerio público, que conduce y manda, pero no inmediatamente y la policía, que está sujeta a esa conducción y mando pero solo de forma mediata. El cambio de palabra por parte de la reforma constitucional obliga a indagar el nuevo significado de la norma, por lo que se considera que es relevante transcribir

parte del dictamen de los diputados, en cuanto hace a las relaciones entre el Ministerio Público y la policía y entre éstas y otras autoridades; el cual reza lo siguiente:

"...La dirección y mando de la investigación por parte del ministerio público representa una dirección funcional de las labores de investigación y es independiente de la jerarquía de la cual depende la policía, pudiendo estar administrativamente asignada a otros órganos, secretarías o incluso municipios o bien como en las agencias de investigación de delitos, policías ministeriales o judiciales, según corresponda, de las procuradurías estatal o federal, esto significa que será el legislador estatal o federal el que determinará como será esta relación."¹⁵

El texto aportado por la reforma constitucional es particularmente impreciso en el sentido de que tras la aparente acotación de quehaceres de ambas autoridades se deja un claroscuro, una región de muy complejo y delicado manejo, en la que puede naufragar o se puede enrarecer la juridicidad en el desempeño del Estado en el inquietante campo de la seguridad y la justicia penal.

¹⁵ Se alude al dictamen elaborado por las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia de la Cámara de Diputados, de fecha 10 de Diciembre de 2007.

Ahora bien, si se quiere que exista una corporación especializada en la investigación de los delitos, realmente subordinada al Ministerio Público, bastaría la fórmula anterior a esta reforma, y no sería necesario precisar que la policía actuará bajo el mando del Ministerio Público, en el ejercicio de la función de investigar delitos, porque esa policía no tendría a su cargo otras funciones y por lo tanto solo se desempeñaría bajo las instrucciones del Ministerio Público.

4.2.3 Principio de Oportunidad.

Con los criterios de oportunidad se abre la posibilidad de aplicar la persecución de oficio en función del daño que la conducta delictiva cause al interés público, siempre que la víctima esté de acuerdo. Así, el Ministerio Público podrá administrar mejor los escasos recursos de que normalmente dispone, para seguir las conductas que más lastiman a la sociedad. Esto desahogará en cierta medida la sobrecarga actual del sistema de justicia. Lo anterior, ha sido analizado por el legislador en virtud de que decenas de miles de acusados esperan sentencia en prisión preventiva en todo el país por delitos patrimoniales menores de 5 mil pesos. En muchos casos se penaliza su condición social más que la gravedad de sus actos; sin embargo, mantiene a salvo el

derecho de la víctima a impugnar el no ejercicio de la acción penal.

El séptimo párrafo del artículo 21 constitucional, al amparo de la reforma, reviste suma importancia en relación al principio de oportunidad al que se ha hecho referencia. La Constitución de 1917 consagró el principio de legalidad en el ejercicio de la acción. Una vez reunidos los supuestos de consignación, que ciertamente no eran menores, el Ministerio Público debiera ejercitar la acción ante los tribunales, instando la sanción de hechos típicos realizados por una persona cuya probable responsabilidad se halla acreditada. No estaba en las manos del Ministerio Público abstenerse de promover el proceso, resolviendo por sí y ante sí sobre la conveniencia de hacerlo, aunque en ocasiones sucedía que el Ministerio Público declarara que se abstenía de actuar en contra de determinadas personas o desistían de la acción planteada, por motivos sociales.

En el principio de oportunidad, militan la posibilidad de aprobar, desde un primer momento, la pertinencia de sancionar ciertos comportamientos a determinadas personas, tomando en cuenta la gravedad objetiva de aquéllos y las condiciones específicas de éstos; y la necesidad de reservar la persecución ante los tribunales, que implican grandes

costos y pesadas cargas para casos que revistan especial gravedad y ameriten, por lo tanto, un riguroso tratamiento punitivo. Por otro lado, bajo este principio que nominalmente sirve a la equidad y por esta vía a la justicia, también pueden consumarse desviaciones lamentables.

Los partidarios de la legalidad y adversarios de la oportunidad persecutoria alegan que corresponde al legislador, no al acusador, establecer en qué casos debe ser sancionado un hecho. Establecidos los tipos penales y las condiciones objetivas, de punición que son supuestos sustantivos, el acusador se limitará a llevar el asunto ante los tribunales.

En cambio, bajo el prisma de la oportunidad, el Ministerio Público ha de resolver sobre el ejercicio de la acción penal, habida cuenta de motivos de conveniencia que pudieran hacer desaconsejable en la especie, la persecución del delito.

Existen autores que afirman que a través del pretendido principio de oportunidad, se trata de ampliar las atribuciones del Ministerio Público para decidir sobre el ejercicio de la acusación y acerca de la conclusión del proceso sin sentencia.

El dictamen de los diputados señala que los criterios de oportunidad no serán aplicables cuando se trate de intereses públicos de capital importancia; habrá que tener en cuenta este señalamiento cuando se defina en qué casos procede y en cuales no la negociación penal entre el Estado a través del Ministerio Público y el inculpado. El legislador que autorice las hipótesis de transacción deberá descartar, en primer término, aquellos supuestos en que haya intereses públicos de capital importancia y dejar la aplicación de las ayudas penales a aquellos otros en los que el interés público sea menor.

Se dice que el Ministerio Público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal. No se establece la oportunidad como principio rector; consecuentemente coexistirán legalidad y oportunidad. Y se advierte que esa aplicación de criterios, cuya identidad y alcance quedan a la ley secundaria, se hará en los supuestos y condiciones que ésta fije. Se trata, de oportunidad reglada; habrá que considerar este punto con gran cautela y observar cuidadosamente sus resultados, para introducir a tiempo las afirmaciones o las correcciones que la experiencia aconseje.

El dictamen de los diputados menciona que la aplicación irrestricta del principio de oficiosidad en la persecución penal genera una sobrecarga del sistema de justicia con delitos menores que en nada afectan al interés público, pero que las autoridades de persecución penal se ven precisadas a perseguir, en virtud de una mal entendida inderogabilidad de la persecución penal que provoca costos constantes de persecución en asuntos que no lo ameritan. En esta tesitura se considera necesario, conferir al Ministerio Público la facultad para aplicar criterios de oportunidad que le permitan administrar los recursos disponibles de persecución y aplicarlos a los delitos que más ofenden y lesionan a los bienes jurídicos de superior entidad.

Sin embargo, no es afortunado referirse a delitos que en nada afectan el interés público. Si se trata de hechos que efectivamente no afecten, en absoluto, el interés público; debería procederse cuanto antes a su destipificación. La incriminación de conductas que no afecten el interés público, e incluso es preciso reconsiderar la tipificación de aquéllas que lo afectan levemente y que podrán ser sancionadas con medidas no penales. Por lo que creo que el dictamen debió referirse más bien, a hechos cuya persecución puede quedar en

manos de particulares, tomando en cuenta que en ella predomina el interés particular sobre el interés público.

4.3 EJERCICIO DE LA ACCIÓN Y ORDEN DE APREHENSIÓN.

La reforma constitucional ha incorporado algunos cambios de dudosa pertinencia, en los párrafos del artículo 21 constitucional. Una modificación de escaso calado, introducida en 1996, quiso aclarar que la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público. Obviamente, la persecución abarca la investigación; la aclaración era innecesaria.

En este apartado, se hará referencia a la modificación del párrafo segundo del artículo 21, el cual deslinda la investigación del ejercicio de la acción que anteriormente quedaba comprendido en el concepto de *persecución* y manifiesta que el ejercicio de la acción ante los tribunales corresponde al Ministerio Público; sin embargo, se cree que es obvio que la acción penal se ejercita ante los tribunales.

La reforma constitucional no parece distinguir entre los requerimientos para el ejercicio de la acción penal y las exigencias para el libramiento de la orden judicial de aprehensión, atribución que recae en el juez de control. En el texto anterior a la reforma, tampoco ha existido esa distinción.

Al regular la orden de aprehensión, la reforma constitucional contiene nuevos conceptos que pudieran conectarse con los vigentes, siendo éstos los siguientes:

- a) Que obren datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad.
- b) Que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

Una vez más se imprime un giro diferente al texto constitucional, cambio que no era indispensable y ni siquiera necesario si se toma en cuenta la amplia elaboración que existe sobre los conceptos empleados tradicionalmente. Hubiera sido conveniente por razones de claridad y en consecuencia de garantía que la norma permitiera la prisión preventiva en aquellos casos en que la sanción aplicable fuese única y exclusivamente privativa de libertad.

La expresión *obren datos* alude, por supuesto a la existencia de pruebas. Este requerimiento, indubitable en la fórmula existente que alude a *datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado*, no resulta igualmente preciso en la nueva redacción: *datos que establezcan que se ha cometido ese hecho*. Sin embargo habrá que entender que *acrediten y*

establezcan, significan lo mismo: provisión de pruebas sobre la existencia de un hecho. Obviamente, resultaba preferible decir *acrediten* o bien *prueben* o *comprueben*.

Los asuntos de mayor relevancia que la reforma constitucional no resuelve acertadamente y que ponen en riesgo la orientación general del sistema penal en lo concerniente a la libertad de las personas, son el objeto de la prueba y la intensidad de ésta.

Se considera que en el examen del cuerpo del delito y de los elementos del tipo penal, el Estado persecutor debe acreditar o establecer todos los elementos que conforman el hecho que la ley considera delictuoso, conforme a su descripción típica. Si no abarca todos, no es posible sostener que se ha cometido un delito; esto no significa que la prueba requerida para el ejercicio de la acción deba tener la misma fuerza concluyente que la exigida con resultado de convicción para emitir sentencia condenatoria.

La reforma constitucional manifiesta, así mismo, que los datos conducentes a la orden de aprehensión deben establecer la probabilidad de que el indiciado cometió o participó en la comisión del hecho. Aparentemente con esta referencia se pretende excluir el examen de cuestiones de responsabilidad, y se concentra la atención en la relación que existe entre la

conducta del sujeto y la relación del hecho; si no es así, solo se habría dicho lo mismo con otras palabras.

4.4 DELINCUENCIA ORGANIZADA.

4.4.1 Concepto.

La legislación de los últimos años ha procurado definir el tipo penal de delincuencia organizada, a fin de que ya no se tratara de una coparticipación que tiene impacto en el procedimiento, ni de una calificativa que se proyecta en la gravedad del delito y la severidad de las sanciones, sino un tipo penal autónomo. Dentro del artículo 16 constitucional, se había contemplado la figura de delincuencia organizada; sin embargo, no existía una definición precisa de qué era delincuencia organizada, ni mucho menos se remitía a la ley secundaria. Es por ello, que a través de la reforma se adiciona el octavo párrafo del artículo 16, en el que se advierte el concepto de delincuencia organizada: “...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...”; sin embargo, no se considera que se haya avanzado mucho en esta materia, por cuanto hace a que dicho concepto no es del todo efectivo, ya que es perfectamente conocido desde siempre, la participación de un número plural de

personas en actividades ilícitas, desde parejas hasta bandas o muchedumbres criminales y empresas delictivas y que esta proliferación de participantes puede asumir formas sencillas o complejas, momentáneas o persistentes, concentradas o dispersas en el tiempo y el espacio.

La comisión de delitos en forma asociada es cosa de todos los días; de ahí que el Derecho Penal Material haya previsto los supuestos de participación, y reconocido, inclusive ciertas calificativas por actuación colectiva o tipos penales específicos que se concentran precisamente en la formación de un agregado con fines delictivos (asociación delictuosa).

La reforma constitucional que hace de esta materia uno de sus temas medulares, se vio en la necesidad de establecer qué es delincuencia organizada, señalando así, datos nucleares de esta figura, que pudieran ser complementados por la ley secundaria. La ley suprema solo fija algunos sencillos requisitos para que se considere delincuencia organizada, siendo los siguientes:

- a) La existencia de una organización de hecho; concepto que es posible atender a través de un mero agrupamiento de un limitado número de personas.

b) Que el agrupamiento se proponga cometer delitos en forma permanente o reiterada, sin mencionar qué delitos son el objetivo típico de la organización.

En opinión del tesista, el texto constitucional no señala cuáles pudieran ser esos delitos aludidos por la definición constitucional de delincuencia organizada. Ni siquiera se refiere a la gravedad de los delitos *objetivos* de la sociedad criminal, a los bienes jurídicos afectados, a la trascendencia social de éstos. Tampoco hay alguna referencia orientadora o reguladora, como la que contiene el segundo párrafo del artículo 19 al que posteriormente se hará referencia, acerca de los alcances de la prisión preventiva. En suma, operará el criterio del legislador ordinario, acaso contenido por la jurisprudencia federal, cuando se multipliquen los tropiezos. Ésta se verá en la necesidad de establecer la congruencia entre la constitución y las previsiones punitivas de aquel legislador.

Es obvio que la fórmula constitucional, trasladada a la legislación secundaria, puede operar con o sin adición de otros elementos. De ser así, habríamos convertido la asociación delictuosa en delincuencia organizada. Es posible que esta fórmula no permitiese la reprobable anticipación penal que ya contiene la ley federal de la materia, que

incrimina la mera resolución. En contrapartida, autoriza la aplicación de esta figura a cualquier delito objetivo, sin límite alguno en cuanto a su naturaleza y abriría la posibilidad de que se acogiera bajo el rótulo de delincuencia organizada cualquier forma de reincidencia, puesto que la norma suprema habla de comisión de delitos en forma permanente o reiterada.

4.4.2 Delitos Federales. Redefinición de Competencias.

Otro problema que suscita el nuevo régimen constitucional de la delincuencia organizada tiene que ver con el orden de competencias que establece la ley suprema. En este ámbito rige una atribución general, que encomienda al orden federal establecer los delitos y las faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse, tal y como obra en el primer párrafo de la fracción XXI del artículo 73 constitucional. En torno a esa definición, propia del régimen jurídico-político adoptado por la República, se agita una doble tendencia que ha dado lugar a diversas adiciones; por un lado, para depositar en la Federación mayores atribuciones en esta materia, federalizando temas penales que se hallaron en la competencia de las entidades federativas como se aprecia en el párrafo segundo de la fracción XXI del diverso citado que reza lo

siguiente: "Las autoridades federales podrán conocer también de los delitos del fuero común, cuando estos tengan conexidad con los delitos federales". Por otro lado, para incorporar a los Estados en la persecución de ilícitos que corresponde, en principio a las autoridades federales, supuesto que obra en el tercer párrafo de la fracción y artículo en comento: "En las materias concurrentes previstas en esta Constitución, las leyes federales establecerán los supuestos en que las autoridades del fuero común podrán conocer y resolver sobre delitos federales."

La reforma constitucional encomienda a la Federación la competencia sobre delincuencia organizada, en bloque. Ya se hizo referencia a la terminante expresión contenida en el dictamen de los diputados: *solo la Federación conocerá de delitos de esta naturaleza*. En el mismo primer párrafo en que se haya la citada atribución general aparecer la facultad de "legislar en materia delincuencia organizada". No se trata de que la Federación pueda asumir el conocimiento de delitos del orden común, ni de un caso de concurrencia que permita el despliegue de ambas esferas del Estado Mexicano, sino de una transferencia total de la materia.

4.4.3 Régimen para la Delincuencia Organizada.

En cuanto hace a esta materia, se modificó de gran manera el régimen de la delincuencia organizada; uno de los cambios fue que a partir suyo se podrá decretar un arraigo por 40 días, prorrogables a 80 días, cuando lo solicite el Ministerio Público. Al elevar esta posibilidad a rango constitucional se acabaría con una práctica común de abogados de delincuentes peligrosos, que alegan violación a la Constitución y obtienen la libertad de sus defendidos.

A partir de la reforma, todo acusado de delincuencia organizada enfrentará el juicio en prisión preventiva. Cuando la seguridad de víctimas o testigos lo requiera, el juez podrá decidir que su identidad sea resguardada. Por razones de seguridad, el juez podrá decidir que el juicio sea a puerta cerrada. Así mismo se establecen beneficios para inculpados que colaboren con la autoridad en la investigación y persecución de delitos.

Se definen con toda claridad los tipos de bienes respecto de los cuales el juez podrá declarar la extinción de dominio o confiscación a favor del Estado, dejando a salvo la posibilidad de impugnar la decisión por quienes puedan demostrar que son propiedades legítimas. La extinción de

dominio busca debilitar la poderosa base económica de la delincuencia organizada.

Los acusados y sentenciados por delincuencia organizada enfrentarán el proceso y las sentencias en cárceles especiales de alta seguridad y no tendrán derecho del que gozan otros delincuentes, de cumplir su sentencia en una cárcel cercana a su domicilio.

4.5 JUEZ DE CONTROL.

Una propuesta de impacto, por estar vinculada a varias modificaciones del artículo 16 de la ley fundamental es la de establecer jueces federales y locales, denominados de control, que se aboquen fundamentalmente a resolver los pedimentos de medidas cautelares, providencias precautorias, técnicas de investigación para resolverlos de forma inmediata, para minimizar los riesgos de la demora en la ejecución de la diligencia.

Conscientes de la realidad compleja que vive nuestro país y particularmente de la rapidez con que varían las circunstancias propicias para la realización de una diligencia de las antes mencionadas, coincide con la preocupación de apoyar el Estado de Derecho y de manera sobresaliente el combate a la delincuencia de alto impacto, por lo que sin perjuicio de la responsabilidad del Ministerio

Público, que tendrían las policías en la investigación de los delitos, se estima necesario establecer la existencia de jueces de control que se aboquen a resolver las medidas provisionales y demás diligencias que requieran control judicial, en forma acelerada y ágil, sin que ello implique dejar de fundar y motivar concretamente sus resoluciones, que podrán ser comunicadas por cualquier medio fehaciente y contengan los datos requeridos.

En este orden de ideas, es oportuno reconocer también las diferencias de este país, como el ser una república federal, con tres órdenes de gobierno y treinta y tres sistemas de justicia penal, a diferencia de los países con régimen central o unitario, donde existe un solo código de procedimientos penales y un único fuero. Esta distinción conlleva múltiples diferencias de operación, como la existente en el fuero federal, donde solo en algunos circuitos hay jueces especializados, pero en la mayoría son jueces de distrito mixtos y con funciones de legalidad y control de la constitucionalidad de los actos de todas las autoridades de su distrito, cambiar esta realidad implica una reestructuración del Poder Judicial, con las dificultades presupuestales, temporales, organizacionales, de capacitación y operación, que esto implica.

De esta manera, se puede visualizar que no es posible que a corto plazo haya jueces de distrito especializados en materia penal, como para asignar al menos uno a la función de control, otro a la función preparatoria del juicio, uno más para los juicios y uno último para la ejecución de sanciones penales, cuando ahora hay un solo juez federal mixto; es por ello que se deberá establecer un marco constitucional flexible que posibilite diversas formas de organización, sobre la base del sistema acusatorio oral, tanto para el fuero federal como para el común, para Estados con amplia extensión territorial y entidades federativas con extensión pequeña, Estados con recursos económicos disponibles y entidades con escasos recursos.

Podemos entender por juez de control al órgano jurisdiccional unipersonal, con competencia para ejercer las atribuciones que la ley reconoce desde el inicio de la etapa preliminar hasta el dictado del auto de apertura de juicio oral que da término al llamado procedimiento intermedio, es una institución traída al Derecho mexicano de sistemas europeos, con mayores matices del Derecho germánico e influido últimamente por la legislación chilena, recién incorporada a nuestro Derecho por la reforma constitucional. Su principal función es buscar equilibrio entre los derechos

fundamentales de los justiciables y las medidas legales que aseguren la comparecencia del imputado, la conservación de la prueba y la protección de la sociedad.

Otra de las atribuciones del citado juez de control, sería conocer las impugnaciones de las resoluciones de reserva, no ejercicio de la acción penal, el desistimiento y la suspensión de la acción penal, para controlar su legalidad y en todos los casos señalados resguardar los derechos de los imputados y las víctimas u ofendidos.

Este tipo de jueces podrán ser los que substancien las audiencias de proceso, preliminares al juicio, las cuales desde luego que se regirán por los principios del proceso, previstos en el artículo 20 constitucional. De manera que a nivel constitucional solo deben establecerse las atribuciones fundamentales y remitir el desarrollo de las garantías a la legislación secundaria, para no sobrerregular nuestra Constitución.

Esta nueva figura del juez de control, es plausible, en sí misma, ya que es a través de un acucioso control jurídico que se pueden garantizar los derechos del inculcado y del ofendido; la regulación constitucional no resulta particularmente clara, quizás porque la ley suprema no ofrece una articulación del procedimiento que permita establecer el

curso de éste, distinguir sus etapas y precisar la intervención que en cada una de ellas tendrán las autoridades jurisdiccionales llamadas a participar. Desde luego, se reconoce que la Constitución no tendría por qué fijar con detalle la estructura del enjuiciamiento, en virtud de que ya existen bastantes normas reglamentarias como para que sea necesario agregar precisiones de este carácter.

Por lo anterior, y en lo personal se considera objetivo incluir jueces denominados de control, que se responsabilicen de la resolución rápida de las solicitudes ministeriales de cateo, arraigos, intervenciones de comunicaciones privadas, órdenes de aprehensión y las demás que requieran control judicial; asimismo, resolver las impugnaciones contra las determinaciones del Ministerio Público y realizar las audiencias procesales preliminares al juicio conforme a los principios del sistema acusatorio, de conformidad con las reglas de organización que al efecto de emitan por cada Poder Judicial.

4.5.1 Atribuciones.

El papel del juez de control de garantías es equilibrar dos intereses legítimos contrapuestos; por un lado, la garantía del debido proceso para la persona investigada y, por otro, la efectividad en la aplicación de la ley penal, es

decir, al tiempo que se busca proteger a los incoados a una investigación contra la perturbación indebida de cualquiera de sus derechos, como capturas, registros, allanamientos, incautaciones e interceptación de comunicaciones; se pretende también tutelar el desahogo correcto de las diligencias investigadoras prioritarias.

El juez de control, o de garantías, debe actuar en varios momentos durante la fase de investigación: para autorizar previamente alguna diligencia del Ministerio Público que pretenda limitar algún derecho fundamental o para examinar la legalidad formal y material de actuaciones de la fiscalía en ejercicio de sus poderes en la etapa preliminar. Su actuación de protección previa la podrá realizar a través de audiencias preliminares donde decide sobre la orden de aprehensión en contra del imputado; la obtención de muestras que involucran al imputado, cuando éste se niega a proporcionarlas y ciertas inspecciones oculares, entre otros. La protección garante posterior se podrá encauzar a través de audiencias preliminares, casi siempre públicas, donde decida sobre la legalidad de la captura hecha en flagrancia, diligencias de registro y cateos, medidas cautelares sobre bienes del imputado, búsqueda selectiva de base de datos, y exámenes que involucren al imputado.

Ahora, por lo que hace a la etapa intermedia, los objetivos o finalidades que se persiguen en la misma son variados, lo esencial es decidir si es posible iniciarse un juicio oral en contra de una o más personas, para arribar con certeza a la existencia o no del delito y la consecuente responsabilidad penal; luego, que el juicio pueda desarrollarse válidamente sin quedar afectado de vicios producidos durante la fase de investigación y, finalmente, dejar todo dispuesto para que éste se realice en forma eficiente.

Otro aspecto muy relevante es que ante esta nueva figura jurisdiccional, las partes dan a conocer de manera determinante sus pretensiones, pues el fiscal hace patente su decisión acerca de si llevará a juicio oral o no a un imputado. Junto a esa finalidad, se adiciona la búsqueda de dar por terminada la fase preliminar, así como fijar cuál será el contenido del juicio oral, esto es, que se fije con precisión cuáles serán los hechos ilícitos a probar que irán encauzando el proceso penal.

4.6 CUESTIONES EN LA INVESTIGACIÓN.

4.6.1 Flagrancia.

El estatuto actual de los derechos humanos, solo acepta la privación cautelar de la libertad en los supuestos de

flagrancia y mandamiento judicial. Por lo que hace al tema de flagrancia, que es objeto de este capítulo, se ha elaborado una fórmula que comprende tanto esta figura como algunas alternativas que amplían el alcance del concepto *cuasiflagrancia* y presunción de flagrancia o flagrancia equiparada.

Es aceptado internacionalmente que la flagrancia no solo consiste en el momento de la comisión del delito, sino también el inmediato posterior, cuando se genera una persecución material del sujeto señalado como interviniente en el delito, de manera que si es detenido en su huida u ocultamiento inmediato, se considera que aplica la flagrancia y por tanto, se justifica la detención.

El dictamen de los diputados establece la pertinencia de explicitar el concepto de flagrancia, señalando su alcance, que comprendería desde el momento de la comisión del delito; es decir, el *inter criminis*, hasta el periodo inmediato posterior en que haya persecución física del involucrado. Por lo visto, el dictamen de los diputados confunde la realización material del delito, con el proceso que se desarrolla desde la concepción del ilícito hasta su consumación que es el camino, recorrido, curso del delito,

esto es, el *inter criminis*, desplegado en fases interna y externa.

La reforma constitucional acoge la cuasiflagrancia al señalar que cualquier persona podrá detener al infractor en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido.

Bajo esta premisa, se juzga adecuado explicar el concepto de flagrancia, señalando su alcance, que comprendería desde el momento de la comisión del delito; es decir el *inter criminis*, hasta el periodo inmediato posterior en que haya persecución física del involucrado. Consecuentemente, el objetivo es limitar la flagrancia hasta lo que doctrinariamente se conoce como *cuasiflgrancia*, a fin de cerrar la puerta a posibles excesos legislativos que han creado la flagrancia equiparada, que no es conforme con el alcance internacionalmente reconocido de esta figura.

En este orden de ideas, el artículo 16 constitucional, en cuanto hace al concepto de flagrancia es utilizado el término *indiciado*. De este se puede decir que parece prematuro el empleo de esta expresión en el momento en que se aplica conforme al citado párrafo de dicho precepto.

En el mismo párrafo analizado del artículo 16, la reforma constitucional indica que el captor, pondrá al

detenido sin demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta lo hará, con la misma prontitud, al Ministerio Público. Por lo anterior, es evidente, en aras de mejorar las garantías del gobernado y la buena marcha de la justicia, que se deberá prever que si aquella autoridad más cercana es el Ministerio Público, la entrega deberá hacerse precisamente a éste, y no a otra autoridad para que sea ella; a su vez, quien conduzca al detenido ante el Ministerio Público.

Es plausible la orden constitucional de que exista un registro inmediato de la detención, que no debiera restringirse a los casos de flagrancia, sino extenderse a cualesquiera hipótesis de privación de libertad con motivo de la comisión de un delito.

4.6.2 Arraigo.

Una de las figuras aberrantes aportadas por la Ley Federal de 1996 ha sido el arraigo entendido como verdadera detención anticipada, no como prohibición de salir de cierto territorio o jurisdicción, que fue el concepto tradicional de esta figura cautelar. La Ley fundamental ha querido que la detención del sujeto se sustente en una resolución judicial que determine la existencia del cuerpo del delito y la probable responsabilidad. No podía ser menos, si se toma en cuenta que se trata de restringir el fundamental derecho de

libertad de un individuo al que se presume inocente hasta que la sentencia resuelva otra cosa.

La organización de la delincuencia repercute en la organización de la persecución, de la que forma parte el enjuiciamiento penal. Pero no es la delincuencia lo que ha puesto en riesgo a las instituciones jurídico-procesales; el riesgo deriva de la respuesta adoptada para enfrentar esa delincuencia, como lo es actualmente la reducción de derechos y garantías, ocasionando con ello que se le resté importancia al despliegue de la ciencia y la técnica de la pesquisa.

La ley de 1996, interpretada de manera arbitraria y seguida por otros ordenamientos penales, favoreció el arraigo como reducción de la libertad del indiciado mientras concluye la averiguación previa y se acreditan los extremos de los que depende el ejercicio de la acción penal o en su caso, se resuelve que éstos no existen y que es preciso, por lo tanto, liberar al detenido.

En la actualidad, con una simple autorización judicial, que no reviste de ninguna manera alguna formalidad de auto de captura, el Ministerio Público puede obtener la orden de arraigo de un indiciado, el cual no ocurre en el domicilio de éste, aunque algunas veces se califique el arraigo como *domiciliario*, sino en un reclusorio administrativo, casa

asegurada, cuarto de hotel. El propio dictamen de los diputados dice que existe el arraigo en el domicilio físico (calificación que se considera innecesaria, en razón de que todo domicilio implica una localización física, referencia material y concreta; no hay domicilios de otro carácter) del investigado o el que se cumple en un lugar distinto.

Ahora bien, puesto que se ha hecho referencia a la práctica del arraigo en inmuebles ajenos al domicilio del inculcado, es pertinente observar que la reforma constitucional ha enfrentado el tema con dos fórmulas diferentes. Por su parte, en el séptimo párrafo del artículo 16 se alude al arraigo, sin más calificación, aunque se entrega al juzgador la potestad de acordar *las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale*; delicada facultad de fijar tiempo y sitio del arraigo, sin restricción cautelosa; por otro lado, en el artículo undécimo transitorio del decreto de reforma, se menciona el arraigo domiciliario. El cuestionamiento de esta discutible figura cautelar sería menor si el propio artículo 16 de la Constitución hubiese acogido el arraigo domiciliario y mejor todavía, aclarado que se trata del domicilio del inculcado.

Si algún bien puede traer consigo esta reforma constitucional será impedir que la legislación ordinaria,

federal o local, amplíe la posibilidad del arraigo en casos diferentes a los relativos a delincuencia organizada que necesariamente corresponden al fuero federal.

El arraigo previsto por el artículo 16 de la reforma constitucional, que puede durar 40 días y prolongarse por otros cuarenta (esto es, casi tres meses; duración muy superior a las setenta y dos horas exigidas por el artículo 19 para expedir auto de formal prisión o de vinculación a proceso, conforme a la reforma constitucional y dar inicio a la detención preventiva del inculpado) se funda en tres motivos: uno de ellos es que sea necesario para el éxito de la investigación, lo cual introduce una notoria vena de subjetividad o discrecionalidad en manos del Ministerio Público y del órgano judicial que resuelve; el segundo es que se requiera para la protección de las personas o bienes jurídicos, amplísimo concepto en el que caben innumerables supuestos; y por último que exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia; es obvia la improcedencia de calificar el riesgo como fundado; lo que puede tener fundamento o carecer de él es la consideración del Ministerio Público y el juzgador acerca de la existencia de ese riesgo, que, en hipótesis, se presentará en la mayoría de los casos, cosa que extiende la aplicabilidad del arraigo.

4.6.3 Cateo.

El cateo es un acto por virtud del cual la autoridad puede entrar, incluso por la fuerza a una propiedad privada, habitada o no. La orden debe constar por escrito y si no se cumplen los requisitos que marca el párrafo décimo del artículo 16 constitucional, el afectado puede acusar a quien lo haya hecho, por la comisión de delitos y exigir que se le repare el daño; además, cualquier prueba obtenida de ese modo carece de valor.

Como se observa, la reforma constitucional suprime el requisito de que la orden judicial sea escrita, bastará cualquier medio, para ello, los jueces de control estarán abocados a la inmediata resolución de las solicitudes de cateo; visualizándose que pueda ser en forma oral, en beneficio de la eficacia de las autoridades en la materia y de la justicia.

Por tanto, la persona, su familia, su domicilio y sus papeles o posesiones no pueden ser objeto de pesquisas, cateos, registros o secuestros sin observar los requisitos contenidos en el artículo 16 constitucional; esto, a fin de asegurar la legalidad de los actos de autoridad o de la actuación de sus agentes, proteger la libertad individual y garantizar la certeza jurídica, pues no se trata de proteger

la impunidad o de impedir que la autoridad persiga los delitos o castigue a los delincuentes, sino de asegurar que las autoridades siempre actúen con apego a las leyes y a la propia Constitución, para que éstas sean instrumentos efectivos de paz y de seguridad social y no opresores omnímodos de los individuos.

En ese tenor, el párrafo octavo del artículo 16 constitucional, antes de su reforma, disponía lo siguiente:

"...En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir y que será escrita, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluirla, un acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia..."

De lo anterior, se tiene que la exigencia de una orden escrita de cateo servía justamente a esas altas funciones (asegurar la legalidad de los actos de autoridad o de sus agentes, proteger la libertad individual y garantizar la certeza jurídica), ya que el cateo ha sido definido como el *registro y allanamiento de un domicilio particular por la autoridad, con el propósito de buscar personas u objetos que*

están relacionados con un delito; pero de esta definición básica no se sigue que sólo la casa habitación del individuo tenga protección constitucional si se tiene en cuenta que los titulares de la inviolabilidad domiciliaria son toda persona, física o moral, pública o privada.

En atención a lo anterior, el artículo 16 constitucional reformado, ahora en el párrafo décimo, es del siguiente tenor:

"...En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir, a solicitud del Ministerio Público, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluirla, un acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia..."

Como resulta fácil advertir, la nueva disposición constitucional *suprime* el requisito de que la solicitud de la orden de cateo, y por ende, la resolución misma, sea por escrito. En efecto, la autoridad legislativa justificó la supresión del requisito de mérito toda vez que una de las preocupaciones actuales es la celeridad en la orden de cateo,

que ordinariamente se ha tramitado mediante el tradicional procedimiento escrito, y que en ocasiones demora en demasía las acciones del Ministerio Público, con el consecuente riesgo de desaparición, alteración o destrucción de las evidencias buscadas.

Por lo que con el objetivo de dar pauta a una regla especial que permita la solicitud de dichas órdenes y su resolución por cualquier medio, dejando siempre registro de las comunicaciones, la minuta de mérito propone suprimir la obligación específica de que ese procedimiento sea por escrito, lo cual, vinculado a otros cambios, como la creación de jueces específicos para la atención pronta y expedita de los pedimentos de las citadas medidas cautelares y otras mencionadas, posibilitará que el Ministerio Público le formule la petición y el juez le responda de manera inmediata, si es en sentido afirmativo, el agente de la representación social proceda de inmediato a ejecutar la medida, sin perjuicio de que el documento, respaldo de la autorización, pueda enviarse al mismo tiempo o de forma diferida para constancia.

Es decir, la motivación de la supresión de la formalidad escrita en la solicitud y resolución de la orden de cateo, se basa fundamentalmente en el peligro de la demora, y si bien

deberá quedar constancia de la solicitud y de su expedición, éstos podrán ser enviados al mismo tiempo en que se ejecute la medida o en forma diferida.

4.6.4 Comunicaciones Privadas.

Pese a que las comunicaciones privadas no deben ser interceptadas y su interceptación debe castigarse penalmente, se abre la posibilidad de que una persona sea grabada por otro cuando habla con ella, personalmente o por teléfono u otro medio electrónico. Solo cuando haya un deber de confidencialidad, como entre el abogado y su cliente, no tendrán validez las grabaciones hechas por una de las partes.

Los jueces federales pueden ordenar la interceptación que permita intervenir conversaciones privadas, incluso las efectuadas por computadora. En este caso, no limita el artículo 16 a la investigación de los delitos, ya que la *autoridad federal que faculte la ley* puede ser alguna encargada de aspectos de seguridad nacional.

En cuanto a este rubro, la reforma constitucional, con el ánimo de dotar mayores herramientas a las autoridades para combatir a la delincuencia organizada, se propuso sancionar penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las comunicaciones privadas, excepto cuando sean

aportadas voluntariamente por alguno de los partícipes en ellas. En este contexto, el juez valorará el alcance de éstas, siempre y cuando contengan información relacionada con la comisión de un delito. En ningún caso se admitirán comunicaciones que violen el deber de confidencialidad que establezca la ley. Tampoco será admisible que la autoridad suplante a un particular o trate de hacerse pasar por un particular, con el objeto de obtener material probatorio.

Bajo esta premisa, los tribunales federales han aceptado que en delitos como la privación ilegal de la libertad en su modalidad de secuestro, los familiares de la víctima que graban las conversaciones con los probables secuestradores las aporten como prueba al procedimiento penal, y que sean objeto de los dictámenes correspondientes.

4.7 MEDIOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.

El nuevo texto del artículo 17 constitucional se refiere a una de las cuestiones más importantes y atendidas en la solución de los conflictos, los llamados mecanismos alternos o alternativos, que son *la mediación, conciliación y el arbitraje*.

El tercer párrafo de dicho artículo, determina que *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 que se requerirá supervisión judicial.

Lo anterior, sugiere incorporar medios alternativos de justicia penal, de manera que se permita resolver el conflicto generado por la comisión de delitos y asegurar la satisfacción del derecho a la reparación del daño por parte de la víctima, siempre bajo la supervisión judicial para evitar su mal uso.

Dicha reforma, trae consigo diversos beneficios como lo son agilizar el desempeño de los tribunales, establecer que la instancia penal sea la última a la que se recurra, beneficiando así una mayor rapidez en la solución de conflictos sociales, al mismo tiempo que disminuye los costos, tanto para el sistema de justicia como para las partes involucradas, además de que representan una posibilidad muy cercana de descongestionar a los tribunales y al sistema penitenciario.

Ahora bien, es de observarse que el párrafo tercero del artículo 17 constitucional, menciona que *las leyes establecerán los casos en que se requerirá supervisión judicial*; es decir, que el acuerdo adoptado a través de los multicitados mecanismos alternativos, sean verificados en cuanto su legalidad, sin que ello implique que un órgano

judicial intervenga en todos y cada uno de los miles de casos de composición que se plantean diariamente; así mismo, esto implica la observancia del cumplimiento de lo acordado, para que la composición no quede en el aire.

4.8 AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO.

La resolución judicial con la que inicia el proceso se ha llamado auto de formal prisión, de sujeción a proceso o de procesamiento. A este asunto se refiere el segundo párrafo del artículo 19 constitucional.

Se puede definir el auto de vinculación a proceso como la resolución en la que se determina si los datos de prueba obtenidos en investigación establecen un hecho que la ley determina como delito y que existe la probabilidad de que el imputado lo cometió, o participó en su comisión con el fin de continuar con el proceso.

La reforma constitucional ha optado por una designación diferente y cuestionable al referirse al auto de vinculación a proceso. En los antecedentes de la reforma se manifiesta que sujeción a proceso es un término de *cuño inquisitivo*, porque implica subordinación, sometimiento, en tanto que vinculación carece de ese aire antiguo y autoritario.

La idea de sujeción a proceso denota justamente una coacción que por lo general lleva aparejada alguna afectación

a derechos, en cambio, vinculación únicamente se refiere a la información formal que el Ministerio Público realiza al indiciado para los efectos de que conozca puntualmente los motivos por los que se sigue una investigación y para que el juez intervenga para controlar las actuaciones que pudieran derivar en la afectación de un derecho fundamental.

Con lo anterior, se da a entender que la vinculación a proceso es algo así como una mera notificación que hace el Ministerio Público, al inculpado, carente de mayores consecuencias, apenas asociada con la práctica de una investigación, no de un verdadero proceso del que resulte una sujeción o subordinación del inculpado a la autoridad jurisdiccional.

4.8.1 Elementos de Fondo.

Los elementos de fondo, en los que se funda el auto judicial son los datos o pruebas que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

El señalamiento de estos elementos reproduce literalmente la referencia contenida en el segundo párrafo del artículo 16 con respecto a la orden de aprehensión, salvo el requerimiento de sanción privativa de libertad para el

hecho cometido. Es comprensible la inclusión en el artículo 16 y la exclusión en el 19; aquél se refiere a restricción de libertad y éste a la base del proceso, que puede corresponder a un hecho sancionado con pena diferente a la privativa de libertad.

Otra cuestión que se presenta, es en el primer párrafo del artículo 19 constitucional, que se refiere al auto de vinculación a proceso con el que se justifica la detención del inculpado. Hace falta una referencia a los supuestos en que no existe la posibilidad de restringir la libertad personal del inculpado y resulta necesario, sin embargo, establecer la situación jurídica de éste. Para ello, el párrafo quinto de dicho numeral, no fija el contenido de la resolución judicial con el detalle que observa el párrafo primero, no obstante que en ambos casos existe la misma razón de fondo para establecer los elementos de la resolución, que son el soporte del proceso a partir de ese momento.

La Constitución ha dicho que el auto de formal prisión se abastecía de los datos que suministraba la averiguación previa. Ya no lo señala el nuevo artículo 19, con respecto al auto de vinculación a proceso, probablemente bajo la idea de que el tribunal tomará en cuenta tanto esos datos como aquellos otros que pudiera aportar la actividad probatoria

generada por el Ministerio Público en el plazo que corre hasta el final del plazo constitucional.

4.8.2 Suspensión del Procedimiento.

El artículo 19 constitucional en su penúltimo párrafo reformado, fija un supuesto especial de suspensión del proceso y del curso de los plazos para la prescripción de la acción penal. Para que ello ocurra son precisos tres requisitos:

1.-Que el procedimiento corresponda a delitos de delincuencia organizada.

2.-Que se hubiese dictado auto de vinculación a proceso.

3.-Que el inculpado evada la acción de la justicia o sea puesto a disposición de otro juez que lo reclame en el extranjero.

El mismo numeral hace referencia a la suspensión de plazos para la prescripción de la acción penal; se considera que no era indispensable, pues, que la Constitución absorbiera estos temas. Por otro lado del párrafo comentado se desprende, contrario sensu, que no se suspenderán el proceso ni el curso de la prescripción cuando la evasión o la entrega del imputado por delincuencia organizada ocurran antes de que exista un auto de vinculación a proceso, pero

después de que el juez de la causa haya iniciado el conocimiento de los hechos y de la responsabilidad, esto es, el llamado plazo constitucional de 72 horas.

4.9 PRISIÓN PREVENTIVA.

Antes de hacer referencia a la reforma en este tema, es necesario definir el concepto de prisión preventiva, el cual se puede entender de la siguiente manera: *Es la reclusión en un centro penitenciario de una persona que está sometida a un proceso para determinar si ha cometido un delito.* En esta tesitura se puede entender que solamente cuando el delito tenga prevista una pena de prisión se puede recluir al acusado durante el proceso, si la pena es exclusivamente de multa o *alternativa*, es decir, que supone el encarcelamiento o la multa, es inconstitucional aplicar la prisión preventiva.

La reforma constitucional modificó el primer párrafo del artículo 18 para señalar que habrá lugar a prisión preventiva solo por delito que merezca *pena privativa de libertad*; se abandona pues, el empleo de la expresión *pena corporal*. Este giro es razonable, pero quedan excluidos los supuestos de pena alternativa o sustitutiva de la prisión.

El empleo de la prisión preventiva debe reservarse para supuestos excepcionales y vincularse estrictamente con las necesidades del enjuiciamiento, conforme a un criterio riguroso sobre esta restricción del derecho a la libertad del presunto inocente.

A través de la reforma se buscó que la prisión preventiva se rija por reglas legitimadoras de legalidad, excepcionalidad, razonabilidad, necesidad, proporcionalidad y mínima duración.

En cuanto al principio de proporcionalidad de la prisión preventiva, es importante destacar que toda medida cautelar debe guardar proporción con la necesidad que se trata de resolver, habida cuenta de las características de ésta y de los fines procurados. Una medida desproporcionada entrañaría un abuso inaceptable.

Hoy en día, existe un enorme abuso de la prisión preventiva, toda vez que la mayoría de los delitos están calificados como graves por la legislación ordinaria.

La reforma al artículo 19 constitucional contiene puntos plausibles y extremos dudosos. Es acertado el criterio general para la aplicación de la medida (prisión preventiva), que debe ser requerida por el Ministerio Público, con salvedades impuestas al juzgador. El hecho de que no exista,

la alternativa entre prisión preventiva y libertad provisional, significa que en todos aquellos casos en que el Ministerio Público no solicite la prisión se mantendrá la libertad del sujeto, sin necesidad de que aporte garantía; con ello queda fuera la libertad bajo caución y la libertad bajo protesta, a favor de una libertad más amplia e incondicionada.

Así mismo, el juez no podrá ordenar la prisión del sujeto cuando no la ha solicitado el Ministerio Público, salvo en los casos que menciona la parte final del segundo párrafo del artículo 19 que reza lo siguiente: "...El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud...". En este orden de ideas, tampoco es razonable suponer que el juzgador deberá acordar favorablemente toda medida de prisión que requiera el Ministerio Público. El acuerdo judicial deberá sustentarse en la satisfacción de las finalidades a las que atiende la prisión preventiva, enunciadas por el propio párrafo segundo.

También es pertinente el espíritu general de la norma, que milita a favor de medidas cautelares no restrictivas de la libertad, en tanto dice que el Ministerio Público, solo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para alcanzar los fines que aquélla se propone servir.

4.9.1 Finalidades de la Prisión Preventiva.

Al hablar de prisión preventiva, es importante saber cuál es la finalidad de la misma, es decir, conocer el motivo por el cual el legislador considera se debe aplicar dicha figura. En el artículo 19 párrafo segundo se establecen las finalidades de la prisión preventiva al tenor de lo siguiente: "El Ministerio Público solo podrá solicitar al juez, prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso".

A partir de este concepto, podemos señalar que el artículo 19 yerra al enunciar las finalidades de la preventiva y omitir la referencia a los principios o reglas

que les conferirían legitimidad y por lo tanto admisibilidad.

La formulación de las finalidades resulta sumamente controvertible en algunos supuestos. Se empezará por mencionar que es muy cuestionable la simple referencia al *desarrollo de la investigación*, que puede propiciar la aplicación inmoderada, profusa, desbordante de la medida privativa de libertad, sobre todo si se carece de reglas o principios que acoten, a título de criterios de legitimidad, los supuestos de restricción de la libertad o de los derechos individuales en general. Además, este fragmento del precepto en comento, se refiere a la etapa de investigación, que se supone concluye cuando se inicia el proceso; es obvio que no podemos hablar de prisión preventiva de quien todavía no se halla sujeto o vinculado a proceso.

Otra referencia a determinados extremos de protección, es el alusivo a *la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad*; ya que también abre la puerta al uso excesivo de la prisión preventiva, y por ello contrarían el hipotético espíritu de moderación que anuncian las primeras líneas del segundo párrafo del artículo 19 en comento. Si se quiere puntualizar, conforme a la experiencia, quiénes son los sujetos a los que se quiere proteger, no basta con aludir

a víctima y testigos, en razón de que existen otros participantes, que con frecuencia son objeto de amenazas o violencia, como agentes del Ministerio Público, jueces, peritos e investigadores; por lo que se considera que sobre la alusión directa a *víctima y testigos*, si ya se encuentran abarcados en la voz *comunidad*.

Ahora bien, la expresión *cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso*, no tiene que ver con los fines de la prisión preventiva, es obvio que el legislador desconfía de quienes ya están procesados o han sido sentenciados como responsables y los considera, de antemano, peligrosos o candidatos a la evasión.

4.9.2 Revocación de la Prisión Preventiva.

El tercer párrafo del artículo 19 constitucional señala: "La ley determinará los casos en los cuales el juez podrá revocar la libertad de los individuos vinculados a proceso". El texto en vigor antes de esta reforma, incluido en el artículo 20 último párrafo de la fracción I del apartado A), ha dicho que la ley "determinará los casos graves en los cuales el juez podrá revocar la libertad provisional". Por supuesto hay diferencia entre ambos textos, el anterior ciñe la revocación a la gravedad del caso, el incorporado por la

reforma constitucional simplemente dispone que la ley establezca los casos de revocación, pero no fija como límite para ésta, la gravedad de la situación, que debiera ser el fundamento para que cese la libertad.

4.10 PRINCIPIOS DEL PROCESO PENAL.

Los principios procesales constituyen las fórmulas a las que el pensamiento jurídico-político recurre, para estructurar un modo de realizar el *ius puniendi* estatal, en condiciones que permitan su ejercicio efectivo y fructuoso, sin mengua de las garantías y derechos que el desenvolvimiento cultural estima, en un momento determinado, son los que corresponde asegurar al inculpado y reconocer a la víctima.

El Constituyente Permanente ha distribuido esta materia, en dos porciones del artículo 20 constitucional; señalando en el párrafo inicial, al que no denomina *principios* y que carece de epígrafe pero claramente indica que el proceso penal se regirá por los principios de *publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación*.

Una segunda porción que corresponde al apartado A) del numeral de mérito, designada como *De los principios generales*. Con el propósito de hallar la lógica de la

distribución de textos que ha guiado al Constituyente Permanente también se podría distinguir entre la referencia al proceso penal, entendida como alusión al sistema representado por éste, y la alusión a los principios procesales.

El apartado B) establece los derechos de *toda persona imputada*; es decir, del imputado o inculcado. En cuanto hace a apartado C) atañe a los derechos de la víctima o del ofendido.

4.10.1 Sistema Acusatorio.

La primera declaración contenida en el artículo 20 constitucional señala: "El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación."

Estos principios inherentes a un sistema acusatorio son aplicables, como lo sugiere el mencionado párrafo inicial del precepto, al proceso penal en sus diversas vertientes o etapas y a cualquier especie del proceso. Estos principios en comento, se observarán también en las audiencias preliminares al juicio.

Las características del sistema acusatorio, implican la separación entre las funciones de juzgar, acusar y defender.

La doctrina distingue entre principio acusatorio, que establece la separación entre el órgano que acusa y el que juzga, y sistema acusatorio, que entraña la plena vigencia de ciertos principios propios de un Estado de Derecho: igualdad de las partes, contradicción, el propio principio acusatorio y amplio derecho de defensa.

Al analizar a fondo la reforma en estudio, se puede percatar que la intención del legislador, fue implantar un sistema acusatorio respetando sus principios fundamentales y características y adaptado al mismo tiempo a las necesidades inminentes de nuestro país de combatir eficientemente los altos índices de delincuencia que aquejan a la ciudadanía y a la naturaleza de nuestras instituciones, permitiendo con ello su consolidación de manera gradual a la cultura y tradición mexicana.

4.10.2 Oralidad.

El principio de oralidad no es mas que uno de los que rigen la actividad procesal, o sea el relativo al medio de expresión en los juicios, en contraste con la escritura y que propende, erróneamente a darle un sentido más amplio, identificando la oralidad con un determinado tipo de proceso en que además de ella convergen otros principios como los de

inmediatividad, concentración, publicidad e identidad física del juez.

Ha existido, de mucho tiempo atrás, debate en torno a la pertinencia de acentuar la oralidad en el enjuiciamiento. En términos generales se hace notar que el debate prosigue en materia civil, no así en el orden penal, los instrumentos internacionales sobre derechos humanos reconocen el derecho de la persona inculpada a ser juzgada delante del público y por medio de actos de los que todos puedan llegar a tener perfecto conocimiento, lo que solo puede suceder si esos actos son orales.

El juicio oral es un periodo del proceso; etapa culminante en la que se aportan las pruebas y se realiza el debate que conducen a la sentencia. Esta etapa se cifra, sobre todo en una audiencia de fondo. Finalmente, oralidad corresponde a un principio procesal, opuesto a la escritura, para gobernar la forma en que se practican los actos procesales o al menos lo más importantes de éstos.

4.10.3 Inmediación.

El principio central de este régimen es la inmediación, entendiéndose por ésta, la recepción por el propio juzgador de las pruebas y de los alegatos con los que formará su convicción. En la práctica, alegando exceso de trabajo, los

jueces están ausentes en todas, salvo las más importantes de las audiencias, las cuales resultan presididas por los secretarios.

El derecho de audiencia tiene dos significados principales; por una parte se actualiza a través de actos diversos que permitan al sujeto acceder al juzgador, así lo haga por escrito o indirectamente; por la otra, su significado es directo y estricto, porque efectivamente oye a los participantes y esa función se cumple por el titular del órgano jurisdiccional.

Con este principio de inmediación se eleva enormemente la calidad de la información con la que se toma la decisión, toda vez que además de tomar un contacto directo con la fuente de la prueba, la resolución se adopta después de escuchar a las dos partes.

En la actualidad los secretarios actúan como verdaderos juzgadores, en lo que toca a la recepción de pruebas y audiencias de partes, son de alguna manera, ojos y oídos del juez.

Por lo anterior, la reforma ha dejado establecido en el artículo 20 apartado A) fracción II, lo siguiente: "Toda audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y la valoración

de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera libre y lógica.”

4.10.4 Contradicción.

El artículo 20 Apartado A) fracción VI de la Carta Magna, hace alusión a este principio, en los siguientes términos: “Ningún juzgador podrá tratar asuntos que estén sujetos a proceso con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra, respetando en todo momento el principio de contradicción, salvo las excepciones que establece esta Constitución.”

Como se aprecia en la transcripción del texto constitucional, el juicio oral se domina por el principio de contradicción que debe entenderse como un mandato dirigido al legislador para que, en las leyes conformadoras de los distintos procesos, éstos queden regulados de modo que se respete el derecho de defensa. A través del principio de contradicción se permite el equilibrio entre las partes, la efectiva igualdad de armas y conduce a un pleno análisis judicial de la contienda. Cada parte, al tanto de los elementos probatorios sugeridos o aportados por su adversario, puede llevar adelante el examen y la crítica de la prueba.

Se destaca en este rubro, que la característica más importante del principio de contradicción es que las partes podrán debatir los hechos y argumentos jurídicos de la contraparte y controvertir cualquier medio de prueba durante el litigio.

4.10.5 Publicidad.

El dictamen de la cámara de senadores define como principio de publicidad “Todo acto jurisdiccional debe ser público, salvo que exista razones fundadas en la protección de la víctima o del interés público”¹⁶. La publicidad permite y alienta la presencia de terceros en los actos procesales, a título de observadores del proceso y, en este sentido, de controladores de la subordinación de participantes y diligencias a la ley que gobierna el enjuiciamiento.

La publicidad es una garantía política del proceso, en cuanto permite que la comunidad, el pueblo, el público, asista a los actos procesales y ejerza sobre ellos el control que naturalmente trae consigo esa forma de escrutinio popular.

La reforma constitucional ha querido que la Constitución insista en este punto y se confía en que la insistencia

¹⁶ Se alude a un extracto del Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Justicia, de Gobernación, de Seguridad Pública y de estudios Legislativos, segunda, de la Cámara de Senadores, respecto a minuta con proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de Justicia Penal y Seguridad Pública.

arroje mejores resultados. Por supuesto se espera que haya éxito, que fluya el público hacia las salas de audiencia. Sin embargo, primero habrá que contar con salas de audiencia, ya que el Constituyente permanente no ignoró que había este déficit en la infraestructura de los tribunales.

4.10.6 Concentración y continuidad.

Esta reforma constitucional invoca al principio de concentración, más propio del régimen acusatorio, con el propósito de ganar en celeridad procesal y lograr, hasta donde sea accesible, el ideal de la justicia pronta y expedita sin detrimento de los actos de defensa y el esclarecimiento de la verdad.

Bajo el principio de concentración se concentran en una sola audiencia, o a lo sumo, en pocas audiencias próximas, los actos procesales fundamentales.

Es importante definir concentración, para tal efecto se tomará la concepción del dictamen de la Cámara de Senadores que señala lo siguiente: "El desahogo de las pruebas, el desarrollo del debate y la emisión de la resolución deben ocurrir en un mismo acto procesal"¹⁷. Esta descripción es muy cuestionable, salvo que se otorgue un alcance desmesurado a

¹⁷ Se alude a un extracto del Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Justicia, de Gobernación, de Seguridad Pública y de estudios Legislativos, segunda, de la Cámara de Senadores, respecto a minuta con proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de Justicia Penal y Seguridad Pública.

los términos *un mismo acto procesal*. El desahogo de las pruebas implica numerosos actos procesales; el debate constituye una actuación diferente del desahogo de las pruebas, aunque estrechamente relacionada con éstas; y la resolución no forma parte del *mismo acto procesal* constituido por la prueba y el debate.

4.11 DERECHOS DEL IMPUTADO.

El apartado B) del artículo 20 de la Carta Magna, conforme a la reforma constitucional, estatuye los derechos de toda persona imputada, es decir, del imputado. Como se verá por la naturaleza de los derechos reconocidos, éstos corresponden tanto a aquél cuya autoría o participación delictuosa se halla sujeta a investigación o averiguación, como a quien se encuentre vinculado a proceso. Por supuesto, el ejercicio de estos derechos y el despliegue de las correspondientes atribuciones persecutorias del Estado deben ajustarse al marco que proporcionan los principios más generales a los que se han referido el párrafo inicial y el apartado A) el artículo en comento.

Con el fin de no hacer una extensión mayor en este punto, se comentarán solo dos de los derechos del imputado

que se considera que son novedad en esta reforma constitucional y que reflejan una pluralidad de posiciones en relación a los mismos, y que han sido objeto de diversas críticas, sin que con ello se pretenda quitar importancia a los demás derechos consagrados en el artículo 20 constitucional del imputado.

4.11.1 Presunción de Inocencia.

El artículo 20 apartado B) Fracción I, regula a la presunción de inocencia en los siguientes términos: "A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida el juez de la causa". Esta afirmación constituye uno de los ejes del proceso penal moderno con orientación democrática.

Sin embargo, al analizar en precepto mencionado, se observa que al iniciarse un proceso penal contra un ciudadano, éste se halla cubierto por la presunción de inocencia; cuando se actúa judicialmente contra esa persona esa presunción se convierte en ficción, y es esta ficción la que figura intacta hasta el final del proceso, es decir, el sujeto es imputado, inculcado formalmente, acusado; hay pruebas en su contra. En esas condiciones, la presunción de

inocencia continúa íntegra. La crítica reconoce que la llamada presunción de inocencia contiene elementos aprovechables, que se reflejan sobre el trato personal del inculpado que *debe ser considerado inocente* y sobre las cargas probatorias de quien acusa. Por lo demás, el principio aparece claramente establecido en los instrumentos del Derecho Internacional de los derechos humanos de los cuales poseen carácter vinculante para nuestro país.

Esta presunción ha formado parte del ordenamiento jurídico mexicano en cuanto está consignada en diversos instrumentos internacionales y resulta aplicable a México por la vía del artículo 133 constitucional; sin embargo, no por ello deja de ser una de las figuras nuevas y novedosas inherentes a la reforma constitucional.

4.11.2 Derecho al Silencio.

La fracción II del artículo 20 Apartado B) recoge el derecho al silencio del inculpado, que tiene una obvia contrapartida: el derecho a declarar que consiste en declarar, en el momento en que inculpado lo desee o a guardar silencio.

Anteriormente el derecho a declarar quedaba de manifiesto a través de la diligencia denominada declaración preparatoria, que no se hallaba sujeta a formalidades

excesivas, ni constituía la única oportunidad para que el inculpado rindiera declaración, que podía emitir en otros momentos del proceso.

Es verdad que el inculpado podía valerse de esa declaración como medio de defensa frente a las imputaciones hechas por el Ministerio Público, pero también lo es que las conclusiones eran el acto en el que se concentraban las defensas de aquél y por ende las respuestas a los cargos sustanciados en una extensa etapa del proceso. Es por esto, que la reforma constitucional ha suprimido pues la declaración preparatoria, para escapar de limitaciones de tiempo y formalidades excesivas.

4.12 ACCIÓN PENAL PRIVADA.

La trascendencia de la reforma constitucional publicada el 18 de junio de 2008, radica en la propuesta de establecer la figura de la acción penal privada. El Ministerio Público no será quien ejercite, de forma exclusiva, la acción penal frente al juez de control, facultando al ciudadano para que la lleve a cabo en determinados casos.

Es posible considerar a la acción penal privada, como sinónimo de querrela; así como un sistema *numerus clausus*; esto es, que servirá exclusivamente para determinados tipos penales y en una acepción más amplia, como coadyuvante del

Ministerio Público. Todas las causas penales serían el conocimiento del Ministerio Público y la acción penal privada solo será trasladada al particular, una vez que esta autoridad determine que no hay un interés público y sí un interés particular.

En este orden, hay que tomar en cuenta las características de la acción penal privada, comenzando por que dicha figura es:

Voluntaria.- El acto de promover la acción penal privada proviene de la voluntad del titular.

Renunciable.- La acción penal privada, al ser ejercida por un interés particular, podrá ser renunciable por el mismo que la promovió.

Relativa.- La administración de todo el proceso penal y sobre todo, la capacidad de ejercitar el ius puniendi está en manos del Estado, en consecuencia, el particular, sólo tiene las facultades, que se encuentran delimitadas bajo el esquema estatal.

4.12.1 Procedimiento de la Acción Penal Privada.

Supone que la ley penal admita, de manera excepcional, un resquebrajamiento del monopolio acusatorio estatal. Entrega la persecución penal exclusivamente al ofendido. Simplifica el proceso al desaparecer el procedimiento

preliminar (instrucción preparatoria) y el intermedio, limitándolo al juicio y al recurso eventual contra la sentencia.

El procedimiento se inicia con la acción del agraviado. Posteriormente se llevarán a cabo los actos preparatorios del debate, cuya consecuencia es la sentencia, todo conforme al procedimiento común. La reparación de la acción penal privada desaparece sólo como procedimiento oficial, pues el acusador privado deberá, necesariamente, preparar su acción frente al juez.

Luego entonces, no es menos importante señalar que esta figura cuenta con elementos a favor, como evitar el rezago de expedientes, despresurizar la labor que realiza el Ministerio Público, un ahorro en los recursos del Estado cuando está obligado a perseguir los delitos de oficio. Traslada la *cifra negra* a la responsabilidad privada, hasta prácticamente hacerlo desaparecer.

14.13 EXTINCIÓN DE DOMINIO.

Una de las figuras nuevas de esta reforma constitucional y que ha traído consigo diversas disparidades de posturas, es el decomiso llamado *Extinción de Dominio*, el cual tiene su fundamento en el artículo 22 constitucional en los siguientes términos: "No se considera confiscación [...] ni la de aquellos

bienes cuyo dominio se declare extinto en sentencia...". Y para este caso prevé el segundo párrafo del artículo 22 un procedimiento regido por reglas que enuncia a través de varias fracciones e incisos, que se examinarán enseguida.

La figura de extinción de dominio tiene como objetivo a la delincuencia de manera sistemática, afectando directamente a la económica del crimen, aumentando sus costos y reduciendo sus ganancias, así como el ataque frontal a los factores que causan, asocian, propician o promueven el comportamiento delictivo.

La primera fracción de las tres que contiene el segundo párrafo del artículo 22 señala que el procedimiento de referencia, *será jurisdiccional y autónomo de la materia penal*. Bien sea que la privación de dominio se reserve a la decisión de la autoridad jurisdiccional, pero resulta muy cuestionable que se pretenda alterar u ocultar la naturaleza misma de esa privación declarando que el procedimiento será autónomo del correspondiente a la materia penal. En la segunda fracción del párrafo en comento, se establece que la extinción de dominio procederá en los casos de *delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, robo de vehículos y trata de personas*.

Si la lectura del precepto llegara hasta este punto, el lector se preguntaría por qué no se han tomado en cuenta otras figuras típicas, algunas que lesionen la propiedad o la posesión. Pero hay que avanzar en la lectura para encontrar que es incompleto el enunciado inicial de la fracción II, porque esta medida también se extiende a delitos patrimoniales, cualesquiera delito de este género.

Se cree conveniente comentar cada uno de los cuatro incisos que señalan los bienes objeto de privación de propiedad, mediante el procedimiento de extensión de dominio instituido en el artículo 22 constitucional.

a) *Aquéllos que sean instrumento, objeto o producto de delito, aun cuando no se haya dictado sentencia que determine la responsabilidad penal, pero existan elementos suficientes para determinar que el hecho delictivo sucedió.* De aquí se desprende la caracterización de los hechos como delictuosos, no solo la vinculación de los bienes con determinados delitos, puesto que se alude a instrumento, objeto o producto del delito y de la sanción sin perjuicio de que concurren la procedencia ilícita y la mala fe.

b) *Aquéllos que no sean instrumento, objeto o producto del delito pero que hayan sido utilizados y destinados a ocultar o mezclar bienes producto del delito, siempre y*

cuando se reúnan los extremos del inciso anterior. Con esta fórmula, se pretende combatir el lavado o blanqueo de recursos que es el punto de tránsito para la satisfacción del apetito patrimonial de agente.

c) Aquéllos 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. Queda sin regulación la prueba de que el tercero efectivamente utiliza los bienes para delinquir. La reforma constitucional, no previó en este inciso, el supuesto en que se pudiera encontrar el propietario de los bienes, cuando ha sido seriamente intimidado por el delincuente y no tuvo el coraje de denunciar los hechos o impedirlos. Entonces debe soportar que el Estado lo prive de sus propiedades en lugar de auxiliarlo para retenerlas y aprovecharlas.

d) Aquéllos que estén intitulados 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. Aquí se sanciona la conducta del prestanombres. La reforma constitucional de nueva cuenta utiliza el criterio de enunciar delitos para asociar a ellos la consecuencia sancionatoria del decomiso sumario, debió nombrar de nuevo a

todos aquéllos que permitan la procedencia de esta medida, además de la delincuencia organizada, los delitos contra la salud, el secuestro, el robo de vehículos y la trata de personas.

Por último la fracción tercera del segundo párrafo del artículo 22, según la reforma constitucional permite una vía de escape, que lo es de justicia, para quienes se vean indebidamente afectados por el procedimiento de extinción de dominio, que ciertamente no es un ejemplar de garantías. *La persona que se considere afectada podrá interponer los recursos respectivos para demostrar la procedencia ilícita de los bienes y su actuación de buena fe, así como que estaba impedida para conocer la utilización ilícita de sus bienes.* El recurrente deberá invocar y demostrar la procedencia ilícita de los bienes y la buena fe con que actuó, así como el impedimento que tenía para informar a la autoridad acerca del uso ilícito de sus bienes. El mayor problema reside en que es el propio afectado quien deba probar su inocencia, requerimiento que contraría al principio de presunción de inocencia y la regla de que sea el Estado quien asuma la carga de la prueba, característica del enjuiciamiento penal democrático y acogidos por la reforma constitucional.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- A pesar de que el Estado mexicano, ha dado un paso muy grande en la lucha contra la inseguridad, cambiar de un sistema jurídico penal mixto, a un sistema acusatorio, representa un punto a favor del Gobierno actual; sin embargo, con ello, no se puede considerar solucionado el problema.

SEGUNDA.- En esta reforma se crearon nuevas figuras jurídicas, otras se modificaron y regularon, inclusive a una en específico se le otorgó el rango constitucional, es el caso del *arraigo*, que si bien es cierto, no es una novedad, también lo es que en México dicha figura no ha dado buenos resultados ya que su aplicación se encuentra muy endeble.

TERCERA.- Es importante reconocer, que la evolución ha sido una característica del hombre desde sus inicios y en todo lo que lo

rodea, es por ello que esta reforma al evolucionar a un sistema acusatorio, ha dejado atrás el sistema escrito, dando paso a la oralidad, aunque todavía faltan ochos años establecidos como vigencia del sistema anterior, las instituciones se encuentran actualizando y orientando, a través de cursos o talleres a los estudiosos del derecho respecto al nuevo sistema acusatorio.

CUARTO.- En esta reforma podemos observar la nueva figura del decomiso llamado *Extinción de Dominio*, que representa un avance más contra la lucha a la delincuencia organizada, golpeando en su fuerza económica y financiera, que se considera el punto débil de la delincuencia en su modalidad organizada.

QUINTA.- Un avance en el sistema jurídico vigente, es la creación de medios alternativos de solución de controversias; lo que advierte una incorporación de medios alternativos de justicia penal, de manera que se permita resolver el conflicto generado por la comisión de delitos y asegurar la satisfacción del derecho a la reparación del daño por parte de la víctima, siempre bajo la supervisión judicial para evitar su mal uso.

SEXTA.- Con este trabajo, no se pretende buscar una modificación a esta reforma, al contrario, se espera que

ustedes lectores, tengan un panorama crítico más claro de lo que se busca a través de esta evolución del Sistema Jurídico Penal.

RECOMENDACIONES

PRIMERA.- Se propone la creación de foros, talleres o diplomados respecto a las nuevas figuras y novedades de la reforma constitucional, dirigidos especialmente a los estudiosos del Derecho, toda vez que dicha reforma entrará en vigor en un plazo máximo de ocho años.

SEGUNDO.- Los Diputados y Senadores deberán organizar, planear y presupuestar la aportación de recursos a fin de construir las salas y otras instalaciones para que se lleven a cabo los juicios orales y adecuar los programas del Derecho Penal.

TERCERO.- Respecto a los medios alternativos para solución de controversias, se propone una mejor regulación e información

respecto a la aplicación y funcionamiento de los mismos, en razón que se trata de una figura utilizada en otros países, en los cuales ha tenido resultados positivos, sin embargo habrá que esperar a ver que tan beneficiosa es para las necesidades de la sociedad mexicana.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- ANDRADE SANCHEZ, J. Eduardo, "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada", Primera Edición, Editorial Oxford, México, 2009.
- 2.- BURGOA ORIHUELA, Ignacio, "Las Garantías Individuales", Primer Edición, Editorial Porrúa, México, 2005.
- 3.- CASTELLANOS TENA, Fernando, "Lineamientos Elementales del Derecho Penal", Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, 2004.
- 4.- HERNANDEZ PLIEGO, Julio Antonio, "El Proceso Penal Mexicano", Primera Edición, Editorial Porrúa, México, 2002.

- 5.- KELSEN, Hans, "Teoría General del Derecho y del Estado", Primera Edición, Editorial UNAM, México 1949.
- 6.- LASALLE, Ferdinand, "¿Qué es la Constitución?", Primera Edición, Editorial Colofón, México, 2004.
- 7.- MARROQUÍN ZALETA, Jaime Manuel, "Extinción de Dominio", Primera Edición, Editorial Porrúa, México, 2009.
- 8.- PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, "Derecho Penal Mexicano", Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, 2008.
- 9.- PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, "Diccionario de Derecho Penal", Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, 1999.
- 10.- RAMÍREZ TENA, Fernando, "Derecho Constitucional Mexicano", Trigesimacuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 2001.
- 11.- ZAFFARONI, Eugenio, "Tratado de Derecho Penal I", Primera Edición, Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1939.