La Reforma al Sistema de Justicia Penal en México

Octavio Rodríguez Ferreira y David A. Shirk

Editores

La Reforma al Sistema de Justicia Penal en México

Octavio Rodríguez Ferreira
David A. Shirk
EDITORES

University Readers™
San Diego, CA

Una publicación del Justice in Mexico Project del Trans-Border Institute

Copyright © 2013 by the Trans-Border Institute. All rights reserved. No part of this publication may be reprinted, reproduced, transmitted, or utilized in any form or by any electronic, mechanical, or other means, now known or hereafter invented, including photocopying, microfilming, and recording, or in any information retrieval system without the written permission of the Trans-Border Institute

First published in the United States of America in 2012 by University Readers, Inc.

Trademark Notice: Product or corporate names may be trademarks or registered trademarks, and are used only for identification and explanation without intent to infringe.

Printed in the United States of America

ISBN: 978-1-62131-351-9

Disclaimer: *This study is made possible by the support of the American People through the United States Agency for International Development (USAID). The contents of this study are the sole responsibility of the authors and do not necessarily reflect the views of USAID, the United States Government, Higher Education for Development, or the Trans-Border Institute.*

University Readers™
San Diego, CA

Índice

Prefacio vii

María Candelaria Pelayo, Allen Snyder, y David A. Shirk

Introducción 1

Octavio Rodríguez Ferreira y David A. Shirk.

Capítulo 1

Reforma de la Justicia Penal en México 13

David A. Shirk

Capítulo 2

El nuevo sistema de justicia penal acusatorio en México: Análisis descriptivo de la reforma constitucional de 2008 65

Octavio Rodríguez Ferreira

Capítulo 3

El estado de los estados: Reformas locales al procedimiento penal en México 97

Matthew C. Ingram

Capítulo 4

La justicia penal adversarial implantada en Baja California 143

María Candelaria Pelayo Torres y Daniel Solorio Ramírez

Capítulo 5

Reforma penal y ministerio público en Oaxaca 189

Rubén Vasconcelos Méndez

Capítulo 6

La implementación de los métodos alternos de solución de controversias conforme a la reforma procesal constitucional en México, Parte II 243

Francisco Javier Gorjón Gómez

Capítulo 7

Arraigo y reforma legal en México 267

Janice Deaton

Capítulo 8

La extinción de dominio en el sistema jurídico mexicano: Rasgos de su operatividad e interacción con los derechos fundamentales desde la perspectiva constitucional 319

Luis Raúl Gutiérrez Calderón

Acerca de los autores 379

Prefacio

María Candelaria Pelayo,
Allen Snyder, y David A. Shirk

El objetivo de la presente publicación es contribuir a la copiosa bibliografía sobre los recientes cambios al sistema de justicia en México y en concreto a la incorporación del sistema adversarial en el derecho penal; proporcionando un análisis de las disposiciones constitucionales y los cambios que se están realizando en el país, al igual que una evaluación de los procesos estatales de reforma. Además, este volumen proporciona ejemplos de procesos concretos en algunas entidades, así como análisis sobre figuras específicas que se incorporan al marco jurídico mexicano.

Esta publicación ha sido posible gracias a la colaboración de muchas personas e instituciones a las cuales quisiéramos agradecer. Principalmente agradecemos la colaboración de la *United States Agency for International Development* (USAID), la cual, a través de *Higher Education for Development* (HED), generosamente financió la Alianza en Educación Jurídica entre la Facultad de Derecho Mexicali de la Universidad Autónoma de Baja California (UABC) y la Facultad de Derecho y el Instituto Transfronterizo (TBI por sus siglas en inglés), ambos de la Universidad de San Diego (USD).

Los directores de esta Alianza, Dra. María Candelaria Pelayo Torres, Prof. Allen Snyder, y Dr. David Shirk, queremos aprovechar este espacio para agradecer a todas las personas que estuvieron involucradas en la planeación, aprobación y coordinación de la Alianza: Manny Sánchez quien por parte de HED fue un apoyo fundamental durante todo el proyecto; el personal de USAID México, en especial Tom Delaney, Rodger

Garner, Larry Sacks, Miriam Ramírez, Gema Jiménez y Lynn Johnson; así como la Embajada de los EEUU en México encabezada por el Embajador Anthony Wayne.

Estamos especialmente agradecidos al personal de las diferentes instituciones que conforman esta alianza. Por parte de la UABC, incluimos a Mtro. Ricardo Dagnino (Secretario General), Dr. Máximo Madrigal y Lic. Roberto Villa (Director y Subdirector de la Facultad de Derecho respectivamente), Mtro. Daniel Solorio Ramírez (Director mexicano de la Alianza para la Educación Jurídica UABC-USD desde su inicio hasta marzo de este año), y Srta. María Alicia Bañuelos (Asistente Administrativa). Su apoyo y colaboración fueron determinantes. De la misma manera agradecemos a todos los estudiantes de la Facultad que en diversos momentos sirvieron de apoyo logístico y que en ocasiones participaron directamente dentro de los entrenamientos.

Por parte de la Facultad de Derecho de USD, merecen nuestro reconocimiento el Decano Stephen Ferruolo, el ex decano Kevin Cole, así como Skip Horne y Meredith D'Angelo, quienes facilitaron enormemente el componente de intercambios académicos dentro de la alianza. Reconocemos a los profesores Jorge Vargas, por su gran apoyo, y David Brennan, quien se encargó de diseñar e implementar la Clínica Legal, componente final de la Alianza. Un agradecimiento y reconocimiento especial merece Blaz Gutierrez, quien como estudiante y ahora como egresado de la facultad ha sido y es pieza fundamental en el desarrollo de la alianza tanto en el aspecto logístico como en el de sus contenidos. En materia de intercambios, no podemos dejar de nombrar la invaluable colaboración del Centro Internacional de la Universidad, y en especial de Chia-Yen Lin (Directora Asistente) e Yvette Fontaine (Directora).

Por parte del TBI agradecemos el apoyo institucional de la Facultad Joan B. Kroc de Estudios de Paz, a la cual pertenece el TBI. Un amplio reconocimiento a todo el equipo del Instituto, sin quienes este trabajo no habría sido posible. Nos referimos a Charles Pope, Gladys Avalos, Lorena Quezada, Kimberly Heinle, y los internos del instituto, quienes han colaborado con la alianza en diversos momentos desde su comienzo. También reconocemos a los investigadores asociados al Instituto Matthew Ingram, Cory Molzahn, Viridiana Ríos, Nathan Jones y Constanza Sánchez, por su estupendo trabajo de colaboración en diferentes proyectos. Uno de los reconocimientos y agradecimientos más fuertes va

a Stephanie Borrowdale, Coordinadora de Operaciones del TBI, quien fue la administradora de la alianza desde su inicio y responsable de que todos los aspectos de ella funcionaran de la manera necesaria para el desarrollo de los trabajos. Sin duda, el éxito de la alianza en su totalidad es en gran medida gracias al esfuerzo de Stephanie.

Queremos agradecer también a Octavio Rodríguez Ferreira, Coordinador del Programa de Seguridad y Estado de Derecho del TBI, por su contribución a la coordinación general de la alianza, pero sobre todo por su labor como editor principal de esta publicación. De la misma forma queremos agradecer especialmente a todos los autores de esta monografía, quienes aportaron su tiempo y conocimientos a la elaboración de estudios que puedan contribuir al desarrollo de la justicia penal en México.

Mención y agradecimiento especial merecen las autoridades de México y de E.E.U.U. que nos han brindado facilidades y disposición en la elaboración de cada uno de los estudios y de la monografía en general. Especialmente queremos reconocer el apoyo brindado por el Consulado de los E.E.U.U. en Tijuana, en particular por el Cónsul Steven Kashkett, Héctor Vindiola y Máximo Cervantes.

Finalmente, expresamos nuestro reconocimiento a todas aquellas personas que han trabajado arduamente por lograr el cambio y mejoramiento del sistema de justicia penal en todo México. Esperamos que nuestra aportación sirva para seguir inspirando el cambio y hacer de México un país más justo.

Ma. Candelaria Pelayo
Allen Snyder
David A. Shirk
San Diego, CA, junio de 2012.

Introducción

Octavio Rodríguez Ferreira
y David A. Shirk

I. ACERCA DE LA REFORMA DE 2008

En los últimos años México ha emprendido un esfuerzo enorme para transformar su sistema de justicia penal a fin de abordar los graves problemas de delincuencia y violencia que han sacudido al país durante la última década. Los esfuerzos de reforma buscan reducir las ineficiencias e injusticias del sistema de justicia tradicional mediante la introducción de nuevos procedimientos y el fortalecimiento de los derechos tanto de las víctimas como de los inculpados. Tratados en profundidad a lo largo del presente volumen, los cambios a los artículos 16, 17, 18, 19 20, 21, 22, 73, 115 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), publicados en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el día 18 de junio de 2008[1], sientan las bases del llamado 'nuevo sistema de justicia penal acusatorio'. Las modificaciones incluyen disposiciones relevantes sobre justicia penal, facultades legislativas, desarrollo municipal, disposiciones laborales y seguridad pública. La reforma, contemplada para ser adoptada en las 32 entidades federativas para el año 2016, viene a replantear la forma en la que la justicia penal ha sido tradicionalmente pensada.

1 Diario Oficial de la Federación (2008). Tomo DCLVII, número 13, primera sección, 18 de junio. México.

1. El camino hacia la reforma al sistema de justicia penal

Los cambios que la reforma representa responden a la demanda ciudadana de justicia que se inserta en un movimiento que se extendió por toda América Latina hacia un modelo más efectivo y justo en materia penal. Años atrás varios países en América Central y América del Sur iniciaron estos grandes cambios que han servido como ejemplo y modelo en el diseño del nuevo sistema de justicia penal mexicano. Al mismo tiempo, los apoyos técnicos y financieros de gobiernos y organizaciones internacionales han tenido una influencia notable en el proceso de la reforma, lo que ha provocado sentimientos mixtos entre algunos juristas y abogados. Aunque existe una apreciación por las experiencias y lecciones que se encuentran en el extranjero, hay un fuerte sentimiento entre jueces, abogados y otros operadores del sistema de que una exitosa reforma de la administración de justicia debe tomar en cuenta la historia y los matices del sistema de justicia penal en México, el cual ha ido evolucionando a su propia manera en el curso de dos siglos.

Sin embargo el cambio de sistema no es un hecho en absoluto aislado y reciente en México. En la década de los ochenta se inició una serie de reformas políticas que darían lugar a los cambios al sistema de justicia destinados a dotarle de mayor transparencia y eficiencia. Es así como, en la década de los noventa, se modifica el marco institucional y jurídico para dotar de mayor autonomía a la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) y crear un órgano –el Consejo de la Judicatura Federal (CJF)–[2] para el control y vigilancia en el ejercicio de la administración de justicia, así como en el nombramiento y permanencia del personal judicial.

A mediados de la década del 2000 se presentó una iniciativa de reforma que planteaba la creación de un sistema de justicia penal acusatorio. En

2 El paquete de reformas fue presentado al Congreso por el entonces Presidente Ernesto Zedillo en el año 1994. Se trataba de una iniciativa para modificar la estructura, organización y competencia de los poderes judiciales federales y estatales así como de la Procuraduría General de Justicia, además de sentar las bases para la creación de un sistema nacional de seguridad pública. Dicha iniciativa contemplaba controles y candados en los nombramientos de jueces y ministros, así como la concentración de la misma SCJN y la creación del CJF. Se contempló también la aprobación por el Senado del titular de la PGR y además se incluía la posibilidad de la impugnación sobre las actuaciones del Ministerio Público (MP) y sus decisiones.

el año 2004[3], se sometió al Senado una propuesta a nivel federal para adoptar un sistema de justicia penal acusatorio que contenía, entre otras modificaciones, la fusión de los cuerpos de seguridad pública. Sin embargo, durante esa época no se lograron los consensos políticos necesarios y la reforma no pudo ser aprobada. Pero, como se mencionó anteriormente, estos cambios hacia sistemas de justicia más efectivos fueron parte de un movimiento a nivel regional. Esta tendencia permeó en México e inspiró a algunas entidades de la República a no esperar el mandato constitucional para realizar los cambios, iniciando sus propios procesos de reforma a nivel estatal. Son los casos de Nuevo León, Chihuahua y Oaxaca.

Finalmente, esta inercia tuvo eco a nivel federal. Durante la administración del Presidente Felipe Calderón (2006–2012) se presentó ante la Cámara de Diputados una iniciativa de reforma[4] que en su conjunto incorporaba casi totalmente la iniciativa presentada anteriormente en 2004 por el entonces Presidente Vicente Fox (2000–2006), pero que a la vez contenía otras disposiciones tendientes a reforzar la estrategia emprendida en el sexenio de Calderón en contra de la delincuencia organizada. Así, con varias modificaciones, y a pesar de lo polémico de las incorporaciones en materia de seguridad pública, el Congreso aprobó el paquete de reformas y estableció un plazo de 8 años para su plena implementación a nivel nacional.

2. Conociendo la reforma constitucional y el nuevo sistema de justicia penal

Con los cambios realizados a los artículos 16, 17, 18, 19 20, 21, 22, 73, 115 y 123 se plantean modificaciones importantes a las disposiciones constitucionales referentes a: la legalidad y seguridad jurídica; el derecho de acceso y la justicia alternativa y restaurativa; el sistema penitenciario; la prisión preventiva, la investigación y la vinculación a proceso; el debido proceso; imposición de penas; la seguridad pública; el destino de bienes ilícitos y la extinción de dominio; el arraigo; las condiciones laborales en

3 Iniciativa de Ley del Poder Ejecutivo (2004). Exposición de motivos. Procedimiento legislativo de reformas del 29 de marzo. México: Cámara de Senadores.

4 Iniciativa de Ley (2006). Exposición de motivos, Procedimiento Legislativo de Reformas del 29 de septiembre. México: Cámara de Diputados.

la seguridad pública; y las facultades legislativas del Congreso de la Unión en materia de seguridad pública y delincuencia organizada.

La investigación es una de las etapas del ciclo penal que se ve modificada profundamente, ya que en adelante el proceso incluye una labor más profesional por parte del ministerio público (MP) y el involucramiento en ella de los cuerpos de seguridad pública que antes estaban enfocados solamente en tareas preventivas y reactivas. La fase de investigación deberá ser más transparente y respetar los derechos fundamentales de los sospechosos, y los medios de prueba deberán ser recabados y preservados, ya que los mismos serán contradichos en juicio por la defensa.

Aunque ha sido comúnmente conocido como el sistema de juicios orales, el creado en virtud de la reforma es un sistema penal acusatorio que va más allá de una simple formalidad procesal, planteando la igualdad de los sujetos procesales principales, el defensor y el MP, así como el papel imparcial e independiente del juzgador. Plantea además modificaciones significativas a la administración de los juzgados penales, pues, además de tenerse audiencias totalmente públicas y orales, se limita el uso de los expedientes debido a que todas las actuaciones del juicio son video grabadas y almacenadas en archivos electrónicos. Además, el volumen de los juicios se verá disminuido debido a la inclusión de la justicia alternativa que busca solucionar gran parte de los conflictos antes de que tengan que llegar a instancia procesal, garantizando así que los sujetos del procedimiento y el personal judicial puedan gestionar de manera adecuada y profesional todos y cada uno de los casos. Habrá distintos jueces para distintas etapas del proceso. Un juez se encargará de la vigilancia del proceso de investigación y del respeto de los derechos constitucionales así como de la decisión sobre la aplicación de medidas cautelares. El juez de juicio oral tendrá a su cargo toda la etapa del juicio. En la práctica estatal, esta fase es presidida por un colegio de tres jueces. Finalmente, un juez tendrá la responsabilidad de supervisar y resolver todo lo conducente a la ejecución de la sentencia y su cumplimiento. Los jueces que intervengan en cada una de las etapas deberán ser diferentes entre sí.

Aunque el nuevo sistema tiene amplio apoyo general, dentro del gremio de los abogados y juristas, y de parte de algunos sectores de la población hay críticas y preocupaciones importantes. Frustrada por la impunidad criminal que existe ampliamente en el país, a la población en general le preocupa la noción de fortalecer los derechos del acusado, dado que se

percibe que extender la presunción de inocencia a los que sí son culpables podría tener resultados desastrosos. Además, para los operadores del sistema, el cambio radical que representa la reforma causa preocupación, dada la inversión que será necesaria para capacitar a los jueces, defensores públicos, MP y otros profesionistas. Tal vez el detalle más controversial de la reforma lo representa el segmento relativo a la seguridad pública, ya que establece un régimen especial en materia de delincuencia organizada que ha sido percibido ampliamente como la cara represiva de un sistema garantista. Dadas las preocupaciones que existen sobre la reforma, es sumamente necesario analizar exactamente lo que ella contiene y también lo que no contempla. Indudablemente el nuevo sistema ofrece muchos beneficios, pero no es una panacea para solucionar todos los problemas de la crisis de seguridad que hoy en día existe en México.

3. Algunas disposiciones legislativas y judiciales relevantes

Este paquete de reformas aprobado en 2008 ocurre, además, en un contexto de cambios fundamentales en el sistema de justicia y de derechos humanos. Ejemplo de este proceso es la decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) que establece que los casos de violaciones de derechos humanos cometidas por personal militar deberán ser conocidos por tribunales civiles y no por el fuero militar.[5] Este pronunciamiento fue producto de la revisión que hiciera la SCJN de una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) del año de 2009 en relación con la presunta participación de militares en la desaparición forzada de Rosendo Radilla en 1974[6]. En este caso, la CIDH determinó que el artículo 57 del Código de Justicia Militar, que establece que el personal militar sólo puede ser juzgado por tribunales militares, era una violación de los acuerdos internacionales de derechos humanos.

La SCJN reconoció que la sentencia de la CIDH en el caso Radilla obligó al análisis del control difuso, ya que por regla los jueces federales y

5 SCJN, Expediente Varios 912/2010. Resolución del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 14 de julio de 2011. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación. Publicada en el Diario Oficial de la Federación (2011). Tomo DCXCVII, número 2, 4 de octubre. México

6 Caso Radilla Pacheco vs. México (2009). Corte Interamericana de Derechos Humanos, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 23 de noviembre, Serie C No. 209.

locales estaban impedidos para interpretar directamente la Constitución y los tratados internacionales en los casos que tenían bajo su conocimiento, el llamado control difuso de la constitución, figura que no era permitida en el derecho mexicano. La resolución de la Corte fue positiva respecto a la capacidad de los jueces federales y locales para interpretar y aplicar las leyes constitucionales y convencionales, es decir, realizar control difuso de constitucionalidad y de convencionalidad. Además la SCJN declaró que las resoluciones de la CIDH son obligatorias para las autoridades mexicanas.

Con esto, la jurisdicción militar se vio limitada en materia de violaciones de derechos humanos, y además se atribuyó la facultad de resolver los conflictos de jurisdicción entre las autoridades civiles y militares en tales casos. La decisión de la Corte en el caso Radilla se convierte en una de las aportaciones más importantes en el campo de los derechos humanos desde la inclusión de los derechos sociales en la Constitución Mexicana de 1917.

La resolución de la SCJN viene a complementar las reformas a varios artículos de la Constitución publicadas en el DOF en junio del mismo año[7] con el fin de poner a México al día en el cumplimiento de las leyes y tratados internacionales. Dicha reforma, la cual precede a la resolución de la SCJN, ubica en rango constitucional todos los derechos humanos protegidos por tratados internacionales que México ha ratificado, otorgando a la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) el poder para investigar violaciones graves de derechos humanos y llevarlos ante la SCJN, al igual que la facultad de impugnar la constitucionalidad de leyes federales y locales en violación de derechos humanos. También se aumenta y fortalece la autonomía de la institución protectora de los derechos humanos a fin de "ciudadanizar"[8] la elección de los titulares de las comisiones nacional y estatales. La reforma en comento obliga a todas las autoridades a prevenir, investigar, sancionar y reparar violaciones de

7 Diario Oficial de la Federación (2011). Tomo DCXCIII, número 8, 10 de junio. México.

8 Mediante la figura de la ciudadanización se incorpora a los organismos de derechos humanos a ciudadanos independientes que hayan tenido participación cívica previa, y que no se encuentren vinculados a algún partido (Regalado, J., & Moloeznik, M.P. (2007). Derechos Humanos y alternancia política (1993–2006). México: CIESAS-Universidad Veracruzana. P. 80).

derechos humanos, creando un catálogo de derechos que no pueden ser suspendidos en ningún caso, incluidos los derechos a la vida, a la integridad personal de los niños, y al principio de legalidad y de retroactividad.

Además de las modificaciones antes mencionadas, el Congreso emitió el 29 de junio de 2011 la declaratoria de aprobación por el cual se reforman los artículos 10, 20 y 73 de la CPEUM[9] relativos a la trata de personas, que clasifican al delito como grave y que requieren que las personas acusadas de cometer ese delito enfrenten en prisión sus procesos[10] y sea garantizado el anonimato de las víctimas y denunciantes.

Todos los cambios mencionados se complementan con importantes modificaciones a la figura jurídica del amparo, sin duda la contribución más importante de México a la teoría y la práctica del derecho en el mundo, especialmente en América Latina. Bajo dichas reformas a la CPEUM,[11] todos los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales firmados por México pueden ser invocados por los particulares en juicio de amparo, y se les otorga carácter obligatorio a las declaraciones generales de la SCJN sobre la constitucionalidad de las leyes y regulaciones. Además, la protección del amparo ahora se puede conceder a cualquier ciudadano cuando la violación es el resultado de una omisión o falta de acción por una autoridad. También se incorpora a la figura del amparo, el concepto de interés legítimo por medio del cual cualquier ciudadano que considere que un acto de autoridad afecta a la esfera de sus derechos es ahora capaz de acudir directamente ante la jurisdicción federal para pedir protección por vía de amparo. El concepto de interés legítimo representa la facultad de las personas que no son titulares de un derecho individual, pero que tienen un interés en la violación de cualquier derecho vulnerado por un acto de autoridad a solicitar la protección del amparo; es decir, reconoce la legitimidad de cualquier ciudadano de solicitar la protección federal

9 Diario Oficial de la Federación (2011). Tomo DCXCIV, número 10, 14 de julio. México.

10 Dentro de los supuestos que la constitución reconoce para dictar prisión preventiva de oficio, se encuentran: delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, 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 (CPEUM, Art. 19).

11 Diario Oficial de la Federación (2011). Tomo DCXCIII, número 4, 6 de junio. México.

en contra de la legalidad de determinados actos de autoridad, a pesar de carecer de un derecho subjetivo, siempre y cuando se demuestre un interés suficiente.

La reforma también modificó la llamada "fórmula Otero," o principio de relatividad de las sentencias, una de las características más importantes de la original figura de amparo, que contemplaba que la protección de las sentencias en juicios de amparo sólo surtía efectos para los quejosos. En adelante, la declaratoria de inconstitucionalidad que se hiciere en sentencia de amparo surtirá efectos, no sólo para los quejosos en el juicio, sino también para todo aquel que se encuentre dentro de la hipótesis normativa aún sin ser parte del respectivo juicio. De tal suerte, las sentencias de amparo que declaren la inconstitucionalidad de una ley tendrán efectos generales; es decir, su protección será *erga omnes*, lo que significa que será en beneficio de todos los ciudadanos. Asimismo, se dispone que la suspensión, otra de las características tradicionales del juicio de amparo, podrá ser negada cuando sea utilizada para evadir la ley misma. Se confirma la obligación del juez de establecer las medidas necesarias para cumplir con las sentencias de amparo por parte de la autoridad responsable, contemplando sanciones como la separación del cargo o la generación de antecedentes penales de servidores que se nieguen o sean negligentes en el cumplimiento de las sentencias. Además, se crea un foro para que todos los magistrados presidentes de un circuito puedan resolver de forma conjunta las contradicciones de tesis entre ellos, liberando a la SCJN de esta obligación. En general, la reforma tiene el efecto de fortalecer el sector judicial como garante de los derechos constitucionales y como protector del estado de derecho.

II. ACERCA DEL PRESENTE VOLUMEN

Como se establece en el Prefacio, el objetivo de este volumen es contribuir a los recientes cambios al sistema de justicia en México por medio de un análisis de las disposiciones relevantes dentro del proceso de reforma, aportando ejemplos concretos por entidad, así como un estudio de figuras específicas incorporadas al derecho penal mexicano.

1. La reforma de 2008 y su contexto

Los primeros 2 capítulos del presente volumen buscan, a manera de introducción, conducir al lector por los cambios fundamentales del sistema de justicia, los rasgos histórico-institucionales que influyeron y que de alguna forma condujeron a aprobar las reformas, y el contexto social y político en el que se fijan. Partiendo de esto, se hace un análisis de los rasgos característicos del sistema tradicional así como de los respectivos del nuevo, exponiendo una radiografía de la reforma, proporcionando un análisis descriptivo, y profundizando en algunos de los componentes más importantes, incluso la traducción de dichas disposiciones legislativas en el campo institucional y de la práctica del derecho.

El primer capítulo, "Reforma a la justicia penal en México", busca plantear un panorama general en el cual sucede el cambio de sistema, haciendo énfasis en la situación de la seguridad pública y la impunidad en México. De aquí parten un recorrido histórico y una descripción sobre el sistema tradicional de justicia penal hasta llegar a la época actual, lo que abre la puerta para la exposición y la comparación del nuevo sistema, exponiendo sus características principales. El capítulo se encamina a su conclusión repasando el proceso que siguió la propuesta de reformas desde su concepción y primera presentación como iniciativa de ley hasta su aprobación. Finalmente, se hace una reflexión acerca de las perspectivas de México a futuro con la implementación del sistema acusatorio.

El análisis descriptivo propuesto en el capítulo "El nuevo sistema de justicia penal acusatorio en México" trata de abordar la reforma desde los cambios concretos realizados al texto constitucional y de ahí exponer las modificaciones estructurales e institucionales que se desprenden de cada artículo modificado. Así, por ejemplo, después de plantear el contexto en el cual son recibidas las reformas y de exponer muchos de los argumentos esgrimidos tanto a favor como en contra, el capítulo se centra en ir artículo por artículo analizando la institución jurídica que se ve modificada o adicionada por la reforma.

2. La situación a nivel estatal

Los capítulos 3, 4 y 5 de esta obra se concentran en hacer un análisis sobre la situación de la reforma a nivel estatal, planteando una visión general de todas las entidades federativas y concretando con dos estudios sobre

la situación particular en dos de ellas: un análisis crítico de las reformas en Baja California y un análisis detallado de la situación de Oaxaca, enfocándose concretamente en la figura del MP.

Matthew Ingram en su capítulo nos otorga un análisis muy concreto sobre el panorama general de la implementación de la reforma en el sector de la justicia penal en las entidades federativas mexicanas. Su estudio nos lleva por las cuestiones factuales acaecidas en las entidades antes, durante y, en algunos casos, después de la implementación, y proporciona una revisión de los avances legislativos e institucionales relacionados a dicho proceso. Además nos otorga una mirada más detallada de los 'estados claves', aquéllos que se encuentran en un estado más avanzado de la implementación de la reforma o que ya tienen algún tiempo operándola. Hacia el final de su capítulo el autor realiza un catálogo detallado del estado en que se encuentra cada una de las entidades federativas en el proceso de implementación de la reforma.

María Candelaria Pelayo y Daniel Solorio, dentro del capítulo "La justicia penal adversarial implantada en Baja California", nos otorgan un completo análisis crítico de la reforma en el estado. Partiendo de una descripción del lenguaje general de la reforma, conducen al lector por sus rasgos más significativos realizando un razonamiento profundo de cada uno de ellos. A su vez nos otorgan una descripción de los cambios legislativos e institucionales pertinentes y relacionados. Los autores nos plantean el contexto de la reforma a la luz de las más recientes modificaciones al sistema jurídico mexicano, en concreto las relacionadas con los derechos humanos. Finalmente los autores nos exponen su opinión al respecto de la asimilación cultural que tendrá, o tiene, la reforma al sistema de justicia penal.

Rubén Vasconcelos, en su capítulo "Reforma penal y ministerio público en Oaxaca", nos describe primeramente el proceso de implementación del nuevo sistema penal en el estado. Con un enfoque concreto en la institución del MP, realiza un profundo análisis teórico de la figura así como de sus facultades, su actuación y su ubicación institucional. Nos proporciona también varios criterios técnicos para el nombramiento de los servidores públicos dentro de la Procuraduría General de Justicia del Estado (PGJE) y el servicio civil de carrera dentro de dicha institución. El capítulo concluye con una descripción de la organización institucional, la especialización de sus áreas y el presupuesto dentro de la misma. El

autor reflexiona en sus palabras finales sobre la obligación de replantear los grandes temas que forman parte del sistema de justicia, entre ellos y con gran relevancia, el relativo a la autonomía de la institución del MP.

3. Disposiciones relevantes

Como se mencionó, la reforma trae consigo cambios estructurales de gran relevancia para el sistema de justicia penal mexicano. Por un lado están aquéllos que permiten el buen funcionamiento del sistema y que salvaguardan su naturaleza garantista, y, por otro, cambios que son contrastantes a dicha naturaleza, en especial los destinados a combatir a la delincuencia organizada. Los artículos 6, 7 y 8 de esta obra se centran en el análisis de algunas de estas figuras.

Francisco Gorjón, en su capítulo "La implementación de los métodos alternos de solución de controversias conforme a la reforma procesal constitucional de México", concibe a la reforma de 2008 como un parteaguas para los métodos alternos de solución de controversias (MASC), debido a la integración de los mismos al artículo 17 de la CPEUM, considerándolos la vía idónea para la reparación del daño a través del perdón. Su análisis, que parte de un estudio previo en el mismo sentido, pretende explicar la institución de los MASC y su funcionamiento. En concreto, el capítulo contenido en esta monografía pretende generar los indicadores que permitan el ordenado desarrollo de los MASC en México, en pro del impulso de una cultura de conciliación no adversarial y de paz.

Janice Deaton aborda la figura del arraigo en el capítulo 7, "Arraigo y reforma legal en México". Partiendo de un análisis histórico que incluye la incorporación de la figura en los códigos federal y estatales y su posterior declaratoria de inconstitucionalidad, Deaton describe el procedimiento general de arraigo y aporta elementos críticos para su análisis. El capítulo profundiza las características violatorias de derechos humanos de la figura, partiendo de los reportes y recomendaciones de organizaciones nacionales e internacionales, así como desde diversos instrumentos de derecho internacional. La autora nos propone un marco comparativo con 2 regímenes de detención 'preventiva' usados en Israel e Irlanda del Norte, los cuales analiza de manera precisa. Ya en el contexto de la reforma del 2008, el capítulo concluye exponiendo los elementos violatorios precisos del régimen de arraigo y su repercusión en el régimen democrático de México.

En el capítulo "La extinción de dominio en el sistema jurídico Mexicano", que cierra el presente volumen, Luis Raúl Gutiérrez aborda la figura de la extinción de dominio, una nueva herramienta en la lucha contra la delincuencia organizada.[12] El autor inicia ubicando la figura de la extinción en el contexto del derecho constitucional mexicano, a partir de una visión histórica. El autor expone los principios contenidos en el procedimiento de extinción de dominio y nos conduce a través del debido proceso, atinente a la figura expuesta, a la luz del sistema interamericano de derechos humanos, esto mediante un profundo y extenso análisis de la jurisprudencia de la CIDH. Gutiérrez concluye analizando los elementos técnicos y las reglas inherentes a la figura y al procedimiento de extinción de dominio. En sus palabras finales expresa su deseo de aportación en el discernimiento de las consecuencias jurídicas que conllevará la práctica y ejercicio de los procedimientos de extinción de dominio en México.

Con todas estas consideraciones, la presente monografía pretende contribuir al análisis del sistema de justicia penal acusatorio en México, permitiendo mayor debate sobre sus características y, por encima de todo, exponiendo sus resultados concretos, los cuales finalmente serán los únicos criterios válidos para su evaluación.

12 La Ley Federal de Extinción de Dominio (LFED), Reglamentaria del Artículo 22 de la CPEUM, fue publicada en el DOF el viernes 29 de mayo de 2009 y conforme a su Artículo Primero Transitorio, la misma entraría en vigor a los noventa días naturales posteriores a dicha publicación (DOF (2009). Tomo DCLXVIII, número 20, primera sección, 29 de mayo. México).

Reforma de la Justicia Penal en México

*David A. Shirk**

1. PANORAMA GENERAL: LA REFORMA DE LA JUSTICIA PENAL EN MÉXICO

Mientras las historias de delitos y violencia ocupan los titulares de los medios de comunicación, México se encuentra inmerso en una gran transformación de su sector judicial. En los últimos años, México ha implementado gradualmente una serie de reformas que sus defensores esperan que mejoren drásticamente la seguridad pública y la administración de justicia en el transcurso de la siguiente década. Un elemento central del proceso de reforma judicial en México es el

* El Dr. David Shirk es Director del *Trans-Border Institute* y profesor adjunto de ciencia política en la Universidad de San Diego. Recibió su Doctorado en Ciencias Políticas en la Universidad de California San Diego. Es investigador principal del Proyecto Justicia en México (*Justice in Mexico Project*) (www.justiceinmexico.org), un programa de investigación sobre seguridad pública y temas del estado de derecho en México. Este artículo ha contado con la asistencia de investigación y la colaboración de Carlos Castañeda, Anna Cearley, Judith Davila, Janice Deaton, Robert Donnelly, Theresa Firestine, Elisse Larouche, Cory Molzahn, Charles Pope, Nicole Ramos y Octavio Rodríguez. Marcelo Bergman, Francisco Gorjon, Linn Hammergren, Matt Ingram, Eric Olson, María Candelaría Pelayo Torres, Miguel Sarre, Allen Snyder, Daniel Solorio, y Andrew Selee también aportaron comentarios y críticas valiosas. Esta investigación se beneficia del generoso apoyo financiero e institucional de The William and Flora Hewlett Foundation, The Tinker Foundation, The Smith-Richardson Foundation y The Woodrow Wilson International Center for Scholars. Este capítulo está basado en el artículo: "Criminal Justice Reform in Mexico: An Overview" (Shirk, 2011).

paquete de cambios legislativos ambiciosos y enmiendas a la constitución aprobadas por el Congreso mexicano en el año 2008, que deberían ser implementados en todo el país para el 2016. En conjunto, estas reformas afectan a casi todos los aspectos del sector judicial, incluida la policía, fiscales, defensores públicos, los tribunales y el sistema penitenciario. Las reformas incluyen cambios significativos al procedimiento penal mexicano, nuevas medidas para promover un mayor acceso a la justicia (tanto para delincuentes acusados como para las víctimas del delito), nuevas funciones para las agencias de cumplimiento de la ley y seguridad publica en la administración de justicia, y medidas más duras para combatir la delincuencia organizada.

Los promotores de las reformas esperan que estas medidas ayuden a México a lograr un Estado de Derecho más democrático introduciendo una mayor transparencia, rendición de cuentas y debido proceso al sector judicial de México. Sin embargo, sus críticos destacan que las reformas intentan lograr demasiado en muy poco tiempo, que tienen características claramente contradictorias entre sí y que no abordan los problemas persistentes de la corrupción institucionalizada. Este artículo examina el nuevo sistema de justicia penal explicando los desafíos que enfrenta el sector judicial de México, los cambios específicos propuestos por la reforma de 2008 y los retos que aguardan a México a medida que se implementan reformas al sector judicial en los próximos años.

2. LA CRISIS DE SEGURIDAD PÚBLICA, GOBERNANZA DEMOCRÁTICA Y EL ESTADO DE DERECHO EN MÉXICO

Si bien las imágenes de violencia, anarquía y corrupción de funcionarios se suelen exagerar en gran medida en los estereotipos y retratos presentados por los medios de comunicación, el sistema de justicia penal mexicano claramente ha enfrentado problemas críticos en las últimas décadas. Una serie de crisis económicas que comenzaron a mediados de los años 70 ha contribuido a elevar los niveles de delitos violentos -particularmente robos, delitos contra la propiedad y asaltos- a lo que siguió la re-estructuración

económica y las devaluaciones de la moneda en los años 1980 y 1990.[1] Estos problemas del "delito común" son acompañados por los efectos de corrupción y conducta violenta de las organizaciones delictuales durante el mismo periodo. Durante la última década, el problema del delito y violencia de gran perfil público llegó a nuevos extremos, como lo ejemplifican los más de 50.000 homicidios relacionados con el crimen organizado entre 2001–2010, muchos de los cuales han alcanzado nuevos niveles de brutalidad y maldad (Justice in Mexico Project, 2012; Molzahn, Ríos, & Shirk, 2012). Especialmente en años recientes, el crimen organizado ha tenido efectos más amplios a medida que las organizaciones dedicadas al tráfico de drogas han diversificado sus actividades para incluir el contrabando de armas, lavado de dinero, secuestro, robos de bancos y otras formas de actividad criminal organizada.

La debilidad del sistema de justicia penal de México contribuye a los niveles extraordinariamente altos de impunidad delictual y débil protección de los derechos de los acusados. Esto, a su vez, ha llevado a una menor confianza de la población en el sector judicial. En la encuesta Gallup de 2007, sólo el 37% de los mexicanos respondió positivamente a la pregunta "¿Tiene usted confianza en el sistema judicial de México?", mientras que el 58% contestó "no" y el 4% "no sé" (Gallup 2008). De acuerdo a la empresa de encuestas Mitofsky, la policía aparece clasificada entre las instituciones mexicanas menos respetadas: sólo uno de cada diez mexicanos tiene alguna o mucha confianza en los organismos policiales.[2] Los ciudadanos mexicanos desconfían de los agentes de la ley no sólo debido a la percepción que las autoridades son incapaces de resolver los delitos, sino también por la percepción (y realidad) de que existen una corrupción y actividad delictual extendidas por parte de los operativos del

1 Se calcula que uno de cada diez adultos fue víctima de un delito en México en 2008, de acuerdo con la encuesta anual de victimización del delito realizada por el Instituto Ciudadano de Estudios Sobre la Inseguridad (ICESI). Una excepción importante a esta creciente marea del delito en México se encuentra en las tasas de homicidio, que en general han disminuido desde mediados del siglo XX a pesar de los crecientes niveles de delitos violentos (Donnelly & Shirk, 2009; ICESI, 2009).

2 A modo de confirmación, los únicos actores institucionales en México aún menos respetados que la policía son los sindicatos, los legisladores y los partidos políticos. Consulta Mitofsky (2010).

sistema judicial, especialmente de la policía.[3] Como resultado, la encuesta de victimización sugiere que el 25% o menos de los delitos se informan, revelando la verdadera incidencia del delito como "cifra negra".[4]

Figura 1: Ciclo de vida del delito en México

Gran parte del problema tiene que ver con el hecho de que la nueva democracia de México todavía está en proceso de desarrollar una fuerza

3 Es más, según una reciente encuesta realizada por el Proyecto Justicia en México (*Justice in Mexico Project, JMP*), los mismos policías perciben un alto nivel de corrupción en el cuerpo policial. De más de 5.400 agentes de policía municipal encuestados, casi un tercio describió problemas graves de corrupción; el 40% mostró poca confianza en sus superiores, y el 68% dijo que la corrupción está concentrada en los niveles más altos dentro de su departamento. Sólo cerca de la mitad (52%) expresó que creía que existían mecanismos adecuados para investigar la corrupción. El 32% señaló que el problema que más preocupa a los ciudadanos es el tráfico de drogas; el 29% indicó que el problema más difícil de resolver para la policía local es el tráfico de drogas; y el 45% dijo que la actividad delictual en la que la policía tiene más posibilidades de involucrarse es el tráfico de drogas. (Moloeznik, Shirk & Suárez, 2009).

4 La encuesta de victimización de ICESI sugiere que no más de un cuarto de todos los delitos (aproximadamente el 22% en 2008) llegan a denunciarse. El 39% de los que no denuncian los delitos indican que es una pérdida de tiempo; el siguiente porcentaje más importante (16%) indica que no confía en las autoridades; y el 10% dice que el proceso de denunciar un delito es demasiado engorroso. Un tercio (33%) de aquéllos que denunciaron un delito dijeron que no lograron ningún resultado de la denuncia.

policial "democrática" y un poder judicial profesional e independiente. Históricamente, los organismos policiales mexicanos han sido una extensión de sistemas autocráticos o semiautoritarios de control y han presentado por mucho tiempo problemas importantes de corrupción institucional. Las fuerzas policiales generalmente han sido capaces de imponer el orden, pero también han utilizado estrategias de clientelismo y coerción política (Vanderwood, 1970, 1992; Arteaga & López, 1998; Yáñez, 1999; Davis, 2006, 2008; Uildriks ed., 2009). La transformación de México de un estado virtualmente unipartidista a una democracia multipartidista ha traído cambios significativos con respecto a las expectativas del aparato de seguridad pública de la nación, haciendo inaceptable el uso de las tácticas tradicionales de coerción y el permitir la entrada del crimen organizado. En parte como resultado de su papel cambiante, las organizaciones policiales no sólo carecen de la capacidad para hacer cumplir la ley adecuadamente, sino también del nivel de rendición de cuentas que promueve una mayor efectividad, profesionalismo, integridad y respeto del debido proceso (Varenik, 2003). En otras palabras, la reforma de la policía no ha estado a la altura del cambio democrático en México.

Mientras tanto, según muchas informaciones, la administración de justicia a través del sistema de tribunales de México también ha demostrado ser lamentablemente inadecuada. Al igual que ocurre en otros lugares de América Latina, los problemas enfrentados por el poder judicial mexicano son atribuibles a la negligencia –si no subversión– de la institución del sistema político. Debido a varios factores que obstaculizaron el desarrollo democrático en los siglos XIX y XX, el poder judicial en México ha sido mucho más débil que el poder legislativo y (especialmente) el poder ejecutivo.[5] En México y la mayoría de los países latinoamericanos, las grandes mayorías expresan una falta de confianza

5 La inestabilidad política posterior a la independencia en el siglo XIX, la dictadura de 34 años del General Porfirio Díaz (1876–1910), y los términos tan restringidos de la competencia democrática durante 71 años de gobierno ininterrumpido del Partido Revolucionario Institucional (PRI) impidieron significativamente el desarrollo de la independencia judicial en México. En el gobierno del PRI, por ejemplo, los nombramientos del poder judicial dependían mucho de la lealtad al partido gobernante y las decisiones judiciales sólo raramente contradecían a los poderes elegidos del gobierno controlado por el partido (Zamora et al., 2005).

en las instituciones del sector judicial.[6] En México, estas inquietudes se deben en parte a los persistentes y profundamente enraizados problemas de funcionamiento de los tribunales y las instituciones penales, las cuales sufren de importantes limitaciones de recursos y de un importante rezago. Como resultado, sólo alrededor de uno de cada cinco delitos denunciados se investiga totalmente y una fracción incluso menor de ellos termina en juicio y sentencia. El resultado neto es una generalizada impunidad delictual, en la cual probablemente uno o dos de cada 100 delitos termina en sentencia (Véase Figura 1. Zepeda, 2004). Para las víctimas de delitos en México, rara vez hay justicia.

Sin embargo, también hay problemas de acceso a la justicia para aquellas personas acusadas de cometer un delito. En los pocos casos en que se detiene a un sospechoso y se le lleva a juicio, el proceso resulta y a menudo sin apego al debido proceso (Human Rights First, 2001). La policía investigadora tiene una formación deficiente y está mal equipada para emplear técnicas investigativas y forenses modernas en el curso de un proceso penal. De acuerdo a las encuestas a reclusos, las agencias policiales de investigación estatales y federales presentan patrones preocupantes de corrupción y abuso, incluso el uso de sobornos y tortura.[7] Durante el curso de los procesos penales, los acusados frecuentemente son mantenidos bajo arraigo con escaso acceso a fianza, incluso cuando el delito es relativamente menor (International Rehabilitation Council for Torture Victims, 2010: Lara 2008; Human Rights Watch; 2009; Luhnow, 2009). Durante la detención previa al juicio y a pesar de la "presunción de inocencia", los acusados se mezclan frecuentemente con la población

6 Después de décadas de insignificancia en América Latina, los tribunales han jugado un papel cada vez más importante en abordar problemas de justicia transicional, en deliberaciones constitucionales y en las reformas a la administración de justicia en la región. Un tema central en mucha de la nueva literatura sobre el poder judicial en América Latina es el vínculo entre la democracia y el Estado de Derecho, particularmente el papel de los tribunales para proteger a la sociedad democrática contra los abusos de autoridad en un contexto de incertidumbre política (Fix-Zamudio, 1986; Melgar, 1995; Domingo, 1996, 2004; Fix-Zamudio & Cossío, 1996; Jarquín & Carillo, 1998; Prillaman, 2000; Domingo, & Sieder, 2001; Biggar, 2003; Hilbink, 2007).

7 Tal como se destaca abajo, la policía municipal no realiza investigaciones. Sin embargo, los patrones de corrupción y abuso asociados a las investigaciones policiales detectados a nivel federal y estatal son informados por las respuestas de los reclusos a las preguntas de la encuesta sobre el uso del soborno y coerción física en el sistema de justicia penal (Azaola & Bergman, 2007).

general de la prisión mientras esperan el juicio y la sentencia. Debido a los grandes atrasos en los procesos penales, muchos acusados permanecen durante meses o años en la cárcel sin una sentencia (Luhnow, 2009).

No obstante, una vez que un sospechoso ha sido identificado, una sentencia condenatoria es altamente probable, especialmente si el acusado es de bajo nivel socioeconómico y se trata de un delito es común. Es más, aunque la probabilidad de ser arrestado, investigado y acusado de un delito es extremadamente baja, tanto como el 85% de sospechosos de un delito arrestados son declarados culpables.[8] Estudios recientes sugieren que casi la mitad de los reclusos en el Distrito Federal son condenados por delitos a la propiedad valorados en menos de 250 pesos (Tobar, 2008).[9] Según los críticos del sistema de justicia penal de México, esos patrones son atribuibles a una falta de defensa legal adecuada y al hecho de que existe una disposición para aceptar la averiguación previa del ministerio público (MP) como prueba casi incontrovertible en el juicio. También en este contexto, la declaración de culpabilidad es a menudo la única causa de acusación y condena, y una preocupantemente alta proporción de casos de tortura en México involucran confesiones forzadas.[10] Armados con más recursos, acceso a las pruebas y ventajas procedimentales, los fiscales son a menudo capaces de dominar fácilmente la escasa defensa legal disponible para la mayoría de los delincuentes acusados. Además, enfrentados por enormes cantidades de casos, los jueces con frecuencia delegan los asuntos –incluso la celebración de audiencias– a los secretarios de los juzgados. Como resultado, muchos presos denuncian que nunca han tenido la oportunidad de comparecer ante el juez que dictó la sentencia.

---

8 El hecho de que la preponderancia de aquéllos declarados culpables es gente pobre acusada de delitos comunes sugiere que los que pueden permitírselo pueden "comprar" su salida de los cargos penales (Luhnow. 2009).

9 Equivalente a 20 dólares de los EE.UU. (Tobar, 2008).

10 De acuerdo al Consejo Internacional de Rehabilitación para Víctimas de la Tortura (*International Rehabilitation Council for Torture Victims*, IRCT), una "mayoría de denuncias de tortura y otras violaciones de derechos humanos siguen ocurriendo en el contexto de la administración de justicia, particularmente durante las fases investigativa y acusatoria del procedimiento penal. Más aún, hay un número creciente de quejas de tortura de detenidos políticos contra las fuerzas de seguridad". De acuerdo al defensor de los derechos humanos de México, una cifra tan alta como el 90% de los casos de tortura denunciados es el resultado de confesiones forzadas obtenidas de prisioneros (Hernández & Lugo, 2004).

Una vez en prisión –ya sea por prisión preventiva o sentencia definitiva –, los presos típicamente se encuentran en instalaciones con gran hacinamiento, acceso inadecuado a servicios básicos, guardias de prisión que incurren en abuso y corrupción, violencia e intimidación por parte de otros presos, y conducta delictual permanente (incluso el consumo desenfrenado de drogas).[11] De acuerdo a las cifras oficiales, en 2009 las prisiones mexicanas presentan hacinamiento en promedio de más del 30% sobre la capacidad máxima y con poblaciones continuamente crecientes. Las prisiones en el Distrito Federal y el Estado de México, las dos entidades con las mayores poblaciones de reclusos, operan a una capacidad del 212% y 183%, respectivamente. De acuerdo a una encuesta realizada en esos estados por Bergman y Azaola (2009), las condiciones dentro de las prisiones son muy malas y empeoran: en 2009, más del 70% de los reclusos informó que no recibía suficientes alimentos, un aumento drástico desde años anteriores.[12] Dichas condiciones ayudan a explicar los serios problemas de motines y fugas que abundan en las prisiones mexicanas en los últimos años.[13] Más importante, estas condiciones ilustran lo inadecuado del sistema penal de México –y quizás del uso del encarcelamiento en general– como medio de promover la rehabilitación de los delincuentes convictos.[14]

En resumen, la imagen general es una en que prevalece el "estado sin derecho" y hay una falta grave de acceso a la justicia, especialmente para los indigentes (Méndez, et al., 1999; Bailey & Godson, 2000; Cumaraswamy,

---

11 En relación al consumo de drogas, Azaola y Bergman (2009) citan evidencia de que muchos presos que ingresan a la cárcel sin consumo de drogas anterior, se hacen adictos una vez en prisión. Esto implica costos sociales adicionales, ya que los reclusos adictos tienen más posibilidad de relacionarse con otros delincuentes y desarrollar carreras delictuales más profesionales (Azaola, 1990).

12 El Distrito Federal y el Estado de México suponen un total combinado del 28% de toda la población reclusa de México (Azaola & Bergman, 2009).

13 Veinte murieron y decenas resultaron heridos en el motín carcelario de agosto de 2009 en el cual la policía confiscó después numerosas armas fabricadas por ellos mismos, pistolas y una granada de fragmentación. (Diario de Yucatán, 2009).

14 México no está solo en esto. Un auténtico "auge" de encarcelaciones en los Estados Unidos ha motivado cuestionamientos serios sobre la efectividad de las supuestas instalaciones carcelarias "modernas" en relación a la prevención del delito o a la rehabilitación de los que lo cometen. Y todavía peor, las prisiones parecen perpetuar e intensificar las desigualdades sociales. Raphael y Stoll (2009) destacan que, en los Estados Unidos, "los hombres menos educados de minorías tienen considerablemente más probabilidades de estar encarcelados ahora que en cualquier época anterior".

2002; Cornelius & Shirk, 2007). En México y otros países de América Latina que han experimentado transiciones democráticas en décadas recientes, lograr un Estado de Derecho representa una prueba importante de desempeño del régimen ya que las percepciones del sistema judicial parecen estar relacionadas positivamente con el apoyo a la gobernanza democrática.[15] En México, las inquietudes sobre la permanente crisis de seguridad pública han llevado a las autoridades a introducir grandes cambios con el objetivo de modernizar las agencias policiales de la nación y dar mayor autoridad al poder judicial. Si éstos logran ser exitosos, podrían tener consecuencias importantes para el apoyo general a la gobernanza democrática y moldear significativamente las decisiones del electorado mexicano en los años venideros. Para evaluar mejor los desafíos que enfrentan los reformistas, a continuación se analizan en mayor profundidad los contornos del sistema de justica penal del país y la naturaleza de las recientes iniciativas de reforma.

3. ¿QUÉ TIPO DE REFORMAS? JUICIOS ORALES, DEBIDO PROCESO Y MÁS

Las bases legales del sistema de justicia penal mexicano se encuentran en las constituciones del país posteriores a la independencia, así como en reglamentos administrativos federales y estatales, códigos penales y leyes de procedimiento penal (Véase Tabla 1). Según Zamora *et al.* (2005), el primer código penal mexicano fue promulgado en el Estado de Veracruz en 1835. Durante el gobierno del Emperador Maximiliano (1864–67), México adoptó brevemente el código penal francés. Después, siguiendo el ejemplo de España, México adoptó el Código Penal Federal de 1871 durante el gobierno del Presidente Benito Juárez. En términos generales, estos fundamentos colocaron a México dentro de la tradición del derecho civil, la cual típicamente depende de un modelo inquisitivo de procedimiento penal en el que un juez de instrucción dirige activamente

15 Hay una correlación importante entre las evaluaciones por país de gobernanza democrática reportadas en el Latinobarómetro de 2008 y las percepciones del desempeño del sistema judicial reportadas por la encuesta Gallup de 2007. Esto sugiere una relación entre las percepciones ciudadanas de la democracia y la efectividad de las instituciones judiciales.

Tabla 1: Bases legales del Sistema de Justicia Penal mexicano

Fuente	Orígenes y evolución	Disposiciones clave
Constitución de la República Mexicana	• 1917: Reformulación de la constitución liberal basada en derechos de 1857 con la incorporación de principios clave de la revolución mexicana que promovían la justicia social, autonomía municipal y prohibiciones sobre re-elección	• Artículos 14, 16 y 18-23: garantías individuales • Artículos 94-107: función del poder judicial federal • Artículo 102: papel del fiscal federal, o *Ministerio Público Federal*. • Artículo 122: el papel del fiscal en el Distrito Federal. • Artículo 103, 107: el derecho a una medida cautelar legal (*amparo*)
Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, (LOPJF)	• 1908, 1917, 1928, 1934 y 1935: La LOPJF incluía modificaciones al papel del fiscal. • 1995: la nueva LOPJF cuenta con disposiciones para revisión judicial y verificación del poder judicial, y fue modificada por última vez en enero de 2009.	• Once títulos separados y 251 artículos establecen las regulaciones generales para el sistema de tribunales federal incluida la Suprema Corte, el Consejo jurídico federal, los tribunales de circuito, los tribunales de distrito y el Tribunal Electoral Federal. • Las normas para transferencia de jurisdicción de tribunales inferiores a superiores (*atracción*), perfeccionamiento profesional y el uso de jurados.
Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (LOPGR)	• 1908 y 1919: Leyes orgánicas establecidas para regular la Fiscalía Federal • 1917: El Artículo 21 de la Constitución define las funciones de los fiscales • 1983: La LOPGR crea la oficina de la Procuraduría General de la República	• Una serie de reglamentos y modificaciones al LOPMF en 1941 y 1955 y la LOPGR en 1984, 1985, 1987, 1988, 1993 y 1996 reforzaron progresivamente la autonomía de la fiscalía y estructuraron las agencias policiales federales en México.
Código Penal Federal (CPF)	• 1835: Primer código penal mexicano aprobado en Veracruz; • Década de 1860: El Emperador Maximiliano adopta el código penal francés; 1871 Juárez adopta el CPF (siguiendo el modelo español) • 1931: El gobierno post-revolucionario adopta el nuevo CPF. • 2008: La reforma judicial modifica significativamente el CPF	• El volumen I del CPF establece los principios generales del derecho penal (qué constituye delito, tipo de infractores penales y principios de castigo). • El volumen II del CPF trata delitos específicos y sus castigos.
Código Federal de Procedimientos Penales (CFPP)	• 1934: el gobierno post-revolucionario promulga el nuevo CPF. • 2009: Modificaciones más recientes al CFPP • Modificaciones adicionales pendientes de revisión por la Suprema Corte de México para adaptar el procedimiento penal federal a las reformas judiciales de 2008.	• Trece títulos y 576 artículos sobre jurisdicción, búsqueda y captura; comparecencias ante el tribunal; procedimientos previos al juicio; medidas penales; responsabilidad probable; presentación de pruebas; alegatos finales; absolución y sentencias; fase posterior al juicio; rehabilitación; casos especiales (enfermedad mental, infractores menores de edad, adicción a drogas)
Leyes orgánicas, códigos penales y códigos de procedimiento penal de los estados	• 31 códigos estatales • Códigos del Distrito Federal	• Aunque hay una considerable variación, las leyes y códigos estatales generalmente cumplen los estándares establecidos a nivel federal.

la investigación y el proceso de determinar la culpabilidad o inocencia de un sospechoso. Es importante destacar que existe una enorme variación en la aplicación de los procedimientos penales inquisitivos alrededor del mundo. Es más, México ha desarrollado una tradición legal bastante singular que mezcla elementos de los diferentes sistemas e incluye varios rasgos únicos, tales como el juicio de *amparo* introducido en el siglo XIX.

La llegada de una nueva constitución revolucionaria en 1917 trajo mayores adaptaciones al sistema de justicia penal de México y nuevos esfuerzos para reformar los códigos penales del país en la siguiente década y media (Speckman, 2007). En primer lugar, la nueva constitución eliminó al Ministro de Justicia y, de forma significativa, la figura del juez de instrucción. Como se discute a continuación en mayor detalle, esto ha dado al MP un papel más central no sólo en la investigación de los delitos sino en el proceso en su totalidad, cambio que ha separado a México de otros sistemas inquisitivos. Segundo, un nuevo código penal –que define los principios del derecho penal mexicano y los delitos y las penas especificas– fue promulgado finalmente en 1931, y ha seguido siendo la base principal del derecho penal mexicano durante la mayor parte del periodo posrevolucionario. Los procedimientos formales asociados con el Código Penal Federal (CPF) están contenidos en el Código Federal de Procedimientos Penales (CFPP) elaborado en 1934. El CPF y CFPP generalmente sirven de modelo a los códigos y procedimientos penales a nivel estatal, aunque existe bastante variación entre los diferentes estados (particularmente en relación a los códigos penales).

Durante las dos últimas décadas, se ha implementado en México una serie de reformas a las estructuras mencionadas arriba, lo que ha derivado en consecuencias importantes para el sistema de justicia penal y la gobernanza democrática en general. Durante el mandato del Presidente Miguel de la Madrid (1982–88), y en general la década de los 80 trajo consigo el desmantelamiento de la agencia policial federal de la nación, Dirección Federal de Seguridad, así como la creación de nuevas estructuras para coordinar la política de seguridad nacional.[16] En diciembre de 1994,

16 La Dirección Federal de Seguridad (DFS) se encargó de los asuntos de seguridad doméstica desde 1947 a 1985, y sirvió como uno de los principales instrumentos del gobierno federal para ejercer el control social y político. La disolución de la DFS, debido a problemas de creciente corrupción, llevó a la creación y destrucción de una serie de nuevas agencias policiales federales durante las siguientes dos décadas. La DFS fue

durante el mandato del Presidente Ernesto Zedillo (1994–2000), el gobierno federal reestructuró el sistema de seguridad pública nacional y reformó el poder judicial para promover estándares profesionales más altos,[17] facultades más fuertes de revisión judicial,[18] nuevos estándares de precedentes judiciales[19] y mayor independencia judicial.[20] En noviembre de 1996, el gobierno de Zedillo también promulgó la Ley Federal de

---

reemplazada por el Centro de Investigación y Seguridad Nacional (CISEN). Después, otra nueva agencia policial federal, la *Policía Federal Judicial*, (PFJ), considerada ampliamente como corrupta, fue reemplazada por la Agencia Federal de Investigación (AFI) por decreto presidencial en 2001, con el fin ostensible de desarrollar capacidades similares a las de la Oficina Federal de Investigaciones (*Federal Bureau of Investigation* o FBI) de los Estados Unidos. Sin embargo, en diciembre de 2005, la PGR anunció que casi una quinta parte de los agentes de la AFI estaba siendo investigada por supuesta participación en el crimen organizado. Tal como se discute abajo, la agencia fue disuelta en 2009. (JMP, 2009).

17 Las reformas introducidas en diciembre de 1994 crearon un nuevo mecanismo de supervisión, conocido como Consejo de la Judicatura Federal (CJF), para verificar o evaluar las calificaciones profesionales de los jueces antes de su nombramiento. El CFJ es un cuerpo mixto compuesto por siete personas, en el que se incluyen el Juez Presidente de la Suprema Corte, otro juez nombrado, dos jueces de distrito, dos miembros elegidos por el Senado y otro miembro designado por el Presidente de México. Estos miembros cumplen un mandato no renovable de cuatro años. La creación de este consejo es un fenómeno regional desarrollado en América Latina durante los años 1990 (Ungar, 2001).

18 Las reformas también ampliaron las facultades de revisión judicial de la Suprema Corte con la introducción de "acciones de inconstitucionalidad". Esta innovación permitió que actores institucionales decisivos – el poder ejecutivo, los partidos políticos y una proporción de los parlamentarios elegidos del Senado, la Cámara de Diputados y la Legislatura de Ciudad de México - impugnaran la constitucionalidad de una legislación u otras acciones del gobierno.

19 Los precedentes por *jurisprudencia* establecen una forma muy limitada de acatamiento de decisiones *stare decisis* en el sistema legal mexicano. Aún así, en general, aunque pueden consultarse informalmente las decisiones tomadas por jueces en otros casos (y con frecuencia lo son) y puede concluirse que son persuasivas para determinar el resultado en un caso dado, no establecen precedentes vinculantes.

20 Recientes decisiones (tales como la resolución de junio de 2007 sobre la Ley Televisa) son señales de un creciente sentimiento de autonomía por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, lo que puede constituir el principio de una nueva era de independencia y activismo judicial en México. Sin embargo, en definitiva, los factores políticos que motivaron la reforma de 1994 son objeto de un debate académico en el que algunos expertos describen las reformas como "seguro político" para el PRI en anticipación de su declive electoral (Beer, 2006: 33–61; Begné, 1995: 16–18; Domingo, 2000: 705–735; Finkel, 2008).

Delincuencia Organizada (LFDO) para combatir el creciente poder y proliferación de las organizaciones delictuales en las últimas décadas.

Discutiblemente, los esfuerzos más sustanciales de promover la reforma del sector judicial comenzaron en el gobierno de Vicente Fox (2000–2006). En abril de 2004, la administración Fox propuso una serie de cambios constitucionales y legislativos para modernizar el sistema judicial penal de México.[21] La propuesta de 2004 abogaba por una reforma integral que incluía, entre otros cambios importantes, un viraje desde un sistema inquisitivo hacia un modelo más acusatorio. Aunque la administración de Fox fue capaz de aprobar reformas significativas al sistema de justicia de menores en 2003, el paquete de reforma de justicia de 2004 tuvo que enfrentar bastante resistencia y al final quedó estancado en el Congreso.[22] A pesar de no conseguir la aprobación, la propuesta del gobierno de Fox suscitó un debate nacional sobre las ventajas de hacer una gran reforma judicial y también destacó los esfuerzos de varios estados de la república que intentaban implementar reformas similares a nivel estatal.[23] Los estados de Nuevo León, Chihuahua y Oaxaca fueron de los primeros en adoptar los nuevos procedimientos contenciosos y otras innovaciones (Mangis & Szmania, 2008; Márquez & Shirk, 2008).

Si bien existen pocos indicadores concretos del proceso disponibles para medir el impacto de esos cambios, la percepción de que estas reformas a nivel estatal han contribuido a una mayor eficacia y transparencia judicial contribuyó a generar apoyo para que el Congreso aprobara las reformas judiciales a nivel federal en marzo de 2008, durante la administración del Presidente Felipe Calderón (2006–2012) del PAN. Las reformas se beneficiaron del amplio apoyo de juristas, académicos y defensores de los derechos humanos que estaban a favor de dar un mayor énfasis a las protecciones al debido proceso (CNDH, 2008).[24] Las reformas también

21 Para un debate más completo sobre el paquete de reforma judicial de 2004 propuesto por el gobierno de Fox, véase a Shirk y Ríos (2007).

22 En 2003, se hicieron varias modificaciones importantes a la *Ley para el Tratamiento de Menores Infractores* (LTMI).

23 En 2005, JMP patrocinó una sesión informativa en el Senado mexicano para resumir los argumentos a favor y en contra de las reformas de Fox. El análisis técnico generado por el proyecto fue después difundido para informar los debates que ocurrían a nivel estatal y local (González et. al., 2005).

24 Poco después de aprobadas estas reformas, la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) indicó que las reformas tenían como objetivo "adaptar el sistema a

generaron amplio apoyo político en parte debido a los elevados niveles de violencia generados por el crimen organizado, que en ese y el anterior año –2007 y 2008– alcanzó niveles insospechados.

Las reformas de 2008 comprenden cuatro elementos principales: 1) cambios al procedimiento penal mediante la introducción de nuevos procesos orales contenciosos, sentencias alternativas y mecanismos alternativos para la solución de controversias (MASC); 2) mayor énfasis en los derechos del acusado (es decir, la presunción de inocencia, debido proceso y adecuada defensa legal); 3) modificaciones a las agencias policiales y su papel en la investigación de los delitos; y 4) medidas más duras para combatir el crimen organizado. Cada uno de estos elementos se analiza en mayor detalle abajo.

3.1 Juicios Orales: Cambios en el proceso penal mexicano

Podría decirse que el aspecto más destacado de las reformas de 2008 es la introducción de los "juicios orales" con procedimientos abiertos a celebrarse en audiencia pública. Sin embargo, el énfasis popular en la novedad del procedimiento de juicios "orales" es algo engañoso por dos razones.[25] Primero, los tribunales penales mexicanos han dependido tradicionalmente del uso del testimonio oral para la presentar pruebas y alegatos, al menos de alguna manera.[26] Por lo tanto, un aspecto más apropiado de la reforma a destacar es la gran transición desde el

---

los principios del Estado de Derecho democrático, tales como garantizar los derechos de víctimas y acusados y la imparcialidad de los juicios, desarrollar prácticas más efectivas contra la criminalidad organizada y en el funcionamiento de las prisiones, así como vincular el Sistema de Seguridad Pública Nacional a la protección de los derechos humanos y obligar a las autoridades en los tres niveles de gobierno a coordinar y a compartir ampliamente y de verdad información sobre criminalidad y personal policial; regular el veto, capacitación y ejercicio del cargo del personal, para certificar la competencia y abrir espacios de participación social en la evaluación [del sistema]."

25 Los defensores de la reforma judicial comenzaron a usar deliberadamente la referencia a los "juicios orales" porque el concepto ofrecía una imagen simple que encapsulaba varios cambios incluidos en la reforma.

26 Contrario a la opinión popular, no todos los aspectos del derecho penal tradicional mexicano se basan en expedientes. En la fase de instrucción dentro del proceso penal, los jueces frecuentemente entrevistan a las víctimas, sospechosos, testigos, fiscales y abogados defensores "oralmente". Algunas partes del procedimiento

modelo inquisitivo de proceso penal propio de México hacia el modelo contencioso que extrae elementos de los Estados Unidos, Alemania, Chile y otros países. Una segunda razón por la que el énfasis en la "oralidad" se ha exagerado es que, con la transición a los procedimientos de juicio contencioso, los juicios orales se usarán sólo en una pequeña parte de los casos penales presentados ante los tribunales mexicanos. Esto es porque la reforma involucra otros cambios, particularmente la sentencia alternativa (por ejemplo, acuerdos de reducción de pena o *juicio abreviado*) o los MASC. Estas innovaciones de procedimiento tienen como fin reducir el número total de casos vistos en el tribunal para así aliviar la congestión en el sistema de justicia penal. Con penas que contemplan alternativas a la prisión (como mediación, servicio comunitario, reparación a las víctimas, etc.), las reformas pretenden lograr una mayor eficiencia y justicia restaurativa.

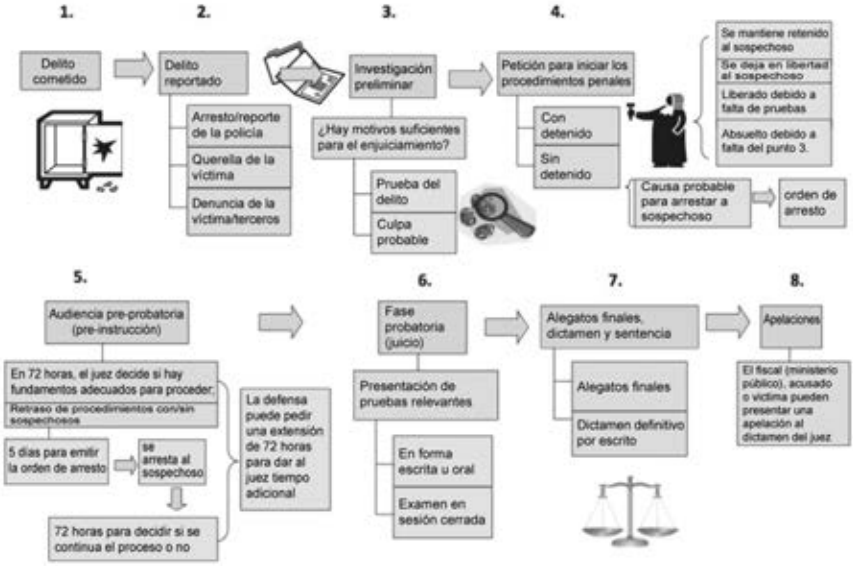
Debería destacarse que, contrario a la creencia popular, México no tiene un sistema inquisitivo puro en el que el juez desempeña el papel principal como "inquisidor" que supervisa la investigación y la acusación en un caso penal. En cambio, México tiene su propia adaptación de ese sistema, la cual evolucionó siguiendo una trayectoria propia después de la independencia.[27] Tal como se ilustra en la Figura 2, un procedimiento penal en México comienza cuando un delito penal es puesto bajo el conocimiento del MP producto de alguna de las siguientes situaciones: a) la policía debe informar todos los delitos de los que tenga conocimiento a través de investigaciones o por detención *in flagrante*, b) una víctima o un tercero demandante (*ofendido*) puede presentar un denuncia, o c) la víctima puede presentar una querella –algo parecido a una demanda

penal, particularmente en la audiencia probatoria antes del juicio o de *pre instrucción*, ocurren en sesiones del tribunal en directo.

27 Tal como destaca Hammergren (2007), hay un grado importante de variación en la aplicación del modelo inquisitivo, también conocido como el modelo "continental". Más aún, como han desarrollado sus propias tradiciones legales después de la independencia, la mayoría de los sistemas legales en América Latina tienen vacíos e idiosincrasias que los hacen muy distintos del modelo inquisitivo practicado en Europa (y refinado en gran medida con posterioridad a la independencia de los países de América Latina). Hammergren considera que los intentos por "arreglar" los sistemas legales de América Latina deberían centrarse en los fallos de esos sistemas, y no en las diferencias entre los modelos acusatorios e inquisitivos.

penal privada– en la que la víctima (*querellante*) actúa, de alguna forma, como acusadora del sospechoso.[28]

Figura 2: Etapas clave en el proceso penal tradicional en México[29]



Los rasgos singulares del procedimiento penal mexicano se hacen evidentes después de que se tenga conocimiento de un delito porque el sistema de México carece de un *juez de instrucción*, quien dirige la investigación en un sistema inquisitivo "típico". En cambio, en México, el MP desempeña un papel central en el proceso acusatorio de México y tiene un grado de autonomía relativamente alto.[29] La independencia acusatoria

28 Esto no es únicamente propio de México, ya que se pueden encontrar los mismos métodos en los sistemas inquisitivo en España y los países de América Latina.

29 Este es un desvío importante de los modelos inquisitivos tradicionales que se remonta a las reformas propuestas inicialmente a principios del siglo XX, bajo la Ley Orgánica del Ministerio Público Federal y Reglamentación de Sus Funciones de 1908, la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal de 1908 y 1917, el Artículo 21 de la Constitución de 1917, la Ley de Organización del Ministerio Público Federal (LOMPF) de 1919, la Ley Reglamentaria del Artículo 102 de la Constitución de la República de 1934, y la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de 1983. Las modificaciones subsiguientes a la LOPMF en 1941 y 1955 y la LOPGR en

es especialmente notable durante la averiguación previa, durante la cual se investiga y acusa formalmente al sospechoso de un delito. Es más, los críticos afirman que el poder y la autonomía del MP en esta etapa de investigación preliminar es uno de los mayores causantes de los abusos descubiertos en el sistema tradicional mexicano, tales como confesiones forzadas y manipulación de pruebas (Zepeda, 2004; Zamora et al., 2005; Naval, 2006).

Dicho esto, los jueces mexicanos trabajan en estrecha colaboración con el MP para continuar reuniendo pruebas y testimonios durante la audiencia preliminar para acusar formalmente al sospechoso (pre instrucción) y la fase probatoria (instrucción). También tienen la autoridad para buscar pruebas de forma independiente, y con frecuencia lo hacen, a la manera del juez de instrucción de otros sistemas. Al igual que otros sistemas inquisitivos, también hay alguna presentación contenciosa de alegatos durante la última fase del proceso que lleva a una resolución definitiva ya que el juez recibe los alegatos finales o conclusiones del MP y la defensa. Al final, se le deja al juez la tarea de determinar la culpabilidad o inocencia del acusado y dictar sentencia, que atribuirá la condena adecuada al delito cometido.[30] Después de ser dictada la sentencia en el juzgado de primera instancia, el MP o el acusado puede impugnar la decisión en segunda instancia ante el tribunal de alzada.

Aunque no es necesariamente atribuible a sus raíces en el modelo inquisitivo *per se*, el procedimiento penal mexicano en funcionamiento presenta importantes inconvenientes.[31] El hecho de que muchas pruebas se presenten en forma de declaraciones escritas (*actas* o *actuaciones*) a menudo contribuye a un proceso bastante engorroso, particularmente

---

1984, 1985, 1987, 1988, 1993 y 1996 reforzaron progresivamente la autonomía de la fiscalía y reestructuraron las agencias policiales federales en México.

30 Los sistemas inquisitivos rara vez usan jurados para determinar la culpabilidad o inocencia. En México, el uso de jurados ha estado limitado históricamente, principalmente a casos de traición a principios del siglo XX (Zamora *et al.*: 363).

31 Como señalan Jensen y Heller (2003), existe una enorme necesidad de investigación comparativa empírica para evaluar el desempeño del sistema judicial. Es más, hay sorprendentemente pocas investigaciones que comparen sistemas derivados de los modelos inquisitivos y contenciosos. Una notable excepción es Joireman (2002), quien compara sistemas judiciales en África sobre una serie de diferentes indicadores de desempeño. Su análisis sugiere que los sistemas inquisitivos presentan algún peor desempeño en contextos en que las estructuras burocráticas son ineficientes.

donde ya existen ineficiencias burocráticas importantes. Como resultado, el procesamiento de casos penales en México a menudo se desarrolla en un periodo inusualmente largo, en el que muchos sospechosos deben esperar en la cárcel durante años antes de recibir una sentencia. Más aún, como la fase probatoria tiene lugar en gran medida fuera de la vista del público, esta falta de transparencia contribuye a las acusaciones generalizadas de que los jueces mexicanos son negligentes o incluso corruptos;[32] además, algunos juristas han expresado su preocupación sobre el papel poderoso y decisivo de los fiscales mexicanos y el potencial de abuso que esto permite. Por último, debido a la poco frecuente liberación de prisioneros bajo palabra o por fianza en México, una persona acusada de un delito normalmente es mantenida en "prisión preventiva", incluso por delitos relativamente leves. Esto suele llevar a la interpretación errónea de que en México un sospechoso es "culpable hasta que se demuestre su inocencia".[33]

En contraste con el modelo inquisitivo, el modelo contencioso –típicamente más asociado con los sistemas legales del derecho consuetudinario como el de los Estados Unidos o el Reino Unido– involucra un conjunto distinto de procedimientos y roles para los protagonistas principales. Una de las principales características de los sistemas contenciosos es que el juez ejerce de mediador imparcial entre dos "adversarios" –el MP y la defensa– a medida que éstos presentan pruebas y argumentos en audiencia pública. Esto lleva a ciertas ventajas y desventajas percibidas de los sistemas contenciosos. Entre las ventajas están los controles incorporados al procedimiento penal, así como la eficiencia y transparencia en la presentación de las pruebas en el juzgado. No obstante, los sistemas contenciosos también colocan a uno de los

32 Una de las acusaciones más condenatorias y amplias sobre la corrupción judicial mexicana apareció en 2002 en un informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la independencia de jueces y abogados (Param, 2002).

33 Al igual que en los Estados Unidos, la legislación penal mexicana supone la inocencia del sospechoso, incluso si no puede salir bajo fianza. En la práctica, sin embargo, la proporción de acusados que son liberados previo pago de fianza o bajo palabra en México es muy pequeña, dado el gran énfasis en establecer la causa probable antes de la acusación y la gran proporción de acusados indigentes (que pueden considerarse con alto riesgo de fuga). Así, el tema de "culpable hasta que se demuestre la inocencia" tiene más que ver con los criterios relativamente inflexibles para la liberación antes de juicio en México (Zamora *et al.*, 2005: 358).

adversarios en la incómoda posición de tener que defender activamente a la parte "mala" y a veces ganar.[34]

El juez suele estar menos involucrado directamente en otras fases del juicio, tal como la audiencia preliminar para presentar los cargos contra el sospechoso (el equivalente de la *pre instrucción* en México), la determinación de culpabilidad (que a menudo se deja a un jurado en los sistemas con jurados) y la supervisión de la condena definitiva (que generalmente es gestionada por las juntas de libertad condicional). Además, en los sistemas contenciosos, la condena final en un caso penal es generalmente el resultado de un acuerdo negociado entre el fiscal y el acusado, quien acepta una declaración de culpabilidad a cambio de una condena menor (juicio abreviado). Por último, en los sistemas contenciosos, generalmente existe un papel más activo del abogado defensor en representar al acusado en el curso del procedimiento penal y en presentar pruebas y alegatos durante el juicio.[35]

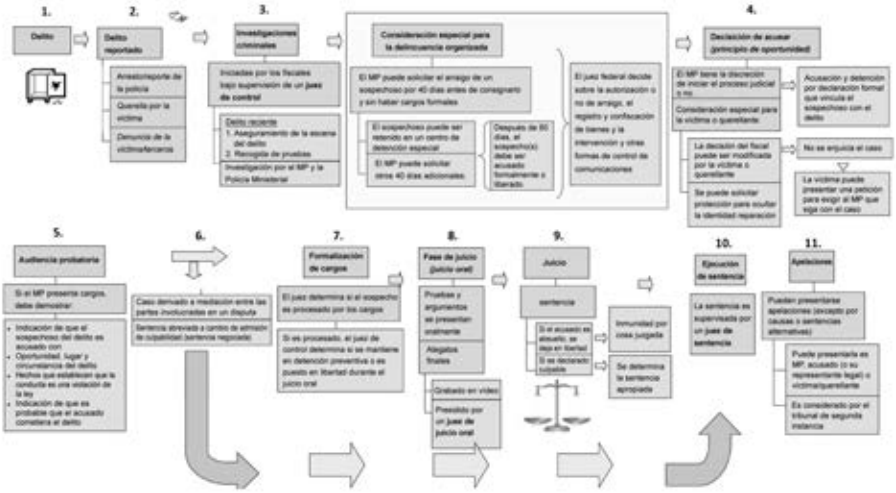
De acuerdo a las reformas de 2008, el gobierno federal mexicano, y eventualmente todos los gobiernos estatales, adoptarán muchos aspectos del modelo contencioso en los próximos años. Este movimiento implica muchos cambios significativos a los roles de los principales actores y las estructuras legales que regulan el sistema de justicia penal (Véase Figura 4). Las variaciones al procedimiento penal incluyen una fase investigativa preliminar más abreviada y menos formal y mayor dependencia en la presentación de testimonio y pruebas durante los juicios públicos en vivo que se registran para su subsiguiente revisión o apelación. Las reformas también incluyen varias innovaciones adicionales que tienen como fin promover una división más eficiente de tareas, aliviar la congestión y la acumulación de casos e instalar mecanismos de control y contrapeso a lo largo del proceso. Como se destaca arriba, estos cambios tendrán consecuencias importantes para cada uno de los participantes principales

34 Según una crítica reciente al sistema contencioso en los Estados Unidos, "Pensado para facilitar la búsqueda de la verdad, nuestro sistema judicial contencioso a menudo degenera en un campo de batalla donde ganar, en lugar de hacer lo correcto, se transforma en la meta. La desconfianza en ambos lados, los egos y los intereses personales y de instituciones pueden entorpecer el camino de la justicia" (Trainum, 2010).

35 Aunque los sistemas inquisitivos también tienen un abogado defensor para el acusado, su interacción con jueces y fiscales tiende a enfocarse principalmente en asegurar el respeto del debido proceso penal.

en el cumplimiento de la ley y la administración de justicia de México: el acusado, la policía, los jueces, los fiscales, los abogados defensores y la víctima.

Figura 3: Etapas clave en el nuevo procedimiento penal contencioso en México.



Primero, en concordancia con el modelo contencioso, los jueces mexicanos ahora desempeñan en mayor medida un papel de moderador durante la fase del juicio, mientras que los fiscales y abogados defensores presentan sus argumentos y pruebas en audiencias orales registradas en vivo. Una novedad igualmente importante es que las reformas también crean judicaturas para distintas fases de los procedimientos penales, promoviendo ostensiblemente una división eficiente de tareas y menos conflictos de interés. Un juez de debido proceso o juez de garantía, presidirá la fase previa al juicio (investigación, audiencia preliminar, presentación de cargos y acuerdo de reducción de pena). Como se discute con más detalle a continuación, la creación de un nuevo juez de debido proceso tiene como fin principal asegurar el debido proceso antes de la fase de juicio. Un juez encargado de llevar el proceso oral y dictar sentencia, o juez de sentencia (también llamado juez de juicio oral), presidirá durante la fase de juicio, la presentación de alegatos orales y el veredicto final.

Un juez de aplicación de la sentencia (juez de ejecución de sentencia) asegurará que las sentencias se apliquen correctamente y monitoreará el proceso de justicia restaurativa (por ejemplo, reparación de los daños).[36]

Mientras tanto, el MP perderá parte del tradicional poder conferido a esa institución. Con la introducción de la causa probable como base para la presentación de cargos, la averiguación previa ya no es tan importante para el proceso. Esto significa que el papel del MP es menos decisivo para determinar la culpabilidad probable del acusado (*probable responsable*), pero también que el MP requiere pruebas menos inmediatas para presentar un cargo u ordenar un arresto que en el antiguo sistema (debido a las modificaciones al Artículo 19, Párrafo 1). El MP todavía tiene una sustantiva discrecionalidad para decidir si acusar o no a alguien en conformidad con la disposición conocida como "principio de oportunidad", el cual permite al MP sopesar estratégicamente su decisión contra las limitaciones de recursos y prioridades que enfrenta la aplicación de la ley.

Sin embargo, una posible inquietud es que el MP podría evitar tomar un caso por razones políticas, personales o de otro tipo. De ahí que bajo el Artículo 20, sección C de la Constitución mexicana, las reformas también permiten a las víctimas del delito presentar una querella penal en ciertos casos, lo que presionará a los fiscales a investigar los casos. Las reformas también incluyen la protección de privacidad para ocultar la identidad de una víctima, querellante o testigo y un sistema para compensar los agravios (reparación de daño) a través de la mediación u otras soluciones.

3.2 Los derechos del acusado: Garantías de la presunción de inocencia, debido proceso y una defensa legal adecuada

En las reformas de 2008 también se incluyen protecciones constitucionales más fuertes para la presunción de inocencia, un rol más sustancial de los jueces durante las distintas fases del procedimiento penal (incluso los requerimientos de presencia física del juez durante todas las audiencias que involucren al acusado), disposiciones específicas que

36 El juez del juicio oral (juez de tribunal oral) presidirá durante la fase de juicio de un proceso penal. En una sala de audiencia abierta al público, tomará en consideración las pruebas presentadas por la fiscalía y la defensa, y por último determinará la culpabilidad o inocencia del sospechoso.

prohíben el uso de la tortura, nuevas medidas para proporcionar una defensa legal de calidad y otras salvaguardias procedimentales diseñadas con el fin de reforzar el debido proceso. Este nuevo énfasis en la protección de los derechos del acusado se suele describir como creador de un sistema garantista.[37]

Primero, como parte de la presunción de inocencia, las reformas de 2008 buscan limitar el uso de la prisión preventiva. En los años recientes, debido a la acumulación de casos e ineficiencias, más del 40% de la población de las cárceles de México (unos 90.000 reclusos) ha consistido de personas encarceladas mientras esperan una sentencia definitiva (Ciudadano, 2006; Reforma, 2006; Salazar, 2006). Muchos sospechosos son detenidos incluso cuando están acusados de delitos relativamente leves, tales como hurto en tiendas o accidentes automovilísticos.[38] Más aún, los detenidos antes del juicio suelen mezclarse con la población general de la prisión y frecuentemente sus casos no son resueltos por periodos de tiempo excesivamente largos. Con las nuevas reformas, la detención antes del juicio sólo puede aplicarse en casos de delitos violentos o graves y de sospechosos que se considera presentan riesgo de fuga o que son un peligro para la sociedad. Además, las nuevas reformas requieren que aquellos detenidos en espera de juicio sean albergados en instalaciones carcelarias separadas (alejados de los delincuentes ya condenados) y sólo por un máximo de dos años sin sentencia.

En segundo lugar, tal como se destacó anteriormente, las reformas de 2008 crean la figura del juez de garantía o juez de control, cuyo papel es asegurar que un proceso penal avance adecuadamente durante su investigación, audiencia preliminar y presentación de cargos. El juez de

37 "Garantismo" es un término sesgado en México. Por una parte, se usa en sentido positivo por parte de juristas progresistas preocupados por el efecto real de los derechos civiles. Por otra, se usa en tono peyorativo por juristas más conservadores que piensan que los jueces y el estado deberían preocuparse más por la forma y procedimientos de la ley que por proteger intereses particulares. Esta tensión resuena en discusiones sobre "activismo" legal o judicial en los Estados Unidos.

38 Las consecuencias de mezclar reclusos no juzgados y reclusos condenados pueden ser peligrosas. En septiembre de 2008 estallaron dos motines carcelarios en la prisión La Mesa, de la ciudad de Tijuana, conocida como "La Peni", resultando en la muerte de casi dos docenas de personas. La prisión de La Mesa alberga procesados que no son elegibles para ser liberados previo o durante el juicio, pero también contiene delincuentes condenados (JMP, 2008).

control es responsable de determinar si los derechos de un sospechoso deberían limitarse durante la fase del juicio (por ejemplo, detención preventiva, arraigo u orden de restricción) o si el sospechoso debería ser liberado bajo caución o palabra hasta que se entregue una sentencia condenatoria. El juez de control también dictará la sentencia final en los casos en que el acusado acepte un acuerdo de reducción de pena (juicio abreviado), en el que todas las partes aceptan que el acusado recibirá una sentencia menor a cambio de declararse culpable. El juez de control también supervisa otros procesos de resolución alternativa de disputas, tales como el uso de la mediación.

La creación de los nuevos roles judiciales también tendrá importantes consecuencias. Implica un papel más importante para los jueces en las fases anterior y posterior al juicio. Durante la fase previa al juicio, el juez de control se esforzará por proteger los derechos e intereses de todas las partes –incluso el acusado, la víctima y los testigos– a medida que el caso avance hacia el juicio oral público.[39] Durante la fase posterior al juicio, el juez de ejecución de sentencia –quien ejerce en la práctica el papel de una junta de libertad condicional de los Estados Unidos– estará a cargo de supervisar la correcta aplicación de la sentencia y los acuerdos de mediación.[40] Tal como se indica arriba, la creación de un juez de garantía implica un cierto grado de separación de poderes en el poder judicial: el juez que determina si un sospechoso puede ser acusado no es el mismo que debe tomar la decisión final sobre la determinación de culpabilidad. En teoría, esto permitirá a ambos jueces especializarse en mayor grado, permitiendo así una mayor eficiencia en el procesamiento de los casos penales (Zepeda, 2008). Por último, la separación de poderes teóricamente reducirá los conflictos de interés e instalará mecanismos de control y

39 Como tal, el juez de garantía debe "…buscar un equilibrio entre dos intereses opuestos pero legítimos: por una parte, la garantía del debido proceso para la persona investigada y, en segundo lugar, la aplicación efectiva de la ley penal. Al tratar de proteger a la persona investigada de un delito de la violación de sus derechos en el proceso de arresto, registros, confiscación e intercepción de las comunicaciones, [el juez de control] también intenta proteger el adecuado desarrollo de procedimientos de investigación importantes" (Valls, 2008).

40 Existe cierta causa de preocupación, por supuesto, de que la negligencia o corrupción en la implementación de la sentencia pueda llevar a una administración excesivamente permisiva de las sentencias y a problemas permanentes de impunidad delictual.

contrapeso, ya que el juez del tribunal oral tomará la decisión definitiva sin haber llegado a conclusiones previas sobre la probable responsabilidad del acusado.[41]

Otro cambio importante incluido en las nuevas reformas es el énfasis en la presencia física en las audiencias que involucran al acusado. Bajo el sistema tradicional de México, los procedimientos penales no se realizaban en audiencias públicas dentro de un marco de tiempo condensado y las audiencias a veces eran presididas por secretarios de juzgado sin la presencia del juez. El resultado es que muchos acusados penales afirman que nunca tuvieron interacción directa con el juez encargado del caso. De hecho, en encuestas a reclusos mexicanos, Azaola y Bergman (2009) informan que el 80% de los reclusos entrevistados en el Distrito Federal y el Estado de México no pudieron hablar con el juez que juzgó sus casos. Con el cambio al énfasis en la presencia física del juez durante el procedimiento penal, los sospechosos de delitos y sus abogados defensores tendrán presumiblemente una mayor capacidad de hacer peticiones directas a la persona que resolverá su caso.

En tercer lugar, las reformas también incluyen disposiciones específicas en conformidad con el Artículo 20 de la Constitución mexicana que prohíbe el uso de la tortura. En respuesta a los problemas mencionados arriba sobre confesiones extraídas por tortura en el sistema judicial penal mexicano, las reformas hacen ilegal presentar la confesión de un sospechoso como prueba ante el tribunal (a menos que haya sido obtenida en presencia del abogado defensor del acusado). En teoría, esto significa que el fiscal tendrá que basarse en otras pruebas para obtener una condena, y por tanto debería realizar investigaciones más rigurosas. Esto también significa que el acusado tendrá en teoría el beneficio de una buena asesoría legal y una comprensión más informada de las consecuencias antes de involucrarse en un juicio.

Por último, en relación a los derechos del acusado, las reformas pretenden reforzar y elevar el nivel de la defensa legal de un sospechoso. Se exigirá que todos los acusados penales tengan representación legal. Con

41 En el antiguo sistema, el juez que determinaba si había causa probable para juzgar a un sospecho en la fase anterior al juicio podía, teóricamente, no inclinarse por revertir su decisión previa sobre los méritos del caso durante la fase del juicio. El conflicto de interés se supone eliminado por la separación de las decisiones judiciales en las fases anterior al juicio y durante el juicio.

las reformas, todo tercero que ejerza la función de defensor del acusado deberá ser un abogado, un cambio del sistema anterior, que permitía que cualquier persona de confianza representara a un acusado. En conformidad con las enmiendas constitucionales al Artículo 17, la reforma exige que haya un sistema fuerte de defensores públicos para proteger los derechos de los acusados, en especial de aquellos que pertenecen a sectores más desprotegidos. Esta disposición es extremadamente importante, dado que la amplia mayoría de los acusados dependen del defensor público (defensor de oficio). Es más, la misma encuesta a reclusos mencionada arriba concluyó que el 75% fue representado por un defensor de oficio, y el 60% de ellos cambió de abogado por la indiferencia que percibía en su primer defensor (Azaola & Bergman, 2009).

3.3 Reforma de la policía: Fusionar capacidad preventiva e investigativa

Las principales críticas al sistema judicial penal mexicano se centran menos en los jueces y los procedimientos del juzgado que en el cumplimiento de la ley, especialmente los MP y funcionarios de policía.[42] Aunque la mayoría de la atención a las reformas judiciales de 2008 se centra en el cambio en los procedimientos en la sala de audiencias, hay cambios igualmente importantes para las corporaciones policiales y agencias de investigación. Específicamente, las reformas pretenden lograr una mayor integración de la policía en la administración de justicia. Según el sistema tradicional de México, la mayoría de los policías están ostensiblemente dedicados a funciones preventivas y –aparte de arrestar a individuos *in flagrante delicto*– no son considerados un elemento importante para el trabajo de fiscales y jueces. En el nuevo sistema, la policía necesitará desarrollar su capacidad y habilidades para proteger y reunir pruebas para ayudar a los MP, los jueces e incluso los abogados defensores a determinar los hechos de un caso y asegurar que se haga justicia. A medida que la policía adquiere más importancia en las investigaciones y procedimientos penales, es esencial y urgente que sus funcionarios estén adecuadamente

42 Según destacan Zamora et. al. (2006: 359), "Las condenas penales mexicanas son duras, pero la combinación de condenas duras y aplicación 'flexible' dan mucho poder a los policías para conseguir sobornos a cambio de ignorar una infracción, grande o pequeña".

preparados para llevar a cabo sus responsabilidades correctamente. Según las reformas de 2008 en México, la Constitución (Artículo 21, párrafos 1–10) subraya la necesidad de modernizar las fuerzas policiales mexicanas, que ahora se espera que demuestren mayor profesionalismo, objetividad y respeto por los derechos humanos. Aunque las reformas dan un periodo de ocho años para la transición al nuevo sistema contencioso, muchas de las reformas que afectan a la policía han entrado ya en vigor.

El cambio más significativo es que las reformas refuerzan la capacidad investigativa formal de la policía para reunir pruebas e investigar la actividad delictual, en colaboración con el MP. Por ejemplo, en conformidad con el Artículo 21, párrafo 1 de la Constitución mexicana, junto con los fiscales e investigadores, la policía ahora compartirá la responsabilidad de proteger la escena del crimen y reunir evidencia. Esto es importante porque, hasta hace poco, casi el 75% de los 400.000 policías de México carecía de capacidad de investigar; se desplegaban principalmente para patrullar o prevenir el delito, y en general eran eximidos de cualquier responsabilidad para proteger o recolectar pruebas. Dado que las pruebas recolectadas por el agente denunciante es a menudo una herramienta principal para la acusación en otros sistemas judiciales penales, la limitada capacidad de la policía mexicana en este sentido limita gravemente y a veces incluso interfiere con la resolución exitosa de los casos penales.

Las reformas de 2008 abren ahora la puerta a una mayor cooperación policial con los investigadores penales, e incluso a la reorganización de instituciones de seguridad pública para facilitar que las investigaciones policiales sean más efectivas A nivel federal, gracias a la legislación de apoyo aprobada en mayo de 2009, la Procuraduría General de la República (PGR) y la Secretaría de Seguridad Pública (SSP) ya han reorganizado sus respectivas agencias policiales. Según la Ley Orgánica de la Procuradora General de la República, la PGR disolvió la Agencia Federal de Investigaciones (AFI) y creó la nueva Policía Federal Ministerial (PFM). Los agentes de las fuerzas policiales de la PGR ahora tendrán más autoridad para investigar los delitos pero también serán sometidos a pruebas de "confianza" más rigurosas (control de confianza). Por ejemplo, en la nueva legislación se incluyen disposiciones que expanden la capacidad del Subprocurador de Investigación Especializada de Delincuencia Organizada (SIEDO) para que asuma responsabilidad por delitos que normalmente están reservados al fuero común. Este procedimiento,

conocido como "atracción", permitirá –y presumiblemente obligará– al gobierno federal a asumir un rol más importante en la investigación de delitos graves que están más allá de la capacidad de las agencias locales y estatales de cumplimiento de la ley.

Incluso más significativo es que las reformas de 2008 permiten combinar las funciones de prevención del delito e investigación que anteriormente eran realizadas exclusivamente por los policías investigadores o ministeriales, abriendo la puerta para que también los policías preventivos puedan manejar investigaciones. De acuerdo a la legislación de apoyo para estas reformas, la Ley de la Policía Federal de 2009, la SSP reemplazó a la Policía Federal Preventiva (PFP) creando una nueva Policía Federal (PF).[43] La nueva ley efectivamente amplía y concretiza las facultades investigativas de lo que fue anteriormente la PFP, que a pesar de contar con ciertas facultades investigativas –no especificadas claramente– llevaba a cabo una función meramente preventiva. Según la nueva ley, los oficiales de la PF podrán colaborar con la PGR en sus investigaciones, aunque todavía no está claro qué protocolos se desarrollarán al final para gestionar esta coordinación. Otras nuevas funciones incluyen proteger las escenas del crimen, ejecutar órdenes de arresto y procesar las pruebas, todas anteriormente funciones de la AFI.[44] Los agentes de la PF ahora

43 La AFI fue creada mediante decreto presidencial en 2001 para reforzar la capacidad investigativa de la PGR. En ese momento, la AFI reemplazó a la Policía Judicial Federal plagada de corrupción con el fin de permitir un proceso investigativo más profesional, científico e integral que se centraría en las bases operativas de la criminalidad organizada – similar a los objetivos declarados de la nueva PFM. La agencia fue el objeto de críticas en 2005 por acusaciones generalizadas de corrupción y en diciembre de ese año la PGR anunció que casi una quinta parte de sus agentes estaba siendo investigada por supuesto involucramiento en la criminalidad organizada. Los agentes de AFI salieron a las calles en 2009 para exigir a la PGR y al Congreso que no hicieran desaparecer la agencia. Sin embargo, el Congreso apoyó la medida apoyada por la PGR de cerrar la agencia y el Presidente Calderón promulgó dicha ley el 29 de mayo de 2009. Desde la fecha en que la nueva ley entrara en vigencia, la PGR tenía treinta días para limpiar sus listas de personal indeseable. Los ex agentes de la AFI que pasaran los controles toxicológicos, médicos, psicológicos y de antecedentes tendrían prioridad en la nueva agencia (El Economista, 2005; Castillo & Méndez, 2006; El Financiero, 2009).

44 Como se discute abajo, las reformas también otorgan permiso más amplio a las autoridades para controlar comunicaciones por teléfono, satélite e internet en las investigaciones relacionadas con la actividad del crimen organizado, siempre que una orden judicial conceda el correspondiente permiso.

también tienen autorización para operar de forma encubierta con el fin de infiltrar organizaciones criminales.

No está muy claro qué consecuencias tendrán las reformas de 2008 para la investigación de delitos del fuero común a nivel estatal. Sin embargo, se supone que las reformas abrirán la puerta a la participación de fuerzas policiales preventivas estatales y municipales en las investigaciones de delitos. Más aún, a la luz de las reformas de 2008, ya se han presentado propuestas a nivel federal y estatal para fusionar las instituciones policiales estatales y locales, lo que supondrá de hecho el desmantelamiento de la policía municipal. Según el Artículo 115, Sección VII, los gobernadores han tenido desde hace mucho tiempo la facultad de tomar el control de las fuerzas de policía municipal para abordar problemas graves de seguridad pública que afecten a sus estados.[45] Las reformas de 2008 especifican además que la Ley Estatal de Seguridad Pública regulará las fuerzas policiales municipales y las autoridades federales y estatales defienden con cada vez mayor insistencia la eliminación de las fuerzas de policía municipal como una solución para muchos de los problemas de seguridad pública de México.[46] Sin embargo, queda por verse si se logra que la legislación federal pueda obligar a los estados a implementar este modelo.

Otro aspecto de las reformas de 2008 que tiene como fin promover el profesionalismo policial tiene implicaciones controversiales. De acuerdo a las reformas, la policía ahora está sujeta a disposiciones de trabajo especial que dan a los administradores mayor discreción para despedir a personal policial. Específicamente, el Artículo 123 faculta a las autoridades a despedir policías más fácilmente, debilitando las medidas que protegen los derechos laborales. Si bien la modificación del Artículo 123 tiene como

45 Ya existe alguna variación en términos de cómo los estados ejercen el control sobre las fuerzas de policía local: Algunas capitales estatales son protegidas por fuerzas policiales del estado en lugar de las locales (por ejemplo, Morelia), algunos gobernadores de estado designan formalmente a los jefes de la policía local (por ejemplo, Sonora) y el estado de Durango ya ha iniciado los esfuerzos para fusionar todas las agencias policiales municipales y estatales (Cárdenas, L. 2009; Cárdenas, J.M., 2010).

46 Dados los recientes debates sobre reforma de la policía, cabe destacar que el Artículo 115, Sección VII de la Constitución de México, señala que "La policía obedecerá las órdenes del gobernador del Estado, en aquellos casos donde él o ella considere que necesita fuerza adicional o que existe una alteración grave del orden público".

fin permitir que los administradores puedan despedir a funcionarios ineficientes o corruptos, Zepeda (2008) señala que esto podría tener el efecto imprevisto de socavar las protecciones al servicio civil que ayudan a asegurar el desarrollo profesional del funcionario y lo protege de presiones o persecución indebida. La policía ya enfrenta posibilidades de ascenso impredecibles y condiciones de trabajo deplorables, como ilustran los resultados de una encuesta a policías del proyecto "Justiciabarómetro" de la Zona Metropolitana de Guadalajara, la segunda ciudad más grande de México.[47] Esa encuesta concluyó que casi el 70% de los funcionarios sienten que los ascensos no se basan en el mérito y la mayoría (60%) piensa que las conexiones personales permiten hacer carrera en la institución. Si eso ocurre en realidad, las nuevas reformas harán a los agentes de policía incluso más dependientes de los caprichos de sus superiores.

Por último, el mandato para promover el profesionalismo policial ha sido apoyado por recientes esfuerzos del gobierno federal mexicano de aumentar las inversiones en capacitación, equipamiento, infraestructura, estandarización e integridad (control de confianza) para las agencias policiales. Las dos fuentes principales de las subvenciones del gobierno para ayudar a los estados y municipalidades a reforzar los cuerpos de policía son el Subsidio para la Seguridad Pública Municipal (SUBSEMUN) y el Fondo de Aportaciones para la Seguridad Pública (FASP).[48] Ambos fondos han canalizado millones de dólares en asistencia financiera directa para mejorar las agencias de policía a nivel local y estatal, respectivamente. Sin embargo, la efectividad de estos mecanismos de financiación ha

47 Más del 80% de los más de 5.400 participantes en el estudio declararon ganar menos de $10,000 pesos al mes, relativamente poco comparado con otros empleos en el sector público. Más aún, a pesar de las protecciones al servicio civil presentes en la ley, más de dos tercios siente que los procedimientos utilizados por los departamentos de policía para dar aumentos de sueldo y ascensos son injustos y no se basan en los méritos. Muchos funcionarios dicen trabajar un número excesivo de horas (el 70 trabaja más de 50 horas a la semana sin recibir pago de horas extra); una quinta parte de la fuerza informa trabajar turnos extremadamente largos (un turno de 24 horas por cada dos días libres); y el 68% informa tener 30 minutos o menos para comer o descansar (Moloeznik, Shirk & Suárez, 2009).

48 FASP fue anteriormente conocida como los Fondos de Seguridad Pública (FOSEG). Los FASP son también mencionados por un nombre ligeramente diferente: *Fondo de Apoyo en Seguridad Pública* (Otero, 2006).

sido cuestionada, ya que grandes cantidades de dinero han quedado sin gastarse en los últimos años.[49]

Al final, una reforma efectiva de la policía no depende sólo de asignar más recursos a las agencias policiales, sino de introducir nuevos mecanismos de control y contrapeso para la policía y fiscales. En este sentido, el cambio a los procedimientos contenciosos tendrá un impacto importante en el profesionalismo de las agencias de cumplimiento de la ley, porque, el dar más énfasis al debido proceso y los derechos del acusado elevará necesariamente los estándares de desempeño y conducta policial.

3.4 Delincuencia organizada: Entregar nuevas herramientas para combatir a las organizaciones delictuales

Finalmente, las reformas de 2008 también están destinadas especialmente para el crimen organizado, definido de acuerdo con la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional firmada en Palermo, Italia, en el 2000. Esta convención define ampliamente un grupo delictual organizado como "grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o faltas [con sentencia máxima de cuatro o más años en prisión] […] con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material".

En casos que involucran a la delincuencia organizada, la constitución mexicana ha sido modificada para permitir la figura del "arraigo"[50] por un máximo de 40 días sin cargos penales (con la posibilidad de extenderlo por otros 40 días, hasta un total de 80).[51] Con el arraigo, los

49 Por ejemplo, en 2009, el Distrito Federal y los estados de Guanajuato, Jalisco y Quintana Roo no gastaron casi el 90% de los fondos FASP asignados (El Semanario, 2010; Mejía, 2010).

50 Deaton (2012) en este mismo volumen hace un análisis más detallado de esta figura.

51 Actualmente el Código Federal del Procedimiento Penal no ofrece un criterio claro de cómo un juez debería determinar la aplicación del arraigo, o la necesaria carga de la prueba que los fiscales deben corroborar (por ejemplo, causa probable). Como se señala en el Artículo 133 del CFPP, "La autoridad judicial podrá, a petición del Ministerio Público, imponer las medidas cautelares a la persona en contra de quien se prepare el ejercicio de la acción penal, siempre y cuando estas medidas sean necesarias para evitar que el sujeto se sustraiga a la acción de la justicia; la destrucción, alteración

sospechosos pueden ser retenidos en confinamiento solitario y colocados bajo arresto en centros de detención especial creados específicamente para este propósito. Además, con el fin de facilitar la extradición, las reformas también permiten la suspensión de procesos judiciales en casos penales. Los fiscales pueden usar ese periodo de 40 días para interrogar al sospechoso y obtener pruebas para construir el caso de la acusación. Como no se presentan cargos formales, el sospechoso no tiene derecho a representación legal y no es elegible para recibir crédito por el tiempo de arresto si es condenado.

El procedimiento de arraigo fue introducido por primera vez en México en el año 1983 como medida diseñada para combatir la delincuencia organizada. Sin embargo, en 2006 la SCJN dictaminó que el procedimiento era inconstitucional, citando violaciones de los derechos de *habeas corpus* de las personas detenidas sin cargos por un delito penal. Las reformas de 2008 elevaron el procedimiento de arraigo al nivel de disposición constitucional, eliminando así las acusaciones de inconstitucionalidad. Debido a que el arraigo se aplica a los delitos serios, y especialmente al crimen organizado, es usado principalmente por los MP federales. Sin embargo, algunos estados –como Nuevo León– tienen sus propias disposiciones para el uso del arraigo dentro de sus jurisdicciones.[52] Los críticos destacan la tensión inherente de aceptar dicho régimen de custodia excepcional dentro de una sociedad democrática, y el potencial de abusos que puede suponer. Mientras tanto, no está claro con qué alcance, frecuencia y efectividad se haya usado el procedimiento desde 2008, en gran parte porque es difícil de conseguir acceso a información en los casos de arraigo.

Además de los mecanismos especiales para los detenidos sospechosos de criminalidad organizada, las reformas de 2008 también pavimentaron el camino para los nuevos usos de la intercepción de comunicaciones telefónicas y otras herramientas para combatir la delincuencia organizada. Como consecuencia, en el año 2009 se aprobaron nuevos reglamentos de

---

u ocultamiento de pruebas, la intimidación, amenaza o influencia a los testigos del hecho" (Deaton, 2009).

52 Entrevista con el Fiscal Adjunto de Nuevo León el General Javier Enrique Flores Saldívar el 4 de marzo de 2010.

apoyo de la confiscación de bienes (extinción de dominio)[53] para definir las condiciones según las cuales se pueden confiscar bienes en casos relacionados con el tráfico de drogas, tráfico de seres humanos y robo de vehículos (Becerril, & Ballinas, 2009; Villamil, 2009). De acuerdo a la nueva ley, la PGR tiene la discreción de determinar si un sospechoso en particular está involucrado en delincuencia organizada y qué bienes relacionados con esos delitos son elegibles para confiscación.[54]

Más recientemente, en febrero de 2010, el Presidente Felipe Calderón propuso una nueva Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en materia de Secuestros, también conocida como la "Ley Anti Secuestro" (Gómez & Michel, 2010). Además del uso de la intervención de comunicaciones, la ley también propone el uso de operaciones encubiertas para infiltrar las organizaciones delictivas, informantes anónimos, programas de protección de testigo y confiscación de bienes. La ley también aplicaría penas más altas (30 años hasta cadena perpetua) cuando el infractor se hace pasar por funcionario público, o secuestra personas especialmente vulnerables (menores, mujeres embarazadas, personas mayores o personas con discapacidad mental); la pena mínima por un secuestro que derive en la muerte de la víctima sería de 40 años en prisión.[55] La reforma también propone instalaciones especiales de prisión para que los secuestradores cumplan sus sentencias, así como la exigencia de que se coloquen dispositivos de rastreo electrónico a los secuestradores que salen de la cárcel después de cumplir su sentencia.

53 Gutiérrez (2012) en este mismo volumen hace un análisis más detallado de esta figura.

54 Los bienes que sean objeto de esa ley se definen como: instrumentos, objetos, o productos de delitos; aquellos usados para ocultar, disfrazar o transformar los beneficios delictuales; bienes de terceros usados para ayudar en la comisión de delitos; productos propiedad de terceros que la PGR considere que son producto de la actividad delictual. Según la ley, la PGR debe enviar un informe anual al Congreso sobre confiscación de bienes. Más aún, si el juez considera que la confiscación se realizó injustamente los bienes deben ser devueltos con interés en un plazo de seis meses (TBI, 2009a).

55 La reforma contempla penas incluso más duras para funcionarios públicos involucrados en secuestros.

4. IMPLEMENTACIÓN DE LA REFORMA JUDICIAL EN MÉXICO

Como se señaló arriba, un paquete similar de reformas fue propuesto en abril de 2004 por el gobierno del Presidente Fox, pero no consiguió apoyo legislativo. El paquete de reforma de 2008 se basa principalmente en una ley aprobada por la Cámara de Diputados, con algunas modificaciones importantes introducidas por el Senado en diciembre de 2007.[56] El proyecto de ley fue aprobado con amplio apoyo multipartidista en la Cámara de Diputados por 462 de los 468 legisladores presentes, y por una votación de 71–25 en el Senado el 6 de marzo de 2008.[57] Debido a que el paquete de reformas incluía modificaciones constitucionales –incluso la revisión de diez artículos (16–22, 72, 115 y 123)– la aprobación definitiva de las reformas exigía el voto favorable de las 32 legislaturas estatales del país. Las reformas entraron en vigencia con la publicación en el Diario Oficial de la Federación, el 18 de junio de 2008.

El alcance y la escala de los cambios contemplados por las reformas judiciales de 2008 son enormes. Los códigos y procedimientos legales vigentes debían ser drásticamente modificados a nivel federal y estatal; las salas de audiencia debían ser remodeladas y equipadas con sistemas de grabación de video; los jueces, personal del tribunal y leyes debían recibir capacitación; la policía debía ser profesionalizada y preparada para ayudar en las investigaciones delictuales; y los ciudadanos debían ser preparados para entender el propósito y las consecuencias de los nuevos procedimientos. Después que se aprobaron las reformas en 2008, se dio a los gobiernos federales y estatales hasta el 2016 –un periodo de ocho años– para adoptar las reformas.

La Secretaría de Gobernación (SEGOB) preside el Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal

56 Una de las primeras propuestas legislativas de Calderón para modificar el sistema judicial procedía del Diputado Federal Jesús de León Tello, del Partido de Acción Nacional (PAN). Sin embargo, la ley que se convirtió en la base de las reformas de 2008 fue liderada por el presidente de la Comisión de Justicia en la Cámara de Diputados, el anterior gobernador de México y después Diputado Federal César Camacho Quiroz, del Partido Revolucionario Institucional (PRI). Después que la ley fue aprobada por la Cámara de Diputados, el Senado eliminó algunas disposiciones clave (sobre el uso de búsqueda y captura sin una orden) en diciembre de 2007.

57 La Cámara de Diputados tiene 500 miembros y el Senado 128. Los miembros del Partido de la Revolución Democrática (PRD) apoyaron las reformas, aunque este partido fue el más dividido en la votación. (Tobar, 2008).

(CCISJP) compuesto por 11 miembros, que cuenta con la asistencia de una secretaría técnica (SETEC) que supervisa el proceso de reforma dentro de SEGOB.[58] El consejo también cuenta con una representación nominal de la academia y la sociedad civil.[59] Aunque las reformas se aprobaron a mediados de 2008, el CCISJP no fue inaugurado formalmente hasta que se convocó por primera vez en 2009, lo que fue seguido por reuniones adicionales en agosto de 2009 y enero de 2010.[60] Este retraso inicial es atribuible en parte a la muerte del secretario técnico –titular de SETEC– José Luis Santiago Vasconcelos, en un accidente de avión en el Distrito Federal en abril de 2008, junto al entonces Secretario de Gobernación Juan Camilo Mouriño. El nuevo secretario técnico, Felipe Borrego Estrada, fue nombrado en diciembre de 2008.[61]

58 Además de la Secretaría de Gobernación, este consejo incluye a representantes de la Cámara de Diputados, el Senado, la Suprema Corte, la Procuraduría Federal de la República (PGR), la Secretaría de Seguridad Pública (SSP), el Consejo de la Judicatura Federal, la Conferencia Nacional de Secretarios de Seguridad Pública, la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal, la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia (CONATRIB) y la Conferencia Nacional de Procuración de Justicia.

59 El Profesor Miguel Sarre Iguíniz, del Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), fue aprobado como representante académico en enero de 2010. El empresario y activista de ONG Alejandro Martí García, cuyo hijo fue secuestrado y asesinado, fue designado como representante de organizaciones cívicas en el consejo.

60 La reunión inaugural del consejo se realizó el 18 de junio de 2009, un año después de que las reformas fueran aprobadas. El Diputado Carlos Navarro Sugich representó a la Cámara de Diputados, el Senador Mario López Valdez representó al Senado, el Consejero Oscar Vázquez Marín representó al Consejo de la Judicatura Federal, el Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo representó a la Suprema Corte. La segunda y tercera reunión se realizaron el 13 de agosto de 2009 y el 8 de enero de 2010, respectivamente (Secretaría de Gobernación, SETEC, 2012).

61 Al momento del accidente, Santiago Vasconcelos de 51 años, había sido mucho tiempo fiscal federal y se había unido recientemente al equipo del Presidente Calderón como principal asesor jurídico. Como ex fiscal antidrogas, Santiago Vasconcelos fue Subprocurador de Investigación Especializada de Delincuencia Organizada (SIEDO) y fue objeto de frecuentes amenazas mortales. Tras comenzar su servicio con la Procuraduría General en 1993, Santiago Vasconcelos fue nombrado Subprocurador Jurídico y de Asuntos Internacionales en 2007. Santiago Vasconcelos había ayudado a supervisar el drástico aumento en extradiciones transfronterizas, incluso la del jefe del cártel del golfo Osiel Cárdenas. Su sustituto en SETEC, Borrego Estrada, fue miembro del Partido de Acción Nacional (PAN), ejerció de presidente del Tribunal Superior de Justicia de Zacatecas desde 1998 a 2004, al momento de su nombramiento era secretario de la Comisión de Justicia en la Cámara de Diputados y fue representante del PAN en el Comité de la Reforma del Estado (El Universal, Redacción 2008; Milenio, Redacción, 2008).

El papel del CCISJP es: 1) ejercer de enlace entre los varios miembros del consejo y otras entidades que trabajan para promover la reforma judicial, 2) monitorear el progreso realizado en la implementación de las reformas federales a nivel estatal, 3) ofrecer asistencia técnica a los estados que están trabajando para implementar las reformas (por ejemplo, diseño de las salas de audiencias, programas computacionales, etc.), 4) asistir en la capacitación de los operativos del sistema judicial (por ejemplo, jueces, leyes, expertos legales) y 5) gestionar los aspectos administrativos y financieros de la reforma (por ejemplo, orientar las solicitudes de presupuesto al legislativo). Sin embargo, CCISJP enfrenta retos importantes. Como Secretario Técnico para el CCISJP, Borrego tiene una visibilidad sustancial, pero autoridad limitada; un mandato enorme pero recursos insuficientes; un gobierno actual que termina en 2012 y un plazo límite de implementación que termina en 2016. También es importante el problema de los fondos, ya que el compromiso de recursos gubernamentales a nivel federal y estatal probablemente deberá incrementarse de forma importante desde su nivel actual para proporcionar la infraestructura y capacitación adecuadas.[62]

Con estos retos en mente, el objetivo del CCISJP es hacer que se aprueben las reformas en todos los estados mexicanos y se implementen en 19 de las 32 entidades federales (31 estados y el Distrito Federal) para 2012 cuando termine el gobierno actual.[63] A finales de 2010, el CCISJP hizo algunos avances importantes para lograr estos objetivos, incluso el establecimiento de procesos interinstitucionales y reglamentos internos para el CCISJP; esfuerzos para promover la educación e información de la población sobre las reformas, incluida la promoción en los medios de comunicación y una nueva publicación oficial; un paquete de legislación propuesta por el Secretario de Seguridad Pública para unificar los mandos de la policía estatal y local, fue programado para la sesión legislativa de otoño de 2010; un paquete de legislación propuesta por el Secretario de Gobernación para un nuevo Código Federal de Procedimientos Penales (CFPP) se introdujo en la mencionada sesión de 2010 (SETEC, 2012).

62 Un indicador de su poca prioridad de recursos para la implementación de la reforma judicial es que el presupuesto federal de 2009 no incluyó ningún financiamiento para el CCISJP, lo que después exigió una asignación especial para cubrir las actividades de la oficina del secretario técnico.

63 Entrevista con Felipe Borrego Estrada en el Distrito Federal 17 de marzo de 2010.

El nuevo CFPP propuesto extrae elementos del Código Modelo (2008) desarrollado por CONATRIB –compuesto por los presidentes de los tribunales superiores estatales– y por lo tanto se beneficia de la experiencia anterior y el apoyo político en los estados.

Mientras tanto, a nivel estatal, ha habido avances importantes. Es más, seis estados –Chihuahua, Estado de México, Morelos, Oaxaca, Nuevo León y Zacatecas– ya habían adoptado e implementado reformas similares antes de 2008, lo que proporciona precedentes importantes que influyeron en la iniciativa federal. Además de estos, otros estados –como Baja California– ya han tenido un número considerable de juicios penales orales. Varios otros estados, han aprobado pero no han implementado todavía las iniciativas de nivel estatal anteriores a la reforma federal. Algunos otros estados están trabajando actualmente para modificar sus constituciones y códigos penales para adaptarlos a la reforma de 2008. Sin embargo, algunos están retrasados, y no muestran señales importantes de actividad dirigida a adoptar las reformas. Además, con un significante número de elecciones intermedias, incluyendo una elección presidencial en julio del 2012, han existido distracciones políticas importantes que dificultan la puesta en marcha de las iniciativas de reforma. Sin embargo, algunos estados tendrán que acelerar el paso o eventualmente pedir una extensión al actual plazo límite de 2016 para implementar las reformas.[64]

Así, la coordinación entre los poderes e instituciones del gobierno federal ha mejorado significativamente desde mediados de 2009 y los esfuerzos federales para ayudar a los estados también han aumentado con el objetivo de avanzar en la implementación de las reformas. Entre los elementos más importantes de la asistencia federal al nivel estatal está la distribución de 266 millones de pesos en subsidios federales en 2010 para proyectos que promuevan la implementación de las reformas judicial a nivel estatal (un total de 19 estados beneficiados); el desarrollo de un programa de capacitación nacional para el nuevo sistema de justicia penal contencioso y oral coordinado por la CONATRIB; el desarrollo de capacitaciones y materiales coordinados federalmente para fiscales, defensores públicos y jueces, y esfuerzos para apoyar los cambios a los planes de estudio en derecho penal en programas de educación superior; y

64 Ingram (2012) en el presente volumen hace un análisis más preciso de este tema.

una evaluación de desempeño preliminar y cálculo de costos de la reforma judicial a nivel estatal en el estado de Chihuahua.

Hay ciertas esperanzas reales de que las reformas de 2008 sean exitosas. Los que propusieron las reformas al sector judicial de México señalan a transiciones aparentemente efectivas de sistemas inquisitivos a sistemas acusatorios en otros países de América Latina, especialmente Chile.[65] Es más, el gobierno mexicano ha establecido un acuerdo internacional con el gobierno de Chile para compartir experiencias y capacitación para facilitar la transición de México hacia el modelo contencioso de procedimiento penal. La experiencia de Chile parece sugerir que el uso de procedimientos de juicio contencioso y medidas de sentencia alternativas reduce el papeleo, aumenta la eficiencia y ayuda a eliminar la acumulación de casos concentrando los procedimientos de forma que facilitan las decisiones judiciales. Mientras tanto, el énfasis en los derechos –tanto para la víctima como para el acusado - se cree que fortalece el Estado de Derecho, y promueve no sólo "la ley y el orden" sino también la rendición de cuentas del gobierno y el acceso equitativo a la justicia.

No obstante, a pesar de sus muy publicitados beneficios, las reformas judiciales de México ha enfrentado críticas serias y merecidas, tanto de los tradicionalistas como de los defensores de una reforma más sustancial. Algunos se molestaron inicialmente por la percepción de que las reformas estaban siendo activamente promovida por fuerzas foráneas, particularmente de los Estados Unidos (Proceso, Redacción, 2008). En una nota relacionada, dados los preocupantes vacíos y muchas inconsistencias en las mismas reformas, algunos críticos han expresado su preocupación de que la reforma constituya un intento mal diseñado, costoso y potencialmente peligroso de imponer un nuevo modelo sin tomar en consideración las complejidades, matices y beneficios del sistema vigente en México.

Incluso ahora, a pesar del amplio acuerdo de que se requerirán grandes inversiones en el sector judicial, no hay un cálculo concreto estimado de los costos financieros previstos de las reformas sobre los que basar las

65 Chile, por supuesto, tuvo la ventaja de un poder judicial fuerte, bajos niveles de corrupción institucional en el sector judicial (incluso su cuerpo policial nacional) y una economía relativamente fuerte. A pesar de ello, según la encuesta Gallup (2008) mencionada anteriormente, los chilenos calificaron el desempeño de su sistema judicial de forma mucho más crítica que los mexicanos.

asignaciones presupuestarias. Sin embargo, algunos cálculos sugieren que la inversión inicial necesaria para implementar la reforma en los dos estados más exitosos de México supera los $750 millones de pesos para cada uno. Si se hubieran hecho inversiones similares en el sistema anterior, es probable que se hubiesen logrado algunas mejoras significativas. Finalmente, dada la proliferación de los delitos violentos, muchos mexicanos son comprensiblemente reacios a dar más énfasis a la presunción de inocencia y a la libertad en espera de juicio, ya que este enfoque centrado en los derechos puede beneficiar a los delincuentes en detrimento del resto de la sociedad. Las corrientes contra reforma en México expresan la opinión de que los "juicios orales sólo protegen a los delincuentes" (Blake & Bohne, 2009). Para resumir, los críticos tradicionalistas tienden a temer que las reformas judiciales de amplio alcance puedan estar intentando hacer demasiado, demasiado rápido y con demasiados pocos recursos y muy poca preparación, con poca probabilidad de éxito y sin una necesidad real para la drástica reorganización del sistema existente (Pelayo & Solorio, 2010).

Mientras tanto, a otros les preocupa que las reformas no hayan avanzado lo suficiente. A los ojos de algunos críticos, las reformas no abordan en última instancia las grandes debilidades institucionales del sector judicial (Corcoran, 2008). En otros países donde se han implementado reformas similares, como Honduras, los problemas de corrupción y capacidad profesional inadecuada han seguido socavando la administración efectiva de la justicia. Al mismo tiempo, como se señala arriba, las reformas de 2008 introdujeron nuevas medidas que en realidad podrían minar los derechos fundamentales y el debido proceso legal. El uso del arraigo es ampliamente criticado por debilitar los derechos de *habeas corpus* y por crear un "régimen legal excepcional" para personas acusadas de criminalidad organizada.[66] Aunque no son utilizables como prueba en un juicio, las confesiones extraídas con orden de arraigo (sin representación legal) sí pueden presentarse con prueba de apoyo para la acusación formal.[67] También suscita inquietud a los defensores del debido

66 Como argumenta Zepeda (2004), el peor fallo de justicia es cuando el aparato coercitivo de un estado democrático priva a una persona inocente de su libertad: sin cargos formales contra una persona, debería prevalecer la presunción de inocencia.

67 Una inquietud sobre el arraigo es que socava las prohibiciones de tortura incluidas en las reformas. Según Deaton, en este volumen, las autoridades que hacen

proceso la introducción del uso del acuerdo de reducción de pena por juicio abreviado, ya que algunos MP de bajos escrúpulos podrían intentar usar la reducción de pena como forma de presionar a personas inocentes a incriminarse.

Tener derechos firmes para el acusado ayuda a garantizar que el gobierno esté también obligado por la ley y que todos los ciudadanos tenga acceso a la justicia. El respeto de la presunción de inocencia y el debido proceso legal en última instancia impone la carga de la prueba sobre la policía y los fiscales, quienes deben demostrar la credibilidad de sus cargos contra un sospechoso. Sin embargo, en Chile y otros países, las inquietudes sobre la libertad en espera de juicio y el riesgo de fuga del acusado han llevado a retroceder en algunas reformas que otorgaban protecciones importantes para la presunción de inocencia.[68] Dada la proliferación del delito violento, muchos mexicanos son compresiblemente reacios a dar más énfasis a la presunción de inocencia y a la libertad en espera de juicio, ya que este enfoque centrado en los derechos puede beneficiar a los delincuentes en detrimento del resto de la sociedad. Por supuesto, proteger los derechos legales de sospechosos penales suele ser desagradable para la población, y algunas personas pueden haber llegado a la conclusión cínica de que "los juicios orales sólo protegen a los delincuentes" (Blake & Bohne). Como resultado, existe cierta inquietud entre los defensores de la reforma de que las autoridades mexicanas puedan ceder a presiones prácticas y públicas que debiliten los aspectos basados en derechos de las reformas. En resumen, el camino futuro de las reformas judiciales de 2008 en México será largo, difícil y con destino incierto.

---

la detención tienen un incentivo potente para torturar un detenido para conseguir confesiones fraudulentas y de esta forma tener la 'prueba' para presentar cargos contra ellos. No sólo tiene el incentivo, sino que dada la naturaleza secreta del arraigo y la incomunicación de los detenidos, sin acceso adecuado a un abogado, el arraigo es una invitación a la tortura. Es decir, es una invitación para cometer el mismo abuso que la prohibición constitucional de la tortura fue concebida para prevenir. Al respecto también Alcántara (2010).

68 Es más, existe cierta inquietud que los esfuerzos de reforma en Chile no han mostrado tanto progreso como les gustaría a sus defensores. Incluso Chile ha experimentado un movimiento importante de contra reforma que ha retrocedido en aspectos clave (Venegas & Vial, 2008).

5. OBSERVACIONES FINALES: PERSPECTIVAS PARA EL FUTURO

Las recientes reformas al sector judicial de México son mucho más complejas que la simple introducción de "juicios orales". Estas suponen cambios drásticos al procedimiento penal mexicano, mayores protecciones al debido proceso, nuevos roles para los agentes del sistema judicial y medidas más duras contra la delincuencia organizada. Sus defensores esperan que las reformas traigan mayor transparencia, rendición de cuentas y eficiencia al decaído sistema judicial de México. Sin embargo, las recientes reformas de ningún modo garantizan que México superará sus problemas actuales y desarrollará un mejor sistema de justicia penal. Si este esfuerzo para reformar el sistema de justifica penal será efectivo o no, puede depender menos de estos cambios procedimentales que de los esfuerzos para abordar otros problemas de larga data mediante el apuntalamiento de instituciones débiles y corruptas.

El legado definitivo de las reformas dependerá en gran medida de cómo son implementadas y por quién. Se requerirá hacer enormes inversiones en la capacitación y supervisión profesional de los cerca de 40.000 abogados en ejercicio, muchos de los cuales operarán dentro del nuevo marco legal del sistema de justicia penal.[69] Lograr que la profesión legal cumpla estos estándares más altos requerirá una revisión importante de los requerimientos educacionales, mayor énfasis en la verificación de antecedentes y formación continua para ejercer la profesión, mejores mecanismos para sancionar a los abogados deshonestos e inescrupulosos, y colegios de abogados mucho más fuertes y activos.[70] Al mismo tiempo, se ha dado a los más de 400.000 funcionarios policiales, estatales y locales

69 Como no hay obligación de que los abogados sean miembros activos de colegios de abogados o deban registrarse para ejercer su profesión, no se conoce el número total de abogados en ejercicio. Fix Fierro (Fix & Jiménez eds., 1997) calcula que esta cifra está alrededor de los 40.000, pero no hay indicación clara de cuántos de ellos trabajan en derecho penal. Fix Fierro sugiere que, dada la proliferación de facultades de derecho mexicanas en los últimos años, la profesión legal sufre de un problema de cantidad sobre calidad.

70 Son necesarias iniciativas para promover el profesionalismo entre abogados, ya que los abogados serán responsables principales del "control de calidad" en el sistema de justicia penal de México. Aunque México ha adoptado recientemente un nuevo código ético, los abogados mexicanos no están obligados a cursar estudios de posgrado, superar un examen de certificación, ser miembros activos de un colegio profesional de abogados o buscar formación continua para ejercer el derecho. Todos estos son

un papel mucho más importante para promover la administración de justicia. Si van a transformarse en una fuerza policial profesional, democrática y orientada a la comunidad, necesitarán ser apropiadamente verificados, cumplir mayores estándares de rendición de cuentas, recibir la capacitación y equipo necesarios para hacer su trabajo y ser tratados como los profesionales que se espera que sean.

Desde una perspectiva comparativa, cabe destacar que en los Estados Unidos se hicieron varias reformas clave para profesionalizar la administración de justicia y promover un sistema de justicia penal basado en derecho que sólo entró en vigencia en la posguerra. Alrededor de la misma época, se desarrollaron esporádicamente y a lo largo de varias décadas los estándares profesionales y mecanismos de control para los actores del sistema judicial estadounidense. En las décadas de 1960 y 1970, Estados Unidos estableció disposiciones clave para asegurar el acceso a una defensa legal con financiamiento público (1963 *Gideon v. Wainwright*), el debido proceso para los acusados de un delito (1967 *Miranda v. Arizona*) y otros estándares y prácticas para promover una policía "profesional". En efecto, esta revolución del debido proceso –así como otros cambios en la profesión– ayudó a elevar el nivel de la policía, fiscales y defensores públicos, promoviendo así el perfeccionamiento general del sistema de justicia penal de Estados Unidos.[71]

Más aún, fue necesario al menos una generación y grandes inversiones especiíficas para profesionalizar realmente el cumplimento de la ley y los sectores judiciales de los Estados Unidos. La Ley de Calles Seguras (*Safe Streets Act*) de 1968 establecía la creación de una Agencia Administradora de Asistencia al Cumplimiento de la Ley (*Law Enforcement Assistance*

---

elementos de un profesionalismo legal que se desarrolló gradualmente y de manera un tanto *ad hoc* en los Estados Unidos, y mayoritariamente después de la guerra.

71 Al mismo tiempo, los abogados creaban nuevos estándares profesionales para el ejercicio , incluso su Código Ético Modelo (*Model Code of Ethics*) desarrollado inicialmente por el Colegio de Abogados de Estados Unidos (*American Bar Association*, o ABA) en 1969 y usado en la mayoría de los estados. Este código fue precedido por el Canon de Etica Profesional (*Canons of Professional Ethics*) de 1908. Una Comisión de Evaluación de Estándares Profesionales de ABA fue designada en 1977, y la ABA desarrolló su Reglamento de Conducta Profesional Modelo (*Model Rules of Professional Conduct*) en 1983. Sólo un estado, California, no se adhiere formalmente al reglamento modelo, pero sí tiene su propio reglamento de conducta profesional (ABA, 2012).

Administration, LEAA), que ayudó a financiar programas educativos para la justicia penal. La LEAA también apoyó la investigación en el sector judicial a través del Instituto Nacional de Cumplimiento de la Ley y Justicia Penal (*National Institute of Law Enforcement and Criminal Justice*), el precursor del Instituto Nacional de Justicia (*National Institute of Justice*). Probablemente México necesitará hacer inversiones de cantidad similar en el sector judicial y necesitará un horizonte de tiempo a largo plazo similar para progresar.

Un posible acelerador para México es que muchas organizaciones nacionales e internacionales han estado trabajando activamente para ayudar a esta transformación. El Fondo Nacional para el Fortalecimiento y Modernización de la Impartición de la Justicia (Fondo Jurica) ha patrocinado el desarrollo del código de procedimiento modelo y nuevos programas de formación. Mientras tanto, las agencias gubernamentales y asociaciones profesionales no gubernamentales de Estados Unidos han ofrecido varias formas de ayuda, incluso la asistencia financiera y la capacitación legal. Particularmente, la Iniciativa Estado de Derecho del Colegio de Abogados Estadounidense (*Rule of Law Initiative of the American Bar Association),* el Centro Nacional para los Tribunales Estatales (*National Center for State Courts*) y varias agencias de consultoría financiadas por el gobierno de Estados Unidos, como *Management Systems International,* también han trabajado para promover la reforma y ofrecer capacitación y asistencia. Ejemplo de esto también es que, entre 2007 y 2008, el Proyecto Justicia en México (*Justice in Mexico Project, JMP*) de la Universidad de San Diego (University of San Diego, USD) organizó una serie de nueve etapas de foros realizados en México y los Estados Unidos en colaboración con el Centro de Investigación para el Desarrollo, A.C. (CIDAC), para fomentar el análisis y dialogo público sobre la reforma judicial.[72] Además, de 2009 a 2012, JMP también colaboró para crear un programa de educación jurídica binacional entre USD y la Universidad Autónoma de Baja California (UABC) con el apoyo del programa de

72 Esta serie de foros, conocidos como "Justice Network/*Red de Justicia*", reunió a cientos de estudiantes de derecho de EE.U.U. y México, profesionales del derecho, empresarios, académicos, periodistas y representantes de ONG en Aguascalientes (Septiembre de 2007), Baja California (mayo de 2007), Chihuahua (marzo de 2008), Coahuila (marzo de 2007), Jalisco (julio de 2007), Nuevo León (enero de 2008), Oaxaca (noviembre de 2007) y Zacatecas (septiembre de 2007).

cooperación Educación Superior para el Desarrollo (Higher Education for Development, HED) con fondos de la Agencia de los Estados Unidos para la Desarrollo Internacional (U.S. Agency for Internacional Development, USAID). De hecho, este volumen es uno de los resultados de aquel esfuerzo.

De importancia esencial para todos estos esfuerzos será el desarrollo de un sistema de medición cuantitativa y cualitativa para evaluar el desempeño real del nuevo sistema. ¿Se manejan los casos de forma más eficiente con el sistema de justicia penal actual que con el sistema anterior? ¿Quedan satisfechas las partes cuando sus casos son resueltos a través de la mediación? ¿Han demostrado los policías, fiscales, defensores públicos y jueces mejoras significativas en su capacidad y entrega de servicios? ¿Prepara adecuadamente el nuevo sistema de justicia penal a los convictos (y las comunidades) para su reintegración final en la sociedad? Desgraciadamente hay pocos indicadores de referencia adecuados disponibles que permitan contestar muchas de estas preguntas.[73]

No debe subestimarse la enormidad de los retos que enfrenta el sector judicial de México. México está trabajando para hacer importantes avances en un periodo de tiempo relativamente corto, para alterar radicalmente cientos de años de tradición legal única e independiente en menos de una década. La realidad es que el esfuerzo de reforma tomará décadas, requerirá enormes recursos y esfuerzos y tendrá mucho de ensayo y error. Más aún, dados los cambios drásticos propuestos, habrá una resistencia significativa y legitima a ciertos aspectos de las reformas. Para abordar estos problemas, México puede ciertamente mirar y aprender de lo positivo y negativo de las experiencias de otros países latinoamericanos que han adoptado reformas legales en los años recientes (por ejemplo, Chile, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Honduras y Venezuela). Sin embargo, al igual que México, el modelo de justicia penal mexicano es bastante singular. Cualquier esfuerzo por cambiar el sistema mexicano sin duda seguirá su propio curso, a su propio ritmo y algunas veces con resultados inesperados. Al final, el éxito de estos esfuerzos recae sobre

73 Los recientes esfuerzos del JMP de entrevistar abogados y policías a través de un instrumento conocido como "Justiciabarómetro" constituye uno de las primeras encuestas independientes sobre el perfil, capacidad operativa y opiniones profesionales de los actores del sistema judicial. Sin embargo, se necesitan urgentemente otros indicadores de procesos para medir las consecuencias reales de las reformas.

los hombros de una nueva generación de ciudadanos y profesionales dentro del sistema de justicia penal, que serán tanto los agentes como los beneficiarios de las actuales reformas al sector judicial de México.

REFERENCIAS

ALCÁNTARA, L. (2006). Naciones Unidas urge a desaparecer la figura del arraigo. *El Universal*, 1 de diciembre.

American Bar Association (ABA) (2012) [online]. Disponible en <http://www.americanbar.org/aba.html>

ARTEAGA Botello, N. & López Rivera, A. (1998). *Policía y corrupción : el caso de un municipio de México*. México: Plaza y Valdés.

AZAOLA, E. & Bergman M. (2007). *The Mexican Prison System: Reforming the Administration of Justice in Mexico*. W. A. Cornelius and D. A. Shirk. Southbend, IL; La Jolla, CA: Notre Dame Press; Center for U.S.-Mexican Studies.

_____(2009). *Delincuencia, marginalidad y desempeño institucional: Resultados de la tercera encuesta a población en reclusión en el Distrito Federal y el Estado de México*. México: Centro de Investigación y Docencia Económicas.

AZAOLA Garrido, E. (1990). *La institución correccional en México: Una mirada extraviada*. México: Siglo Veintiuno.

BAILEY, J. J. & Chabat, J. Eds. (2001). *Transnational Crime and Public Security: Challenges to Mexico and the United States*. La Jolla, Center for U.S.-Mexican Studies.

BAILEY, J. J. & Godson, R. (2000). *Organized Crime and Democratic Governability: Mexico and the U.S.-Mexican Borderlands.* Pittsburgh: University of Pittsburgh Press.

BLAKE, N.J. & Bohne K.B. (2009). *The Judicial System in Mexico (Part 3)*. Open Democracy.

BECERRIL, A. & Ballinas V. (2009). Aprueban la ley de extinción de dominio. *La Jornada*, 3 de abril.

BEER, C. C. (2006). Judicial Performance and the Rule of Law in the Mexican States. *Latin American Politics and Society* 48(3): 33–61.

BEGNÉ Guerra, A. (1995). La reforma del poder judicial federal. *Nexos,* 18(205): 16–18.

BIGGAR, N. (2003). *Burying the Past: Making Peace and Doing Justice After Civil Conflict*. Washington, D.C.: Georgetown University Press.

CÁRDENAS, J. M. (2010). En marcha, la unificación de corporaciones. *El Siglo de Durango*, 22 de febrero.

CÁRDENAS, L. (2009). Útil y factible la unificación de todas las policías: Andriano Morales. *El Sol de Durango*, 10 de noviembre.

CASTILLO, G. & Mendez A. (2006). Con la restructuración de la PGR inicia la reforma del sistema de seguridad. *La Jornada,* 26 de diciembre.

CIUDADANO, J. (2006). La propuesta Carbonell. *Reforma*. 28 de marzo.

Comisión Nacional de Derechos Humanos (2008). *Segundo informe especial de la Comisión Nacional de Derechos Humanos sobre el ejercicio efectivo del derecho fundamental a la seguridad pública en nuestro país*. Mexico: Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH).

Consulta Mitofsky (2010). Economía, gobierno y política. México. Disponible en <www.consultamitofsky.com.mx>.

CORCORAN, P. (2008). Corruption could be undoing of Mexico's Judicial Reforms. *Mexidata*, 17 de marzo.

CORNELIUS, W.A. & Shirk, D.A. (2007). *Reforming the Administration of Justice in Mexico*. Notre Dame, Ind.; San Diego: University of Notre Dame Press; Center for U.S.-Mexican Studies, University of California.

CUMARASWAMY, D.P. (2002). Independence of the Judiciary, Administration of Justice, Impunity: Report on the Mission to Mexico. *Report of the Special Rapporteur on the Independence of Judges and Lawyers*. Economic and Social Council of the United Nations. Submitted in accordance with Commission on Human Rights resolution 2001/39.

DAVIS, D. E. (2006). Undermining the Rule of Law: Democratization and the Dark Side of Police Reform in Mexico. *Latin American Politics and Society* 48(Number 1): 55–86.

_____ (2008). Who Polices the Police? The Challenges of Accountability in Democratic Mexico. *Policing Developing Democracies.* M. S. Hinton, Newburn, Tim Taylor and Francis.

DEATON, J. (2010). *Arraigo and the Fight Against Organized Crime in Mexico*. Working paper presented at the NDIC-TBI Bi-national Security Conference hosted at the University of Guadalajara, Trans-Border Institute (University of San Diego); Strategic Intelligence Program (National Defense Intelligence College).

Diario de Yucatán (2009). Reos federales iniciaron el motín en Durango, *Diario de Yucatán* (15 de agosto).

DOMINGO, P. (1996). *Rule of Law, Citizenship and Access to Justice in Mexico.* México: Centro de Investigación y Docencia Económicas, División de Estudios Políticos.

_____(2000). Judicial independence: The Politics of the Supreme Court in Mexico. *Journal of Latin American Studies* 32: 705–735.

_____(2004). Judicialization of Politics or Politicization of the Judiciary? Recent Trends in Latin America. *Democratization,* Vol. 11(Issue 1, February: 104–127).

DOMINGO, P. & R. Sieder (2001). *The Rule of Law in Latin America: The International Promotion of Judicial Reform*. London: University of London, Institute of Latin American Studies.

DONNELLY, R. & Shirk D. (2009). *Police and Public Security in Mexico*. San Diego: Trans-Border Institute.

El Economista (2005). AFI, entre la corrupción y la eficacia. *El Economista,* 6 de diciembre.

El Informador (2010). Discutirá Senado propuesta de Ley Antisecuestro. *Informador*, 18 de febrero.

El Financiero (2009). Desaparece la AFI. *El Financiero*. 29 de mayo.

El Porvenir (2006). Necesaria la reforma judicial: Azuela. *El Porvenir*, 27 de noviembre.

El Semanario, Agencia (2010). Chihuahua ocupa 4º lugar en recibir apoyo del FASP. *El Semanario Sin Límites*, 19 de febrero.

El Universal (2008). Perfil de José Luis Santiago Vasconcelos. *El Universal*, 5 de noviembre.

FIERRO, L. A. (2007). Dictan primera sentencia en juicio oral. *El Diario de Chihuahua*, 18 de Julio.

FINKEL, J. S. (2008). *Judicial Reform as Political Insurance: Argentina, Peru, and Mexico in the 1990s*. Notre Dame, Ind.: University of Notre Dame Press.

FIX Fierro, H. & Jiménez Gómez, J. R. Eds. (1997). La administración de la justicia en México. *Revista AMEINAPE.* Querétaro: Asociación Mexicana de Egresados del INAP de España, A.C.

FIX-ZAMUDIO, H. (1986). *Los problemas contemporáneos del poder judicial.* México: Universidad Nacional Autónoma de México, Coordinación de Humanidades.

FIX-ZAMUDIO, H. & Cossío Díaz, J.R. (1996). *El poder judicial en el ordenamiento mexicano*. México: Fondo de Cultura Económica.

FLORES Pérez, C. A. (2010). De falacias que no lo parecen y mitos que no lo son. *Este País*, Enero-Febrero, 4 de febrero.

FULLERTON Joireman, S. (2002). Inherited Legal Systems and Effective Rule of Law: Africa and the Colonial Legacy. *Journal of Modern African Studies,* 39(4): 571–596.

GÓMEZ, R. & Michel E. (2010). FCH envía propuesta de ley antisecuestro. *El Universal*, 18 de febrero.

GONZALEZ Placencia, L., Negrete Sansores, L. et al. (2005). *Análisis técnico de la propuesta de reforma al sistema de justicia mexicano*. La Jolla, México: Instituto de Investigaciones Legislativas del Senado de la República (IILSEN), Center for U.S.-Mexican Studies.

H. BRINGAS, A. & Roldán Quiñones, L. F. (1998). *Las cárceles mexicanas : una revisión de la realidad penitenciaria*. México: Grijalbo.

HAMMERGREN, L.A. (2007). *Envisioning reform: Improving Judicial Performance in Latin America.* Pennsylvania: Pennsylvania State University Press.

HERNÁNDEZ Forcada, R. & Lugo Garfias, M.E. (2004). *Algunas notas sobre la tortura en México*. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos.

HILBINK, L. (2007). *Judges Beyond Politics in Democracy and Dictatorship: Lessons from Chile*. New York: Cambridge University Press.

Human Rights First (2001). *Legalized Injustice: Mexican Criminal Procedure and Human Rights*. New York, Human Rights First.

Human Rights Watch (2009). *Country Summary: Mexico*. New York: Human Rights Watch.

ICESI (2009). Encuesta Nacional Sobre la Inseguridad (ENSI). México: Instituto de Estudios Sobre la Inseguridad (ICESI).

INCLÁN Oseguera, S. (2004). *Judicial Reform and Democratization: Mexico in the 1990s*. XVI. Boston: Boston University.

INCLÁN Oseguera, S. (2009). Judicial Reform in Mexico: Political Insurance or the Search for Political Legitimacy? *Political Research Quarterly* 62(4): 753 –766.

International Rehabilitation Council for Torture Victims (IRCT) (2006). *Country Assessment Report: Mexico*. Copenhagen, Denmark: International Rehabilitation Council for Torture Victims (IRCT).

JARQUÍN, E. & Carillo Florez, F.(1998). *Justice Delayed: Judicial Reform in Latin America*. Inter-American Development Bank.

JENSEN, E. G. and T. C. Heller (2003). *Beyond Common Knowledge: Empirical Approaches to the Rule of Law*. Stanford: Stanford Law and Politics.

Justice in Mexico Project (JMP) (2008). Tijuana prison riots kill at least 23 people. *Justice in Mexico News Report*. San Diego: Trans-Border Institute (September).

_____(2009a). Mexican Senate Approves Asset-Forfeiture Law for Properties Related to Organized Crime. *Justice in Mexico News Report*. San Diego: Trans-Border Institute (April).

_____(2009b) "20 Dead After Riot in Durango Prison; 2 Escape from Sinaloa Prison." *Justice in Mexico News Report*. San Diego: Trans-Border Institute (June).

_____(2012) "*Ejecuciones* remain lower in 2012 in most states amidst continued demonstrations of violence." *Justice in Mexico News Monitor*. San Diego: Trans-Border Institute (July).

LARA Klahr, M. (2008). *Prisión sin condena*. Mexico: Debate, Random House Mondadori.

LUHNOW, D. (2009). Presumption of Guilt. *Wall Street Journal*. New York.

MAGALONI, B. (2003). Authoritarianism, Democracy and the Supreme Court: Horizontal Exchange and the Rule of Law in Mexico. *Democratic Accountability in Latin America*. S. Mainwaring and C. Welna. Oxford, Oxford University Press.

MANGIS, D. & Szmania S. (2008). *Oral Trials in the Mexican Legal System: Communicating 'Transparency' in a Legal Bureaucracy. International Communication Association Conference*. Montreal, Quebec: All Academic.

MÁRQUEZ-CARRASQUILLO, L. M. & Shirk D. A. (2008). *State Level Justice Reform Initiatives in Mexico*. San Diego: Trans-Border Institute.

MEJÍA, G. (2010). Firman estados convenio para fondo de seguridad. *El Universal*, 28 de febrero.

MELGAR Adalid, M. (1995). *Reformas al poder judicial*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Coordinación de Humanidades.

MÉNDEZ, J. E., O'Donnell, G. A., et al. (1999). *The (Un)rule of Law and the Underprivileged in Latin America*. Notre Dame, Ind.: University of Notre Dame Press.

Milenio (2008). Se encargará Borrego Estrada de la reforma penal. Milenio.

MOLOEZNIK, M.P., Shirk, D. & Suárez, M.E. (2009). Justiciabarómetro: Zona Metropolitana de Guadalajara. San Diego, Trans-Border Institute.

NAVAL, C. (2006). *Irregularities, Abuses of Power, and Ill-treatment in the Federal District: The Relation Between Police and Ministerio Público Agents, and the Population*. México: Fundar, Centre for Analysis and Research.

Notimex (2010). Admite Senado Ley Antisecuestro de Calderón. *Excelsior*. Mexico City.

OTERO, S. (2006). Destinarán 2 mil 100 mdp para combatir narcomenudeo. *El Universal*, 18 de abril.

PELAYO, M.C. & Solorio, D. (2010). La justicia penal que viene. El caso Baja California. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. XLIII, núm. 127, enero–abril: 347–357. México: UNAM.

PRILLAMAN, W. C. (2000). *The Judiciary and Democratic Decay in Latin America: Declining Confidence in the Rule of Law*. Westport: Praeger.

Proceso (2008). Reforma judicial con sello gringo. *Proceso*, 17 de febrero.

RAPHAEL, S. & Stoll, M.A. (2009). *Do Prisons Make Us Safer?: The Benefits and Costs of the Prison Boom*. New York: Russell Sage Foundation.

RAY, J. (2008). Mexico's Citizens Ready for Improved Justice System. Gallup.

Reforma (2006). Urgen a reformar sistema de justicia. *Reforma*, 17 de noviembre.

MOLZAHN C., V. Ríos, & D. Shirk. (2012). *Drug Violence in Mexico: Data and Analysis Through 2011*. San Diego, Trans-Border Institute.

SALAZAR, C. (2006). Proponen limitar prisión preventiva. *Reforma*, 26 de noviembre.

SCHATZ, S., H. Concha, y A. Magaloni. (2007). The Mexican Judicial System: Continuity and Change in a Period of Democratic Consolidation. *Reforming the Administration of Justice in Mexico*. W. A. Cornelius and D. A. Shirk. South Bend, IN; San Diego, CA, University of Notre Dame Press; Center for U.S.-Mexican Studies, University of California-San Diego: 197–224.

SETEC (2009). *Primera Sesión del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal*. México: Secretaría de Gobernación, Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal (SETEC).

_____(2010). Informe de la situación de la reforma en 13 entidades federativas. México: Secretaría de Gobernación, Secretaría Técnica del

Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal (SETEC).

_____(2010). *Tercera Sesión del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal*. México: Secretaría de Gobernación, Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal (SETEC).

SHIRK, D. A. (2010). *Drug Violence in Mexico: Data and Analysis from 2001–2009*. San Diego, Trans-Border Institute.

_____(2011). Criminal Justice Reform in Mexico: An Overview. Mexican Law Review. January–June 2011. Volume III, Number 2.

SHIRK, D. A. & Ríos Cázares, A. (2007). Introduction: Reforming the Administration of Justice in Mexico. *Reforming the Administration of Justice in Mexico*. W. A. Cornelius and D. A. Shirk. Notre Dame; La Jolla: University of Notre Dame Press; Center for U.S.-Mexican Studies.

SPECKMAN Guerra, E. (2007). Justice Reform and Legal Opinion: The Mexican Criminal Codes of 1871, 1929, and 1931. *Reforming the Administration of Justice in Mexico*. W. A. Cornelius and D. A. Shirk. Notre Dame, Ind.; San Diego: University of Notre Dame Press; Center for U.S.-Mexican Studies.

TOBAR, H. (2008). Judicial Overhaul in Mexico. *Los Angeles Times*. Los Angeles.

TRAINUM, J. (2010). A Safety Net for the Innocent. *The Washington Post*. Washington, D.C: (28 de marzo).

UILDRIKS, N., Ed. (2009). *Policing insecurity : police reform, security, and human rights in Latin America*. Lanham, MD, Lexington Books.

UNGAR, M. (2001). *Elusive Reform: Democracy and the Rule of Law in Latin America*. Boulder, CO: Lynne Reinner.

VALLS Hernández, S. A. (2008). El juez de control en México. *Milenio*, 9 de diciembre.

VANDERWOOD, P. J. (1970). *Rurales: Mexico's Rural Police Force, 1861–1914*. Austin, University of Texas.

_____(1992). *Disorder and Progress: Bandits, Police, and Mexican Development*. Wilmington, Del., SR Books.

VARENIK, R. O. (2003). Exploring Roads to Police Reform: Six Recommendations. *Reforming the Administration of Justice in Mexico*. Center for U.S.-Mexican Studies, eScholarship Repository.

VENEGAS, V. & Vial, L. (2008). Boomerang: Seeking to Reform Pretrial Detention Practices in Chile. *Justice Initiatives,* Spring.

VILLAMIL, J. (2009). Ley de extinción de dominio, apenas la primera prueba. *Proceso*, 3 de abril.

YÁÑEZ R, J. A. (1999). *Policía mexicana: cultura política, (in)seguridad y órden público en el gobierno del Distrito Federal, 1821–1876.* México: Universidad Autónoma Metropolitana, Plaza y Valdés Editores.

ZAMORA, S., Cossío, J. R. et al. (2005). *Mexican Law*. Oxford; New York: Oxford University Press.

ZEPEDA Lecuona, G. (2004). *Crimen sin castigo: Procuración de justicia penal y ministerio público en México*. Mexico, D.F: Centro de Investigación Para el Desarrollo, A.C., Fondo de Cultura Económica.

ZEPEDA Lecuona, G. (2007). Criminal Investigation and the Subversion of the Principles of the Justice System in Mexico. *Reforming the Administration of Justice in Mexico*. W. A. Cornelius and D. A. Shirk. Notre Dame; La Jolla, University of Notre Dame Press; Center for U.S.-Mexican Studies.

ZEPEDA Lecuona, G. (2008). La reforma constitucional en materia penal de junio de 2008: Claroscuros de una oportunidad histórica para transformar el sistema penal mexicano. *Análisis plural*, No. 3.

El nuevo sistema de justicia penal acusatorio en México

Análisis descriptivo de la reforma constitucional de 2008

*Octavio Rodríguez Ferreira**

1. CONSIDERACIONES INICIALES

Mediante un decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación (DOF) en fecha 18 de junio de 2008 (DOF, 2008a: 3–11), entró en vigor una reforma constitucional en materia de seguridad pública, justicia penal y delincuencia organizada, que instaura en México el nuevo sistema de justicia penal acusatorio. Esta reforma, quizá la más importante desde la promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) de 1917 (Zepeda, 2008), tiene como objetivo repensar los fundamentos del sistema de justicia penal y seguridad pública en el país, con la finalidad principal de establecer un sistema procesal estrictamente acusatorio, buscando la profesionalización del Estado en labores de procuración y administración de justicia, así como en la ejecución de penas y medidas de seguridad, todo esto encaminado a solucionar el problema de seguridad pública y enfrentar de manera institucional a la delincuencia, en especial la organizada.

Como es sabido, esta reforma ha recorrido un largo camino y se ha mantenido en constante discusión desde hace varios años mientras se ha

* Coordinador del Programa de Seguridad Pública y Estado de Derecho y Coordinador del Proyecto Justicia en México (*Justice in Mexico Project*, [JMP], www.justiceinmexico.org), dentro del *Trans-Border Institute* (TBI) de la Universidad de San Diego. Es licenciado en Derecho y doctorante por la Universidad Panamericana y ha realizado estudios sobre derecho procesal y derechos humanos en diversas instituciones.

ido nutriendo de cambios al sistema jurídico (Ingram & Shirk, 2010: 8–9). La reforma en concreto viene, además, a elevar a rango constitucional federal el sistema de justicia penal acusatorio que había sido ya previamente establecido en otras entidades de la república[1]. Con esto, se pretende homologar los sistemas estatales de las entidades que aún no hayan iniciado la transición, así como el sistema federal. En este sentido el DOF (2008a) establece en su segundo artículo transitorio:

> El sistema procesal penal acusatorio previsto en los artículos 16, párrafos segundo y decimotercero; 17, párrafos tercero, cuarto y sexto; 19; 20 y 21, párrafo séptimo, de la Constitución, entrará en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin exceder el plazo de ocho años, contado a partir del día siguiente de la publicación de este Decreto.
>
> En consecuencia, la Federación, los Estados y el Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, deberán expedir y poner en vigor las modificaciones u ordenamientos legales que sean necesarios a fin de incorporar el sistema procesal penal acusatorio. La Federación, los Estados y el Distrito Federal adoptarán el sistema penal acusatorio en la modalidad que determinen, sea regional o por tipo de delito.

Esta reforma ha suscitado mucha discusión en diversos círculos, especialmente en el de los operadores del derecho, principales artífices de la justicia penal, es decir, abogados, defensores públicos, agentes del ministerio publico (MP) y jueces. Desde cada perspectiva se han generado opiniones por demás diversas, algunas alabando la implementación y

1 Algunos estados adoptaron el proceso acusatorio *antes* de la reforma federal de 2008. Tales son los casos de Chihuahua, Nuevo León y Oaxaca (Ingram & Shirk, 2010: 8). Según lo dispuesto en los artículos transitorios del decreto para la entrada en vigor de la reforma (DOF, 2008a), en las entidades federativas en las que ya se hubieren incorporado las reformas son plenamente válidas todas las actuaciones procesales practicadas con anterioridad a la reforma federal, independientemente de la fecha en que los ordenamientos respectivos de las diferentes entidades hayan entrado en vigor (Art. Segundo). En dichos casos, los procedimientos penales iniciados con anterioridad deberán ser concluidos conforme a las disposiciones vigentes con anterioridad a la reforma (Art. Tercero). Dentro de este mismo volumen, Ingram (2012) hace un análisis más detallado del avance de las reformas a nivel estatal.

otras pronosticando el fracaso del nuevo sistema, algunas otras, incluso entre los mismos defensores de la reforma, aportando puntos de crítica relevantes para la consolidación y éxito del nuevo esquema.

La percepción del sistema, al menos dentro de sus partidarios, es que se contribuirá un estado más democrático de derecho, gracias a una mayor transparencia, rendición de cuentas y debido proceso en el sector de justicia penal (Ingram & Shirk, 2010: 1). Se ha acrecentado un optimismo por acelerar el proceso, garantizar el derecho del acusado a permanecer libre durante el juicio –que es quizás uno de los temas más escabrosos de la reforma– y el reconocimiento de inocencia en todas las fases del proceso hasta la sentencia, previsiones que, aunque existían previamente en el texto constitucional, nunca lograron una cristalización efectiva. En suma, podríamos decir que el rasgo más atractivo de la reforma viene del lado de la reducción de los tiempos y la eficiencia del proceso.

A su vez, los derechos del debido proceso se muestran, al menos en el papel y en los aún exiguos ejemplos prácticos, con mayor protección y garantía; nos referimos a las prerrogativas de una defensa adecuada, la valoración y contradicción de pruebas, el llamado *cross-examination*[2] de los testigos, la posibilidad de enfrentar la acusación en un proceso entre iguales ante un juez imparcial, por mencionar sólo algunos. Lo anterior, viene aunado a la pérdida de poderes fácticos del MP durante la fase de averiguación previa o investigación, la posibilidad de tener a varios jueces conociendo de la causa en distintas etapas y la prohibición de las entrevistas *ex parte*.[3]

Sin embargo, los críticos señalan que las reformas tratan de lograr mucho en muy poco tiempo, que contienen características abiertamente contradictorias y que no serán capaces de hacer frente al problema de corrupción institucionalizada (Ingram & Shirk, 2010: 1).

Hay una opinión que parece reinar en el inconsciente popular, e incluso así la perciben algunos juristas: la que afirma que se ha adoptado

2 Acción que realiza la parte contraria a quien ofreció una testimonial, de preguntar durante la audiencia al testigo con el objeto de desacreditar o desestimar su dicho (Garner, 2004: 405). Su traducción al español sería "repregunta" o "repreguntar". El Código Modelo y el proyecto del Código Penal Federal lo refieren de esa forma aunque también se le conoce como "contra interrogatorio" o "contra examen" (Benavente, 2010: 280).

3 Que la actuación se lleva a cabo con una de las partes solamente, sin notificar ni dar oportunidad a la otra de presenciar y argumentar (Garner, 2004: 616).

un sistema procesal importado de otro u otros países que será aplicado tal cual en nuestro derecho.[4] Mucho se ha repetido en el sentido de que esta reforma es un intento por homologar en cierta forma el sistema mexicano con el estadounidense, y no sólo eso, sino que se ha percibido como una imposición de los Estados Unidos a México.[5] Esto viene a caer en esa vieja relación de dependencia y rechazo cultural simultáneos que orilla a muchos a desacreditar la oralidad de los procesos simplemente por creerla rasgo exclusivamente del derecho anglosajón, ignorando que el Derecho Romano, tradición que originó nuestro propio sistema, se basaba también en la oralidad, y que así se ha seguido con la misma tradición en países como Chile o Colombia, y varios países más de América Latina.[6]

Como sabemos, el nuevo sistema plantea cambios de fondo que van mucho más allá de la oralidad procesal. En el mismo tenor, hay quien opina que la oralidad en los procesos penales dependerá de habilidades histriónicas que reemplazarán a las jurídicas y que en adelante el juez

4 Según algunas opiniones las reformas son y han sido: "el intento colonizador de los Estados Unidos para implantar su sistema de justicia penal en todo el continente" (Rodríguez, 2011); "promovidas por Estados Unidos" (Proceso, 2008); "impulsada[s] por el gobierno de Estados Unidos porque quiere que el sistema judicial mexicano se parezca al suyo" (El Sol de San Luis, 2008); "una copia del sistema de Estados Unidos que no funcionará en nuestro país" (Santiago et al., 2008); "un mecanismo adoptado de los Estados Unidos y que no funcionará en México" (Victoria, 2011); por mencionar algunos ejemplos. En un estudio impulsado por el Instituto Transfronterizo de la Universidad de San Diego, denominado "Justiciabarómetro: *Survey of Judges, Prosecutors, and Public Defenders in Nine Mexican States*" (Ingram, Rodríguez & Shirk, 2011b), se preguntó a los encuestados –una muestra representativa de jueces, ministerios públicos y defensores públicos– si estaban de acuerdo con que la reforma en cuestión había sido producto de presiones de organizaciones y gobiernos extranjeros. Las respuestas entre los diferentes profesionales del derecho estuvieron equilibradas entre los que están a favor y en contra. Pero esto también representa que aún entre los mismos operadores existe una creencia arraigada en este sentido (Ingram, Rodríguez & Shirk, 2011a: 14; 2011b: 100–101).

5 Parte de la razón por la cual esta percepción persiste puede ser debido al hecho de que uno de los promotores más activos de la reforma, la organización sin fines de lucro conocida como Proderecho –auspiciada con fondos del gobierno de los Estados Unidos–, tenía una agenda explícita para la aprobación de las reformas procesales en los estados donde existía mayor flexibilidad y capacidad de aprobarlas (Ingram, Rodríguez & Shirk, 2011b: 100–101).

6 El proyecto mexicano, si bien ha buscado insumos dentro del derecho de los Estados Unidos, plantea un esquema más parecido al de aquellos países de América Latina que han experimentado una transición similar, o de países europeos también de tradición latina (Ingram & Shirk, 2010: 9).

deberá ser convencido más con argumentos retóricos que con argumentos lógicos, o bien que influirán en su juicio elementos ajenos a la verdad jurídica de un caso. Esta preocupación fue la que motivó que el sistema mexicano retirara los juicios de jurado[7] y que se ubicara al juez la función procesal principal y la tarea de realizar el análisis jurídico de cada caso y resolver en consecuencia.[8]

Existen más opiniones contrarias al nuevo sistema, algunas sin embargo son producto de la ignorancia y mala información acerca del paquete de reformas y del sistema en sí. Un reporte del Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública (CESOP) de la Cámara de Diputados (2011) muestra que sólo la mitad de su población encuestada estaba al tanto de la reforma de 2008.[9]

Para muchos las reformas no eran necesarias, ya que bajo su perspectiva tanto la CPEUM como el sistema de justicia contaba con las herramientas para la optimización del sistema y sólo bastaba con trabajar en la implementación efectiva de las reglas existentes. En la tesis aislada de la Suprema Corte de la Nación (SCJN) "Presunción de inocencia. El principio relativo se contiene de manera implícita en la constitución federal" (Tesis: P. XXXV/2002), por mencionar un ejemplo, el pleno,

7 La modalidad del juicio oral de jurados civiles tuvo presencia en la historia procesal mexicana, aunque permaneció en vigor poco tiempo y fue retirada con posterioridad de la legislación penal y suprimida después de la propia Constitución. Los jurados populares estuvieron vigentes en México desde la promulgación de la Ley de Jurados en Materia Criminal por el presidente Benito Juárez en 1868 hasta la entrada en vigor del Código de Organización, de Competencia, y de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales de 1929 (Ovalle, 2010: 11), en el que fueron suprimidos a raíz del notado caso del asesinato del General Moisés Vidal a manos de su esposa, la primera Miss México, Teresa Landa, quien salió absuelta gracias a una defensa que logró la persuasión en base a argumentos retóricos, pero sobre todo gracias a la belleza física de la acusada (Hernández, 2007; De la Barreda, 2010).

8 El hecho de que en México no exista la posibilidad de jurados populares marca una de las diferencias trascendentales entre el nuevo esquema de proceso acusatorio mexicano y el sistema estadounidense u otros basados en la figura de jurados legos. En sustitución de los jurados en algunos proyectos, sobre todo en Latinoamérica, se ha establecido el colegio de jueces o magistrados (Frank, 1986: 37–38).

9 Entre las opiniones negativas más persistentes que se han obtenido por cuestionamiento directo a población en general encontramos: a) las relativas al alto costo del nuevo sistema; b) las relativas a que la reforma obedece a fines electorales y que sirve como estandarte político; c) las relativas a la posibilidad de dejar libres a los "delincuentes" (CESOP, 2011).

realizando una interpretación armónica y sistemática de los artículos 14, 16, 19, 21 y 102 Constitucionales, reconoce la existencia de derechos procesales no contenidos propiamente en el texto constitucional, como lo son el derecho a la libertad, el principio acusatorio, el principio de presunción de inocencia y la carga de la prueba en el acusador. Sin embargo, existen otros casos en que la necesidad urgente de un cambio, como por ejemplo en materia de declaraciones de los inculpados, les da mayor valor probatorio a las recogidas durante la fase de investigación o averiguación previa[10], siendo curiosamente éstas las rendidas ante el MP y donde no se tiene asegurada la presencia de un abogado defensor (Medina et al., 2009: 35–36).

Es motivo de crítica, cierto, que todos los cambios estructurales en México deban ser impulsados legislativamente, aún y cuando la legislación vigente contenga disposiciones suficientes que los permita. Este podría ser el caso del sistema de justicia, que aún teniendo algunas vetas dentro de la legislación existente para el desarrollo de cambios y mejoramiento, no mostró evolución significativa a través de los años.

Sin embargo, la reforma tampoco debe ser sacralizada. Según lo que leemos en el texto constitucional reformado, en los códigos vigentes de algunas de las entidades federativas o aquellos que están por entrar en vigor,[11] tendremos un avance considerable en profesionalismo, eficiencia y eficacia. Sin embargo, debemos reconocer que aún no hemos visto la fotografía completa y, como en todo cambio de semejante magnitud, pasarán años hasta que podamos hacer un juicio de valor acertado, ya que, como todo, la reforma tendrá un periodo de instrumentación y adaptación, y sólo podremos verla en pleno funcionamiento quizás en un par de décadas. Lo que sí podemos afirmar es que en el momento histórico de la reforma, México se encontraba en una situación donde se hacía urgente un profundo análisis del sistema de justicia, o bien su

10 Al respecto, la tesis VI.2o. J/61 (1996) de la SCJN establece lo siguiente: "Las primeras declaraciones son las que merecen mayor crédito, pues por su cercanía con los hechos son generalmente las veraces, por no haber existido tiempo suficiente para que quien las produce reflexione sobre la conveniencia de alterar los hechos."

11 Para la interpretación de varios de los preceptos jurídicos que se abordan en el presente trabajo se toma también como fuente el Código Procesal Modelo (Código Modelo) elaborado por la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de los Estados Unidos Mexicanos (CONATRIB, 2008).

reforma, y, no tanto porque sea erróneo,[12] sino porque aquel experimento napoleónico no parecía funcionar más en una realidad que reclama nuevas formas de hacer justicia, en donde el Estado asume un papel más responsable y en dónde efectivamente se persigue y se logra administrar la justicia de manera efectiva.

2. PANORÁMICA GENERAL

Esta reforma ha sido entendida en términos generales por la opinión pública como el sistema de juicios orales, aunque su planteamiento va mucho más allá de ser simplemente una forma procesal, ya que busca el mejoramiento del sistema de justicia penal en general, a través de la construcción de un sistema acusatorio con un juzgador imparcial y poderes equilibrados entre el MP y la defensa, dando mayor relevancia a los procesos judiciales que a las averiguaciones previas, generando igualdad entre la acusación y la defensa, todo ello en el marco de audiencias totalmente orales y públicas, balanceando la autoridad del Estado y los derechos de los ciudadanos.

Bajo el sistema acusatorio, los papeles cambiarán profundamente. El juez se convertirá en el centro del sistema de justicia penal, regirá el proceso y fungirá como censor de la policía y el MP. Con el establecimiento de un proceso con un juez imparcial, el siguiente paso es garantizar la igualdad procesal, en la que el MP asume la acusación, ejerciendo como una parte más en el proceso y no ya como autoridad; al mismo tiempo, el demandado será adecuadamente representado por un abogado titulado. Además, las audiencias serán orales y video grabadas, terminando con la acumulación de gruesos expedientes.

Uno de los grandes temas de la reforma es el sistema de medios alternativos de solución de controversias (MASC).[13] Esta innovación en

12 En el estudio Justiciabarómetro (Ingram, Rodríguez & Shirk, 2011b) podemos observar que aproximadamente el 51% de los encuestados coincidieron en que el sistema de justicia tradicional era eficaz y eficiente, y alrededor del 17% reportó una posición neutral, dejando alrededor de 31% manifestándose en distintos niveles de desacuerdo con esta afirmación. Este es un resultado provocativo porque sugiere que una mayoría de los profesionales del derecho encuestados consideró que el sistema tradicional era adecuado antes de la reforma.

13 Dentro de este mismo volumen Gorjón (2012) hace un análisis más detallado de este tema.

la legislación penal no puede ser comprendida sin analizarse el contexto en el que se inserta, ya que, si tomamos en consideración la elevada cifra de casos penales tanto federales como locales que se presentan a los jueces mexicanos cada año, es evidente que si una cantidad tal de asuntos fueran a juicio dentro del esquema acusatorio, el sistema simple y sencillamente colapsaría, ya que sería imposible contar con la infraestructura y personal suficientes para desahogar todas las fases de todos los procesos.[14]

Otro de los grandes componentes de la reforma, y su gran paradoja al mismo tiempo, es el relacionado con la seguridad pública y, por supuesto, el régimen especial en materia de crimen organizado. Contrasta con el resto de las disposiciones debido a que, bajo esta serie de disposiciones, la autoridad se excepciona bajo la bandera de la lucha contra la delincuencia organizada, alterando totalmente el sentido garantista del nuevo texto constitucional (Morales, 2010: 207–222).

En fin, éstos son sólo algunos de los puntos más relevantes de la reforma. Sin embargo, para conocer a fondo el sentido de este nuevo esquema de justicia, es necesario un análisis profundo de cada uno de sus planteamientos.

3. ANÁLISIS DESCRIPTIVO

En términos generales, esta reforma constituye el tránsito de un esquema mixto de administración de justicia en materia penal a uno netamente acusatorio que trae consigo el replanteamiento de la concepción del sistema y del derecho penal en sí, y el que también contempla diferencias sustanciales. Mientras que un sistema mixto se caracteriza por el corte inquisitivo en la fase de investigación, su falta de control en la obtención de pruebas como la confesión, y una naturaleza netamente escrita durante el proceso, un sistema acusatorio implica publicidad, inmediación, oralidad, continuidad, concentración y sana crítica para la valoración de pruebas, entre otros elementos (Frank, 1986: 21–22).

14 Por ejemplo, de 1997 a 2008, según estadísticas oficiales, a un promedio de 26,777 casos del fuero federal y 127,399 del fueron común, les fue dictada sentencia, números que por supuesto no incluyen todos aquellos casos que no llegaron a dicha instancia por distintas razones (INEGI, 2011).

Así, la reforma del sistema de administración de justicia en México aborda dichos elementos modificando los artículos 16, 17, 18, 19 20, 21, 22, 73, 115 y 123, los cuales contienen varios de los temas y principios más importantes dentro de los procesos judiciales y dan forma a un nuevo sistema de justicia criminal acusatorio. Sin embargo, resulta necesario analizar de manera descriptiva la reforma para así dar cuenta de la transición, no sólo semántica sino estructural, y en ese tenor es importante prestar atención a los detalles que marcan la diferencia entre el actual y el anterior texto.

3.1 Legalidad y seguridad jurídica

El encabezado del artículo 16 constituye la parte nuclear de la garantía de legalidad, una de las más importantes en todo proceso penal, que establece la prohibición de causar molestia en el individuo, bienes, familia o papeles, más que con mandamiento fundado y motivado. Esta disposición permanece sin cambio en el nuevo texto en relación con el anterior; sin embargo, el resto del artículo sufre varias modificaciones, principalmente en el lenguaje y en la nomenclatura.

Anteriormente, el segundo párrafo establecía que las órdenes de aprehensión procedían sobre los hechos que la leyes señalaren como delitos y sancionados al menos con pena privativa de libertad. En la reforma ese "al menos" fue retirado para permanecer solamente con "sancionados con pena privativa de libertad". También, el párrafo que establecía otra de las condiciones de la orden de aprehensión, la existencia de datos que acreditaran el "cuerpo del delito" y la "probable responsabilidad del indiciado", se ve modificado en el sentido de que actualmente se exige la existencia de datos que establezcan la comisión del hecho y la probabilidad de que el indiciado lo haya cometido o participado en su comisión. Ambas modificaciones, sin embargo, no plantean variaciones significativas a la estructura del sistema y no se vuelven fundamentales en el cambio de esquema.

La figura de detención en flagrancia se ve modificada ligeramente en lenguaje con las dos modificaciones al párrafo cuarto del artículo. En primera instancia, antes se hacía referencia precisa a que en caso de "delito flagrante" cualquier persona podía detener a quien lo estuviera cometiendo, mientras que ahora se establece que cualquiera puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o

inmediatamente después de haberlo cometido; y se añade que la persona detenida debe ser entregada a la autoridad más cercana y no a la inmediata como disponía anteriormente. Además de estas dos modificaciones se añade el requisito de un registro inmediato de detenciones *en flagrante*. En términos generales el registro de detenciones y la autoridad a quien se pone a disposición el detenido no repercuten de manera directa en el nuevo esquema; sin embargo, en el nuevo texto la flagrancia incluye no sólo el momento de la comisión de un delito, sino también el momento "inmediato" siguiente, lo que "eliminará la posibilidad de que en la legislación secundaria se mantenga la flagrancia 'equiparada' actual, que permite extender de 48 a 72 horas la permisión para detener a una persona sin orden judicial (Cámara de Diputados et al., 2008: 11)."[15]

El actual párrafo siete del artículo es una novedad, ya que con él se hace constitucional el arraigo en materia de delincuencia organizada, el cual debemos entender como el aseguramiento personal que solicita el MP a la autoridad judicial cuando practica una investigación y antes del ejercicio de la acción penal, con la finalidad de recabar los elementos suficientes para que ésta sea posible. Esta inclusión en el texto constitucional cristaliza los intentos que dieron comienzo en el año 1983[16] de hacer del arraigo una

15 Según Carbonell (2010), con estos cambios en el artículo 16 se cierra la puerta a los conceptos de la cuasiflagrancia o flagrancia equiparada que eran vigentes dentro del derecho penal mexicano antes de la reforma. Muestra de esto es la tesis aislada de Tribunal Colegiado que establece que "con motivo de la identificación y señalamiento por parte de la ofendida, el activo fue detenido cuarenta y ocho horas después de la comisión del ilícito, esto es, dentro de las setenta y dos horas siguientes a los hechos que se le atribuyen, ello evidencia que fue capturado en flagrante delito" (Tesis III.2o.P.56 P). La flagrancia equiparada amplía el plazo para la aplicación de la definición de *in flagrante delicto* "hasta 48 horas después de haberse cometido éste, si la víctima o un testigo presencial identifican al autor, si se encuentra a la persona con el arma utilizada para cometer el delito o con un objeto robado en el lugar del delito o si existen otros indicios de que participó en la comisión del delito" (Coomaraswamy, 2002: 23). La precisión del nuevo texto del artículo 16 además cumple con los estándares de las detenciones que se derivan del derecho internacional (PIDCP, 1976, Art. 9; CADH, 1969, Art. 7).

16 El Secretario de Gobernación Manuel Bartlett Díaz, a nombre del Presidente de la República Lic. Miguel de la Madrid Hurtado (1982–1988), presentó una iniciativa de ley en la Cámara de Diputados para la Reforma del Código Federal de Procedimientos Penales, que comprendía la incorporación del arraigo dentro del artículo 135. Una vez reformado, dicho artículo disponía que, cuando se tratara de un delito no intencional o culposo, el MP podía disponer "la libertad del inculpado, sin perjuicio de solicitar su arraigo". Más adelante disponía que se podía disponer la libertad "sin necesidad de

parte del proceso de investigación de los delitos y que se repitieron en diversas ocasiones tanto a nivel federal como estatal,[17] pero que fueron declarados inconstitucionales una y otra vez como se ve en las tesis "Arraigo penal. El artículo 122 bis del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua que lo establece, viola la libertad de tránsito consagrada en el articulo 11 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos" (Tesis: P. XXIII/2006), y "Arraigo domiciliario previsto en el numeral 12 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada. La aplicación de esta medida viola las garantías de legalidad, de seguridad jurídica y de libertad personal previstas en los preceptos 14, 16 y 18 a 20 de la Constitución Federal" (Tesis: I.9o.P.69 P, 2008). Con esta adición se hace Constitucional el arraigo, que como se vio, previamente había sido declarado inconstitucional.

Los requisitos establecidos por la CPEUM para arraigar a un indiciado establecen que debe siempre solicitarlo el MP y decretarlo la autoridad judicial[18] cuando sea necesario para el "éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia", con un plazo que no puede exceder de cuarenta días, pero que puede prorrogarse por un periodo igual y nunca mayor, cuando se acredite por el MP que las causas que dieron origen a dicho procedimiento subsisten al momento de que el plazo haya terminado.

Para complementar las anteriores disposiciones es necesario, además, entender la adición que tuvo lugar en el actual párrafo octavo y que define a la delincuencia organizada como "una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada", ya que el arraigo es una figura enfocada y anclada en delitos de esa naturaleza.

La retención del indiciado por el MP contenida en el anterior párrafo siete que establece el plazo de cuarenta y ocho horas (también prorrogables) se convierte íntegro en el nueve del mismo artículo.

---

caución y sin perjuicio de pedir el arraigo correspondiente" cuando el delito mereciera una pena alternativa o no privativa de la libertad (DOF, 1983).

17 Ejemplos de esto son la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada (1996) y el Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua (2003).

18 Ya para efectos de arraigo se ha creado la figura del Juez Federal Penal Especializado en Cateos, Arraigos e Intervención de Comunicaciones, por acuerdo 75/2008 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal (DOF, 2008b).

El requisito de que las órdenes sean emitidas por escrito se suprime para los cateos, comprendidos en el actual párrafo décimo (antes octavo), y además se añade el requisito de que deben ser solicitados por el MP. Esta posibilidad abre la puerta a que dichas órdenes puedan darse de manera distinta al mandamiento formal escrito, el cual por un lado puede favorecer a la celeridad de este tipo de procedimientos ante situaciones apremiantes, pero por otro puede representar también una excepción en cuanto a la legalidad de la actuación de la autoridad si la legislación reglamentaria no establece criterios claros al respecto.

El párrafo noveno relativo a la inviolabilidad de las comunicaciones se convierte en los párrafos once y doce, suprimiendo también la necesidad de que la orden sea emitida por escrito. Originalmente el párrafo noveno declaraba inviolables las comunicaciones privadas y establecía sanciones contra cualquier tipo de acto que atentara contra su libertad y privacidad. El actual párrafo once mantiene esta primera parte del antiguo, añadiendo una excepción a aquella regla:

> … excepto cuando sean aportadas de forma voluntaria por alguno de los particulares que participen en ellas. 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.

Esta adición cierra el párrafo once y da paso al doce, que previamente formaba parte del mismo. El párrafo nueve (ahora doce) continuaba con la autorización de que las comunicaciones pudieran ser intervenidas sólo por mandamiento de la autoridad judicial federal, a petición de autoridad federal facultada por ley o por el titular del MP de la entidad correspondiente. Como en casos anteriores se suprime el requisito de que estas órdenes sean por escrito. Se mantiene la prohibición de intervención tratándose de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, o de aquellas del detenido con su defensor.

Otra adición al artículo es la que corresponde al párrafo trece y que se convierte en una de las piedras angulares del nuevo sistema de justicia penal, el establecimiento de jueces de control que deben resolver "en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas

cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial". El párrafo establece la garantía a los derechos de indiciados, víctimas y ofendidos, así como el registro de las comunicaciones entre los jueces, MP y autoridades competentes. Por lo demás, el resto del artículo, es decir los anteriores párrafos diez, once, doce y trece, pasa íntegro al nuevo texto del artículo como los párrafos catorce, quince, dieciséis y diecisiete.

La figura del juez de control se convierte de esta manera en la primera autoridad judicial del nuevo sistema de justicia. Algunos sistemas que se han apegado a un modelo acusatorio, han planteado la existencia de un tribunal colegiado compuesto por tres jueces o magistrados ante la inviabilidad de un jurado popular (Frank, 1986: 37–38). En el caso mexicano, no se plantea expresamente un tribunal colegiado en sí, pero se desprende del texto constitucional el concurso de varios jueces durante las distintas etapas del proceso, a saber, juez de control, juez de procedimiento o juicio oral y juez de ejecución. Esto, sin embargo, no quiere decir que en la etapa del juicio oral no se contemple un colegio de jueces; al contrario, la costumbre que se está implantando a nivel estatal es efectivamente la participación de tres jueces durante la etapa de juicio oral, es decir jueces de procedimiento, además de la intervención de otros jueces en las otras etapas del proceso. El juez de control, además de seguir las previsiones del artículo 16, se encargará también de resolver impugnaciones a las resoluciones del MP, como se verá posteriormente en el análisis del artículo 20 (DOF, 2008a).

3.2 Justicia restaurativa y acceso a la justicia

El texto original del artículo 17 constaba de cuatro párrafos. En el nuevo texto aquellos cuatro párrafos permanecen íntegros pero cambian de numeración, convirtiéndose en párrafos uno, dos, cinco y siete, mientras que se adicionan tres nuevos párrafos, el tres, cuatro y seis.

El artículo 17, garante del derecho de acceso a la justicia, agrega a su texto otras de las mayores innovaciones dentro del nuevo sistema: los MASC, su aplicación, la reparación del daño y la supervisión judicial. La llamada justicia alternativa se convierte en uno de los factores fundamentales del éxito del nuevo modelo acusatorio, ya que, como se mencionó, es imposible su funcionamiento si el grueso de los casos penales son llevados hasta la instancia de juicio oral. De tal forma la justicia alternativa se

convertirá en el tamiz del nuevo proceso penal cumpliendo con las tareas fundamentales de solución pronta de las demandas de justicia, reducción de la carga judicial y disminución de población carcelaria (Cámara de Diputados et al., 2008: p. 14), garantizando que el juicio oral pueda ser logrado de manera efectiva.

La publicidad del nuevo procedimiento penal se reafirma con la adición del párrafo cuarto, el cual establece que las sentencias que pongan fin a los procedimientos orales deberán ser dictadas en audiencia pública, con la que concluirá la etapa de juicio oral.

La adición del párrafo seis establece un servicio de defensoría pública de calidad que contará con servicio civil de carrera y cuyas percepciones salariales no podrán ser inferiores a las de los agentes del MP. Este nuevo párrafo cumple con el doble propósito de profesionalizar la defensa pública y de homologarla al menos económicamente al MP. Esto garantizará, por un lado, la existencia de partidas presupuestales a los organismos que desempeñan aquella función, lo que significará que la defensa pública se consolidará institucionalmente, y, por otro, la exigencia profesional para los defensores, con el incentivo de poder crear carrera. Comentario aparte merece el hecho de que la profesionalización de la defensa pública incrementará el estándar de actuación procesal que los agentes del MP deberán alcanzar también.

3.3 Sistema penitenciario

Sin modificación permanece el encabezado del artículo 18, base del sistema penitenciario mexicano, en el que se establece que la prisión preventiva sólo será para delitos que merezcan pena privativa de libertad y que los lugares en los que se realizará la primera serán distintos a aquéllos en donde se purgue la pena.

El párrafo segundo, sin embargo sufre grandes cambios. Por un lado es retirada de su texto la precisión de que la federación y los gobiernos estatales organizarán el sistema penal, sustituyéndola por la mención de sistema penitenciario en general sin especificaciones de quién estará a cargo de su organización, pero basada en el trabajo, la capacitación, la educación y la salud, que prevalecieron del texto previo con una nueva referencia a que también se basará en el deporte . Dentro del mismo párrafo, el concepto de la reclusión *per se* cambia al menos en el plano semántico, modificando la expresión "readaptación social del delincuente" por la de "reinserción del

sentenciado a la sociedad". La finalidad del nuevo sistema de "reinserción", según lo dispuesto por la CPEUM, será que el reo no vuelva a delinquir, para lo que se contempla el otorgamiento de ciertos beneficios de ley los cuales, sin embargo, no son expresados en el texto. Intacta permanece la disposición de reclusión separada respecto a géneros.

Las competencias en materia de reclusión, tratadas dentro del párrafo tercero, son modificadas en tanto que después de la reforma ya no sólo son los "gobernadores de los estados" quienes pueden celebrar convenios para la reclusión de sentenciados en establecimientos dependientes del ejecutivo federal, sino que ahora de manera igualitaria, la Federación, los estados y el Distrito Federal pueden celebrar convenios entre sí para que los sentenciados puedan compurgar sus penas en establecimientos dependientes a una competencia territorial diversa. Esto se entiende nuevamente en la lógica de la peligrosidad de ciertos reos, sobre todo aquéllos relacionados con delincuencia organizada, con el añadido de la sobrepoblación penitenciaria y la influencia que ciertos sentenciados pudieran tener dentro de un área geográfica determinada, situaciones que se buscarán reducir o abatir.

Mientras que las reglas de reclusión de los párrafos cuarto, quinto y sexto permanecen sin mayor modificación, el séptimo recibe algunos cambios, el primero nuevamente en el campo semántico con las sustituciones conceptuales de reo, por sentenciado y readaptación por reinserción. Las reglas, en cambio, permanecen casi sin variación contemplando la posibilidad de que los ciudadanos mexicanos sentenciados en otro país puedan cumplir con su condena dentro de México. Mayores modificaciones vienen en materia de extranjeros compurgando penas en México y la posibilidad de ser trasladados en la misma calidad al país del cual son nacionales de acuerdo a lo establecido por los tratados internacionales,[19] ya que previo a la reforma esto sólo podía ser aplicable por la comisión de delitos federales dentro de todo el territorio nacional o del fuero común dentro del Distrito Federal. La reforma no plantea ya ninguna distinción

19 México ha firmado tratados internacionales en material de ejecución de sentencias penales con Estados Unidos (1976), Canadá (1977), Panamá (1979), Bolivia (1985), Belice (1986), España (1987), Argentina (1990), Nicaragua (1993, 2000), Guatemala (1996), Cuba (1997), Venezuela (1998), Perú (2002), Honduras (2003), Rusia (2004), Reino Unido (2004); además de una serie de tratados de asistencia y cooperación jurídica y de extradición con diferentes países.

entre delitos comunes y federales, por lo tanto cualquier extranjero compurgando pena en México puede terminar de hacerlo en su país, sin importar el tipo de delito. En el esquema anterior se contemplaba que los gobernadores podían solicitar al Ejecutivo Federal incluir a sentenciados por delitos del fuero común dentro de los tratados para que pudieran ser trasladados bajo las disposiciones de este párrafo.

Las disposiciones del párrafo octavo que permitían que los sentenciados fueran recluidos en centros cercanos a sus domicilios para propiciar la reintegración en sus comunidades se mantiene igual salvo del cambio conceptual a la reinserción. Sin embargo se añade al texto que tal disposición no aplica en caso de delincuencia organizada y en aquéllos que requieran medidas especiales de seguridad.

La parte final del párrafo octavo forma parte de ese llamado régimen especial en materia de delincuencia organizada que el paquete de reformas estableció a la par del nuevo sistema de justicia penal. En la misma lógica se añade un nuevo párrafo al artículo, el noveno, que establece una serie de reglas aplicables en materia de delincuencia organizada como lo son la reclusión en centros especiales, la restricción de comunicaciones y la vigilancia especial. Estas mismas reglas especiales pueden ser aplicadas a su vez a cualquier otro interno que así lo requiera de acuerdo al criterio establecido en la ley respectiva.

3.4 Prisión preventiva y auto de vinculación a proceso

Los cambios realizados al artículo 19 modifican en gran medida la práctica de la prisión en el contexto de la administración de justicia. Uno de los datos relevantes que debe ser mencionado es la modificación en el campo semántico que convierte al tradicional "auto de formal prisión" en "auto de vinculación a proceso". El primer párrafo disponía que en dicho auto se incluirían "los datos que arroje la averiguación previa", los cuales deberían bastar para la comprobación del "cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado". La nueva reforma, además de modificar el concepto de la formal prisión por el de vinculación al proceso, retira también de su texto a la averiguación previa, el cuerpo del delito y la probable responsabilidad. En su lugar, la parte final del párrafo del nuevo texto dispone que en el auto de vinculación a proceso se deberá expresar, entre otros, "los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo

cometió o participó en su comisión". En relación a la "averiguación previa", la CPEUM la contempla ya simplemente como "investigación". Estos cambios semánticos, sin embargo, no parecen ser de gran repercusión, y más bien sólo constituyen precisiones lingüísticas.

Con la adición de un nuevo párrafo segundo, la prisión preventiva, en cambio, sufre varias modificaciones, ya que en principio ésta sólo puede ser solicitada por el MP, cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la presencia del indiciado durante las distintas fases del proceso, incluyendo la investigación, o cuando influyan otros factores como la protección de la misma investigación, víctima, testigos o de la comunidad, o cuando el imputado haya sido sentenciado con anterioridad por un delito doloso o se encuentre pendiente un proceso de la misma naturaleza, aunque también dispone que puede ser dictada de oficio en 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 la misma línea se adiciona el párrafo tercero que dispone la posibilidad de que el juez revoque la libertad de los vinculados a proceso en los casos determinados por la ley, sin que haya una mención expresa de cuáles son estos casos.

El anterior párrafo segundo, que hablaba de los plazos para el auto de formal prisión, se convierte ahora en el párrafo cuarto y sólo incluye en su nuevo texto la referencia al auto de vinculación a proceso. La referencia a que el responsable del establecimiento donde se esté llevando a cabo la detención preventiva puede, dado el caso, poner al indiciado en libertad de no contar con el auto correspondiente, permanece con la adición de que son necesarios también los autos que decreten la prisión preventiva o la solicitud de prórroga del plazo constitucional.

Nuevamente el párrafo quinto, equivalente al tercero del texto anterior, se modifica en el campo enunciativo, eliminando conceptualmente la formal prisión y la averiguación previa, sustituyéndolos por los nuevos campos conceptuales de vinculación a proceso e investigación respectivamente, además sustituye la palabra "delito" por "hecho delictivo".

En la lógica del régimen especial para la delincuencia organizada se añade el párrafo sexto al nuevo texto del artículo, estableciendo la suspensión tanto del proceso como de todos los plazos cuando el

inculpado, después de emitida la vinculación a proceso, evada la acción de la justicia o sea puesto a disposición de juez extranjero, lo que significa que los plazos para la preclusión pueden no correr en los casos mencionados.

El último párrafo del artículo permanece sin modificación a pesar del cambio de numeración.

3.5 DEBIDO PROCESO

Las adiciones al artículo 20 constituyen el núcleo principal de la reforma en cuanto a que modifican la parte netamente jurisdiccional del sistema de justicia penal, conteniendo los principios del nuevo modelo acusatorio, reafirmando su oralidad y la naturaleza pública y contradictoria del proceso.

El artículo 20 de la Constitución establece los derechos de cada acusado y las normas de cada proceso penal. De acuerdo con el texto en vigor durante la mayor parte del siglo XX, salvo cambios menores, se reconocían: (i) el derecho a ser liberado bajo caución; (ii) la prohibición de obligar al detenido a declarar contra sí mismo, y la prohibición de detenciones *incomunicado*; (iii) el derecho a ser informado de la acusación, del delito del que es acusado y del denunciante, con el fin de poder preparar su defensa; (iv) el derecho a carearse con los testigos que declaren en su contra; (v) el derecho a presentar testigos y pruebas; (vi) el derecho a ser juzgado en audiencias públicas frente de un juez o jurado; (vii) el derecho a tener toda la información necesaria para su defensa; (viii) el derecho a ser juzgado en menos de 4 meses o un año, dependiendo del delito; (ix) el derecho a ser oído, a representarse a sí mismo, por persona de confianza o, alternativamente, tener un defensor público; (x) que la prisión o la detención no puede extenderse en razón de situación relacionada con pagos o responsabilidad civil.

En su totalidad el nuevo artículo 20 se divide en tres partes: la primera relativa a los principios generales del procedimiento, la segunda a los derechos de los acusados, y la última, a los derechos de la víctima u ofendido.

El encabezado del nuevo texto, que es una novedad, establece los principios rectores de todo el proceso penal, a saber, publicidad,

contradicción, concentración, continuidad e inmediación. Dichos principios se traducen de la siguiente manera (Morales, 2010:134–135):

> *Publicidad.-* El caso debe llevarse y analizarse de manera pública, es decir que ninguna actuación o indagación puede ocurrir sin el conocimiento de los sujetos procesales. La propia Constitución, sin embargo, contempla la posibilidad de ciertas excepciones a este principio.[20]
>
> *Contradicción.-* Con las reformas la defensa adquiere peso específico gracias al otorgamiento de rango constitucional de la presunción de inocencia, el acceso del abogado defensor a todas las etapas del juicio y el requisito de una defensa de calidad. De tal forma la contradicción se entiende como una defensa real del imputado ante una situación de igualdad procesal.
>
> *Concentración y Continuidad.-* Se entiende como que todas las actuaciones realizadas dentro del juicio sean mínimas y de ser posible que todas sean llevadas a cabo en una misma audiencia. La continuidad se traduce en que el juicio oral debe realizarse de manera continua, desde el momento en el que da inicio y hasta su conclusión con coherencia y unidad (Bodes, 2009: 107).
>
> *Inmediación.-* Este principio se entiende como que el juez debe recibir los medios de prueba y los alegatos de las partes de manera directa, sin ningún tipo de intermediación entre el mismo juez, las pruebas y las partes. También conocido como inmediatez, este principio implica la actuación directa de los

20 "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" (Art. 20 Ap. A, Fracc. IV). "La publicidad sólo podrá restringirse en los casos de excepción que determine la ley, por razones de seguridad nacional, seguridad pública, protección de las víctimas, testigos y menores, cuando se ponga en riesgo la revelación de datos legalmente protegidos, o cuando el tribunal estime que existen razones fundadas para justificarlo." (Art. 20 Ap. B, Fracc. V).

> jueces en la recepción y percepción de las pruebas (Bodes, 2009: 112).

El texto reformado establece las directrices del nuevo proceso penal acusatorio, además de los derechos de los sujetos implicados, mientras que el anterior contenía sólo los derechos de los involucrados. Por ello la sección A del artículo, en relación con los principios generales, es una de las mayores innovaciones de la reforma en su conjunto.

Entre los principios generales establecidos en la sección A del artículo 20 se encuentran: (i) la protección de los inocentes, el castigo de los culpables y la reparación; (ii) la presencia del juez en todas las audiencias; (iii) el reconocimiento de valor probatorio sólo de pruebas desahogadas en las audiencias previstas; (iv) el requisito de que las audiencias se celebren ante un juez que no haya tenido conocimiento previo del caso y la presentación de argumentos y pruebas de manera pública, contradictoria y oral; (v) la carga de la prueba recayendo en el MP, y la igualdad de las partes durante el juicio; (vi) la prohibición de entrevistas *ex parte*; (vii) la terminación del juicio cuando la responsabilidad es aceptada; (viii) la condena sólo cuando exista convicción; (ix) la falta de valor probatorio a las pruebas obtenidas en violación de los derechos fundamentales; y (x) la extensión de todos estos principios a la fase de investigación.

En cuanto a los derechos de los acusados, en el artículo no ha habido cambio más notable que el principio de presunción de inocencia hasta ser declarada la responsabilidad por medio de sentencia. El texto anterior se centraba más en la prisión preventiva y la libertad bajo caución, que a su vez era bastante limitada por la propia Constitución. Junto con la presunción de inocencia, el nuevo texto establece que la prisión preventiva no podrá exceder el tiempo máximo previsto por la ley para la pena por el delito imputado y, en todo caso, no superior a dos años. El artículo también contempla la posibilidad de una liberación inmediata durante el proceso si en dos años no ha sido dictada sentencia. Hay además plazos de cuatro meses o menos en el caso de los procedimientos por delitos cuya pena máxima no sea mayor de dos años de prisión, o de un año o menos si la pena es mayor de ese tiempo. La posibilidad de ampliar ese tiempo procede únicamente a solicitud de la misma defensa.

En el momento de la detención, la persona tiene el derecho ya sea a declarar o a permanecer en silencio y debe ser informada de tal derecho, el

silencio no podrá ser utilizado en su contra, y además debe ser informada de las razones de la detención y de todos sus otros derechos. La reforma prohíbe la reclusión en régimen *incomunicado*, intimidación o tortura, y anula el valor probatorio a las confesiones obtenidas sin la asistencia de un abogado.

En términos de la defensa, la nueva reforma es más clara ya que establece que el defensor debe ser abogado y no persona de confianza del acusado, y se elimina la posibilidad de una defensa propia. El abogado debe ser elegido libremente desde el momento de su detención y la defensa por sí misma debe ser adecuada, tendrá derecho a estar presente en todas las etapas del proceso y estará obligada a comparecer con la frecuencia necesaria.

Toda la información del proceso debe estar disponible para el acusado y su abogado y además éstos pueden tener acceso a los archivos de la investigación durante el tiempo de la detención, para la declaración, el interrogatorio o incluso antes de la primera comparecencia ante un juez con el tiempo adecuado para preparar la defensa. La información sobre la investigación no puede ser dejada en reserva, salvo en casos excepcionales mencionados expresamente en la ley,[21] siempre y cuando sea indispensable para asegurar el éxito de la investigación; sin embargo, la información reservada en aquellos casos debe ser liberada de manera pronta para no afectar el derecho de defensa.

La publicidad no es sólo un principio, sino un derecho de los acusados. El artículo establece que todo acusado tiene derecho a ser juzgado en audiencia pública por un juez o tribunal. En algunos casos, sin embargo, la publicidad puede ser restringida por ley por razones de seguridad nacional o pública, protección de víctimas, testigos o niños. La sección equivalente en textos previos contemplaba el derecho a ser juzgado ante un juez o un jurado civil, el último en caso de delitos contra el orden

21 "El imputado y su defensor tendrán acceso a los registros de la investigación cuando el primero se encuentre detenido y cuando pretenda recibírsele declaración o entrevistarlo. Asimismo, antes de su primera comparecencia ante juez podrán consultar dichos registros, con la oportunidad debida para preparar la defensa. A partir de este momento no podrán mantenerse en reserva las actuaciones de la investigación, salvo los casos excepcionales expresamente señalados en la ley cuando ello sea imprescindible para salvaguardar el éxito de la investigación y siempre que sean oportunamente revelados para no afectar el derecho de defensa" (Art. 20 Ap. B, Fracc. VI).

público y seguridad nacional, pero como se mencionó anteriormente, dicha disposición – jurados civiles – fue retirada antes de la misma reforma.

En materia de delincuencia organizada la reforma contempla más reglas especiales, como el mantener anónimo el nombre y la información del denunciante, ciertos beneficios para el acusado o sentenciado que preste ayuda eficaz para investigaciones, y juicios de la misma naturaleza o la posibilidad de que las acciones llevadas a cabo en la fase de investigación puedan tener valor probatorio en la propia sentencia, lo que paradójicamente nos regresa de alguna forma al *status quo* antes de la reforma.

La parte tercera, relativa a los derechos de la víctima u ofendido contiene otro de los cambios más significativos, la disposición que no existía en el texto anterior acerca del derecho que tiene éstos a intervenir en el juicio e interponer recursos. Otras adiciones importantes son la posibilidad de solicitar la reparación del daño, que se vuelve también un elemento de gran relevancia para la reforma ya que éste puede ser un mecanismo para conmutar la pena privativa de libertad. La víctima u ofendido tendrá también la facultad de solicitar protección de la identidad y de otra información personal no sólo en el caso de los niños, como en el texto anterior, sino también en caso de violación, secuestro y delincuencia organizada, o cuando el juez considere que es necesario para su protección. La víctima u ofendido goza además del derecho a impugnar ante la autoridad judicial las omisiones del MP en la investigación y las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento o la suspensión de la acción penal.

La protección de las víctimas, ofendidos, testigos y, en general, de todos los sujetos implicados en el proceso, debe ser obligación del MP, en tanto que los jueces deberán vigilar el correcto cumplimiento de dicha obligación.

3.6 Investigación, imposición de penas y seguridad pública.

Las reformas al artículo 21 se encuentran dentro de las más abundantes de la reforma e incluyen cambios metodológicos y estructurales interesantes. El párrafo primero *v.gr*. se fragmenta en tres párrafos nuevos, en los que se atribuye la titularidad de: 1) la investigación, 2) el ejercicio de la acción penal y 3) la imposición, modificación y duración de las penas. El

anterior segundo párrafo se convierte en el cuarto y atribuye las sanciones por violaciones a reglamentos.

La modificación resulta muy positiva en el aspecto metodológico de diferenciación de las atribuciones de las distintas autoridades y los momentos para ejercerlas. Si bien es cierto que el artículo anterior hacía las mismas distinciones, su ubicación no obedecía a una lógica temporal. ejemplo de ello es que iniciaba atribuyendo la titularidad de la imposición de las penas, para continuar con la investigación y persecución de los delitos de manera indistinta y finalizar con la imposición de sanciones.

El nuevo primer párrafo atribuye la titularidad de la investigación de los delitos al MP y las instituciones policiales, quienes actuarán bajo el mando del primero. Mientras que en el texto previo se establecía que el MP tendría a su cargo una policía para auxiliarle en dicha función, con esta adición todas las policías contarán con facultades investigativas, bajo el control del MP, lo que representa que el primer cuerpo policial en intervenir en un hecho delictivo tendrá presencia dentro de la investigación, incluso será responsable de reunir la evidencia para iniciar la investigación y garantizar la cadena de custodia de la misma, o sea, que las policías tendrán mayores atribuciones pero a la vez mayores responsabilidades que incluirán por mencionar un ejemplo, la preservación de la escena de un crimen.

El segundo párrafo establece la titularidad del ejercicio de la acción penal en el MP eliminando el concepto de persecución del delito. En este aspecto el nuevo párrafo establece expresamente la titularidad del MP en este ámbito, pero va mucho más allá, abriendo la posibilidad de que los particulares, a criterio de la ley, puedan ejercerla –la acción penal– ante la autoridad judicial, lo que se ha llamado acción privada o particular. En la lógica de la reforma, se reconocen dos tipos de acción penal (CONATRIB, 2008, Art. 93–94), una pública y otra particular. La primera se divide en acción penal pública *per se*, que es la ejercida obligatoriamente por el MP, y la acción penal pública a instancia de parte, la cual se ejercería únicamente previa interposición de querella. En cuanto a la acción particular, se han contemplado tres tipos de acusadores (CONATRIB, 2008, Art. 95–97), el acusador particular, el acusador privado y el acusador popular. El acusador particular es entendido como la víctima en delitos de querella, quien tendría facultades de ejercer acción penal de manera autónoma. El acusador privado es la víctima en delitos contra el honor y otros que especifique la ley. El acusador popular es toda aquella persona que

demuestre interés legítimo en delitos cometidos por servidores públicos, delitos de lesa humanidad y delitos contra el medio ambiente.

El tercer párrafo añade a las atribuciones de la autoridad judicial la modificación y duración, además de la imposición de las penas. En este aspecto el juzgador tendrá mayor peso dentro de todo el proceso y tendrá mayor poder de decisión en materia punitiva, y no estará a expensas de lo establecido estrictamente por ley.

En cuanto a la titularidad de la autoridad administrativa de imponer sanciones por infracciones a reglamentos gubernativos y de policía, la reforma añade el trabajo a favor de la comunidad como una nueva posibilidad. Esto es muy positivo ya que se busca transitar de un régimen de castigo meramente corporal a un sistema que aporte beneficio comunitario.

Los anteriores párrafos tercero y cuarto se convierten en el cinco y seis, con la única especificación de su referencia al contenido del párrafo cuarto sobre los reglamentos gubernativos y de policía.

El párrafo siete, sin embargo, es una novedad ya que establece la posibilidad del MP de considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, lo que se entiende como la posibilidad de llegar a acuerdos con el imputado para prescindir de la acción penal total o parcialmente, o limitar la investigación solamente a ciertos delitos. El equivalente del anterior párrafo cuarto, desaparece del artículo 21 y se convierte en la fracción VII del apartado C del artículo 20. El antiguo párrafo quinto pasa sin modificaciones a ser el octavo.

Los criterios de oportunidad de ejercicio de la acción de los que goza el MP, se entienden como la facultad que tiene de prescindir total o parcialmente de la persecución penal, o limitarla a alguna o varias infracciones, o alguna de las personas participantes en el hecho delictivo, no obstante la obligación que tiene de ejercer acción penal pública en todos los casos procedentes (CONATRIB, 2008, art. 98.1).[22]

En materia de seguridad pública el actual párrafo noveno, anteriormente sexto, es más explícito que su antecesor ya que establece además de la titularidad de dicha función, su contenido, o sea, "la prevención de los

22 El Código Modelo enuncia los criterios de oportunidad que el MP tomaría en consideración en el ejercicio de la acción penal y otras facultades discrecionales (Art. 98.1) siempre y cuando se hiciera sobre la base de razones objetivas y valorando las causas descritas para cada caso (Art. 98.2).

delitos; la investigación y persecución para hacerla efectiva, así como la sanción de las infracciones administrativas". Se añade el cambio conceptual de institución de seguridad pública por el de institución policial del anterior texto. Se añade además un principio rector más de dichas instituciones, el del respeto de los derechos humanos, aunque la Constitución lo limita exclusivamente a aquéllos reconocidos en el texto de la propia Carta Magna.

El Sistema Nacional de Seguridad Pública es reglamentado a profundidad por el párrafo décimo y sus cinco incisos, que es el equivalente al anterior párrafo séptimo, el cual solamente disponía la coordinación entre los diferentes órdenes de gobierno para el establecimiento de un sistema de aquella naturaleza. En su texto el párrafo décimo va mucho más allá estableciendo, además, el carácter civil, disciplinado y profesional de las instituciones de seguridad pública, mencionando expresamente al MP y las instituciones policiales de los tres órdenes de gobierno en la coordinación para cumplir los objetivos de la seguridad pública y en la conformación de dicho sistema. Los siguientes cinco incisos son adiciones sin precedente dentro del articulado constitucional, y regulan: a) la selección, ingreso, formación, permanencia, evaluación, reconocimiento y certificación de los integrantes de las instituciones de seguridad pública; b) las bases de datos criminalísticos y de personal; c) las políticas públicas de prevención; d) la participación de la comunidad en procesos de evaluación de las políticas de prevención y de instituciones de seguridad pública; y e) la entrega de fondos federales a estados y municipios para seguridad pública.

3.7 Penas, bienes y extinción de dominio

El texto del artículo 22 posterior a la reforma contiene, curiosamente, disposiciones fundamentales para la conformación del régimen especial de justicia para el crimen organizado como es la extinción de dominio,[23] y para la conformación de corte garantista del nuevo sistema acusatorio como lo es el principio de proporcionalidad.

Mientras que el texto anterior a la reforma no contenía disposición semejante, al encabezado del artículo se le adiciona un párrafo que

23 En este mismo volumen Gutiérrez (2012) hace un análisis más preciso sobre esta figura.

constituye el principio de proporcionalidad de la pena al delito sancionado y al bien jurídico afectado, que evitará la arbitrariedad en la aplicación de penas. Esta propuesta supone considerar el bien jurídico afectado para determinar la pena, de modo que un hecho delictivo, que menoscabe un bien jurídico de menor importancia, no sea sancionado con un castigo mayor al aplicable por el menoscabo de un bien jurídico de mayor importancia (Iniciativa de Ley, 2006). Los bienes jurídicos referidos consisten en las garantías de la vida, integridad, tranquilidad y patrimonio (Cámara de Diputados et al., 2008: 26).

El texto del artículo 22 previo a la reforma contenía tres párrafos. Con el cambio, el tercer párrafo pasa a formar parte del párrafo segundo y de tres fracciones sin precedente. El segundo párrafo disponía que no se consideraría confiscación el decomiso de bienes propiedad del sentenciado por delincuencia organizada o de aquéllos de los que se condujeran como dueños. Esto, junto a la disposición de la aplicación de bienes a favor del Estado cuando éstos causen abandono, o de aquéllos que fuesen asegurados en una investigación o proceso por delincuencia organizada sin que al término de cualquiera se decidiera sobre los mismos, se funden en la segunda parte del nuevo párrafo segundo, bajo el concepto de extinción de dominio. Ya en el texto previo se requería decisión judicial para la aplicación de dichos bienes; sin embargo, no existía un procedimiento específico. Así, la reforma incluye la figura procesal de extinción de dominio, la cual, por sentencia, decidirá la pérdida de la propiedad de bienes relacionados directa o indirectamente con el crimen organizado.

Por extinción de dominio debe entenderse la pérdida del derecho patrimonial de personas físicas o morales a favor del Estado (Iniciativa de Ley, 2007), sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para su titular (Ley 793 (2002), art. 1). Esta figura busca ir más allá de la figura tradicional de la confiscación que no procedía por ejemplo en los casos en que no existiera sentencia en contra del inculpado.

Las tres nuevas fracciones del artículo establecen las bases del proceso de extinción de dominio. La primera fracción dispone su naturaleza jurisdiccional y su autonomía del proceso penal; la segunda establece el tipo de delitos por los que procede, a saber, delincuencia organizada, delitos contra la salud, robo de vehículos y trata de personas, y los bienes respecto a los que procede, a saber, aquéllos que sean instrumento, objeto

o producto del delito, aquéllos destinados a ocultar o mezclar productos del delito, aquéllos usados por un tercero para la comisión de un delito cuando exista conocimiento del dueño y no notifique a la autoridad, y aquéllos a nombre de terceros donde el acusado por delincuencia organizada y/o delitos patrimoniales se comporte como dueño. La tercera dispone la existencia de recursos para demostrar la licitud de dichos bienes o la imposibilidad de conocer el uso ilícito de los mismos.

3.8 Disposiciones legislativas

Dentro de los artículos 73 y 115 la reforma introduce diversas disposiciones legislativas, específicamente en materia de seguridad pública y delincuencia organizada. La facultad del Congreso de legislar en materia penal cambia de ubicación a la fracción XXI del artículo 73, donde además se añade la facultad de legislar en materia de delincuencia organizada. Dentro del numeral XXIII del mismo artículo se le da además la facultad de establecer y organizar a las instituciones de seguridad pública federal de conformidad con el artículo 21. En la modificación al artículo 115 se suprimen por su parte los reglamentos municipales de policía por una "Ley de Seguridad Pública" estatal; es decir, la seguridad pública será de atribución directa y primaria de los ayuntamientos pero bajo una normatividad estatal, lo que representa discusión y aprobación por los congresos locales, lo anterior a reserva del actual debate sobre la eliminación de los cuerpos de seguridad pública municipal para concentrarlos en uno sólo a nivel estatal.[24]

24 El 6 de octubre de 2010 el Presidente Calderón envió al Congreso una iniciativa de ley para reformar los artículos 21, 73, 115 y 116 de la CPEUM, y establecer un mando único policial estatal subsidiario, por medio del cual los cuerpos de policía municipales transferirían todos sus recursos a los cuerpos de policía estatales para fortalecerlos y concentrar el mando en los gobernadores de los estados. El ejecutivo federal argumentó que con dicha reforma se fortalecería a las instituciones de seguridad con la reorganización de mandos, la consolidación de mecanismos de coordinación, y la homologación de procedimientos de operación y de actuación policial (Iniciativa de Ley, 2010). Aunque dichos cambios han sido instaurados en algunas entidades, la propuesta aún no cuenta con un apoyo sólido a nivel nacional.

3.9 Disposiciones laborales

La reforma al artículo 123 establece precisiones al respecto de la separación, remoción, baja, cese o cualquier forma de separación de sus cargos a los agentes del MP, peritos y miembros de corporaciones policiales de los tres niveles de gobierno. En este caso, cualquier funcionario separado de su encargo por no cumplir con los requisitos de pertenencia y permanencia de las instituciones, o por incurrir en responsabilidad, no podrá ser reinstalado aún y cuando la autoridad judicial resuelva que dicha separación fue injustificada. Esta disposición es quizá una de las más radicales, ya que prohíbe la reinstalación del funcionario aún y cuando haya sido declarado inocente.[25]

El mismo artículo más adelante establece la posibilidad de sistemas complementarios de seguridad social en beneficio de las familias y dependientes de los miembros de instituciones de seguridad pública de los tres niveles de gobierno y de agentes del MP. Esta posibilidad se entiende necesaria debido a la labor tan delicada que desempeñan; sin embargo, el texto sólo lo menciona como posibilidad y no hace vinculante, de entrada, la disposición.

4. CONSIDERACIONES FINALES

Con este análisis descriptivo se busca plasmar en papel la radiografía de la reforma de 2008, resaltando los cambios más relevantes en el texto constitucional que sientan las bases del nuevo sistema de justicia.

En la transición de un sistema mixto muy particular a otro acusatorio que igualmente se ubica en un contexto relativamente único, las estructuras y mecanismos fueron modificados en varios sentidos. Los cambios descritos en este trabajo deberán ser posteriormente analizados en relación

25 Al respecto, la SCJN ha manifestado: "De lo anterior se sigue que a partir de la aludida reforma la prohibición de reincorporación es absoluta, lo que se corrobora con el análisis del proceso relativo del que deriva que el Constituyente Permanente privilegió el interés general por el combate a la corrupción y la seguridad por encima de la afectación que pudiere sufrir el agraviado la que, en su caso, se compensaría con el pago de la indemnización respectiva, por lo que independientemente de la razón del cese tiene preferencia la decisión del Constituyente de impedir que los miembros de las corporaciones policiacas que hubiesen causado baja se reincorporen al servicio." (Tesis: 2a./J. 103/2010).

con la experiencia de algunos estados de la República que han iniciado la transición, y de este ejercicio obtendremos la mejor recomendación que pueda hacerse. Al mismo tiempo, es necesario mirar hacia aquellos sistemas que han reformado esquemas similares de impartición de justicia en direcciones paralelas, para aprender las posibles debilidades y los grandes desafíos que habrá de enfrentarse. Es por eso que, más que nunca, México debe aprender de sus vecinos centro y sudamericanos, los cuales guardan grandes similitudes, no sólo en materia de diseño del sistema judicial, sino también en cuestión de contexto social y jurídico.

Además, no obstante contando con los mecanismos y las herramientas legislativas para mejorar la impartición de justicia en México, es el fortalecimiento de las instituciones lo que permitirá que el nuevo sistema funcione realmente, ya que de otra forma nos encontraremos repitiendo las mismas inercias y cometiendo los mismos errores bajo nuevos formatos. En esto las autoridades, de la mano de la academia y la sociedad civil, deben coordinar los trabajos de formación de los operadores del nuevo sistema, además de la inversión en materia de infraestructura judicial y entrenamiento de las fuerzas en materia de investigación que al final se convierte en la condición *sine qua non* del éxito del nuevo sistema.

REFERENCIAS

Arraigo domiciliario previsto en el numeral 12 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada. La aplicación de esta medida viola las garantías de legalidad, de seguridad jurídica y de libertad personal previstas en los preceptos 14, 16 y 18 a 20 de la Constitución Federal. Registro No. 170555, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVII, Enero de 2008, Página: 2756, Tesis: I.9o.P.69 P, Tesis Aislada, Materia(s): Penal. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Arraigo penal. El artículo 122 bis del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua que lo establece, viola la libertad de transito consagrada en el articulo 11 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Registro No. 176029, Novena época, Instancia: Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXIII, Febrero de 2006, Página: 1171, Tesis:

P. XXIII/2006, Tesis Aislada, Materia(s): Constitucional, Penal. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.

BENAVENTE Chorres, Hesbert (2010). Estrategias para el desahogo de la prueba en el juicio oral. México: Flores Editor y Distribuidor.

BODES Torres, Jorge (2009). *El juicio oral.* México: Flores Editor y Distribuidor.

Cámara de Diputados *et al*. (2008). *Reforma Constitucional de Seguridad y Justicia: Guía de Consulta*. México: Gobierno Federal, Cámara de Diputados LX Legislatura, Cámara de Senadores LX Legislatura, Gobierno Federal.

CARBONELL, Miguel (2010). Sobre el nuevo artículo 16 constitucional. Reforma Judicial. *Revista Mexicana de Justicia. Sección de Constitución, Legislación y Jurisprudencia: Comentarios y Reflexiones*. No. 15–16.

CESOP (2011). Núm. 43, Abril. LXI Legislatura. México: Cámara de Diputados, Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública (CESOP).

Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua (2003). Chihuahua, México.

COOMARASWAMY, D.P. (2002). Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con: la independencia del poder judicial, la administración de justicia, la impunidad. *Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Sr. Dato'Param Coomaraswamy, presentado de conformidad con la resolución 2001/39 de la Comisión de Derechos Humanos*. E/CN.4/2002/72/Add.1. 24 de enero.

CONATRIB (2008). *Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación*. México: Comisión Nacional de Tribunales Superiores de los Estados Unidos Mexicanos (CONATRIB).

Convención Americana sobre Derechos Humanos, (1969).

DE LA BARREDA Solórzano, Luis (2010). El jurado seducido. *La Razón*, 13 de mayo.

Diario Oficial de la Federación (1983). Tomo CCCLXXI, No.41, 27 de diciembre. México.

_____(2008). Tomo DCLVII, No. 13, 18 de junio, México.

_____(2008). Tomo DCLXIII, No.4, 4 de diciembre. México.

El Sol de San Luis, Redacción (2008). "La reforma judicial es una calca de Estados Unidos". 8 de marzo de 2008. *El Sol de San Luis*. Disponible

en <http://www.oem.com.mx/elsoldesanluis/notas/n621429.htm> [Consultado el 10 de marzo de 2012].

INEGI (2011). *Estadísticas judiciales en materia penal.* México: Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI).

Flagrancia, Detención en (Legislación del Estado De Colima). Registro No. 192925, Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, X, Noviembre de 1999, Página: 987. Tesis Aislada: III.2o.P.56 P. Materia(s): Penal. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.

FRANK, Jorge Leonardo, (1986). *Sistema acusatorio criminal y juicio oral.* Buenos Aires: Lerner Editores Asociados.

GARNER, B.A., Ed. (2004). *Black's Law Dictionary*. U.S.A: Thomson West.

HERNÁNDEZ, Lizbeth (2007). Un caso de homicidio. *El Universal*, 27 de mayo.

INGRAM, M.C., & Shirk, D.A. (2010). *Judicial Reform in Mexico.* San Diego: Trans-Border Institute, University of San Diego.

INGRAM, M.C., Rodríguez F., O., & Shirk, D.A. (2011). *Assessing Mexico's Judicial Reform.* San Diego: Trans-Border Institute, University of San Diego.

_____, (2011). *Justiciabarómetro: Survey of Judges, Prosecutors, and Public Defenders in Nine Mexican States.* San Diego: Trans-Border Institute, University of San Diego.

Iniciativa de Ley (2006). Exposición de motivos, Procedimiento Legislativo de Reformas de 19 de diciembre. México: Cámara de Diputados.

_____ (2007). Exposición de motivos, Procedimiento Legislativo de Reformas de 29 de marzo. México: Cámara de Diputados.

Ley 793, (2002). Colombia,

Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, (2003). México.

MEDINA Perea, Miguel, et. al. *Reporte Chihuahua*, (2009). San Diego, México: Trans-Border Institute, University of San Diego, CIDAC, Universidad Autónoma de Chihuahua.

MORALES Brand, José Luis Eloy, (2010). *Sistema de justicia penal acusatorio en México*, México: Universidad Autónoma de San Luis Potosí.

OVALLE Favela, José, (2010). *El procedimiento penal oral en el estado de Chihuahua.* México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Gobierno del Estado de Chihuahua.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, (1966).

Presunción de inocencia. El principio relativo se contiene de manera implícita en la constitución federal. Registro No. 186185, Novena Época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XVI, Agosto de 2002, Página: 14, Tesis: P. XXXV/2002, Tesis Aislada, Materia(s): Constitucional, Penal. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Proceso, Redacción (2008). «Reforma judicial con sello gringo». 17 de febrero de 2008. Proceso. Disponible en <http://www.proceso.com.mx/?p=196798> [Consultado el 10 de marzo de 2012].

Retractación. Inmediatez. Registro No. 3775, Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, IV, Agosto de 1996, Página: 576. Tesis: VI.2o. J/61. Jurisprudencia. Materia(s): Penal. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.

RODRÍGUEZ Elizondo, Francisco (2011). "Justicia Colonizada". 28 de enero de 2011. Zócalo. Disponible en <http://www.zocalo.com.mx/seccion/opinion-articulo/justicia-colonizada/www.belfurniture.com> [Consultado el 10 de marzo de 2012].

SANTIAGO, Magdalena et al. (2008). "El viejo sistema ha favorecido a la impunidad: legisladores y empresarios". 8 de agosto de 2008. El Sol de Toluca. . Disponible en <http://www.oem.com.mx/elmexicano/notas/n804995.htm> [Consultado el 10 de marzo de 2012].

Seguridad pública. La prohibición de reinstalar en su cargo a los miembros de las instituciones policiales, prevista por el artículo 123, Apartado B, Fracción XIII, de la Constitución General de la República, reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, es aplicable en todos los casos, independientemente de la razón que motivó el cese. Registro No. 164225. Novena Época. Instancia: Segunda Sala. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XXXII, Julio de 2010, Página: 310. Tesis: 2a./J. 103/2010. Jurisprudencia. Materia(s): Constitucional, laboral. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.

VICTORIA López, Martha (2011). "Juicios orales, directo al fracaso: Oscar Vera", 29 de Noviembre de 2011. Global Media. Disponible en < http://www.globalmedia.mx/sanluis/ver_noticia.php?id=41141> [Consultado el 10 de marzo de 2012].

ZEPEDA Lecuona, Guillermo (2008). La reforma constitucional en materia penal de junio de 2008. Claroscuros de una oportunidad histórica para transformar el sistema penal mexicano. *Análisis Plural*, , N° 3.

El estado de los estados

Reformas locales al procedimiento penal en México

*Matthew C. Ingram**

1. INTRODUCCIÓN

Este capítulo ofrece un panorama general de las reformas recientes y en curso en el sector de la justicia penal en las entidades federativas mexicanas. En 2008 el Congreso mexicano aprobó un paquete de reformas federales que establecen cambios específicos en proceso penal, pero que deja la implementación de estos cambios a cada estado, dándoles un plazo de ocho años (hasta 2016) para completar la tarea. México es un sistema federal; el país consiste de 32 unidades subnacionales, incluido el Distrito Federal. En este contexto federal, el proceso de reforma se ha filtrado a través de la política y otras características locales en los estados, y el alcance y ritmo de la reforma se han desarrollado desigualmente a lo largo del país. El objetivo de este documento es ofrecer una visión panorámica de los cambios a nivel estatal, identificando algunos de los factores que impulsan o impiden el proceso de reforma, así como los principales problemas en cuanto a los tiempos y el contenido de las reformas emprendidas en los diferentes estados.

* Profesor, Departamento de Ciencia Política, Universidad de Albany, Nueva York (SUNY Albany); mingram@albany.edu.

La reforma penal de 2008 se dirige a múltiples áreas de cambio legal e institucional.[1] Uno de los componentes de este paquete de reformas que ha recibido la mayor parte de la atención de los operadores del derecho, políticos, y académicos ha sido la transición a los juicios orales desde un proceso (a) inquisitorio centrado en expedientes y los documentos que los componen, asociado históricamente con países de derecho romano derivado de la experiencia francesa, a (b) un proceso acusatorio de confrontación pública y oral ante un juez, asociado históricamente con la tradición del derecho común ("common law") derivado de la experiencia inglesa y estadounidense. Pero hay otras áreas importantes de la reforma. El alcance total del paquete de reformas cubre: (1) cambios al procedimiento penal (incluida la transición al proceso oral que acabo de describir, uso de mecanismos alternativos de resolución de conflictos, salidas alternas, y el criterio de oportunidad); (2) mejor protección de los derechos de víctimas y acusados; (3) nuevas medidas para mejorar a la policía; y (4) medidas especiales para combatir el crimen organizado (véase INACIPE, 2008a; Shirk, 2009; Ingram & Shirk, 2010; Rodríguez, este volumen).

Un análisis completo e integral de todos los cambios en todas las áreas del derecho y en todos los 32 estados está fuera del alcance de este documento. En un esfuerzo para limitar el tema, destaco reformas acerca de la transición amplia y general hacia el sistema acusatorio, así como las reformas en el área de mecanismos alternativos de resolución de conflictos tal como la justicia alternativa (JA). Además de los beneficios prácticos de limitar el alcance de la discusión, hay otras razones para centrarse en estos dos temas. Primero, los estados que han revisado su legislación local para aprobar las reformas necesarias que requiere el proceso acusatorio normalmente han incluido también otros cambios procedimentales en el proyecto de reforma, por ejemplo, el criterio de oportunidad y salidas alternas. También, en relación a los derechos de víctimas y acusados, muchas medidas diseñadas para mejorar la efectividad de esos derechos son inherentes a la transición al sistema acusatorio y la justicia alternativa. En otras palabras, una mejor gestión del procedimiento penal en los juzgados –incluido el desempeño de los jueces, defensores públicos, y agentes del ministerio público– permitirá

1 Aprobado el 17 de junio de 2008 (Diario Oficial de la Federación [DOF], publicado el 18 de junio de 2008). Los esfuerzos iniciales se remontan a marzo de 2004 durante el mandato de Vicente Fox (Presidencia, 2004).

avanzar en la mejora de los derechos de víctimas y acusados. En este sentido, un objetivo de las reformas es que la mayoría de casos penales puedan ser resueltos por mecanismos de justicia alternativa, incluyendo la mediación y conciliación (INACIPE, 2008a: 21), es decir, sin tener que llegar nunca a un juicio. Lograr esta meta descongestionaría los tribunales y contribuiría a un proceso judicial más eficiente. Por último, en relación a la delincuencia organizada y la prevención del delito, muchas políticas de seguridad pública están interrelacionadas con esfuerzos federales en esta área, incluyendo estrategias de amplio alcance para crear una nueva policía federal y una policía única en los estados, combatir las organizaciones de tráfico de drogas y mejorar la inteligencia. Esto no quiere decir que los estados no tengan un papel que cumplir en cuanto a generar capacidad institucional en este sentido, incluyendo la mejora de la policía local. De hecho, a continuación destaco algunos casos de estados que han tomado medidas en esta dirección. Pero estos esfuerzos son auxiliares en muchas formas a los esfuerzos a nivel nacional sobre seguridad pública y existe el sentimiento generalizado de que el gobierno federal debería ejercer el liderazgo de abordar los desafíos más importantes en seguridad pública, aunque sólo sea para evitar crear un conjunto de patrones de leyes e instituciones que –por sus desniveles e incompatibilidades– presten a las organizaciones criminales oportunidades imprevistas para aprovecharse de irregularidades e inconsistencias entre los estados (INACIPE, 2008b). De esta forma, las primeras dos áreas –el sistema acusatorio y la justicia alternativa– son las áreas en que los estados tienen más autonomía para actuar. En otras palabras, en comparación con las estrategias para combatir la delincuencia organizada o los problemas de seguridad pública, *cuándo* y *cómo* un estado adopta el sistema acusatorio o la JA depende más de la política local que de la política nacional. Por lo tanto, la discusión ofrece un tratamiento sistemático de estas dos áreas de política más local y un tratamiento más impresionista de las demás partes de la reforma.

La discusión aquí es general, entre estados distintos y dentro de estados específicos. La evidencia sistemática sobre el sistema acusatorio y la JA, y la evidencia de su influencia sobre otras políticas, transmite el sentido de los tiempos con los cuales diferentes estados han ido avanzando, similitudes y diferencias en los temas cubiertos por las reformas, y los estilos distintos de implementación. Por ejemplo, algunos estados adoptaron tempranamente el proceso acusatorio, incluso *antes* de la reforma federal de 2008 (por

ejemplo, Chihuahua, Nuevo León, Oaxaca), mientras que otros han hecho poco o casi nada aún más de dos años *después* de la reforma federal. Además, entre los reformistas, los estados han seguido diferentes estrategias de implementación. Algunos estados han aplicado la reforma a todos los tipos de delitos penales, pero empezando en un número limitado de distritos judiciales y expandiendo después a otras zonas (lo que yo llamo *gradualismo geográfico*, y otros han llamado "implementación por distrito"). Otros han invertido esta estrategia, aplicando la reforma en todos los distritos judiciales del estado pero empezando con tipos limitados de delitos penales y después expandiendo el sistema a un mayor número de delitos, y en algunos estados expandiéndolo incluso a causas del derecho civil y familiar (*gradualismo sustantivo* o "implementación por delito"). Entre los gradualistas geográficos, existe todavía otra variedad, ya que algunos estados empezaron en el distrito judicial de la capital del estado y desde ahí expandieron la reforma (*gradualismo geográfico centrífugo*) mientras que otros empezaron en zonas pequeñas y periféricas del estado, poniendo a prueba la reforma en zonas menos pobladas antes de expandirla a la capital estatal (*gradualismo geográfico centrípeto*).

El material presentado a continuación se organiza de la siguiente forma. Primero, se ofrece un panorama amplio del nivel de las reformas acusatorias y de JA entre los estados de México. Una gráfica y un mapa en esta sección clasifican los estados en cinco categorías de acuerdo al nivel general de reforma que han alcanzado, permitiendo al lector echar una mirada rápida a la información y evaluar cuáles estados están más avanzados en el proceso de reforma y cuales están atrasados. La siguiente sección ofrece una mirada más detallada a estados individuales dentro de cada categoría, prestando más atención al primer grupo (Categoría 1), el cual incluye los ocho estados que han aprobado y/o empezado la implementación del proceso acusatorio a diciembre de 2010. Es decir, los datos están actualizados hasta diciembre de 2010. Sin embargo, en algunos casos, he añadido datos de las primeras fechas del 2011. Por ejemplo, la reforma en Puebla fue aprobada el 11 de enero de 2011 y está incluida en este grupo. Donde acontecen cambios novedosos pero demasiado tarde para estar incluidos en el índice que genera las categorías, éstos se señalan claramente. Por ejemplo, Michoacán aprobó un nuevo código de procedimientos penales a inicios del 2012, el 13 de enero, pero sigue en la categoría 3. Por último, concluyo con una discusión de las consecuencias

más generales en cuanto al carácter desnivelado y disparejo de las reformas judiciales entre los estados mexicanos, incluyendo algunos esfuerzos de *contrareforma*.

2. PANORAMA GENERAL DEL NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN LOS ESTADOS MEXICANOS

Un análisis de los cambios legislativos locales ofrece información que ayuda a dividir los 32 estados en cinco categorías de reforma. La Categoría 1 comprende aquellos estados que han avanzado más hacia lograr las metas de la reforma general, incluidos los estados que han hecho esfuerzos tempranos por reformar el sector de la justicia penal (algunos lo hicieron varios años antes de la fecha de la reforma federal de 2008) y otros que, aunque puedan ser recién llegados a la reforma, sin embargo han avanzado rápidamente para aprobar las reformas necesarias y están en medio de o han terminado la fase de implementación. Este grupo está formado por ocho estados (en orden alfabético): (1) Baja California, (2) Chihuahua, (3) Durango, (4) Morelos, (5) Nuevo León, (6) Oaxaca, (7) Estado de México[2] y (8) Zacatecas. La Categoría 2 incluye aquellos estados que han aprobado reformas completas pero todavía no habían comenzado a implementarlas el 31 de diciembre de 2010. La pieza clave de legislación que hace que un estado figure en esta categoría es la aprobación de un nuevo código de procedimiento penal (también llamado "código procesal penal"). Esta es indiscutiblemente la pieza central de legislación en el proyecto de reforma, y las leyes complementarias incluyen aquellas que rigen la JA, el código penal, la defensoría pública, el ministerio público, la policía y otras agencias de seguridad pública, y las leyes orgánicas de cada una de estas instituciones. La Categoría 2 está formada por sólo dos estados: Guanajuato y Puebla.[3] La Categoría 3 consiste de estados que todavía no han aprobado el conjunto total de legislación mencionada arriba, pero que (a) han aprobado algunas leyes complementarias iniciales, incluso aunque

2 Para los lectores no familiarizados con México, el país, un estado, y la capital de la nación comparten el mismo nombre. El estado se extiende por una gran parte de la ciudad capital. La frase "Estado de México" se usa para distinguir entre el estado y la ciudad. En México, el nombre del estado se acorta frecuentemente como "Edomex".

3 Michoacán aprobó un nuevo código de procedimientos penales el 13 de enero de 2012.

sea una declaración relativa a la constitucionalidad de la reforma, o (b) han creado un organismo oficial encargado de redactar la legislación y coordinar el esfuerzo de reforma. Cualquiera de estas dos medidas señala pasos importantes hacia la reforma. Este grupo incluye el mayor número de estados (17): Aguascalientes, Campeche, Colima, Chiapas, Distrito Federal (Ciudad de México), Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Michoacán (véase nota 3), Querétaro, San Luis Potosí, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz, y Yucatán. Como se ha señalado antes, esta categoría incluye el estado de Veracruz, el cual tiene reformas formales que crean el procedimiento acusatorio pero, según varios observadores, que son parciales, cosméticas o insuficientes según se detalla abajo. La Categoría 4 está formada por aquellos estados que por lo menos han promovido capacitación relevante a la reforma, pero no han hecho mucho más. Hay dos estados en este grupo: Baja California Sur y Nayarit. Por último, la Categoría 5 está compuesta por tres estados que no han tomado ningún paso significativo hacia la reforma: Coahuila, Quintana Roo y Sinaloa. Este grupo incluye estados que pueden practicar la JA (normalmente en forma de oferta de un centro de mediación) pero que no han aprobado leyes para expandir o regular formalmente la JA. Pero principalmente los estados en esta categoría no presentan evidencia disponible de leyes u otros proyectos de reforma.

Los principales datos que generan este orden numérico proceden del análisis de una serie de documentos recolectados de los sitios web de los tribunales estatales, congresos locales, y poderes ejecutivos locales. Estos documentos incluyen constituciones locales, los informes anuales de los tribunales, leyes orgánicas y otros reglamentos internos (por ejemplo, *Ley Orgánica del Poder Judicial* o LOPJ), códigos penales locales (*Código Penal*), y códigos de procedimientos penales (*Código de Procedimientos Penales* o CPP; también llamado *Código Procesal Penal*). Informes periodísticos, comentarios académicos y otras fuentes secundarias complementan estos registros oficiales. Esta clasificación también se complementa con información disponible de parte de otras organizaciones que le dan seguimiento a la reforma penal. Por ejemplo, el Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE) tiene un sitio web que mantiene una lista de los estados que han reformado sus códigos penales o códigos de procedimiento penal, así como las reformas asociadas con

la justicia alternativa.[4] Los ocho estados que, según el INACIPE, han elaborado nuevos códigos de procedimientos penales están todos en el primer grupo (Categoría 1). Además, el Programa de Apoyo al Estado de Derecho o PRODERECHO (ahora desaparecido), una organización afiliada a la Agencia Estadounidense de Desarrollo Internacional (*United States Agency for International Development*, USAID) (PJ-MOR, 2009), tenía un sitio web que ofrecía información sobre los esfuerzos de reforma en cada estado.[5] Al inicio de 2010, todos los estados del primer grupo eran reconocidos por PRODERECHO como estados reformistas avanzados en la etapa de implementación, excepto por Baja California y Durango, que yo identifico como avanzados (Categoría 1) pero PRODERECHO no. Cabe señalar que estos dos estados han realizado reformas más recientes, por lo que no es de extrañar que el sitio web de PRODERECHO no haya sido actualizado para poder incluirlos.[6] En cualquier caso, a finales de 2010, ambos estados se encontraban claramente en la etapa de implementación. Además, la gran mayoría de los estados en la Categoría 2, 3 y 4, PRODERECHO informa que (a) el estado ha expresado algún interés en realizar la reforma, lo que de todas formas exige la reforma federal (Baja California Sur, Coahuila, Guerrero, Nayarit, Querétaro, San Luis Potosí, Tabasco), o (b) no disponen de ninguna información (Campeche, Michoacán, Sinaloa, Yucatán), lo que refleja la ausencia de información sobre proyectos de reforma. Yo clasifico a los estados de Campeche y Yucatán como Categoría 3 porque encontré evidencia independiente de iniciativas activas de reforma bajo consideración.

Por último, la información recolectada ha sido contrastada con las últimas actualizaciones del principal organismo federal responsable de supervisar el proceso de reforma, la Secretaría Técnica de la Comisión de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal (SETEC), el cual es un órgano de la Secretaría de Gobierno. De manera

4 Véase http://www.inacipe.gob.mx (última consulta 15 de mayo de 2011). En una visita anterior a su sitio web el 15 de febrero de 2010, se incluía a Chiapas entre los estados avanzados, pero desde entonces ha sido borrado.

5 Véase http://www.proderecho.com (consultado por última vez el 10 de febrero de 2010; intentos más recientes para acceder al sitio web, del 16 de mayo de 2011, lo encontraron inactivo ya que la organización desapareció a finales de 2010).

6 La reforma de Durango fue aprobada a mediados de 2009 y entró en vigor a finales de 2009. De igual manera, la reforma de Baja California es reciente y estaba previsto que entrara en vigor en agosto del 2010.

importante, la clasificación presentada aquí difiere de la clasificación oficial del gobierno (SETEC, 2011) en dos formas. Primero, en su clasificación de cuatro categorías (1–4; 1=baja, 4= alta), SETEC señala que Nuevo León recibe un "2", lo que indica que está sólo por encima de los estados que no han hecho prácticamente nada. En contraste, yo coloco a Nuevo León en la parte superior de la escala de cinco categorías. Si bien es cierto que Nuevo León carece del tipo de reforma legislativa sistemática observada en otros estados más avanzados, también es verdad que Nuevo León fue el primer estado en promover oficialmente la transición al proceso acusatorio, y en realizar procedimientos penales bajo el nuevo sistema, los que ocurrieron mucho antes de la reforma federal de 2008. Nuevo León también ha avanzado más que cualquier otro estado en la expansión del proceso acusatorio y oral al derecho familiar y civil, y es destacable por otros logros enumerados abajo. Segundo, el informe de SETEC pone a Guanajuato e Hidalgo al mismo nivel, mientras que este reporte coloca a los dos estados en categorías distintas. Equipararlos no tiene sentido ya que Guanajuato aprobó nueva legislación el 3 de septiembre de 2010, incluyendo el elemento clave –un nuevo código de procedimientos penales–, con el que se anticipaba implementar el nuevo sistema en Septiembre de 2011, mientras que Hidalgo todavía no ha aprobado el código procedimental y por lo tanto no tiene un calendario de implementación.

Para resumir, el *ranking* (1–5) clasifica a los estados de acuerdo a la profundidad de sus logros en el proceso de reforma, donde "1" identifica esencialmente a los reformadores más fuertes o avanzados y el "5" a los no reformadores o más atrasados. La clasificación de unos pocos estados individuales puede parecer a los lectores algo inusual o contra intuitivo, pero las categorías sólo tienen como fin distinguir clases amplias de estados. Por ejemplo, el Estado de México no tiene una ley formal que regule la justicia alternativa pero ha hecho una transición incremental hacia el proceso acusatorio desde 2005 y ha aprobado una reforma más integral en 2009. Este estado debería distinguirse de otros estados, incluso de aquéllos que están considerando crear leyes de JA, un organismo coordinador y un paquete de reforma más completo. De forma similar, los estados que han aprobado los códigos de procedimiento penal y las reformas más completas (Categoría 2) pueden no tener JA, pero sus esfuerzos formales para aprobar el paquete de reformas más completo

deberían distinguirlos de aquéllos otros estados que no se han esforzado de manera parecida.

Cabe señalar que el proceso de reforma está en curso y muchos estados pueden haber propuesto algún proyecto de reforma o realizado avances que no están incluidos aquí. De forma semejante, existen estados que parecen avanzar hacia la reforma, y después el proceso puede estancarse (por ejemplo, Coahuila). O incluso peor, en algunos estados (por ejemplo, Chihuahua y Durango) hay evidencia de algunos impulsos contrareformistas. Así, el paisaje de la reforma es irregular y cambiante en formas que dificultan tener una imagen fija o perfectamente clara de la situación de la reforma en todos los estados. La información incluida aquí refleja la situación vigente en cada estado al terminar el año 2010; o sea, la información está actualizada al 31 de diciembre de 2010. No tiene como fin ofrecer una escala de medición precisa de los niveles de reforma en los estados mexicanos, sino un panorama general del proceso de reforma. Como he dicho antes, la categorización presentada aquí no pretende ser exacta, integral o exhaustiva de todos los cambios legales en los estados. En cambio, ofrece una visión rápida de diferencias claras y significativas entre los estados. La Tabla 1 en el anexo ofrece un resumen de la clasificación de cada estado.

Usando este índice numérico (1–5), la Figura 1 abajo presenta un mapa de México. Cada tono corresponde a un valor del índice. Los colores más oscuros corresponden a los estados más reformistas de la Categoría 1: los estados que ya están implementando el nuevo sistema. Estos estados aparecen en negro. Después vienen los estados de la Categoría 2 en gris oscuro: aquéllos que han aprobado la reforma pero que todavía no han comenzado a implementarla. En un tono más claro de gris aparecen los estados de la Categoría 3, seguidos por aquéllos que no han tomado ninguno de los pasos de arriba pero que han recibido el reconocimiento de SETEC por al menos haber realizado capacitaciones relevantes a la reforma (Categoría 4). Por último, aquellos estados que no han hecho nada de lo anterior aparecen en color blanco (Categoría 5). En resumen, los tonos más oscuros reflejan esfuerzos más firmes y más integrales; los colores más claros reflejan los esfuerzos débiles o parciales.

Figura 1. Mapa que muestra las categorías de reformas en los estados mexicanos.*

* Mapa generado con ArcMap 9.2. Agradezco a Alberto Díaz-Cayeros por el archivo de las formas subyacentes.

3. UNA MIRADA DETALLADA DE LOS ESTADOS CLAVE

Para ilustrar mejor la pluralidad de los procesos de reforma que ocurren a nivel estatal, esta sección ofrece información detallada sobre estados en cada categoría. El énfasis en esta sección se coloca en aquellos estados que han mejorado significativamente, es decir, los ocho estados en la Categoría 1 y dos estados en la Categoría 2. Para aquellos lectores interesados en los detalles jurídicos de las diversas reformas locales en cuanto al nuevo sistema de justicia penal, se ofrecen referencias detalladas para identificar elementos clave del marco legal en cada estado.

3.1 Categoría 1

***Baja California*:** El estado de Baja California es uno de los miembros más recientes en el grupo de estados avanzados en la reforma penal. La *Ley de Justicia Alternativa* (LJA) fue aprobada el 19 de octubre de

2007 (BC-LJA, 2007). Esta ley regula los mecanismos de resolución alternativa de conflictos, incluida la mediación y conciliación, hasta en muchos asuntos penales. Sin embargo, el marco normativo para la justicia alternativa entró en vigor 18 meses más tarde, en abril de 2009 (BC-LJA, art. Transitorio Primero), y el actual sistema de JA no estaba programado para empezar a funcionar hasta 2010. De hecho, el sistema iba a ser implementado de manera geográficamente gradual (por distrito), empezando el 20 de abril de 2009 en el distrito judicial de Mexicali, siguiendo un año después (abril de 2010) en Tijuana, y otro año después (abril de 2011) en Ensenada. Además, este calendario sólo aplicaría a la JA en casos no penales. En casos penales, la JA no empezaría a funcionar en Mexicali hasta el 11 de agosto de 2010, y después en etapas escalonadas en Ensenada, Tijuana, Tecate y Playas de Rosarito (BC-LJA, Transitorio Primero; Decreto 360/10). Cabe destacar que la aprobación inicial de la ley precede la aprobación de la reforma federal, si bien la ley no entró en vigor hasta bastante después de aprobada la reforma federal. Parte del motivo que explica esta demora probablemente tiene que ver con el hecho de que la ley requiere capacitación y registro de mediadores en los organismos del estado (BC-LJA, arts. 11 y siguientes).

La transición hacia el sistema acusatorio ha avanzado rápidamente en Baja California, con un paquete de reformas aprobado inicialmente el 19 de octubre de 2007, pero no pudo entrar en vigencia en 2009 como estaba previsto. Así, un segundo conjunto de reformas fueron aprobadas el 13 de noviembre de 2009, estipulando que la implementación entrara en vigencia en febrero de 2010 (BC-PJ Informe, 2008–2009: 47). Este conjunto de reformas fue aplazado dos veces más: el 22 de enero de 2010, la fecha de entrada en vigor de la reforma se aplazó para el 3 de mayo de 2010 (Decreto 348/10, modifica el art. Transitorio Primero; Di Carlo 2010) y finalmente la fecha de inicio se cambió al 11 de agosto de 2010 (Decreto 360/10, modifica el art. Transitorio Primero). Este nuevo calendario establece que la reforma será geográficamente gradual, y se producirá en primer lugar en la capital del distrito de Mexicali. Un año después, el 3 de mayo de 2012, la reforma será implementada en el distrito de Ensenada, y finalmente en los distritos de Tijuana, Tecate y Playas de Rosarito el 3 de mayo de 2013.

En lo relativo al contenido de la reforma, el Decreto 279 establece que el proceso penal será oral, es decir, acusatorio (BC-Decreto 279/09, art.

3). Anteriormente, varias fases de capacitaciones en noviembre de 2008 y en el curso de 2009, impartidas por INACIPE y PRODERECHO y que abordaban un rango de temas desde conceptos básicos a mecanismos de procedimiento avanzado, crearon las condiciones para la reforma y su implementación (BC Informe, 2008–2009: 50–54). Adicionalmente, la nueva Ley de Seguridad Pública (LSP) fue aprobada el 21 de agosto de 2009. En parte, esta ley dispone la creación de un nuevo Centro de Evaluación y Control de Confianza que el estado debe completar en un plazo de cuatro años (BC-LSP, Transitorio Segundo). Este Centro estará a cargo de evaluar y clasificar a todo el personal de agencias policiales para contratación y ascensos, incluidos agentes del Ministerio Público, policía e investigadores forenses (BC-LSP, arts. 32 y siguientes). Además, la principal universidad pública del estado (Universidad Autónoma de Baja California, o UABC) estaba preparando un curso sobre el proceso acusatorio para el otoño de 2009 (TBI, 2009d: 16). Por último, el estado tiene un sitio web para difundir información sobre la reforma.[7] Para otras aportaciones sobre la reforma en este estado, véase Pelayo y Solorio (este volumen).

***Chihuahua*:** Junto con Nuevo León y Oaxaca, este estado es uno de los líderes de la reforma. El 18 de enero de 2006, más de dos años antes de la reforma federal, una iniciativa legislativa propuso reformar el procedimiento penal en el estado. La parte constitucional de la reforma fue aprobada el 11 de mayo de 2006 (CHI-Decreto 595/06, 5) y entró en vigencia el 11 de junio de 2006 (CHI-Dec. 603/06 II; Periódico Oficial No. 46, pág. 4775–4778). Esta reforma modificó cuatro artículos de la constitución del estado (arts. 6, 93, 105, y 117) y estos cambios exigieron la alteración (o creación) de otros documentos: (1) Ley Orgánica del Poder Judicial; (2) Ley Orgánica del Ministerio Público; (3) Código Penal del Estado de Chihuahua; (4) Código de Procedimientos Penales; (5) Ley de la Defensoría Pública; (6) Ley de Ejecución de Penas; (7) Ley de Justicia Especial para Adolescentes Infractores; (7) Ley de Atención a Víctimas u Ofendidos del Delito, (8) Ley del Derecho de la Mujer a una Vida Libre de Violencia, y (9) Ley de Justicia Alternativa.

7 Véase http://www.justiciabc.gob.mx (consultado por última vez el 11 de mayo de 2011).

Cada una de estas medidas legislativas ha sido completada desde entonces, y todo el conjunto de leyes nuevas o reformadas está ahora en vigencia. Particularmente, las leyes mencionadas arriba cubren la justicia alternativa (JA) y la transición al sistema acusatorio, pero van más allá que otros estados porque Chihuahua tiene una nueva ley sobre derechos de las víctimas (Ley de Atención a Víctimas u Ofendidos del Delito), así como una nueva ley sobre defensores públicos (Ley de la Defensoría Pública). Estas partes del proyecto de reforma en el estado hacen de la reforma de Chihuahua una de las más amplias y avanzadas. En ese sentido, PRODERECHO felicita al estado por aplicar la nueva reforma a todos los tipos de delito y se refiere al marco legal de Chihuahua como uno de los más integrales y avanzados, lo que pone al estado a la vanguardia de la reforma del proceso penal en América Latina (PRODERECHO-Proyectos, 2009; también TBI, 2008b: 11).

Incluso cuando la parte legislativa de la reforma estaba en curso, el poder judicial ya estaba perfeccionándose y expandiendo su infraestructura para acomodar el nuevo sistema acusatorio. Para el 31 de enero de 2006, meses antes de que fuera aprobada la reforma constitucional local, se puso la primera piedra para el Complejo Judicial del Distrito Bravos. Ya se había proyectado que este nuevo complejo albergaría dos salas de audiencia para procesos orales (PJ-CHI Informe, 2006: 11).

En relación a la transición al sistema acusatorio, el Código de Procedimientos Penales (CPP) fue aprobado el 15 de junio de 2006 y entró en vigor y fue implementado gradualmente a través del estado. A diferencia de Nuevo León, que implementó la reforma por delito (gradualismo sustantivo), Chihuahua implementó la reforma al principio en un sólo distrito judicial pero la aplicó a todos los delitos. Este proceso de gradualismo geográfico centrífugo comenzó en el Distrito Judicial de Morelos, en la ciudad de Chihuahua, el 1º de enero de 2007 (CHIH-CPP, Transitorios, Art. Segundo; PJ-CHIH Informe, 2007: 20). La reforma fue diseñada para expandirse seis meses después (julio de 2007) al Distrito Bravos en Ciudad Juárez (CHIH-CPC, Transitorios, Art. Segundo; Informe, 2007, 20; PJ-CHIH Acuerdo, 2009), aunque hubo algunos retrasos y el primer juicio oral en Ciudad Juárez no se celebró hasta septiembre de 2008 (TBI, 2008d: 13). Los restantes 12 distritos judiciales en el estado se completaron el 1º de julio de 2008 (Informe, 2007: 20; Acuerdo, 2009). De esta forma, si el proceso de reforma constitucional

empezó a principios de 2006, los códigos relacionados se reformaron a mediados de 2006, y se implementaron sólo a principios de 2007. La fase de implementación se había completado aproximadamente 18 meses después de eso, a mediados de 2008 (Informe, 2008: 23). Desde inicio a fin, el proceso demoró aproximadamente dos años y medio. Aunque se debe reconocer que falta bastante trabajo por hacer, la reforma de Chihuahua es ejemplar por tempranera (anterior a la reforma federal), su alcance integral y la velocidad de implementación en todo el estado. De hecho, cuando se aprobó la reforma federal a mediados de 2008, Chihuahua ya había aprobado e implementado su propia reforma *en todo el estado*.

Sin embargo, el volumen de casos en el nuevo proceso acusatorio fue pequeño al principio. A finales de 2007 –es decir, en todo el primer año de operación en el distrito de Morelos– sólo se habían realizado cuatro (4) juicios orales (Informe, 2007: 21–22). Desde entonces, a medida que el sistema se ha expandido a otros distritos, el volumen de casos ha crecido progresivamente. En 2008, se celebraron ocho (8) juicios orales en los distritos de Morelos y Manuel Ojinaga y seis (6) más en los distritos de Bravos y Galeana. No hubo ningún otro juicio oral en el resto de los distritos, con un total en todo el estado de 14 (Informe, 2008: 76–79). En 2009, el número total de juicios orales en el estado se incrementó a más del triple, llegando a 59 (Informe, 2009: 91). En 2010, el volumen de casos continuó creciendo. En los primeros tres meses del año (enero–marzo), hubo 34 juicios orales sólo en el Distrito de Morelos (Ciudad de Chihuahua). A este ritmo, en junio de 2010 Chihuahua superaría el volumen de juicios orales realizados en todo el año 2009.[8]

Al igual que otros estados que lo sucedieron, Chihuahua ha desarrollado no sólo mecanismos para la resolución alternativa de conflictos (por ejemplo, mediación y conciliación), sino que también ha incluido alternativas o formas rápidas de salida del anteriormente rígido e inflexible proceso penal. Por ejemplo, el Código de Procedimiento Penal permite un "acuerdo reparatorio", en el cual el acusado acepta hacer reparaciones a la víctima (arts. 196 y siguientes). Además, los procedimientos penales pueden interrumpirse o suspenderse (*suspensión del proceso a prueba*) si el acusado cumple ciertos criterios de elegibilidad

8 Véase http://www.stj.gob.mx/nuevo-sistema/consulta-audiencias.php (última consulta el 15 de mayo de 2011).

e idoneidad, un proceso similar a los programas de libertad condicional o libertad vigilada de algunas entidades de los Estados Unidos (CHIH-CPC, arts. 201 y siguientes). Más aún, existe la posibilidad de un "proceso abreviado" en el cual los procedimientos ante el tribunal pueden acortarse si el acusado admite los cargos y renuncia al juicio (CHI-CPC, arts. 387 y siguientes). En la práctica, esto puede terminar siendo muy similar al proceso de "*plea bargaining*" en el contexto estadounidense. Al igual que ocurrió con los juicios orales, el uso de estas opciones de sentencia alternativa ha crecido desde 2008, con 321 casos ese año en los Distritos de Morelos y Manuel Ojinaga, 259 en los distritos de Bravos y Galeana, y 51 en el resto del estado (Informe, 2008: 76–79). En 2009, hubo un total de 1.030 casos resueltos vía estas salidas procedimentales (Informe, 2009: 91).

Por último, desde el año 2008 hay una comisión que supervisa la implementación de la reforma en Chihuahua. Esta comisión (*Centro Estatal para la Instrumentación del Nuevo Sistema de Justicia Penal*, o CEI) sirve como centro de información sobre la reforma y como eje central de la coordinación entre los distintos organismos y poderes del gobierno. El sitio web del estado sobre el nuevo sistema judicial describe esta comisión y permite fácilmente seguir las actividades en esta área.[9]

Debería destacarse que recientemente ha surgido una oposición a la reforma en Chihuahua que tiene una fuerte presencia. De hecho, algunos candidatos a gobernador y alcalde en 2010 han expresado esta oposición. Este hecho es preocupante también porque dos de estos candidatos vienen del PAN, el partido que supuestamente impulsó la reforma a nivel federal y entonces ha de estar haciendo lo misma a nivel local.[10] De manera

9 Véase http://www.chihuahua.gob.mx/justiciapenal (última consulta el 14 de febrero de 2010).

10 Sobre Carlos Burrel, candidato a gobernador del PAN y anteriormente alcalde de la capital del estado, véase: El Agora. 2010. "Contrarreforma al sistema de justicia penal." 23 de febrero (Chihuahua), disponible en: http://www.elagora.com.mx/Contrareforma-al-Sistema-de,22556.html (última consulta el 16 de mayo de 2011). Sobre Antonio López, candidato a alcalde del PAN, véase: El Agora. 2010. "Reforma penal." 16 de junio (Chihuahua), disponible en: http://www.elagora.com.mx/Truena-Tono-Lopez-contra-la,24993.html (última consulta el 16 de mayo de 2011). El gobernador electo en 2010, César Duarte (PRI), también ha expresado la necesidad de una contrareforma que haría más estrictas las leyes penales; véase El Heraldo de Chihuahua. 2010. "Entrevista." 18 de diciembre (Chihuahua), disponible en: http://

sorprendente en un estado que ha avanzado tanto en la implementación del nuevo sistema, las tendencias contra-reformistas parecen surgir de la percepción que el nuevo sistema es demasiado garantista y por ende débil frente al delincuente. Es decir, que los elementos protectores de los derechos en la reforma –diseñados para salvaguardar los derechos tanto de víctimas como de acusados, incluidos los abusos durante la investigación, acusación, juicio y custodia– han sido percibidos por algunos como elementos de la reforma que permiten a los culpables salir en libertad, facilitando la impunidad y la reincidencia del crimen.[11] Este fenómeno no es exclusivo de Chihuahua (véase Durango más abajo), lo que demuestra que la percepción de una persistente inseguridad puede socavar los esfuerzos de reforma y que las campañas electorales, al intentar aprovecharse de este sentimiento en la población, también pueden frenar el avance de la reforma.

Estos eventos añaden un nuevo elemento político al contexto de la reforma, un ambiente en que incluso los errores individuales pueden costarle caro a la reforma si se combinan con el mal funcionamiento del sistema en general.

***Durango*:** En el primer grupo de estados, Durango se une a Baja California como uno de los recién llegados a la reforma, al menos en comparación con Nuevo León, Chihuahua y Oaxaca. El Tribunal informa que los primeros impulsos de reforma se dieron en 2007 (Gaucín, 2009), pero el nuevo Código Penal no fue aprobado hasta el 11 de junio de 2009. De forma similar el Código Procesal Penal (CPP) no se aprobó hasta el 21 de junio de 2009. Estas reformas fueron programadas originalmente para que

---

www.oem.com.mx/oem/notas/n1894518.htm (última consulta el 16 de mayo de 2011).

11 Quizá el ejemplo más dramático es el caso de Rubí Marisol Frayre Escobedo (conocido popularmente como "el caso Rubí"). Rubí tenía sólo 16 años y ya había tenido un bebé cuando desapareció en 2008. Un panel de tres jueces en uno de los nuevos juicios orales de Chihuahua exonero a su antigua pareja Sergio Barraza Bocanegra, aunque después fue declarado culpable en la apelación y condenado a 50 años de cárcel. Sin embargo, para ese momento el ya se había fugado. La madre de Rubí, Marisela Escobedo, organizó una protesta frente al Palacio de Gobierno, donde fue asesinada por un atacante el 18 de diciembre de 2010. Añadiendo al impacto de estos eventos, el asesinato de la madre fue grabado por una cámara de seguridad y el video terminó circulando ampliamente en internet. Véase, por ejemplo, Rabasa Gamboa (2011).

entraran en vigor el 31 de diciembre de 2009 (DUR-CPC, Art. Transitorio Primero, sec. I) y el sitio web del Tribunal informó la inauguración de las nuevas instalaciones para los procedimientos acusatorios el 14 de diciembre de 2009 (DUR-PJ, 2009). El Decreto 158/08 (2008) también establecía la creación de una Comisión y organismo implementador para supervisar el proceso de reforma, y Durango mantiene un sitio web dedicado al nuevo sistema.[12]

Al igual que en otros estados que han optado por un proceso de gradualismo geográfico en la implementación, la reforma de Durango entrará en vigencia primero en la ciudad capital del estado, Durango, lo que hace que forme parte del grupo centrífugo de gradualistas geográficos. La reforma después se ampliará a otros distritos. Un elemento importante es que la expansión a otros distritos no tiene un calendario explícito en los artículos transitorios del CPP, como se hace en otros estados; *debe primero ser solicitado por el Tribunal Superior de Justicia y aprobado por la legislatura estatal* (DUR-CPC, Art. Transitorio Primero, sec. II). Este elemento de la reforma puede dar flexibilidad para adaptar el ritmo de la reforma según sea necesario, pero también puede generar cierta ambigüedad y abrir un espacio para desacuerdos adicionales durante al proceso de cambio, retrasando la expansión de la reforma. De hecho, para finales de 2010, la siguiente fase de implementación no había sido establecida (SETEC, 2011: 22).

Las leyes complementares aprobadas en Durango incluyen la Ley de Justicia Alternativa, el Reglamento de Justicia Alternativa y la Ley de Defensoría Pública. Es notable que el nuevo Código Penal incluye nuevos tipos de delitos que tienen como fin abordar el cambiante panorama de inseguridad y seguridad pública en México. Algunas de las nuevas clasificaciones de delitos incluyen el secuestro exprés, la prostitución, el tráfico de personas y la desaparición (DUR-CP, Considerandos, paras. 18–27). Además, a principios de 2011, después de protestas públicas que acusaban al nuevo sistema de justicia penal de ser demasiado garantista, los legisladores modificaron el recién reformado Código de Procedimiento Penal para que el robo fuera un delito serio, eliminaron los perdones y endurecieron las leyes penales en general (*Sol de Durango,*

12 Véase http://www.justiciapenaldurango.gob.mx (consultado por última vez el 15 de mayo de 2011).

2011). Así, Durango parece estar re-legislando contra nuevos patrones de delincuencia con la intención de encontrar un equilibrio entre seguridad pública y garantismo.

***Morelos*:** Morelos es otro estado que empezó un proceso sustancial de reforma antes de la reforma federal de 2008. Después de consultas con académicos y foros públicos, se empezó a debatir un proyecto de reforma en la legislatura el 12 de julio de 2007. La reforma del Código de Procedimiento Penal fue aprobada cuatro meses después, el 19 de noviembre de 2007, y sienta las bases para el proceso acusatorio en el estado. Fue implementado de manera geográficamente gradual a través del estado, siguiendo el ejemplo de Chihuahua. El Primer Distrito Judicial comenzó la implementación el 30 de octubre de 2008. A pesar de algunas irregularidades iniciales,[13] la reforma se expandió el 1º de junio de 2009 al Sexto Distrito (situado en Cuautla) y al Quinto Distrito (Yautepec). Desde enero de 2010, la última fase de implementación estaba programada para el 1º de febrero de 2010, en el Cuarto Distrito (Jojutla), Segundo Distrito (Tetecala), Tercer Distrito (Puente de Ixtla) y Séptimo Distrito (Jonacatepec). Para entregar apoyo técnico y seguimiento de la reforma, Morelos creó una comisión para supervisar la implementación (*Comisión de Seguimiento a la Reforma Integral del Sistema de Justicia Penal y Seguridad Pública*) el 23 de enero de 2008 (MOR-Gob, 9).

Al igual que Chihuahua y otros estados, el Código de Procedimiento Penal en Morelos incluye la oportunidad para salidas rápidas o alternas del proceso penal. Algunas de estas opciones de procedimiento son las mismas que las de Chihuahua, incluidos los acuerdos reparatorios (MOR-CPC, arts. 204 y siguientes), la suspensión del proceso (arts. 209 y siguientes); y el *procedimiento abreviado*; (arts 388 y siguientes) si el acusado se declara culpable y renuncia al juicio. También, una ley de JA se aprobó aquí en agosto de 2008 (TBI, 2008c).

13 En el segundo juicio oral, hubo quejas de que fuera un procedimiento cerrado (las puertas estaban cerradas para evitar que se superara la capacidad de la sala después de que un grupo numeroso de personas llegaran para asistir a la audiencia), y ocho de los otros diez jueces de juicios orales también estaban presentes en la audiencia, creando un potencial para un futuro sesgo o apariencia de parcialidad si el caso tuviera que volver a juzgarse (TBI, 2008e: 15).

***Nuevo León*:** Nuevo León fue el pionero de las tendencias actuales en la reforma del procedimiento penal en México. El primer juicio oral en México se realizó en este estado el 23 de febrero de 2005 (Carrizales, 2005). En realidad, el proceso de reforma había comenzado aquí ya en octubre de 2003, mucho antes de la reforma federal de 2008, e incluso antes de la iniciativa de reforma del Presidente Vicente Fox en 2004 (Presidencia 2004). Como tal, Nuevo León ha estado al frente del movimiento de reforma, compitiendo con su vecino norteño de Chihuahua y su contraparte sureña de Oaxaca para ver quien avanzaba en mayor profundidad y más rápidamente hacia el nuevo sistema de justicia penal.

La reforma al Código de Procedimiento Penal (CPP) en 2004 dio inició al proceso de cambio legal en el estado. El CPP identifica cuatro tipos de delitos que son elegibles para el modelo acusatorio, definiendo un proceso de *gradualismo sustantivo*, o implementación por delito, que contrasta con el gradualismo geográfico (implementación por distrito) de la mayoría de los estados incluidos en la Categoría 1. Tempranamente en la era pos-reforma –de julio de 2004 a diciembre de 2005– los tipos de delitos eran muy limitados. Específicamente, el Decreto 118/04, aprobado el 28 de julio de 2004, establece que el proceso acusatorio solo tiene jurisdicción sobre delitos en los cuales el grado de culpabilidad es moderado ("culpa") y el Código Penal no los considera serios ("no graves").[14] En resumen, el Código de Procedimiento Penal estableció que el proceso acusatorio estaba reservado a un conjunto limitado de delitos menores (NLN-Dec., 118/04; NLN-CPP, 2004, art. 555).[15] Sin embargo, el 7 de diciembre de 2005, el Decreto 279/05 amplió esta restricción, expandiendo la jurisdicción del proceso acusatorio para incluir (i) todos los delitos en que hay "culpa", (ii)

14 El Código Penal de Nuevo León identifica tres grados de culpabilidad: (1) dolo, (2) culpa y (3) preterintencionalidad. La culpa se parece mucho más a la negligencia o acto de omisión en la terminología legal estadounidense de *mens rea*. El Articulo 28 del Código dice lo siguiente: "Obra con culpa quien realiza el hecho legalmente descrito, por inobservancia del deber de cuidado que le incumbe de acuerdo con las leyes o reglamentos, las circunstancias y sus condiciones personales, o las normas de la profesión o actividad que desempeña. Así mismo en el caso de representarse el hecho como posible y se conduce en la confianza de poder evitarlo." En contraste, obra con dolo alguien que tiene la intención de cometer un acto ilícito, o que al cometer un acto lícito hay una alta probabilidad de que otra persona sufra daño.

15 Art. 555. "Se seguirá Juicio Oral Penal cuando se trate de un delito culposo no calificado por el Código Penal como delito grave."

un conjunto de delitos que requieren de querella, y (iii) un conjunto de delitos que se persiguen "de oficio" (CPP, art. 553).[16] En el área de delitos penales, una última reforma fue aprobada el 20 de febrero de 2009, y entró en vigencia el 1º de julio de 2009. Esta reforma expandía ligeramente los delitos bajo las condiciones (ii) y (iii) mencionadas arriba. En suma, el conjunto de delitos penales elegibles para el modelo acusatorio ha ido ampliándose progresivamente desde delitos menores para incluir un conjunto cada vez más grande de delitos graves.

Desde octubre de 2008, hay 31 salas de audiencia en todo el estado para los procedimientos orales (TBI, 2008c, 13). Nuevo León también ha estado preparando a sus profesionales legales con capacitaciones y cursos sobre el proceso acusatorio. En un desarrollo particularmente nuevo para México y América Latina, la principal universidad pública del estado (Universidad Autónoma de Nuevo León, o UANL) alberga una sala de audiencias *oficial* para procedimientos acusatorios a partir del 22 de julio de 2009 (Armendáriz, 2009). La ubicación del juzgado dentro de la facultad de derecho ofrece un espacio de formación y capacitación en abogacía oral y procedimientos dentro de las nuevas salas de audiencia para los estudiantes de derecho, pero además ofrece a los estudiantes la oportunidad de aprender sobre la reforma y después pasar a la puerta de al lado para ver una sala de audiencias en plena función y observar los frutos de la reforma en acción.

Nuevo León está entre los primeros estados en expandir el proceso acusatorio más allá de delitos penales para incluir las causas civiles y familiares. El Decreto 360/06, aprobado el 11 de agosto de 2006, estipula que los casos de alquiler, custodia de menores y divorcios iniciados por consentimiento mutuo estarán bajo la competencia del proceso acusatorio (Código Civil de NLN, art. 989). Esta parte civil de la reforma estaba programada para que entrara en vigor condicionada a la creación

16 Art. 553. "Las normas contenidas en el presente Capítulo serán aplicables para el procesamiento de los siguientes delitos previstos en el Código Penal para el Estado de Nuevo León: I. Los cometidos por culpa; II. Los de querella previstos en los artículos 189, 262, 280, 282, 284, 285, 291, 338, 342, 344, 360, 381 en relación con el 382 fracción I, 383 en relación con el 382 fracción I, 384 en relación con el 382 fracción I y 385 fracción I; III. Los de oficio previstos en los artículos 166 fracción I, 168, 171,172 primer párrafo, 178, 180, 182, 183, 184, 198, 205, 215 en relación con el 216 fracción I, 217 en relación con el 218 fracción I, 220 en relación con el 221 segundo párrafo, 222, 253, 255, 278, 323, 332, 336, 353 bis y 373."

de nuevas leyes orgánicas por el Poder Judicial y la construcción de los juzgados para casos civiles y familiares. En 2007, el sistema acusatorio estaba funcionando para estas causas civiles (PJ-NLN, 2008: 20–21).[17] Por otra parte, en febrero de 2008, ya había evidencia de que el tiempo que tomaba resolver esos casos (la duración del proceso) se estaba acortando debido a la reforma (TBI, 2008a: 11). Así, Nuevo León aparece adelantarse a sus contrapartes nuevamente. Desde 2004, cuando su reforma del procedimiento penal antecedió a la reforma federal por cuatro años, la expansión de los procesos acusatorios precede cualquier ordenamiento federal y puede señalar los patrones de reformas futuras en otros estados.

A pesar de su éxito, dos problemas persistentes merecen mayor atención en Nuevo León. Primero, la implementación por delito causa que ambos sistemas de justicia penal –el tradicional y el nuevo– sigan vigentes en cada distrito. Hasta cierto grado, esto ocurre con la implementación por distrito ya que los delitos que se cometieron antes de aprobarse la reforma tienen que procesarse bajo el sistema antiguo. Pero la diferencia (y la ventaja) de la implementación por distrito es que se sabe cual sistema se aplica para todos los delitos en una zona geográfica a partir de una sola fecha. En contraste, con la implementación por delito, el proceso es distinto a partir de la reforma, pero solo para ciertos delitos, y el sistema tradicional sigue vigente para los demás. El resultado es que ambos sistemas existen lado a lado dentro del mismo distrito judicial, generando un proceso penal disparejo. Aunque transcurra el tiempo, los jueces en materia penal tienen que saber manejar las reglas y los principios de ambos sistemas, algo que no siempre resulta fácil y puede generar bastante confusión. Esto dificulta el trabajo de los jueces y otros operadores del derecho, que tal vez para un delito tengan que aplicar el proceso tradicional y el mismo día tengan que aplicar el nuevo sistema para otro delito. Esto también resulta complicado para la ciudadanía, ya que la existencia de un sistema dual de justicia penal rinde la administración de justicia menos transparente y predecible.

El segundo problema persistente en Nuevo León es la lucha por conseguir financiamiento para las reformas requeridas. Por ejemplo, en diciembre de 2008, el presidente del Tribunal destacó que el presupuesto

17 Es posible que se celebraran los procesos orales ya a finales de 2006, pero el informe del Tribunal para 2006–2007 cubre el periodo temporal desde agosto de 2006 hasta julio de 2007, y no queda claro en qué año -- 2006 o 2007 -- se celebraron los casos relatados (PJ-NLN, 2007: 20).

judicial para 2009 requeriría un aumento del 32% para cumplir con todas las obligaciones de la reforma, pero el presupuesto que proponía el gobernador solo incluía un aumento del 8%. Los legisladores también cuestionaron el compromiso del gobernador con el éxito del nuevo sistema judicial (TBI, 2008g: 16). El hecho de que este tipo de conflicto político y presupuestario ocurra precisamente aquí –uno de los estados más ricos y más industriales, y un estado vanguardista que ha avanzado mucho en la reforma– no presagia nada bueno para los tipos de conflictos que puedan surgir en otros estados menos avanzados y más pobres. De hecho, ya se están produciendo batallas presupuestarias similares en al menos dos estados,[18] y a nivel nacional un ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se unió a una asociación nacional de jueces (*Asociación Mexicana de Impartidores de Justicia*, o AMIJ) en la demanda al gobierno del Presidente Felipe Calderón de que este entregara mayor apoyo presupuestario para las reformas en los estados (Mosso, 2010).

***Oaxaca*:** El 6 de septiembre de 2006, Oaxaca aprobó un nuevo Código de Procedimiento Penal que promulga la transición al nuevo sistema de justicia penal (OAX-CPC, Transitorio Segundo). El nuevo proceso estaba programado para que entrara en vigor un año después, en septiembre de 2007, y el modelo acusatorio fue implementado inicialmente el 9 de septiembre de 2007 en los distritos judiciales de la región oriental del Istmo de Tehuantepec (Informe, 2007: 14). Un año después, el 9 de septiembre de 2008, el modelo se expandió a los distritos en la región occidental de la Mixteca (PJ-OAX, 2008ª: 15; PJ-OAX, 2008b). Se suponía que el proceso de expansión continuaría gradualmente a través del estado, una región por año, hasta que la reforma llegara a las siete regiones del estado. Después que las regiones del Istmo y la Mixteca, faltaban los distritos de Costa, Cuenca y Valles Centrales y después la implementación simultánea en Cañada y De la Sierra (Norte y Sur) (OAX-CPC, art. Transitorio Primero). Por lo tanto, la implementación de la reforma en todo el estado se completará en septiembre de 2012.

Sin embargo, ya hay algunos retrasos. La expansión de 2009 a La Costa, por ejemplo, se pospuso seis meses hasta marzo de 2010 (Informe, 2009:

18 Estos son Baja California Sur (TBI, 2008c: 11–12) y Tlaxcala (TBI, 2009a: 17). En este último, el presidente del Tribunal repetidamente culpó a la legislatura local por no dar prioridad a la justicia (TBI, 2009a: 17; 2009c: 17).

22). Además, aunque líderes dentro del Poder Judicial y otros funcionarios señalan los beneficios del proceso acusatorio, algunos abogados siguen mostrándose escépticos y críticos, destacando la falta de capacitación y la necesidad de mayor sensibilidad hacia la manera mediante la cual el nuevo proceso puede entrar en conflicto con el derecho comunal de las comunidades indígenas (TBI, 2008c; 2009b: 15).[19]

En términos de JA, desde 2007, Oaxaca dispone de 27 centros de mediación situados en todo el estado, un aumento significativo desde que había solo uno tres años atrás. Es más, el informe anual del Poder Judicial destaca que en ese año ningún otro estado tuvo más centros de medicación que Oaxaca (Informe, 2007: 18). La JA ha seguido creciendo, llegando a 45 centros en 2008 (Informe, 2008: 18) y 52 en 2009 (Informe, 2009: 22).

El CPP exigía la reforma de otras leyes, incluidas las leyes orgánicas que regulan los organismos policiales, el Ministerio Público, y la defensoría de oficio. Con la excepción de la ley que regula a los agentes del Ministerio Público (reformada el 1º de mayo de 2008), estas leyes todavía no han sido revisadas. Especialmente, la ley que regula los organismos policiales no ha cambiado desde 1962 (Ley Orgánica de la Policía del Estado de Oaxaca).

***Estado de México*:** Algunos observadores consideran que el Estado de México estaba a la vanguardia de la reforma penal junto con Chihuahua, Nuevo León, y Oaxaca, pero yo considero que el estado solo llegó a la categoría uno después del 2009. La reforma inicial en enero de 2006 fue muy superficial, básicamente añadiendo una serie de artículos al Código de Procedimiento Penal existente (artículos 275-A a 275-R). Esta estratificación por capas de varios artículos en el código existente

19 Los abogados privados que ejercen el derecho penal siguen siendo escépticos también en otras zonas de México. Sin embargo, hay alguna evidencia de que estos abogados puedan estar motivados por el hecho de que el nuevo sistema derivara en menores ganancias para ellos, en parte porque el nuevo proceso acorta los periodos de litigio, generando mayor eficiencia pero reduciendo las tarifas que pueden cobrar los abogados (véase, por ejemplo, Pelayo y Solorio, 2010: 356). Por otro lado, por lo menos en teoría, la publicidad, oralidad, y transparencia del nuevo proceso rinde menos oportunidades de lucro ilícito, sea por corrupción o prácticas incompetentes. En un tema distinto, los jueces y otros operadores del derecho que llevan muchos años de carrera pueden oponerse a la reforma porque no quieren verse obligados a aprender una nueva forma de hacer un trabajo que llevan haciendo 10, 20 o 30 años.

pareció un esfuerzo cosmético por crear un proceso acusatorio. De hecho, la ley se refería a los nuevos procesos como juicios que no son orales sino "predominantemente orales" ("Juicio Predominantemente Oral"; véase PJ-MEX, 2008). Sintomáticamente, el informe anual del Tribunal (Informe Anual, 2006) no tenía una sección separada sobre la creación de los procedimientos acusatorios, lo que habría sido revolucionario (Langer, 2007) y especialmente notable dentro de México, donde solo Nuevo León y Oaxaca habían aprobado reformas en esa época, y solo Nuevo León había pasado a la fase de implementación. Así, si el estado hubiera implementado de verdad este tipo de reforma, debería haber recibido especial atención. Pero en lugar de resaltar este cambio revolucionario, el informe solo menciona de pasada que unos pocos "tribunales orales" (Juzgados Orales) se crearon en diferentes distritos (por ejemplo, Informe, 2006: 18, 20, 29).

Acentuando el carácter superficial de las modificaciones en 2006, una reforma de febrero de 2009 reconoció implícitamente la necesidad de cambios más profundos mediante una transformación más completa que entraría en vigor el 1º de agosto de 2009. El calendario de reformas fue re-estructurado cuatro meses después, el 30 de junio de 2009, exigiendo el establecimiento de los procedimientos acusatorios para el 1º de octubre de 2009 en cuatro distritos judiciales, incluido el distrito judicial de la capital, Toluca (Decreto 289/09, 2). Un día antes de esa fecha límite, el 30 de septiembre de 2009, el gobernador del estado declaró que el modelo acusatorio exigido por la constitución federal ya existía en el estado (Decreto 04/09).[20] De esa fecha en adelante, la reforma se expandiría progresivamente por los distritos que faltaban en el estado con una fecha del 1º de octubre de 2011 para completar la implementación. En resumen, a pesar de la ausencia de una restructuración total del código de procedimientos penales y otras leyes complementares, los funcionarios estatales consideran que la reforma se ha aprobado y la implementación ya está en curso.

En términos de la justicia alternativa, su práctica en el estado se remonta al 2003 (Reglamento, 2003). Sin embargo, la ley que regula el centro de medicación no es lo mismo que una ley integral de resolución alternativa

20 "El sistema penal acusatorio, adversarial, y oral … ha sido incorporado [en la Constitución del Estado, el Código de Procedimientos Penales, y la Ley Orgánica del Poder Judicial]."

de disputas, que también debería regular quien puede convertirse en mediador y el proceso para convertirse en mediador oficial. Así, uno de los cambios que falta en el Estado de México es una estrategia más integral para en el proceso de reforma.

***Zacatecas*:** La iniciativa de reforma se propuso por primera vez en el estado el 28 de marzo de 2007 (Decreto 511/07).[21] La reforma aprobada se publicó seis meses después, el 15 de septiembre de 2007, y entró en vigencia casi un año y medio después, el 5 de enero de 2009 (Código Procesal Penal, Transitorio Primero). El primer juicio oral ingresó al nuevo sistema cuatro días después, el 9 de enero de 2009. A partir del 29 de diciembre de 2009, en el primer año completo de funcionamiento, la judicatura había procesado 205 juicios orales (PJ-ZAC Informe de Audiencias; PJ-ZAC Consultas). Esta es una cifra notable si se considera que Chihuahua, en su *tercer año* con el nuevo sistema, procesó solo 59 juicios orales (véase arriba).

En el transcurso, la judicatura ha promovido tres programas de capacitación. Primero, en 2008, el Tribunal patrocinó un seminario sobre los principios orientadores de los juicios orales (*Actualidad Judicial*, 62). Segundo, en junio de 2009, un programa sobre el nuevo sistema de justicia penal atrajo la asistencia de 600 abogados a lo largo de 110 horas de enseñanza. Tercero, la judicatura inició una maestría en procedimiento penal el 7 de agosto de 2009. Esta maestría requiere cuatro meses enteros de instrucción a lo largo de dos años, terminando a mediados de 2011. Según los registros del Tribunal, este posgrado es el primero de su tipo en México y servirá como modelo para la educación legal relacionada con la reforma procedimental en el país. Cabe destacar que los principales profesores para el primer seminario en 2008 y para esta maestría en 2009 eran de Chihuahua: Javier Pineda Sorda, un juez de primera instancia, y el Dr. Heliodoro Emiliano Araiza Reyes, un profesor de derecho en la Universidad Autónoma de Chihuahua. Zacatecas también ha participado en programas de intercambio con Nuevo León (*Actualidad Judicial,* 2007: 65). Como se destaca arriba, las reformas procedimentales de Chihuahua y Nuevo León anteceden a

21 Los primeros párrafos que presentan el decreto destaca que esta reforma fue considerada por primera vez en el estado en el año 2005.

la reforma federal, así que parece que Zacatecas está aprovechando las lecciones aprendidas de la experiencia de otros estados vanguardistas. Si bien la formación anterior y los esfuerzos de educación legal dependen mucho de la experiencia de abogados extranjeros y expertos en política, estos ejemplos en Zacatecas pueden ser el tipo de actividades domésticas, intra-nacionales, que generan sinergias prometedoras y que cada vez toman más cuerpo en México a medida que algunos de los estados avanzan en el proceso de reforma y otros estados recurren a ellos en busca de orientación y capacitación, en lugar de buscar a expertos extranjeros (sin embargo Hidalgo, abajo, presenta una experiencia contraria, ya que ha dependido mucho de expertos extranjeros).[22]

3.2 Categoría 2

***Guanajuato*:** A finales de 2009, Guanajuato se parecía mucho a los esfuerzos de reforma estancados, fallidos o incipientes presentes en otros estados, por ejemplo, Coahuila o Sonora. En 2008, el gobernador declaró públicamente que quería instaurar el proceso contencioso en el estado (Gob-GUA Noticias, 2008), y el 27 de agosto de 2009, la legislatura local aprobó la iniciativa de reforma que modificaría partes de la constitución para sentar las bases para una reforma más amplia (Dictamen 901; Boletín 252/09). Sin embargo, este fue solo un primer paso. El 11 de noviembre de 2009, los cambios constitucionales todavía no habían sido aprobados por la mitad de las municipalidades tal como se requería (Miranda, 2009), no había iniciativas formales para reformas más amplias al Código de Procedimientos Penales y otras leyes. Sin estas acciones, 2009 cerró con Guanajuato pareciéndose mucho a Coahuila o Sonora.

Sin embargo, Guanajuato insistió, y la reforma triunfó el siguiente año. El 31 de mayo de 2010, se presentó un proyecto de ley a la legislatura

22 El Juez Javier Pineda Sorda también estaba afiliado a PRODERECHO, una organización sin fines de lucro que promovía la reforma judicial en México (*Actualidad Judicial*, 62). Debido a ciertos lazos entre USAID y PRODERECHO, algunos observadores pueden cuestionar hasta que punto Pineda Sorda se identifica como un recurso de experiencia doméstica o extranjera. No obstante, a pesar de sus lazos con PRODERECHO, el es un funcionario público de Chihuahua, lo que pesa mucho a favor de clasificarlo como una influencia doméstica. Zacatecas ha dependido de la experiencia extranjera en el pasado, incluidos capacitadores de Costa Rica, Chile, España e Inglaterra (*Actualidad Judicial*, 2007: 63–66).

y después de varias sesiones de comentarios públicos y enmiendas entre junio y agosto, se aprobó un código de procedimiento penal (Ley del Proceso Penal, LPP) el 3 de septiembre de 2010. Su implementación estaba programada para iniciar el 1º de septiembre de 2011 (Decreto 80/10; Decreto 80, Dictamen). Guanajuato seguirá la versión centrifuga de gradualismo geográfico, implementando la reforma primero en la parte norte del estado, seguido por las municipalidades de Guanajuato (capital), Ocampo y San Felipe en la zona oeste, y después en el sur por Guanajuato y San Miguel de Allende. La reforma se expandirá después progresivamente a otros municipios en tres fases empezando el 1º de enero de 2013, 1º de enero de 2014 y 1º de enero de 2015, terminando en la parte oeste del estado entre León y Manuel Doblado (Decreto 80/10, Transitorio Primero). Así, el estado prevé cumplir con el plazo federal de finalizar la implementación para el 2016.

Dado su gradualismo geográfico, no es sorprendente que el nuevo sistema penal se aplique a todos los delitos (LPP, art. 108). Además, al igual que otros estados en la Categoría 1, la LPP permite el criterio de oportunidad (Art. 136), acciones privadas (aquí "acción particular, donde otros estados lo llaman "acción privada", véase Arts. 134, 398 y siguientes), salidas alternas (incluida la suspensión del proceso, Arts. 152 y siguientes, y el proceso abreviado, art. 408 y siguientes), y la justicia restaurativa, incluida la mediación y la conciliación (Arts. 160 y siguientes) y un proceso acusatorio (Arts. 346 y siguientes). Por último, Guanajuato aprobó una Ley de Justicia Alternativa el 27 de mayo de 2003 (última reforma el 1º de agosto de 2006).

***Puebla*:** Quizás aún más drásticamente que Guanajuato, Puebla parecía no poder aprobar las reformas necesarias en 2009, pero al fin tuvo éxito en 2011, aprobando un conjunto completo de iniciativas. Aunque se creó un organismo coordinador el 9 de junio de 2008 (Gálvez, 2011), Puebla no mostró evidencia de ninguna reforma en la *Ley Orgánica* o *Código de Procedimientos Penales*, y no hubo ningún otro cambio formal patente hasta finales de 2009. Sin embargo, el 12 de enero de 2011, se aprobó un nuevo código de procedimientos penales (Código de Procedimientos Penales, CPP), el cual se publicó el 21 de febrero de 2011. Este código aplica a todos los delitos (art. 27) y es sustancialmente similar a otros códigos, incluyendo la acusación pública y privada (Art. 136), el principio

de oportunidad (Arts. 150 y siguientes), salidas alternas (por ejemplo, Arts. 155 y siguientes), y justicia restaurativa (Arts. 165 y siguientes).

En lo que parece un desvío preocupante respecto de otros códigos de procedimiento penal, este código establece que el nuevo sistema empezará su implementación en una región elegida por la nueva ley orgánica del Tribunal (Ley Orgánica del Poder Judicial, LOPJ), y no después del 18 de junio de 2011 (CPP, Transitorio Primero). Esta es una cláusula de implementación mucho más ambigua que las de otros estados, los cuales tienden a especificar el gradualismo sustantivo o geográfico y a dar fechas exactas para cada fase de implementación. Aunque la adopción del gradualismo geográfico es bastante seguro dado que el código se aplica a todos los delitos (art. 27), la ausencia de fechas explícitas genera oportunidades de atraso. Hasta el 17 de mayo de 2011, la LOPJ todavía no había sido reformada y no había ninguna iniciativa para hacerlo circulando en la legislatura.[23] Además, el presidente del Tribunal expresó la necesidad de retrasar la implementación debido a la falta de recursos financieros para la reforma (Gálvez), y otro miembro de ese Tribunal dijo que Puebla posiblemente necesitaría pedir un aplazamiento más allá del plazo límite federal de 2016 porque cinco años pueden no ser suficientes para implementar la reforma en el estado (Zambrano, 2011).

Dadas las anteriores ambigüedades y los retrasos señalados, no queda claro si Puebla estaba listo para aprobar la reforma cuando lo hizo. De hecho, algunos observadores pueden considerar que se apresuró demasiado, y este apresuramiento puede ser motivo para no considerar a Puebla parte de la Categoría 2 junto a Guanajuato. Parte de la explicación de la aparición apresurada de la reforma puede estar en la política local. En una fecha tan tardía como el 8 de septiembre de 2010, no había iniciativa de reforma (Camacho, 2010), y sin embargo el código procedimental entero fue aprobado solo cuatro meses más tarde, en el último mes del gobierno de Mario Marín, gobernador saliente del PRI. EL 1º de febrero de 2011, menos de tres semanas después de que fuera aprobada la reforma, por primera vez en 80 años asumió el cargo de gobernador un mandatario no priísta: un candidato apoyado por la poca probable coalición PAN-PRD y elegido en julio de 2010. Es posible que una mayor investigación sea

23 Véase http://www.congresopuebla.gob.mx/index.php?option=com_docman&Itemid=68; la LOPJ anterior data de 2002.

capaz de aclarar si el gobierno saliente de Marín quería llevarse el crédito por al menos aprobar algo en esta área política de gran impacto público o quizá quería negarle el crédito al gobernador entrante y por ello terminó apresurando la reforma. El hecho que la reforma ha tenido dificultades en la fase de implementación es una pieza de evidencia que apoya este argumento.

3.3 Categoría 3

Los distintos estados que componen esta categoría comparten la característica de no haber aprobado la legislación más sustancial de los estados en las categorías 1 o 2, pero sin embargo por lo menos (a) han aprobado algún tipo de ley complementaria inicial, aunque sea solo una declaración formal sobre la constitucionalidad de la reforma o una ley que regula la JA, o (b) han creado un organismo oficial encargado de redactar la legislación y coordinar la reforma. Esta categoría consiste de 17 estados: Aguascalientes, Campeche, Colima, Chiapas, Distrito Federal (Ciudad de México), Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Michoacán, Querétaro, San Luis Potosí, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz, y Yucatán. No examino cada uno de estos estados en detalle, pero sí ofrezco algunas observaciones sobre algunos estados específicos y generalizo sobre los demás.

En Campeche, de acuerdo a la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ, reformado por última vez el 18 de diciembre de 2007), no ha habido juicios orales. Sin embargo, desde el 8 de septiembre de 2009 circulaba una iniciativa de reforma. De hecho, esta era la quinta versión de dicha iniciativa. La iniciativa parece seguir el modelo del código de procedimiento penal del *Consejo Nacional de Tribunales de Justicia* (CONATRIB). Campeche también ha formado una comisión de implementación, *Consejo para la Implementación del Sistema de Justicia Penal* (CISJUPE), que tiene un sitio web para seguir los avances de la reforma.[24] Particularmente, Campeche ha promulgado una ley de JA que cubre la mediación y conciliación, y que entró en vigor el 12 de enero de 2008 (*Reglamento del Centro de Justicia Alternativa del Poder Judicial del Estado*, Art. Transitorio Único).

24 Véase http://www.portal.camp.gob.mx/C3/C6/justiciapenal; también http://www.tribunalcampeche.gob.mx/cisjupe.

Al igual que Campeche, Hidalgo no tiene una reforma aprobada. Sin embargo, el estado ha formado una comisión de implementación llamada *Comisión Interinstitucional para la Reforma Integral del Sistema de Justicia Penal* (o CII). Desde el 5 de octubre de 2009, esta comisión ha entregado una serie de iniciativas legislativas a la legislatura del estado. El código de procedimiento penal o el nuevo código penal todavía no han sido aprobados, pero se han adoptado otras leyes complementarias, incluyendo una ley que regula a los defensores públicos (Ley Orgánica de la Defensoría Publica del Estado de Hidalgo).[25] La propuesta que está circulando pretende implementar la reforma gradualmente por distrito (gradualismo geográfico), siguiendo el modelo de Chihuahua, Oaxaca, Morelos y, posteriormente, Durango y Baja California (HID-CII Informe, 2–5). La comisión también tiene un sitio web donde ciudadanos y observadores externos pueden darle seguimiento a los avances de la reforma.[26] También se han realizado sesiones preparatorias de capacitación durante 2009 con ayuda de algunos asesores externos (PPODERECHO, USAID y Open Society) y asesores nacionales, como INACIPE, así como viajes para observar el nuevo modelo acusatorio en Santiago, Chile, que ya tiene una década de experiencia con el nuevo sistema (Langer, 2007).

Yucatán tampoco tiene una reforma aprobada (véase LOPJ; la última reforma data del 15 de diciembre de 2007). Sin embargo, el poder judicial ha iniciado un proyecto de reforma (*anteproyecto de reforma*). La primera versión de esta iniciativa circuló en 2009 y una segunda versión se había difundido al 4 de enero de 2010, solicitando una nueva ronda de comentarios y opiniones. Como ocurrió en Campeche, este código se basa en el modelo de código de procedimiento penal generado por el CONATRIB (PJ-YUC, 2010). Además, una nueva ley que regula la JA (*Ley de Mecanismos Alternativos*, o LMA) fue motivada por la reforma federal de 2008 (YUCLMA, *Exposición de motivos*, Primero). La ley de JA entró en vigor el 1º de enero de 2010 (YUC-LMA, Transitorios, Art. Primero).

Aguascalientes también está en esta categoría y tiene un Centro de Justicia Participativa en funcionamiento desde octubre de 2011 (PJ-AGS). En 2008 el estado aprobó una ley que regula la JA (Ley de Justicia Alternativa) y que sistematiza la mediación y conciliación. En ese año

25 Aprobada el 4 de abril de 2010; véase http://www.nuevosistemadejusticiapenalhgo.gob.mx/marcojuridico.html (última visita el 15 de mayo de 2011).

26 Véase http://www.nuevosistemadejusticiapenalhgo.gob.mx

(2008), un total de 2355 casos entraron al proceso de mediación; de estos, 105 eran acciones en materia penal (comparado con los 1338 en materia familiar). En los primeros nueve meses de 2009, ya había 126 casos penales en proceso de mediación (es decir, un aumento del 20% cuando todavía faltaban tres meses para terminar el año), así que su uso parece estar aumentando (Boletín Estadístico, 2008). No se detecta ninguna otra reforma de procedimiento penal en el estado. De manera similar, Chiapas, el Distrito Federal, Tamaulipas, y Tlaxcala tienen leyes que regulan la JA pero no han hecho otros esfuerzos formales con respecto al procedimiento penal.[27]

Otros estados en este grupo han tenido experiencias similares de aprobación de leyes sobre la JA, pero también presentan al menos algún esfuerzo por promover la reforma penal. Por ejemplo, en el pequeño estado occidental de Colima, se organizaron reuniones para discutir la reforma entre el 23 y el 29 de junio de 2009. El debate fue facilitado por expertos en el proceso acusatorio de Europa, Eurosocial-Justicia, con miembros de España y Alemania (COL-PJ Noticias, 2009). Jalisco aprobó la nueva Ley General de Seguridad Pública a finales de 2009 (PL-JAL, 2009), que también crea un centro de evaluación, el Centro de Control de Confianza, similar al que se encarga de monitorear el cumplimiento de la ley en Baja California. De forma similar, en Sonora hubo una iniciativa de reforma (*anteproyecto*) presentada el 28 de noviembre de 2008. Sin embargo, el proyecto no parece haber avanzado desde entonces.[28]

27 En Chiapas, la *Ley de Justicia Alternativa* fue aprobada el 18 de marzo de 2009. No hay ninguna reforma patente al Código de Procedimiento Penal existente, el cual señala que la última reforma fue el 21 de octubre de 2009. En la Ciudad de México, un Centro de Justicia Alternativa ha estado funcionando desde el 1º de septiembre de 2003 (Informe, 2008: 53), y la Ley de Justicia Alternativa fue aprobada el 8 de enero de 2008. En el estado norteño de Tamaulipas, la *Ley Orgánica del Poder Judicial* (última reforma del 3 de septiembre de 2009) no dice nada sobre cambios al procedimiento penal, pero sí existe una Ley de Mediación desde 2007. En Tlaxcala, el informe anual 2009 del Tribunal (Informe, 2009) no dice nada sobre cambios al procedimiento penal, y la LOPJ también no indica ningún cambio (la última reforma data del 12 de enero de 2007). Sin embargo, la *Ley de Justicia Alternativa* se remonta al año 2007. Jalisco aprobó su LJA en 2006 (en vigor desde el 1º de enero de 2008), Colima en 2003, y Sonora el 7 de abril de 2008.

28 La LOPJ no muestra reformas después del 7 de septiembre de 2007, y el CPP no muestra reformas desde el 12 de julio de 2007.

En algunos de estos estados hay signos positivos de avances en la dirección correcta, por ejemplo, capacitaciones relacionadas al nuevo sistema, pero no hay todavía ninguna reforma en curso. Por ejemplo, en una fecha tan tardía como el 15 de diciembre de 2009, Querétaro todavía estaba planeando una estrategia de reforma y preparándose para solicitar opiniones en todo el estado para un eventual proyecto de reforma en 2010 o 2011. De hecho, un legislador local estaba visitando una facultad de derecho un día en diciembre para observar una demostración del proceso acusatorio que él y sus colegas deberían legislar en los meses siguientes (PL-QUE, 2009). En Tabasco hay cursos de capacitación, pero es poco probable una reforma en el corto plazo. En una entrevista el 19 de enero de 2010, el presidente de CONATRIB, Rodolfo Campos Montejo, comentó que podría ser demasiado tarde para Tabasco, destacando que estados como Nuevo León y México ya están aplicando el proceso acusatorio en causas civiles como derecho familiar y arrendamiento, y que a estados como Tabasco (y el resto de los estados de Categoría 4) "se les va el tren" (TAB-PJ, 2010).

Veracruz ofrece un ejemplo de estado en esta categoría con una reforma superficial o cosmética. En la reforma de 2007 al Código de Procedimiento Penal, que entró en vigor el 2 de agosto de 2007, se crea la figura del "juicio oral sumario" (CPP, arts. 279 y siguientes). Esta es una antigua figura legal, que en este nuevo proceso penal solo está disponible si (a) la sentencia media por un delito es menor a seis años (art. 279, sec. I), o (b) la sentencia media es mayor a seis años y no aplica ninguna de las dos condiciones siguientes: (i) el delito fue cometido en presencia de la policía ("delito flagrante") o (ii) el acusado confiesa ante un juez, o la confesión previa del acusado es ratificada ante el juez (art. 279, sec II). Esta reforma parece cosmética comparada con las reformas más profundas e integrales vistas en los estados de Categoría 1 como Nuevo León, Chihuahua, Morelos, Oaxaca, o Zacatecas, y se acerca más al tipo de reforma superficial vista en el Estado de México en 2006, donde hubo un intento de implementar procedimientos acusatorios simplemente añadiendo una serie de artículos al código de procedimiento penal existente (véase arriba).

Vizcaíno (2007) también señala que la reforma de Veracruz dio solo 120 días desde el momento en que se aprobó la reforma hasta la fecha en que no solo tenía que entrar en vigor pero también tenía que estar implementada en su totalidad (véase CPP-VER, Transitorio Primero).

Como lo dice Vizcaíno, este plazo es muy poco tiempo para que el público en general se informe sobre el nuevo sistema penal, y no es suficiente tiempo para capacitar adecuadamente a jueces y abogados en la práctica de las audiencias acusatorias (la misma critica podría hacerse en Puebla en cuanto a la pequeña ventana de cuatro meses entre la aprobación de la reforma y su implementación inicial). Vizcaíno comparó la ventana de implementación de 120 días en Veracruz a la de otros estados con reformas, destacando que Oaxaca dio un plazo de un año antes de que entrara en funcionamiento la reforma y otros estados dieron un plazo de hasta dos años y medio. La velocidad con la que Veracruz implementó esta reforma solo aumenta la percepción de que la reforma es de orden cosmética. Más allá del corto periodo de tiempo para la implementación, el lenguaje sobre la implementación es muy ambiguo, señalando solo que las reformas entraran en vigor en 120 días, pero en el mismo párrafo dice que los juzgados no comenzaran a aplicar el nuevo proceso hasta que las construcciones necesarias estén completas. De esta forma, el cambio sustantivo es cosmético, y el lenguaje de la implementación ambiguo, lo que abre espacios para retrasos adicionales.[29]

Los estados restantes en la categoría 4 o 5 no parecen tener ningún proyecto de ley ni iniciativas hacia al proceso acusatorio, y tampoco tienen un sistema formalizado de justicia alternativa. El proceso de reforma puede estar en curso, pero no se encontró evidencia disponible en sitios web del gobierno o tribunales, informes anuales, o legislación local para determinar en qué etapa del proceso de reforma se encuentra el estado. Tal como se dijo arriba en relación a Tabasco, a estos estados parece que "se les va el tren".

3.4 Categoría 4

Los dos estados en este grupo –Baja California y Nayarit– no han demostrado ningún esfuerzo para producir la legislación necesaria para la reforma, y no han creado un organismo de coordinación oficial para redactar las leyes u organizar el esfuerzo de reforma. Pese a ello, SETEC informa que estos dos estados por lo menos han promovido capacitación relevante a una reforma más amplia. Particularmente, este

29 No hay otras reformas registradas en la LOPJ, la cual tiene un listado de reformas hasta el 30 de octubre de 2009.

tipo de capacitación puede usarse para que los operadores del derecho se familiaricen con el nuevo sistema, y así desmitificar la reforma y neutralizar la oposición. Sin embargo, más allá de estas capacitaciones estos dos estados no han tomado pasos importantes para aprobar la reforma.

En Baja California Sur, está disponible la mediación pero no hay ninguna ley formal que regule su práctica o sus profesionales. En 2006–2007, de un total de 1144 casos que utilizaron la mediación, 185 (el 16%) eran acciones penales (Informe de Labores 2006–2007, p.16). Cabe señalar que el estado ha emprendido otras reformas menos importantes, así que por lo menos parece estar siguiendo el espíritu de la reforma federal de 2008.[30]

3.5 Categoría 5

Por último, los tres estados en la Categoría 5 –Coahuila, Quintana Roo y Sinaloa– no presentan pasos significativos para abordar el mandato de la reforma del 2008. En el estado norteño de Coahuila, la revelación pública de los planes para la reforma en la primera semana de junio llevó a que algunos observadores informaran con demasiado optimismo que los juicios orales serian implementados en Coahuila antes de la reforma procedimental federal (Fernández Valverde, 2008). De hecho, la constitución del estado fue reformada para incluir el lenguaje motivado por la reforma federal. Por ejemplo, el articulo 115 (XXI) establece que el fiscal inicia un proceso contencioso y oral mediante la presentación de una acusación. Además, en una sección de mecanismos para mejorar el acceso a la justicia, el artículo 154(II)(3) incluye juicios orales mientras que el artículo 154(IV) exige la creación de un sistema de resolución alternativa de disputas.[31] Adicionalmente, la Comisión de Análisis y

30 La *Ley de Justicia para Menores Infractores* (Decreto 1630; Oct 3, 2008) y el *Juzgado para Menores Infractores* (Decreto 1787; Dec 12, 2008) fueron motivados por la reforma federal ("Con motivo de la Reforma al artículo 18 Constitucional y partiendo de su marco conceptual se impartieron los cursos de capacitación y certificación en Justicia para Adolescentes y en cumplimiento a dicha disposición constitucional se instituyeron los Juzgados para Menores Infractores en la Ciudad de la Paz" (PJ-BCS, Historia)).

31 Art. 115(XXI): "[Son obligaciones del MP] … Presentar escrito de acusación ante el Juez de Conocimiento, con el fin de dar inicio al juicio acusatorio adversarial y oral que se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración,

Estudio del estado, creada para supervisar la implementación local del nuevo sistema de justicia, formó y se reunió por primera vez después de la reforma federal, el 17 de septiembre de 2008 (PJ-COA Informe, 2008: 26).

A pesar de estos pasos positivos, las últimas reformas a los documentos regulatorios del poder judicial (LOPJ) datan de mayo de 2009 y no reflejan ninguna reforma hacia el modelo acusatorio y tampoco mencionan los juicios orales. Una examinación de otras legislaciones locales y del informe anual del Tribunal para 2008 tampoco revela otras reformas legislativas. De hecho, el informe anual más reciente informa que la reforma sigue siendo una tarea en curso (PJ-COA, 2009).[32] Así, la reforma más amplia en Coahuila parece haberse estancado. En Quintana Roo y Sinaloa no hay evidencia de ninguna reforma a la *Ley Orgánica* o al *Código de Procedimientos Penales,* y no hay otros cambios formales patentes. Es más, para los tres estados en esta última categoría, SETEC (2011) informa que no se han dado pasos significativos hacia la reforma.

4. CONCLUSIÓN

Tal como se hace evidente en la discusión anterior, y basado en la información disponible al 31 de diciembre de 2010, la transición hacia un nuevo sistema de justicia penal está avanzando de forma muy desigual y dispareja entre las 32 entidades federativas de México. Algunos estados comenzaron antes de la reforma federal de 2008 y han completado los requisitos de la reforma federal o incluso los han superado, ampliando el modelo acusatorio a los procesos civiles (por ejemplo, Nuevo León). Otros todavía tienen que empezar el proceso de reforma y se arriesgan a no poder completar la reforma antes del plazo límite de 2016 fijado por el gobierno federal. En Puebla, donde se aprobó el paquete de reformas

continuidad e inmediación." (reformado el 16 de marzo de 2009); Art. 154(II)(3): "La garantía del breve juicio bajo principios de celeridad, oralidad, oportunidad y expeditez"; Art. 154(IV): "Se establecerá un sistema de justicia alternativa, a través de la mediación, conciliación, arbitraje o cualquier otro medio de solución alterno para resolver las controversias entre particulares." (art. 154 reformado el 21 de junio de 2005).

32 En una fecha tan tardía como el 17 de mayo de 2011, el informe anual de los tribunales de 2010 no estaba disponible en línea; véase http://www.poderjudicialcoahuila.gob.mx/pag/TSJ/index.php

en enero de 2011, los funcionarios ya están preparándose para pedir una extensión más allá de 2016. Y en Chihuahua y Durango – dos de los estados más avanzados– han surgido iniciativas de contrareforma señalando que aún en los estados más avanzados puede haber retroceso.

Esta irregularidad y desigualdad entre estados tiene consecuencias positivas y negativas. En cuanto a lo positivo, la variación en los tiempos y el contenido de las reformas (y contrareformas) entre los estados mexicanos ofrece una rica variedad para que académicos y analistas puedan aprender cuales son las mejores prácticas. Los estados que todavía no han aprobado la reforma, o incluso los estados que todavía están en el proceso de reforma o ya han implementado sus reformas, pueden estudiar a sus vecinos y observar una riqueza de experiencias diversas y extraer lecciones prácticas para mejorar la administración de justicia. Para los académicos que estudian la reforma y el cambio institucional, la actual experiencia de México con la reforma penal ofrece un laboratorio en vivo en el cual estudiar la forma cambiante de instituciones que son parte central de la democracia y el estado de derecho en el país.

Sin embargo, por el lado negativo, la irregularidad del procedimiento penal dentro y entre los estados mexicanos genera realidades diferentes en la práctica diaria de las instituciones de justicia. Para los ciudadanos, estas diferencias pueden significar una experiencia muy distinta en cuanto al proceso judicial y una calidad muy diferente de resultados legales en un estado en comparación con otro, o en distritos judiciales distintos dentro de un solo estado. En otras palabras, los ciudadanos dentro de un mismo país reciben un tratamiento distinto por parte de los tribunales y juzgados, y pueden experimentar una justicia tremendamente diferente dependiendo solo del lugar en el que viven. Esto no es "estado de derecho"; más bien, es justicia geográfica, o justicia por domicilio. Para los operadores del derecho, incluidos abogados y jueces, estas diferencias en los estándares legales y expectativas profesionales pueden desafiar la capacitación recibida, crear dilemas éticos, y limitar oportunidades de empleo. Pero para los ciudadanos de México, estos contrastes se traducen en formas enormemente diferentes de vida democrática.

Las recientes contrareformas locales son una señal preocupante para los patrocinadores del nuevo sistema de justicia penal. Estos esfuerzos de contrareforma parecen haber sido provocados principalmente por la percepción de que la tensión democrática entre libertad y seguridad se está

resolviendo de forma injusta a favor de la libertad para los delincuentes culpables. Es decir, hay una oposición pública a la reforma motivada por la percepción que el nuevo sistema es demasiado garantista y no lo suficientemente duro con el delincuente. Así, los contra-reformistas están exigiendo penas más duras, menos soluciones alternativas, y leyes más estrictas en general. Con los altos niveles de crimen y violencia que presenta México, y con una población frustrada por la inseguridad, estos cuestionamientos a la reforma encuentran un público dispuesto a escucharles. De esta forma, la percepción pública de una inseguridad persistente puede socavar los esfuerzos de reforma y existe el riesgo de que las campañas electorales busquen aprovechar este sentimiento público, tal como se discutió arriba en los estados de Chihuahua y Durango. Estos eventos añaden un nuevo elemento político al contexto de la reforma, un ambiente en que incluso los errores individuales de jueces, abogados, la policía u otros operadores del derecho pueden costarle caro a la reforma si se combinan en la percepción popular con el mal funcionamiento del sistema en general. Si esos tipos de errores y los picos de violencia coinciden con el calendario electoral, el riesgo de contrareforma seria alto. En efecto, este tipo de inquietudes pueden verse aumentadas después de la elección presidencial de 2012, donde algunos observadores ya temen que el PRI, al recuperar la presidencia, le dará marcha atrás a la reforma.

Para concluir, la reforma penal y su carácter multiforme plantean tensiones y rompecabezas desafiantes para académicos, operadores del derecho, funcionarios, y políticos. Una resolución prometedora es reconocer la desigualdad institucional en el sector de la justicia e intentar entender mejor las fuentes de esa desigualdad, es decir, el proceso de implementación de políticas y los orígenes del cambio y/o la continuidad institucional, en el contexto de la violencia e inseguridad. Las lecciones en esta área pueden entonces aprovecharse para avanzar el proceso de reforma en México y lograr un panorama institucional más uniforme que proteja tanto a víctimas como acusados, la seguridad pública y derechos humanos, la libertad y la seguridad.

AGRADECIMIENTOS

Linn Hammergren, María Candelaría Pelayo Torres, Octavio Rodríguez Ferreira, Miguel Sarre, David Shirk, Allen Snyder, y Daniel Solorio proporcionaron comentarios y criticas valiosas a este capítulo. Este capítulo también es una versión revisada de un documento de trabajo de 2010 para el Trans-Border Institute (Instituto de relaciones transfronterizas) en la Universidad de San Diego, con el nombre "State-level Judicial Reform in Mexico: The Local Progress of Criminal Justice Reforms" (Reforma judicial a nivel estatal en México: el avance local de las reformas en justicia penal). Partes del mismo aparecieron en un Informe Especial escrito con David Shirk, "Judicial Reform in Mexico: Towards a New Criminal Justice System" (Reforma judicial en México: hacia un nuevo sistema de justicia penal, TBI 2010). El documento de trabajo y el informe fueron posibles gracias al generoso aporte financiero de The William and Flora Hewlett Foundation y el Programa TIES de Higher Education for Development patrocinado por la Agencia estadounidense de desarrollo internacional (U.S. Agency for International Development) mediante una beca a la Universidad de San Diego (Estados Unidos) y la Universidad Autónoma de Baja California (México). La investigación del Dr. Ingram también se ha beneficiado del generoso apoyo de dos centros académicos: el Center for U.S.-Mexican Studies en la Universidad de California, San Diego, y el Kellogg Institute for International Studies en la Universidad de Notre Dame. Los análisis y las conclusiones del autor no reflejan la opinión del Trans-Border Institute o sus organizaciones patrocinadoras.

REFERENCIAS

Actualidad Judicial (2007). "Quehacer Judicial." Año 0, No. 1 (Agosto). Zacatecas, Mex.: 64–70.

ARMENDÁRIZ, Esperanza (2009). "Realizan primer juicio oral." Noticias UANL. 22 de julio. Disponible en: noticias.uanl.mx (última consulta el 18 de enero de 2009).

BC-Decreto 348/10. Periódico Oficial del Estado No. 5, CXVII, 22 de enero de 2010, Mexicali, Baja California.

Boletín Estadístico (2008), Información Estadística del Poder Judicial del Estado de AGS, Ene–Dic 2008, no. 17, p.60; disponible en: http://www.poderjudicialags.gob.mx (última consulta el 16 de enero de 2010).

Boletín 252/2009. "Aprueban reformas constitucionales en materia de justicia penal y seguridad pública." Comunicación Social, Poder Legislativo de Guanajuato. Disponible en: http://www.congresogto.gob.mx/csocial/boletinesLX (última consulta el 22 de febrero de 2010).

CARRIZALES, David (2005). "Concluyó en NL el primer juicio oral del México actual." *La Jornada* (México, D.F.). 24 de febrero.

Comisión Interinstitucional para la Reforma Integral del Sistema de Justicia Penal en el Estado de Hidalgo (CII). (2009). "1er Informe de Labores." Pachuca, Hidalgo. Octubre de 2009.

Decreto 80/10. (2010). Decreto por el cual se crea la Ley del Proceso Penal para el Estado de Guanajuato.

Decreto 118/04. (2004). POR EL QUE SE REFORMAN DIVERSAS DISPOSICIONES DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE NUEVO LEÓN Y DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN. P.O. 28 de julio: pp. 17–106 (vigente 29 julio 2004).

Decreto 211/08 (2008). Reforma al art. 50(II) y 59 de la LOPJ. (Aprobado el 11 de marzo de 2008; pub. el 29 de marzo 2008). P.O.E. No. 26.

Decreto 279/05. (2005). POR EL QUE SE REFORMAN EL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE NUEVO LEÓN, POR MODIFICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 16 BIS FRACCIÓN I, 28, 73, 111 EN SU TERCER PÁRRAFO, 321 BIS 3 Y 413 INCISO B; Y POR DEROGACIÓN DEL INCISO C DEL ARTÍCULO 413 Y EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN. P.O. 7 de diciembre: pp. 5–29 (vigente el mismo día, 7 de diciembre del 2005).

Decreto 397/08 (2008). Reforma a diversos códigos y leyes relevantes. (Aprobado el 4 de noviembre de 2008; pub. El 18 de febrero de 2009). P.O.E. No. 14.

Decreto 595/06 (2006). Reforma principal (aprobado el 11 de mayo de 2006; pub. (10 de junio de 2006). P.O.E. No. 46.

Decreto 611 BIS/06 (2006). (Aprobado el 16 de junio de 2006; pub. (9 de agosto de 2006). P.O.E. No. 63.

Decreto 617/06 (2006). Ley de Atención y Protección a Víctimas u Ofendidos del Delito del Estado de Chihuahua (aprobado 7 de septiembre de 2006; pub. 21 de octubre de 2006). P.O.E. No. 84.

Decreto 618/06 (2006). Ley de Justicia Especial para Adolescentes Infractores del Estado de Chihuahua (aprobado 7 de septiembre de 2006; pub. 16 de septiembre de 2006). P.O. E. No. 74 (incluye reformas a las leyes orgánicas del Poder Ejecutivo y Poder Judicial)

Decreto 690/06 (2006). Nuevo Código Penal del Estado de Chihuahua (aprobado 30 de noviembre de 2006; pub. 27 de diciembre de 2006). P.O.E. No. 103.

Decreto 691/06 (2006). Ley de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad del Estado de Chihuahua (aprobado 30 de noviembre de 2006; pub. 9 de diciembre de 2006). P.O.E. No. 98.

Decreto 948/07 (2007). Reforma al art. 2 del Nuevo Código de Procedimientos Penales. (Aprobado el 24.05.07; pub. 9 de junio de 2007). P.O.E. No. 46.

DI CARLO, Roxana. 2010. Retraso del nuevo sistema de justicia penal no afecta a la PGJE. *SintesisTV*. Disponible en: http://www.sintesistv.info (última consulta 14 de febrero de 2010).

Dictamen 901 (2009). *Dictamen, mediante el cual se reforman artículos de la Constitución Política del Estado de Guanajuato*. Aug. 27. Disponible en: http://www.congresogto.gob.mx (última consulta 22 de febrero de 2010).

Diario Oficial de la Federación (2008). Decreto por el cual se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 18 de junio. Ciudad de México, pp. 3 y siguientes

FERNÁNDEZ Valverde, Hilda (2008). Aplicarán juicios orales en Coahuila, previa reforma judicial. 4 de junio. *El Universal* (Ciudad de México)

GÁLVEZ, Guadalupe (2011). Puebla no tiene suficiente dinero para juicios orales. 24 de abril, *Milenio* (Puebla). Disponible en: http://impreso.milenio.com/node/8948261 (última consulta 17 de mayo de 2011).

GAUCÍN, Rosy (2009). Bienvenido sea el Nuevo Sistema de Justicia Penal. *El Siglo de Durango*. Durango, México. 14 de diciembre.

Gobierno del Estado de Guanajuato (GUA-Gob) (2008). Noticias. 16 de noviembre. Disponible en: http://www.guanajuato.gob.mx/gto/detalle_noticia.php/10576 (última consulta el 19 de enero de 2010).

Gobierno del Estado de Morelos (MOR-Gob). (2009). Cronología de la Reforma Integral al Sistema de Justicia Penal y Seguridad Pública.

Disponible en: http://juiciosorales.morelos.gob.mx (última consulta 18 de enero de 2010).

INGRAM, Matthew C., & Shirk, David A. (2010). Judicial Reform in Mexico: Toward a New Criminal Justice System. *Special Report* (May). Justice in Mexico Project, Trans-Border Institute, University of San Diego; disponible en: http://justiceinmexico.org/publications/justice-in-mexico-project (última consulta el 16 de mayo de 2011).

Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE). (2008a). *ABC del nuevo sistema de justicia penal en México*. Ciudad de México. En: www.reformapenal.inacipe.gob.mx/ABCReforma.html (última consulta 28 de noviembre de 2009).

_____ (2008b). *Texto constitucional comparado antes y después de la reforma.* Ciudad de México. En: www.reformapenal.inacipe.gob.mx (última consulta 11 de febrero de 2010).

LANGER, Máximo (2007). Revolution in Latin American Criminal Procedure: Diffusion of Legal Ideas from the Periphery. *American Journal of Comparative Law* 55: 617–676.

Ley de Justicia Alternativa (BC-LJA). (2007). Periódico Oficial No. 43, 19 de octubre de 2007.

Ley de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en el Estado de Yucatán (LMA-YUC). *Diario Oficial del Estado de Yucatán*, 24 de julio de 2009.

Ley que regula el sistema de mediación y conciliación en el Estado de Tlaxcala. Decreto 138/07. 13 de abril de 2007. Periódico Oficial, Extraordinario.

MIRANDA, Miguel Ángel R. (2009). Necesario consolidar un nuevo sistema de justicia penal y de seguridad en el Estado. *Sol de Irapuato* (Irapuato, México). 11 de noviembre.

MOSSO, Rubén, (2010). Sin 300 mdp fracasará la reforma penal: Corte. *Milenio* (Ciudad de México), 21 de enero.

PELAYO, Candelaria, & Solorio, Daniel (2010). "La justicia penal que viene: El caso Baja California." *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* XLIII, no. 127 (Ene.–Abr.), Ciudad de México, UNAM: 347–357.

PJ-ZAC Consultas. Búsqueda por fecha. Disponible en: http://www.tsjzac.gob.mx/consultas/juicios-orales/ (última consulta 1º de enero de 2010).

Poder Judicial de Aguascalientes (PJ-AGS). "Historia." Disponible en: http://www.poderjudicialags.gob.mx (última consulta el 16 de enero de 2010).

Poder Judicial de Coahuila (PJ-COA) (2008). Informe.

Poder Judicial de Morelos (PJ-MOR) (2009). "Historia de la Reforma." Disponible en: http://juiciosorales.morelos.gob.mx (última consulta 18 de enero de 2010).

Poder Judicial de Oaxaca (PJ-OAX) (2007). *Informe Anual de Actividades 2007*.

Disponible en: http://juiciooraloaxaca.gob.mx/Publicaciones (última consulta 15 de febrero de 2010).

_____(2008a). *Informe Anual de Actividades 2008*. Disponible en: http://juiciooraloaxaca.gob.mx/Publicaciones (última consulta 15 de febrero de 2010).

_____(2008b). *Estructura Básica del Sistema Acusatorio Adversarial Adoptado por el Código Procesal Penal del Estado de Oaxaca y Principios Rectores*. Disponible en: http://juiciooraloaxaca.gob.mx/Publicaciones (última consulta 15 de febrero de 2010).

_____(2009). *Informe Anual de Actividades 2009*. Disponible en: http://juiciooraloaxaca.gob.mx/Publicaciones (última consulta 15 de febrero de 2010).

Poder Judicial de Tabasco (TAB-Pj) (2010). "Comunicación". 19 de enero. Disponible en: http://www.tsj-tabasco.gob.mx/comunicacion (última consulta 19 de enero 2010).

Poder Judicial de Yucatán (PJ-YUC) (2009). "Elaboran Plan Rector para Implementar Reforma Penal en Yucatán." Disponible en: http://www.tsjyuc.gob.mx (última consulta el 17 de noviembre de 2009).

Poder Judicial de Yucatán (PJ-YUC) (2010). "Anteproyecto del Código Procesal Penal, Elaborado por el Grupo de Trabajo de la Sala Penal (Segunda Versión)." 4 de enero. Disponible en: http://www.tsjyuc.gob.mx (última consulta el 19 de enero de 2010).

Poder Judicial del Estado de Baja California (BC-PJ) (2009). "Informe Anual de Actividades: Periodo de octubre 2008 a septiembre 2009." Mexicali, Baja California.

Poder Judicial del Estado de Chihuahua (CHI-PJ) (2006). "Informe de Labores." Chihuahua, Chi.

_____(2009). Acuerdo Politico. Disponible en: http://www.chihuahua.gob.mx/justiciapenal/Contenido/plantilla5.asp?cve_canal=10317&Portal=justiciapenal (última consulta 17 de mayo de 2011).

Poder Judicial del Estado de Colima (COL-PJ) (2009). "Reforma Legislativa para Implantación de Oralidad." 23 de junio de 2009. Disponible en: http://stj.col.gob.mx (última consulta 19 de enero de 2010).

Poder Judicial del Estado de Nuevo León (PJ-NLN) (2008). *Informe de labores 2007–2008.* Disponible en: http://www.pjenl.gob.mx/tsj/Informe2008.htm (última consulta 15 de febrero de 2010).

Poder Legislativo de Jalisco (PL-JAL) (2009). "Aprueban el lo general la Ley de Seguridad Pública." 15 de diciembre. Disponible en: http://www.congresojal.gob.mx/servicios/hoycongreso/cortes/cortedeldia.cfm?fecha=15/ 12/2009

Poder Legislativo de Querétaro (PL-QUE) (2009). "El presidente de la Comisión de Administración y Procuración de Justicia asistió a la primera práctica de Juicio Oral, Martes 15 de Diciembre de 2009." Comisión de Administración y Procuración de Justicia (CAPJ), Noticia 160 (CAPJ/160.09). Disponible en: http://legislaturaqro.gob.mx/noticias (última consulta 11 de febrero de 2010).

Presidencia de la República (2004). "Reforma integral al sistema de justicia, anuncia el Presidente Vicente Fox." 10 de marzo. Los Pinos, México, D.F.

Programa de Apoyo al Estado de Derecho en México (PRODERECHO) (2010). "Proyectos." Ciudad de México. Disponible en: http://www.proderecho.com/proyecto.inicio.php (última consulta el 18 de enero de 2010).

RABASA Gamboa, Emilio (2011). "El caso Rubí de Chihuahua." *El Universal* (Mexico City) 3 de febrero; disponible en: http://www.eluniversal.com.mx/editoriales/51572.html (última consulta 17 de mayo de 2011).

RODRÍGUEZ Ferreira, Octavio (2010). "Recent Changes in Mexican Criminal Procedure," Working Paper. Trans-Border Institute, University of San Diego.

Secretaría Técnica (SETEC) (2011). "Avances en la implementación de la reforma de justicia penal." Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, Secretaría de Gobierno (SEGOB). Disponible en: Véase http://www.setec.gob.mx (última consulta el 15 de mayo de 2011).

SHIRK, David (2009). "Justice Reform in Mexico." *Insights on Law and Society*, American Bar Association.

Sol de Durango (2011). Sufrió su primera reforma el Nuevo Sistema de Justicia Penal en Durango. 17 de febrero (Durango, Mexico); disponible en: http://www.oem.com.mx/elsoldemexico/notas/n1970331.htm (última consulta el 15 de mayo de 2011).

Trans-Border Institute (TBI). (2008a). *Justice in Mexico News*. No. 28 (Feb.). University of San Diego. Disponible en: http://www.justiceinmexico.org/news (última consulta 20 de febrero de 2010).

_____(2008b). *Justice in Mexico News*. No. 30 (Apr.). University of San Diego. Disponible en: http://www.justiceinmexico.org/news (última consulta 20 de febrero de 2010).

_____(2008c). *Justice in Mexico News*. No. 34 (Feb.). University of San Diego. Disponible en: http://www.justiceinmexico.org/news (última consulta 20 de febrero de 2010).

_____(2008d). *Justice in Mexico News*. No. 35 (Sept.). University of San Diego. Disponible en: http://www.justiceinmexico.org/news (última consulta 20 de febrero de 2010).

_____(2008e). *Justice in Mexico News*. No. 36 (Oct.). University of San Diego. Disponible en: http://www.justiceinmexico.org/news (última consulta 20 de febrero de 2010).

_____(2008f). *Justice in Mexico News*. No. 37 (Nov.). University of San Diego. Disponible en: http://www.justiceinmexico.org/news (última consulta 20 de febrero de 2010).

_____(2008g). *Justice in Mexico News*. No. 38 (Dec.). University of San Diego. Disponible en: http://www.justiceinmexico.org/news (última consulta 20 de febrero de 2010).

_____(2009a). *Justice in Mexico News*. No. 39 (Jan.). University of San Diego. Disponible en: http://www.justiceinmexico.org/news (última consulta 20 de febrero de 2010).

_____(2009b). *Justice in Mexico News*. No. 40 (Feb.). University of San Diego. Disponible en: http://www.justiceinmexico.org/news (última consulta 20 de febrero de 2010).

_____(2009c). *Justice in Mexico News*. No. 43 (May). University of San Diego. Disponible en: http://www.justiceinmexico.org/news (última consulta 20 de febrero de 2010).

_____(2009d). *Justice in Mexico News*. No. 44 (June). University of San Diego. Disponible en: http://www.justiceinmexico.org/news (última consulta 20 de febrero de 2010).

VIZCAÍNO Zamora, Álvaro (2007). "La oralidad en los procedimientos penales en Veracruz." Seminario sobre la oralidad en los procedimientos judiciales, Boca del Rio, Veracruz. 4–5 de septiembre.

ANEXO

Tabla 1. Índice de Reformas (1–5; 1 = categoría más alta)

No.	Estado	A	B	C	D	Suma	Categoría
1	Aguascalientes	1	1	0	0	2	3
2	Baja California	1	1	1	1	4	1
3	Baja California Sur	1	0	0	0	1	4
4	Campeche	1	1	0	0	2	3
5	Chiapas	1	1	0	0	2	3
6	Chihuahua	1	1	1	1	4	1
7	Coahuila	0	0	0	0	0	5
8	Colima	1	1	0	0	2	3
9	Distrito Federal	1	1	0	0	2	3
10	Durango	1	1	1	1	4	1
11	Estado de México	1	1	1	1	4	1
12	Guanajuato	1	1	1	0	3	2
13	Guerrero	1	1	0	0	2	3
14	Hidalgo	1	1	0	0	2	3
15	Jalisco	1	1	0	0	2	3
16	Michoacán	1	1	0	0	2	3
17	Morelos	1	1	1	1	4	1
18	Nayarit	1	0	0	0	1	4
19	Nuevo León	1	1	1	1	4	1
20	Oaxaca	1	1	1	1	4	1
21	Puebla	1	1	1	0	3	2
22	Querétaro	1	1	0	0	2	3
23	Quintana Roo	0	0	0	0	0	5
24	San Luis Potosí	1	1	0	0	2	3
25	Sinaloa	0	0	0	0	0	5
26	Sonora	1	1	0	0	2	3
27	Tabasco	1	1	0	0	2	3
28	Tamaulipas	1	1	0	0	2	3
29	Tlaxcala	1	1	0	0	2	3
30	Veracruz	1	1	0	0	2	3
31	Yucatán	1	1	0	0	2	3
32	Zacatecas	1	1	1	1	4	1
Promedio =						2.31	

*Todos los datos estan actualizados al 31 de diciembre de 2010.

A = capacitación

B = leyes complementarias aprobadas y/o formación de organismo coordinador

C = reforma aprobada (en relación principal con el nuevo código de procedimiento penal)

D = implementación en curso o completa

La justicia penal adversarial implantada en Baja California

*María Candelaria Pelayo Torres y Daniel Solorio Ramírez**

1. PRESENTACIÓN

Al igual que otras entidades federativas[1], Baja California se adelantó a la reforma de junio de 2008 practicada a la Constitución nacional. El 19 de octubre de 2007 el Periódico Oficial del Estado de Baja California (POE) publicó un nuevo Código de Procedimientos Penales que vino a implantar un sistema de justicia penal desconocido para la población regional.

Previamente había circulado un anteproyecto aparentemente redactado por PRO-DERECHO[2] que finalmente y casi sin cambio alguno[3] fue aprobado por la legislatura estatal. Así pues, el nuevo código no es obra de juristas de la región sino importado de otras latitudes. Este hecho

1 Chihuahua, Oaxaca, Veracruz, etc.

2 Proderecho fue el nombre del programa financiado por la Agencia Estadounidense para el Desarrollo Internacional (USAID), que promovió la reforma en México y en Baja California y que hoy opera bajo el nombre de *Management System Internacional* (MSI).

3 El anteproyecto contenía una disposición muy extraña a nuestra tradición jurídica: establecía la posibilidad de que los jueces condenaran a los abogados defensores al pago de los gastos del juicio en caso de negligencia, pero a petición de algunos abogados de la localidad el artículo 68 prohibió expresamente ese tipo de condenas.

* Los autores son profesores titulares de la Facultad de Derecho Mexicali de la Universidad Autónoma de Baja California.

no es irrelevante. Revela al menos que, como la mayoría de los Estados que forman parte de la federación mexicana, Baja California no ha alcanzado aún su mayoría de edad política. La población sigue expuesta a que sus políticos importen soluciones de otras latitudes nacionales o extranjeras. Este fenómeno de implantación de instituciones no siempre acordes con la idiosincrasia de la población constituye, sin duda, uno de los arraigados vicios del ficticio federalismo que salvo dos momentos de excepción han postulado una a una las constituciones mexicanas desde 1824.

Una vez que en junio de 2008 fue publicada la reforma constitucional federal, hubo necesidad de reformar el Código de Procedimientos Penales para el Estado de Baja California[4] (CPP), cuya aplicación aún no había iniciado, para ajustarlo a los mandatos de la norma superior recién reformada.

La aplicación del nuevo ordenamiento procesal penal fue programada sucesivamente: para el municipio de Mexicali a partir del 1º de febrero de 2009, pero ante la impreparación de los poderes públicos para implementarlo, su vigencia hubo de ser postergada para el 1º de febrero de 2010, en que nuevamente fue posfechada en dos ocasiones: en enero para iniciar el 3 de mayo y en abril fue diferida para el 11 de agosto de 2010, fecha ésta en que empezó a operar el nuevo sistema.

Adicionalmente fue puesta en vigor una novedosa Ley de Justicia Alternativa cuya aplicación ha operado desde el 19 de abril de 2009.

La aplicación de estos cuerpos legislativos ha requerido modificar otros múltiples, como: "las leyes que regulen la competencia y estructura de los órganos judiciales, de la Defensoría de Oficio, del Ministerio Público, de los cuerpos de seguridad pública, así como la legislación penitenciaria y en general toda la que sea necesaria para su implementación", según prevé el artículo séptimo transitorio del CPP (2007).

2. DEL USO DEL LENGUAJE EN EL NUEVO SISTEMA

Un sinnúmero de preceptos del CPP (2007) revelan un lenguaje confuso, descuidado, vgr. el párrafo tercero del artículo 66 que prevé la posibilidad de que un juez al que denomina "juez de garantía", en suplencia del

4 Publicado en el Periódico Oficial del Estado de Baja California de 27 de octubre de 2007.

"imputado" carente de recursos económicos, provea lo necesario para el desahogo de la prueba pericial. Pero la redacción es desafortunada al autorizar que el perito sea nombrado por "cualquier institución o universidad pública [sic] previo convenio", lo que implica autorizar que el juez delegue en terceros, simples particulares, una facultad judicial indelegable de cuyo prudente ejercicio depende el esclarecimiento de la verdad histórica que deberá ser juzgada. El nombramiento de un perito dependerá de una persona no controlada por el juez, sino por terceros ajenos al proceso. ¿Cómo ejercerá el juez su facultad superior de valorar la idoneidad del perito?

Múltiples preceptos contienen disposiciones que por innecesarias no siempre resultarán irrelevantes; al ser interpretadas pudieran provocar consecuencias inesperadas e indeseables. Veamos algunos ejemplos:

> El párrafo segundo del artículo 169 prohíbe al juez "desnaturalizar la finalidad de las medidas cautelares" e "imponer otras más graves que las solicitadas o cuyo cumplimiento resulte imposible". Esta prohibición constituye una evidente perogrullada. No tiene sentido prohibir que los jueces ordenen la realización de cosas imposibles[5].
>
> Según el artículo 107, "El Ministerio Público tiene en todo momento el deber de obrar durante todo el proceso con absoluta objetividad", y a continuación dicho artículo intenta definir la objetividad como "la obligación de informar con veracidad y no ocultar información". Esta norma olvida que por su propia naturaleza el ministerio público tradicionalmente ha sido considerado una institución de buena fe, por lo que es redundante decirle que deberá conducirse con objetividad. Esta es inherente a la existencia misma de las instituciones públicas.
>
> Se introduce repetidamente la expresión "derechos fundamentales" que, si bien cuando la reforma fue redactada

5 Esta prohibición a los jueces penales recuerda el diálogo que Antoine de Saint Exupéry, en su obra "El Principito", pone en boca del rey, uno de sus personajes, cuando éste le explica al Principito que, para que el sol le obedezca, sólo puede ordenarle que se ponga a la hora del ocaso.

> apenas empezaba a usarse en la doctrina, hoy ya se encuentra formalmente introducida a nuestro discurso jurídico, anteriormente habituado a hablar de "garantías individuales"[6].
>
> Sin justificar el motivo, se utiliza un lenguaje poco conocido en el foro: en lugar de los clásicos conceptos "acusado", "indiciado" o "procesado", se usa el término "imputado"; en lugar del clásico "auto de formal prisión", se utiliza el extraño concepto "auto de vinculación a proceso", etc. No debiéramos aceptar sin cuestionamientos un lenguaje que provocará problemas de asimilación por parte de los operadores del sistema.

Existen muchos otros preceptos que incurren en graves deficiencias gramaticales. Cualquier abogado, juez o agente del ministerio público (MP) con mediana experiencia sabe que la imprecisión lingüística en la redacción de la ley (destinada a sufrir las presiones propias de toda materia litigiosa) es un pecado capital: encierra el peligro de indeseadas interpretaciones de todo tipo.

3. LA VERDAD QUE SERÁ JUZGADA

El sistema penal que está siendo desplazado asume que es posible encontrar la verdad histórica de los hechos que los jueces juzgarán al emitir sus fallos; pero el nuevo sistema penal, cuya característica principal es la adversarialidad, asume que no es posible conocer la verdad histórica o material, o que, al menos, no es relevante para efectos de los fallos judiciales (Martínez, 2007)[7]. En el proceso las partes construyen cada

6 El 9 de junio de 2011 fue publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF) una importante reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) en materia de derechos humanos, la cual establece un "bloque de constitucionalidad" integrado por los "derecho humanos" reconocidos por la propia Constitución y por los establecidos en los tratados internacionales de los que México es parte.

7 Mario Alberto Martínez Pérez, juez de garantías en la región del Istmo de Tehuantepec, en su ensayo "Diferencia sustancial entre verdad histórica y verdad procesal" (2007), señala, en su artículo primero, que uno de sus fines primordiales es establecer la verdad procesal.

una su teoría del caso y a continuación dedican su esfuerzo a probarla y a desvirtuar la de su contrario. En este sistema la verdad jurídica es el resultado de la pugna de intereses que de manera ordenada se ventila ante el tribunal.

De los jueces este sistema espera una actitud de imparcialidad plena, por lo que les niega la potestad de buscar o indagar hechos o circunstancias que las partes no están invocando o tratando de probar. En la audiencia deben fallar *secundum alegatae et probatae*,[8] cual si se tratara de un proceso del orden civil o mercantil cuyo resultado depende, en gran medida, de la mayor o menor habilidad de ataque y defensa de las partes.

¿Qué hay en el fondo de estos dos modelos de justicia penal, el entrante y el saliente? ¿Cuál es la verdad que se busca? ¿Es humanamente posible conocer la verdad de hechos pasados, relevantes para el derecho? El viejo sistema asumía (ilusoriamente o no) que el proceso penal debe arrojar la verdad histórica, la verdad verdadera, y obrando en consecuencia otorgaba al juez la facultad/deber de no conformarse con la información que las partes llevaran a juicio, lo que explica la figura procesal denominada "pruebas para mejor proveer"9 que en el nuevo sistema se entiende suprimida.

Ante la dificultad o imposibilidad de encontrar la verdad histórica de los hechos que hayan dado lugar al caso, el nuevo sistema deposita en las partes el derecho a construir su propia teoría de lo ocurrido y dedicar su esfuerzo a probarla en beneficio del interés que les es confiado.

---

8 Según lo alegado y probado por la partes dentro del proceso.

9 Así lo disponen los artículos 152 y 283 del CPP (1989): "Durante el proceso y hasta antes de que se dicte la sentencia definitiva el juzgador podrá decretar las pruebas que estime pertinentes en relación con los hechos controvertidos, para normar su convicción". "El juzgador deberá observar las circunstancias peculiares del inculpado, allegándose datos para conocer su edad, educación e ilustración, sus costumbres y conducta anterior, los motivos que lo impulsaron a delinquir, sus condiciones económicas, y las especiales en que se encontraba en el momento de la comisión del delito, la pertenencia […] en su caso a un grupo étnico indígena […] los demás antecedentes personales que puedan comprobarse, así como sus vínculos de parentesco, amistad o nacidos de otras relaciones sociales, la calidad de las personas ofendidas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor temibilidad. Además […] deberá tomar conocimiento directo del procesado, de la victima y de las circunstancias del hecho […] teniendo amplias facultades para allegarse, de oficio, las pruebas que estime necesario".

Del juez se espera que juzgue y aplique el derecho vigente a la verdad construida y probada por las partes en el proceso, que bien podría ser distinta de la verdad histórica. El nuevo sistema se muestra dispuesto a sacrificar la verdad material en aras de una "verosimilitud"[10] acorde con las realidades humanas. Ante la imposibilidad de conocer con fidelidad los hechos ocurridos, el derecho se da por satisfecho si juzga hechos verosímiles, es decir, tan parecidos a la verdad real (desconocida) que resultan aceptables. Esta es una consecuencia inevitable de la adversarialidad del proceso penal.

4. DE LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Además de que una ley especial ha creado un novedoso Centro Estatal de Justicia Alternativa que tiene por objeto declarado aliviar la enorme carga litigiosa del Poder Judicial en materias distintas de la penal, el CPP autoriza al MP a prestar el servicio de mediación y conciliación en materia penal, restringida (por supuesto) a los delitos de poca monta. Sabiendo que nuestra cultura es poco proclive al arreglo voluntario de las controversias, todavía es impredecible el futuro de esta nueva institución.

La experiencia de nuestro sistema judicial revelaría que la idiosincrasia de los mexicanos favorece muy poco la autocomposición, de ahí que hayan tenido tanto auge los medios heterocompositivos por la vía judicial, resultando en la saturación de los tribunales. No será fácil convencer a las partes litigantes de que les conviene un arreglo que también favorezca a su contrario, con quien suelen tener diferencias no sólo de carácter patrimonial sino también de tipo emocional.

Adicionalmente, el código adopta el principio de justicia restaurativa y autoriza que el Ministerio Público utilice la negociación, la mediación y la conciliación tanto en la etapa de investigación como en la etapa judicial propiamente dicha (Artículo 22).

Este sistema de justicia alternativa fácilmente puede degenerar en una serie de prácticas que propicien la corrupción; sus disposiciones, aunadas

10 Según el diccionario *La fuerza de las palabras* de Selecciones de *Reader`s Digest*, la palabra verosímil significa: que tiene apariencia de verdadero; creíble por no ofrecer carácter alguno de falsedad.

a nuestra añeja cultura proclive a la corrupción en los sistemas de justicia, fácilmente puede dislocarse y hacer que todo se vuelva negociable, que sólo el que no tenga dinero "para negociar" pase por un proceso penal. Estas nuevas instituciones requieren observación cuidadosa y una amplia reflexión sobre lo esencial del derecho penal, cuyo objeto principal no ha sido, ni debe ser, la satisfacción de los intereses del ofendido, sino salvaguardar la paz social y los intereses de la sociedad.

Un conjunto de normas propiciatorias de que ofendidos e "imputados" convengan discrecionalmente la solución de los casos penales debería venir acompañada de una revisión completa del Código Penal, para así darle una buena sacudida y dejar en el catálogo de delitos únicamente las conductas que atentan severamente contra los intereses colectivos. Habría que eliminar de ese elenco las conductas que por su escasa entidad no merecen tratamiento penal, para que de ellas se ocupe otra rama del derecho. De esta manera, la justicia "alternativa" (la otra justicia) únicamente operaría respecto a controversias de contenido ajeno al derecho penal. Así podría dejarse en claro que, en materia penal, lo único sujeto a estos medios alternativos es la reparación del daño, pero nunca la consumación o no del delito, ni sus consecuencias jurídicas. El ejercicio de la acción penal invariablemente tendría que ser de orden público porque se refiere a hechos que atacan severamente los intereses generales de la sociedad y que alteran la convivencia pacífica.

Conviene recordar que la persecución de los delitos y la acción penal tienen como propósito principal suprimir la venganza privada. Los delitos no sólo dañan a los ofendidos y las víctimas; también dañan el tejido social y perjudican la convivencia armónica de la comunidad en su conjunto. (Andrade, 2008).

5. DE LOS JUECES DEL NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL

Para garantizar el principio constitucional de imparcialidad del juzgador, la fracción IV, apartado A del artículo 20 de la CPEUM prohíbe que en la audiencia del juicio intervenga un juez que haya conocido del caso previamente en cualquiera de las audiencias celebradas antes de llegar a la etapa de juicio oral. Ahora bien, la fracción V, del referido artículo 20, autoriza que la audiencia del juicio tenga lugar ante un juez unitario

o colegiado; pero el CPP (2007) optó por únicamente este último, excluyendo la opción por los jueces unitarios que sólo podrán actuar en las etapas de investigación e intermedia.

El nuevo sistema de justicia penal ha previsto tres tipos de jueces bien diferenciados:

A. Los jueces de "garantía", como les llama el CPP, o "de control", como en rudo lenguaje se expresa la reforma constitucional[11] en el párrafo décimotercero del art. 16:

> Los poderes judiciales contarán con jueces de control que resolverán en forma inmediata y por cualquier medio las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos.

Estos jueces serán competentes para conocer de todas las actuaciones previas a la audiencia de juicio oral. Al decir de Miguel Carbonell (2010: 80), el establecimiento de este tipo de jueces es "una de las medidas más importantes y acertadas de toda la reforma", y, al decir del mismo autor, García Ramírez coincide al calificar de "plausible" esta medida que permite *jurisdiccionalizar* la investigación de los delitos.

B. Los tres jueces de sentencia o de juicio oral, que actuarán conjuntamente: Aunque la CPEUM no exige colegiación judicial, ésta es una decisión plausible del legislador estatal. Una vez que los jueces adquieran la disciplina de juzgar colegiadamente, el ejercicio cotidiano de esa labor podría arrojar grandes beneficios a la buena justicia, en tanto que los errores y defectos comprensibles en las decisiones de un sólo juez podrían ser minimizadas por el intercambio de conceptos, análisis de pruebas, dudas y demás particularidades del pronunciamiento de un fallo judicial a cargo de tres jueces. Podría inclusive generarse el saludable

11 No parece adecuado denominar "jueces de control" a los que se encargan de salvaguardar los derechos fundamentales de las personas; es más afortunada la expresión "jueces de garantía" adoptada por la legislación de B.C.

hábito de los votos particulares disidentes o concurrentes que imprimen un gran valor para el futuro de la labor de enjuiciamiento.

Los partidarios del nuevo sistema sostienen que éste permitirá respetar a cabalidad el principio de inmediatez porque las pruebas serán recibidas personalmente por los tres jueces en una sola audiencia, en la que acto seguido se dictará sentencia de fondo. Lo que no queda muy claro es de qué manera ese sistema hace respetar la inmediatez, si los jueces conocerán el caso y, por supuesto, al acusado, los testigos y demás intervinientes precisamente en esa audiencia y no antes. No habrá tiempo para que digieran en su fuero interno la información y la mediten. Fallarán un caso recién conocido. No es fácil aplaudir sin experiencia previa esta característica del nuevo sistema, sobre todo si consideramos que tradicionalmente los jueces mexicanos han disfrutado de un amplio plazo legal para sentenciar, que en los hechos suelen excederse semanas o meses sin consecuencia alguna.

Conforme al artículo 81, bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de B. C., el legislador adoptó la tesis de no dividir a unos y otros jueces en compartimentos separados, sino propiciar que en los distintos procesos todos actúen tanto en las etapas previas al juicio, en forma unitaria, como en el juicio en forma colegiada. El preinvocado numeral dispone:

> … los Jueces de Garantía podrán ser parte de los Tribunales de Juicio Oral … siempre y cuando no hayan conocido en las etapas previas del asunto que le corresponda resolver al citado Tribunal.

C. Los jueces de ejecución de sentencias quienes se harán cargo de que el fallo sea cumplido: Al respecto, el párrafo tercero del 21 de la CPEUM dispone que "La imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial" y, en seguimiento a este mandato, el legislador local expidió una nueva Ley de Ejecución de Sentencias, publicada en el POE (2010), cuyos artículos 3o, 5o, 111, 112 y 115 establecen que no fungirán como jueces de ejecución de sentencia quienes fueron jueces de garantía o integrantes del Tribunal de Juicio Oral, en cada caso.

Este cambio asegura en favor del reo que sean los jueces, peritos en derecho, quienes bajo criterios jurídicos resuelvan todo lo concerniente a la ejecución de sentencias penales, evitando así la tradicional discrecionalidad con que ha operado el poder ejecutivo en esta delicada materia.

6. DE LAS NUEVAS FACULTADES DE LOS AGENTES POLICÍACOS (ARTÍCULO 112)

Haciendo caso omiso de la fama de abusos y atropellos que merecidamente ha rodeado por años y años a nuestros cuerpos policíacos, el nuevo modelo dotó a los policías de un poder muy preocupante, pues les autoriza a compartir con el MP la facultad de investigación y persecución de los delitos. Aunque aparentemente los policías operarán bajo el mando de éste, tendrán no obstante facultades propias. Para ejercerlas autónomamente podrán:

> … recibir noticias de los hechos […] y recopilar información […] registrarla […] prestar el auxilio que requieran las víctimas u ofendidos y proteger a los testigos […] aplicar los protocolos o disposiciones especiales que emita la PGJE […] cuidar los rastros e instrumentos del delito […] entrevistar a los testigos o peritos.. practicar las diligencias para individualizar a los autores y partícipes del hecho […] reunir la información de urgencia que pueda ser útil al Ministerio Público [sic].

Estas diligencias practicadas por los agentes policíacos tendrán valor probatorio en el proceso, lo que no deja de ser inquietante en la medida en que estos personajes irrumpen en el "drama penal"[12] como nuevos actores que tradicionalmente no tenían autoridad formal propia, sino que dependían del MP. Esto ocurre en la época actual en que las corporaciones policíacas, lejos de superar su tradicional despretigio, lo

12 Esta expresión ha sido tomada del título de la obra del mismo nombre de Raúl Carranca y Rivas (1982).

han incrementado en la media en que se ven constantemente involucradas con la delincuencia organizada[13].

El nuevo sistema de justicia penal requiere cuerpos policíacos confiables y apreciados por la población, pero nuestra realidad es otra. La población tendrá que lidiar con policías que ejercerán un poder real, traducido en consecuencias jurídicas que le pueden afectar severamente los resultados del proceso.

7. DE LOS CRITERIOS DE OPORTUNIDAD EN EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL (79–82)

Tradicionalmente en el sistema jurídico penal mexicano, el MP ha tenido el deber jurídico de ejercitar la acción penal una vez que ha encontrado elementos suficientes para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado. Este deber ha sido violado constantemente con motivo de las componendas y corruptelas que han ensombrecido la justicia penal en México y, con el afán de corregir esos vicios, la reforma constitucional publicada en el DOF (1994) adicionó al artículo 21 de la CPEUM, un párrafo que autorizó que los ofendidos y denunciantes impugnen, por "la vía jurisdiccional que corresponda", las resoluciones mediante las que el MP niegue el ejercicio de la acción penal[14]. En virtud de que esa vía jurisdiccional no ha sido establecida en materia federal ni en la mayoría de los estados de la república, al paso del tiempo la jurisprudencia ha establecido la procedencia de la acción de amparo ante los jueces de distrito para combatir ese inejercicio.

Baja California es uno de los pocos estados de la república que formalmente establecieron una vía jurisdiccional específica ante los jueces

13 En su "mensaje a la nación" publicitado ampliamente el 4 de mayo de 2011, el presidente Felipe Calderón sostuvo que las tropas seguirán en las calles y actuando en suplencia de los agentes policiacos mientras no tengamos, dijo, una Procuraduría General de la República (PGR) y 32 procuradurías locales que sean altamente confiables.

14 Una interpretación extensiva de ese nuevo texto dio lugar a que los jueces federales consideren procedente la acción de amparo también contra la abstención o negligencia investigativa del MP. A partir de esos nuevos criterios jurisprudenciales ya fue posible forzar al MP a llevar a cabo las diligencias indispensables para establecer los hechos y proceder en consecuencia.

de lo penal[15], vía que, una vez agotada, da lugar a su vez al juicio de amparo. Esta explicación tiene por objeto recalcar que el ejercicio de la acción penal, hasta antes del nuevo sistema, no había sido discrecional, sino obligatorio una vez que la investigación arrojara como resultado la comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del imputado.

Este modelo ha sido alterado sustancialmente porque el nuevo código faculta al Ministerio Público para no hacerlo cuando se trate de un "hecho socialmente insignificante o de mínima o exigua culpabilidad", o cuando la pena o medida de seguridad "carezca de importancia".

Esta nueva norma implícitamente reconoce que nuestros códigos penales han convertido en delitos una serie de conductas que no deberían estar en el elenco penal, lo que es resultado de una política criminal muy deficiente operada por los intereses partidarios coyunturales.

A lo menos que da lugar este novedoso poder discrecional del MP es a plantear una pregunta: ¿Por qué continuamos considerando delitos esas conductas "socialmente insignificantes", de "mínima o exigua culpabilidad" o que "carecen de importancia"?

Esos hechos ni siquiera tendrían que ocupar el tiempo de los agentes del MP, quienes únicamente deberían dedicarse a la investigación de conductas que real y no sólo formalmente ameriten, por la gravedad e intensidad con que atacan bienes jurídicos, ser consideradas delictivas.

8. DE LA ORDEN DE APREHENSIÓN

En este punto, el derecho procesal penal mexicano ha pasado por múltiples etapas según la intensidad del afán persecutorio del poder público. La reforma de 1993 al 16 de la CPEUM exigió que, para que un juez obsequiara una orden de aprehensión, el MP acreditara los elementos del tipo penal. Posteriormente, en 1999, por considerar que la acreditación de los elementos del tipo penal era una exigencia demasiado alta, y sin entrar

15 Por decreto publicado en el POE de 20 de octubre de 1995, fue reformado el artículo 262 y adicionado un 352 bis para establecer el recurso de revisión ante los jueces penales contra el inejercicio de la acción penal por parte del MP, acabando así con la era de impunidad total de que disfrutó dicha institución con motivo de un malentendido concepto del monopolio de la acción penal.

en más discusiones teóricas, fue abandonado el empleo de la corriente finalista que sostenía la necesidad de aplicar los elementos del tipo penal y se regresó al concepto cuerpo del delito (Aguilar, 2009: 24), reformando nuevamente el 16 para exigir únicamente la acreditación de:

> El cuerpo de un delito sancionado con pena corporal.
> La probable responsabilidad del indiciado.

La reforma de junio de 2008, la cual introduce el nuevo enjuiciamiento penal, redujo aún más las exigencias para el libramiento de una orden de aprehensión. Ahora, conforme al nuevo texto del artículo 16 de la CPEUM, sólo será necesario que el MP acredite:

> Que en el proceso obran datos que permiten establecer que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito, sancionado con pena privativa de libertad.
>
> Que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en él.

En Baja California, conforme a los artículos 159 al 161 del CPP (2007), el MP podrá pedir al juez de garantías una orden de aprehensión (OA) cuando se reúnan los requisitos que prevé el 16 de la CPEUM. La solicitud podrá formularse por escrito "o en audiencia privada", exponiendo una relación de los hechos que le atribuya al imputado, sustentada en forma precisa en los registros correspondientes y expresando las razones que actualizan las exigencias del 16 constitucional.

El artículo 161 libera al MP del tradicional deber de solicitar por escrito la OA, ya que podrá solicitarla "en audiencia privada" y el juez la librará si considera fundadas las razones expuestas por el MP (Carbonell, 2009: 68).

No hace falta un gran esfuerzo de interpretación para advertir que las órdenes de aprehensión seguirán siendo impugnadas por la vía de amparo ante los jueces federales. Seguirá siendo la jurisprudencia federal la que determine si las nuevas expresiones contenidas en el artículo 16 realmente están disminuyendo las exigencias jurídicas para dictar órdenes de aprehensión.

9. DEL AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO PENAL

Impulsado por la inercia del tradicional "auto de formal prisión"[16], el reformador de la CPEUM prohibió que las detenciones "ante autoridad judicial" excedan de 72 horas si no están justificadas con un "auto de vinculación" a proceso que exprese el delito, el lugar, el tiempo y las circunstancias de su ejecución, así como los datos que permitan establecer la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

Por su parte, el artículo 281 del CPP dispone que, una vez que el MP haya formulado la imputación por tener elementos suficientes para acreditar las exigencias del 16 constitucional, puede pedir al juez que señale día y hora para que tenga lugar la audiencia de imputación; y conforme al artículo 283 si así lo pide el imputado, el juez deberá resolver sobre la vinculación o no a proceso en esa misma audiencia.

Aunque aparentemente esta pieza procesal es injustificada, innecesaria, y debiera ser suprimida del nuevo sistema de justicia penal, es preferible conservarla al menos durante un periodo que permita asimilar en la vida práctica los servicios que preste a la seguridad jurídica, habituada en México al concepto "auto de formal prisión", condenado a desaparecer.

10. DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Por vez primera de manera explícita la CPEUM estableció la presunción de inocencia (20, apartado B, fracción I) en los términos que siguen:

> De los derechos de toda persona imputada: fracción I.- A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa.

Por su parte el 5º del CPP (2007) también hizo lo propio:

> … el imputado deberá ser considerado y tratado como inocente en todas las etapas del proceso, mientras no se declare su

16 La población y los operadores del sistema tienen profundamente arraigado el concepto auto de formal prisión y las consecuencias jurídicas de su existencia o no dentro de un proceso penal.

> culpabilidad [sic] por sentencia firme […] En caso de duda razonable la sentencia deberá pronunciarse conforme a lo más favorable al imputado.

A pesar de este principio tan claro, la reforma no llegó a establecer su consecuencia plena: que invariablemente el indiciado viva su proceso en libertad, sin restricciones, lo que requeriría llamarle a juicio mediante un emplazamiento similar al de otros procesos no penales, apercibiéndole de las consecuencias que su rebeldía pudiera acarrearle.

A pesar de que la CPEUM y el CPP (2007) convirtieron en norma jurídica el principio de inocencia, no fueron consecuentes. Luego de su grandilocuencia evaden cambios sustanciales. Mantienen abierto el expediente de la prisión preventiva, inobservando los derechos fundamentales que insistentemente pregonan.

Recordemos aquí a Perfecto Andrés Ibáñez, Juez del Supremo Tribunal Español, quien afirma:

> … el principio de presunción de inocencia proscribe cualquier forma de anticipación de la pena y obliga a plantearse la cuestión de la legitimidad de la prisión provisional (Ibañez, 2005: 10).

11. DE LAS RESTRICCIONES A LA LIBERTAD PERSONAL

Nuestro derecho procesal penal, tanto en el ámbito federal como en las entidades federativas, tradicionalmente se ha caracterizado por su proclividad a poner en prisión a toda persona sujeta a proceso penal. La clásica expresión "auto de formal prisión" lo pone en evidencia; por muchos años esa resolución ha sido la cabeza del proceso penal que se abre una vez que ha sido dictada, y no antes.

El sólo nombre del referido auto es muy revelador: si ya el juez dictó un "auto de formal prisión", el sujeto está aprisionado aunque sólo sea formalmente; bien puede ocurrir que materialmente no esté dentro de la prisión por haber obtenido el beneficio de la "libertad provisional" si el delito materia del proceso lo permite, pero jurídicamente es un preso. En los hechos puede irse a su casa; sin embargo, para efectos jurídicos está a disposición del juez como si estuviera encarcelado.

Esos han sido el lenguaje y las prácticas tradicionales de nuestro procesalismo penal que hoy experimenta transformaciones relevantes. La nueva expresión "auto de vinculación a proceso" es un concepto neutro que sólo significa que, por disposición de un juez de garantía y a petición del MP, la persona quedó vinculada, relacionada con un proceso penal incoado con anterioridad. Este vínculo sólo por excepción podría afectar su libertad personal, lo que será materia de otras resoluciones que oportunamente deberá tomar el mismo juez de garantía a petición fundada del MP.

Hoy, la reforma a la CPEUM y el CPP (2007) asumen que el estado natural del imputado es el de libertad, y que ese estado sólo puede ser restringido mediante la aplicación de medidas cautelares.

El cambio no es menor. Si el antiguo sistema asume como un hecho indisputado que todo procesado debe estar en prisión -salvo que obtuviera su libertad provisional por alguna de las vías legalmente establecidas- el nuevo sistema asume lo contrario: que por ser inocente, el procesado debe estar en libertad mientras no exista una sentencia condenatoria, ya ejecutoriada, que justifique privarle de la libertad.

Mientras dure el proceso, la libertad del imputado debe ser respetada íntegramente, salvo que el MP justifique ante el juez de garantía una causa bastante para restringirla mediante alguna de las medidas cautelares autorizadas por la CPEUM y previstas por los artículos 162 y 167 del CPP (2007) en los supuestos siguientes:

> Las partes pueden convenir las medidas cautelares que consideren pertinentes y en esa hipótesis el juez se limita a sancionar el convenio si lo encuentra ajustado a derecho.
>
> A falta de acuerdo entre las partes el juez puede imponerlas a petición del MP.

Y la más fuerte de esas restricciones, que sin duda es la prisión preventiva, deviene forzosa e inevitable tratándose de los delitos graves que expresamente establece la ley; y tratándose de otros delitos no graves, la prisión preventiva puede imponerse por el juez a petición del MP, si éste acredita que se satisfacen las hipótesis específicas que para ese efecto establecen la CPEUM y el CPP.

A continuación expondremos algunas notas relevantes de las diversas medidas cautelares previstas por el CPP (2007).

11.1 El valor de la palabra

El penúltimo párrafo del artículo 167 del CPP (2007) deposita en los jueces de garantía la confianza suficiente para que a su vez ellos tomen la palabra de los imputados como única medida para garantizar su presencia en el proceso. Con defectos conceptuales el precepto dispone:

> Con excepción de los delitos calificados como graves por la ley, el Juez puede prescindir de toda medida cautelar cuando la promesa del imputado de someterse al proceso sea suficiente para descartar los motivos que autorizarían el dictado de la medida conforme el artículo siguiente.

Aunque según la letra de la ley el juez puede prescindir de toda medida cautelar, en la práctica no es así. Lo que realmente ocurre es que el juez toma como medida cautelar el valor que para el imputado significa su propia palabra, es decir, su "promesa de someterse al proceso", lo que no tiene precedente en el sistema de justicia penal tradicional, habituado a "conceder la libertad provisional" mediante garantías económicas –fianzas, hipotecas o depósitos de dinero en efectivo– para asegurar que el acusado haga frente al proceso y sus resultados.

Hoy los jueces podrán apreciar la confiabilidad personal y tomarla como garantía bastante, sin exigir otra.

Esta figura de indudable inspiración anglosajona (Merryman, 2003: 72) concibe un tipo de juez que todavía no sabemos si existe o no en nuestro país;[17] tampoco sabemos si el nuevo sistema de justicia penal será capaz de crear ese tipo de juez que, a diferencia de los jueces tradicionales, no

17 En su obra *La tradición Jurídica Romano-Canónica*, John Henry Merryman (2003) expone: "En el mundo de derecho común sabemos lo que es un juez. Es un héroe cultural, incluso una figura paternal. Muchos de los grandes nombres del derecho común son nombres de jueces: Coke, Mansfield. Marshall, Store, Holmes, Brandeis, Cardozo. Sabemos que nuestra tradición legal se creó originalmente y ha crecido y mejorado en las manos de los jueces que razonan cuidadosamente entre un caso y otro y construyen un cuerpo de derecho que obliga a los jueces posteriores a decidir los casos similares de manera similar a través de la doctrina de stare decisis".

buscará un precepto exacto que lo libre de la responsabilidad personal en la toma de decisiones. Una consecuencia del sistema de legalidad estricta y de la interpretación exegética de la ley es el modelo de juez al que se refirió Montesquieu en los términos siguientes: "el poder de los jueces es en cierta manera nulo, los jueces son autómatas, seres inanimados, las bocas que pronuncian las palabras de la ley" (Montesquieu [1749], 1990).

Se entiende que esta facultad será ejercida con arreglo a los artículos 17 y 18 del CPP (2007) que obligan al juez a conducirse con la mayor objetividad posible, fundando y motivando sus decisiones. El futuro de esta importante modalidad es todavía impredecible.

Los jueces no habituados a asumir decisiones propias que pudieran generarles una responsabilidad personal, podrían eludir la fórmula de la confiabilidad personal del imputado y acudir preferentemente a cualquiera de las otras doce medidas cautelares previstas por el artículo 167 del propio código, que no les comprometen a título personal.

11.2 Las garantías económicas

Los artículos 167 fracción XII, 172, 173 y 174 del CPP (2007) autorizan a los jueces para imponer al imputado el otorgamiento de una garantía económica de que no sólo se someterán al proceso y sus consecuencias, sino que también repararán el daño en caso de sentencia condenatoria.

11.3 Las limitaciones a la libertad de tránsito o de comunicación

Las fracciones II, VII, VIII, IX y XI del 167 facultan a los jueces para imponer al imputado algunas prohibiciones: como son la de salir del país o de su lugar de residencia; o salir de su domicilio sin vigilancia especial; o de concurrir a ciertas reuniones o visitar ciertos lugares; o acercarse, convivir o comunicarse con determinadas personas; o imponer al imputado el deber de "separarse" de su propio domicilio y/o de internarse en una institución de servicios médicos.

11.4 Medios que faciliten la localización del imputado

Las fracciones III, IV y V del 167 autorizan que el juez de garantía imponga al imputado como medida cautelar la carga (obligación, dice la ley) de someterse a la vigilancia de un tercero, a la del propio juez o de la

autoridad que éste designe, o mediante el uso de la moderna tecnología: la "colocación de un localizador electrónico".

11.5 La suspensión de derechos

La fracción X del 167 prevé la posibilidad de que el juez suspenda al imputado el ejercicio de ciertos derechos vinculados estrechamente con el delito materia del proceso; sería, *vgr*. el caso del taxista sometido a proceso penal por el delito de manejar en estado de ebriedad, a quien se le prohíbe conducir vehículos de motor mientras dure el proceso, o del profesional a quien bajo la acusación de haber falsificado su título universitario, se le suspende en el ejercicio de la profesión de que se trate.

12. DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

A pesar de que el estado natural del imputado es el de libertad, y de que la reforma a la CPEUM estableció el principio de presunción de inocencia, el artículo 18 de ese mismo ordenamiento conserva el antiguo dispositivo: "Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva".

A pesar de que la presunción de inocencia sólo puede ser destruida por una sentencia ejecutoriada que imponga al imputado una pena de privación de la libertad, por motivos de política criminal la CPEUM y el CPP (2007) autorizan la posibilidad de que al imputado le sea impuesta prisión preventiva:

A. Oficiosamente. Conforme al párrafo primero del artículo 19 de la CPEUM el juez impondrá prisión preventiva sin necesidad de que medie solicitud del MP, tratándose de los delitos de:

Delincuencia organizada
Homicidio doloso
Violación
Secuestro
Delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos

> Delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

Peligrosamente, la CPEUM dejó abierto el grave riesgo de que el legislador secundario, en extremo vulnerable a las presiones de los medios de comunicación, desvirtúe la tesis garantista que hipotéticamente inspira al nuevo sistema: que sólo sufran prisión preventiva los imputados por delitos que atacan severamente los bienes jurídicos más valiosos. Las expresiones "delitos cometidos con medios violentos" y "delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud", fácilmente permiten al legislador secundario amplia discreción para determinar cuáles son delitos graves. Si en la práctica legislativa ordinaria se incrementaran los tipos penales que por ser declarados graves ameritan prisión preventiva, todo tipo de conductas podría ser motivo de esa restricción de la libertad, haciendo nugatoria la intención del reformador constitucional.

B. A petición del MP. El representante social puede lograr que el imputado sea sometido a prisión preventiva, auque no se trate de delito grave, si aporta elementos suficientes para convencer al juez de garantía de que el caso se encuentra en alguna de las hipótesis previstas por el párrafo primero del artículo 19 de la Constitución, el cual en lo conducente establece:

> El ministerio público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso.

El párrafo segundo, fracción IX, apartado B del artículo 20 de la CPEUM incorpora una novedosa disposición que constituye una protección a los derechos fundamentales del imputado: limita la prisión preventiva a un máximo de dos años, sin distinguir que se trate o no de delitos graves. Esta novedosa norma jurídica puede contribuir para evitar los largos

encarcelamientos de personas cuyos casos no hayan sido resueltos por más que hayan transcurrido en exceso el plazo que para el juzgamiento prevé la propia Constitución.

Igualmente el artículo 172 del CPP (2007) declara que la prisión preventiva es una medida cautelar "subsidiaria", y que en ningún caso su duración podrá exceder de dos años. Veamos el precepto:

> Artículo 172.- Subsidiariedad de la prisión preventiva.- Además de las circunstancias generales exigibles para la imposición de las medidas cautelares personales, la prisión preventiva sólo es aplicable cuando no pueda evitarse razonablemente la sustracción de la acción de la justicia del imputado, la obstaculización a la investigación o el proceso, o el riesgo para la víctima u otra persona, o cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. La prisión preventiva no podrá exceder del tiempo que como máximo de pena fije la Ley al delito que motivare el proceso y en ningún caso será superior a dos años, incluyendo las prórrogas previstas en el artículo 182 de este Código.

El dispositivo que autoriza la prisión preventiva bajo el argumento de que el imputado fue sentenciado o está siendo procesado por un delito doloso, puede considerarse contrario a la prohibición de "penas trascendentes" prevista por el 22 de la CPEUM. Si la condena impuesta en un proceso previo trasciende a uno nuevo, impidiendo que en éste el procesado disfrute de beneficios jurídicos, difícilmente pudiera negarse que a la primera condena se le están dando efectos trascendentes, es decir, que van más allá del caso en que la condena fue dictada.

La reforma constitucional incluyó igualmente, en el párrafo segundo del artículo 19, un precepto que parte de una idea errónea, la de que el imputado se encuentre en libertad por habérsela concedido el juez, lo que no se corresponde con el nuevo sistema: "La ley determinará los casos en los cuales el juez podrá revocar la libertad de los individuos vinculados a proceso…"

En el nuevo sistema los imputados no gozan de libertad porque un juez se la haya concedido, sino porque la libertad es su estado natural.

Así, malamente se puede decir que un juez puede revocar un estado de libertad que él no concedió.

Esta disposición es una reminiscencia del viejo sistema que partía del supuesto de que todo imputado estaría en prisión salvo que el juez le concediera su "libertad provisional" bajo caución. La expresión misma "libertad provisional" es muy reveladora de la teoría subyacente en la Constitución antes de la reforma: todo acusado estaba o debía estar en prisión, salvo que un juez penal dispusiera lo contrario.

13. DE LA DESIGUALDAD PROCESAL Y LA MINIMIZACIÓN DE LA DEFENSA

La reforma ha pregonado su propósito de mejorar la igualdad procesal entre las partes e instalar un eficiente servicio de defensa jurídica gratuita, de carácter público, en favor de toda persona sujeta a proceso penal, pero tales propósitos no fueron satisfechos cabalmente.

El párrafo cuarto del artículo 17 de la CPEUM dispone:

> La federación, los estados y el Distrito Federal garantizarán la existencia de un servicio de defensoría pública de buena calidad para la población y asegurarán las condiciones de un servicio profesional de carrera para los defensores. Las percepciones de los defensores no podrán ser inferiores a las que correspondan a los agentes del MP.

Por su parte, el CPP (2007) en su artículo 6 dispone que el derecho de defensa es inviolable y corresponderá garantizarlo a los órganos jurisdiccionales.

Y el artículo 7 establece:

> Desde el momento de su detención ante el Ministerio Público hasta el fin de la ejecución de la sentencia que imponga una pena o medida de seguridad el imputado tendrá derecho a contar con una defensa técnica. Asimismo, tendrá derecho a la defensa técnica, en las diligencias en las que no estando detenido, el Ministerio Público lo haga comparecer.

En todas las comparecencias ante la autoridad judicial, el imputado tendrá derecho a la defensa técnica.

El imputado para ejercer su derecho de defensa técnica, podrá nombrar a un abogado que se encuentre debidamente autorizado para ejercer la carrera de Licenciado en Derecho o la abogacía y en caso de que no lo hiciere, le será designado un defensor público.

El derecho a la defensa técnica es irrenunciable y su violación producirá la nulidad absoluta de las actuaciones directamente relacionadas con el acto violatorio del derecho a la defensa.

El imputado tendrá derecho a comunicarse libre y en forma privada con su defensor y a disponer del tiempo y de los medios razonables para su defensa, en relación con el acto de autoridad o el momento procesal de que se trate. Asimismo podrá formular peticiones y observaciones que considere oportunas, siempre y cuando no se perjudique el curso normal del proceso. Las comunicaciones entre el imputado y su defensor son inviolables, y no podrá alegarse para restringir este derecho, la seguridad de los centros penitenciarios, el orden público o cualquier otro motivo.

Los derechos del imputado podrán ser ejercidos directamente por el defensor, salvo aquéllos de carácter personal, o cuando exista una limitación a la representación legal o prohibición en la Ley.

Se asegurará que los miembros de pueblos o comunidades indígenas, a quienes se impute la comisión de un delito, cuenten, además, con un defensor que posea conocimiento de su lengua y su cultura.

Y en cuanto a la igualdad procesal, la reforma a la CPEUM dispuso el artículo 20 apartado A, fracción V: "Las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa respectivamente".

Además, la reforma no se refiere únicamente a la igualdad procesal, sino también a la igualdad sustantiva, en lo que son explícitos los artículos 12 y 13 del CPP; el primero se refiere a la igualdad como derecho sustantivo frente a la ley penal y el segundo a la igualdad procesal tal como fue postulada por el precepto constitucional arriba transcrito.

> Artículo 12.- Igualdad ante la Ley.- Todas las personas son iguales ante la Ley y deben ser tratadas conforme a las mismas reglas. Las autoridades deberán tomar en cuenta las condiciones particulares de las personas y del caso, pero no pueden fundar sus decisiones sobre la base de la nacionalidad, origen étnico, género, edad, discapacidades, credo o religión, ideas políticas, opiniones, estado civil, preferencias u orientación sexual, condición de salud, económica o social u otra con implicaciones discriminatorias.
>
> Artículo 13.- Igualdad entre las partes.- Se garantizará a las partes el derecho de igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa. Corresponde a los jueces la preservación de ese derecho y resolver los obstáculos que impidan su observancia.

Pero a despecho de estas disposiciones que a primera vista sugieren un respeto relevante a la igualdad de la acusación y la defensa dentro del proceso, un mejor análisis revela que el nuevo sistema minimiza la labor del defensor, lo que puede verse por lo menos en las disposiciones que siguen.

Conforme al artículo 387 del CPP (2007) a la defensa le ha sido negado implícitamente el derecho a pedir al juez la apertura del procedimiento abreviado, cuyo objeto es que el caso se resuelva en breve tiempo. No obstante que se surtan las hipótesis en que es posible abrir esa "vía corta", el acceso a ella depende de la voluntad del MP, quien podría obrar caprichosamente si por cualquier motivo tuviera el propósito de prolongar el proceso en agravio de la defensa. Este inexplicable monopolio ministerial bien puede dar lugar a múltiples corruptelas.

Estos preceptos revelan una profunda desigualdad en un punto tan relevante como el de pedir al juez la apertura del procedimiento abreviado que permite solucionar con mayor celeridad el conflicto. Injustificadamente el CPP (2007) ha creado un monopolio del MP que provoca precariedad en la defensa.

14. DEL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

El artículo 20, apartado A, fracción XII de la CPEUM abre la posibilidad de que los procesos penales terminen anticipadamente. Si voluntariamente el imputado reconoce ante el juez su participación en los hechos y su confesión está apoyada en "otros medios de convicción suficientes", el juez (de control o de garantía) citará a una audiencia en que dictará sentencia definitiva. Aunque este precepto constitucional no cierra expresamente la posibilidad de que la defensa haga la solicitud ante el juez, el CPP (2007) sí cierra esa posibilidad al establecer (art. 387) que sólo el MP puede escoger esa vía.

El legislador bajacaliforniano no supo aprovechar cabalmente esta opción tan conveniente para resolver uno de los problemas fundamentales del sistema mexicano de administración de justicia: la lentitud de los procesos judiciales.

El CPP (2007) en sus artículos 387 a 392 prevé un "procedimiento abreviado" que tiene por objeto resolver los casos con celeridad, pero incurre en dos defectos capitales, a saber: 1.) Sólo procede a petición del Ministerio Público, excluyendo sin razón alguna al procesado, y 2.) Sólo puede abrirse con posterioridad al auto de vinculación a proceso.

Esto significa que en los hechos este procedimiento penal "abreviado" demorará varias semanas o quizá meses.

Parecería que el legislador hubiera considerado que el auto de vinculación a proceso -equivalente al antiguo "auto de formal prisión"- previsto por el artículo 19 de la Constitución nacional fuera sagrado y que bajo ninguna circunstancia se pudiera llegar a una sentencia penal sin esa resolución previa. Esa idea es errónea. El auto de vinculación a proceso tiene por objeto fijar los términos que el juez ha dado a la imputación ministerial, a fin de que el imputado pueda planear su propia defensa.

Pero si el imputado acepta un procedimiento abreviado, su aceptación implicaría renunciar expresa o implícitamente a la garantía de tener previamente ese auto de vinculación a proceso, por lo que no habría obstáculo jurídico para que, en lugar de éste, el juez dictara sin más trámite una sentencia de fondo.

Desde luego se requiere que previamente las partes se pongan de acuerdo en cuanto a los hechos. Si el MP hubiera precisado los hechos en el pliego de consignación, y si esos hechos fueran aceptados plenamente y sin reservas por el acusado y su defensor, sólo quedaría pendiente el pronunciamiento del fallo. No habría obstáculo jurídico para que, en lugar de dictar un auto de vinculación a proceso, el juez dictara su sentencia definitiva. Tampoco habría obstáculo para que, una vez que esa sentencia fuera notificada, cualquiera de las partes pudiera combatirla mediante el recurso que la ley concediera.

El allanamiento del procesado y su defensor en materia penal es un tema casi inexplorado en nuestro medio jurídico.[18] A nadie impresiona que el demandado se allane en un proceso civil, mercantil, laboral o de otro tipo, pero seguimos atados a la creencia de que en materia penal es imposible. Como bien dice Gerardo Laveaga (2009: 541), "lo que hace falta es imaginación y audacia" y, en efecto, eso hace falta al legislador mexicano (Pelayo & Solorio, 2009: 529).

A pesar de la reforma constitucional de 2008 y del CPP (2007), quedarán sin solución jurídica los casos penales que no pudieron ser resueltos a través de la justicia alternativa y que, siendo muy sencillos, van a dar al juez de garantía; aunque el imputado y su defensor confiesen los hechos –sin allanarse a las consecuencias jurídicas pedidas por el MP– el caso demorará en los tribunales al menos varias semanas en detrimento de la buena marcha de la administración de justicia.

15. DEL PRINCIPIO DE ESTRICTO DERECHO Y DE LA SUPLENCIA DE LA DEFENSA DEFICIENTE

Este es uno de los puntos más controvertidos del nuevo sistema de justicia penal. Los abogados y los jueces dedicados a los litigios del orden penal

18 El célebre procesalista español Niceto Alcalá Zamora y Castillo (1978) explica que el allanamiento en materia penal lleva implícita una renuncia al derecho de defensa.

están habituados a que por muchos años ha existido no sólo una facultad, sino también un deber a cargo de los jueces penales de suplir toda deficiencia defensiva. Y no es para menos. Las resoluciones que dictan los jueces penales trascienden de manera inmediata y directa a la libertad y con frecuencia a la vida, no sólo de los procesados sino además de todos los protagonistas del drama penal.

Esto es particularmente evidente en el juicio de amparo que se promueve contra resoluciones dictadas por tribunales penales. Tratándose de amparos promovidos por el imputado o su defensor, el artículo 76 bis de la Ley de Amparo impone a los jueces protectores de los derechos humanos el deber superior de juzgar integralmente, sin limitarse a los agravios o conceptos de violación expresados en la demanda o en el recurso correspondiente. En el sistema tradicional, gracias a la suplencia de la queja deficiente, muchas personas que tienen una mala defensa logran obtener su libertad mediante la reparación de los errores cometidos por ministerios públicos, defensores poco aptos o jueces ineficientes.

Pero el nuevo sistema parte de una premisa que bien pudiera resultar en la práctica equivocada y provocar consecuencias funestas. Según esa premisa todo procesado tendrá una defensa jurídica técnicamente eficiente, por lo que los jueces penales no suplirán deficiencia alguna. Si la defensa incurriera en errores tácticos o de fondo, la consecuencia podría ser irremediable, y no porque el imputado sea realmente responsable de los hechos delictivos, sino porque su defensa resultó incompetente para desvirtuar la imputación. Es pronosticable que este aspecto del nuevo sistema tendrá que ser reconsiderado en breve por una nueva reforma constitucional o al menos por el legislador secundario.

La única excepción al principio de estricto derecho -supresión de la suplencia de la defensa deficiente- la encontramos en el deber que se impone a juez de salvaguardar los derechos fundamentales del procesado. En ese punto el artículo 417 del CPP dispone que en el recurso de nulidad ante el superior:

> …no podrán invocarse nuevas causales de nulidad; sin embargo el tribunal podrá hacer valer y reparar de oficio a favor del sentenciado las violaciones a sus derechos fundamentales.

Y aunque el párrafo quinto del artículo 17 de la CPEUM impone a "la Federación, los estados y el Distrito Federal" la carga de establecer "un servicio de defensoría pública de calidad para la población", la experiencia enseña que en México este tipo de grandilocuencias suele quedar en mera retórica. No sería extraño que las defensorías públicas continuaran como hasta hoy, con bajos niveles de eficiencia, en detrimento del nuevo sistema de justicia penal y particularmente en perjuicio de los procesos.

Los artículos 1, 6º ,7º, 104 y 106 del CPP imponen a los jueces penales el deber de garantizar el derecho del imputado a una "defensa técnica" aludiendo a que los defensores tendrán que ser necesariamente licenciados en derecho, debidamente titulados –en ánimo de suprimir de nuestro sistema de justicia el tradicional "coyotaje"–, pero sólo la experiencia dirá si logramos superar o no los atavismos de nuestra justicia penal.

16. JUICIO PREVIO Y DEBIDO PROCESO

Como se ha sostenido, "para que dicho principio procesal exista se requiere que la persona involucrada en la causa penal pueda ejercer sus derechos y, desde luego, defender sus intereses de manera efectiva, sin obstáculo alguno, además debe haber necesariamente condiciones de igualdad procesal, imparcialidad, defensa, entre otras" (Guillen & Cruz, 2008: 7), y aunque este concepto es un recién llegado al derecho mexicano, en su aspecto puramente procesal tiene su equivalente en el artículo 14 de la CPEUM, que condiciona la validez jurídica de los actos de privación de derechos en perjuicio de particulares. Estos serán válidos siempre que sean precedidos de un juicio previo en que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento: etapa de fijación de la litis, etapa probatoria, etapa de alegatos y finalmente etapa de sentencia.

En México esta figura sólo ha sido desarrollada en su aspecto procedimental, sin llegar al examen de su significación sustancial o de fondo. En los Estados Unidos de América, por el contrario, al debido proceso se le ha dado una categoría de derecho sustantivo. Así, por ejemplo, del derecho al "debido proceso" extrajo la Suprema Corte de ese país el "derecho a la intimidad", en cuya aplicación declaró en 1973, en el famoso caso *Roe vs. Wade*, que las leyes que penalizan el aborto son

violatorias del derecho a la intimidad de la mujeres embarazadas, lo que a pesar de múltiples impugnaciones sigue sosteniendo en la actualidad.

La reforma constitucional de 2008 y el CPP (2007) introducen el concepto "debido proceso" al derecho mexicano e imponen el deber a los jueces penales de ser celosos protectores de los derechos fundamentales de las partes. Así, el artículo 2º del CPP (2007) prohíbe aplicar penas o medidas de seguridad sin previa sentencia firme:

> Juicio previo y debido proceso.- Sólo por sentencia firme que sea consecuencia de un proceso tramitado conforme a las disposiciones normativas contenidas en este Código, una persona podrá ser condenada a una pena o ser sometida a una medida de seguridad.

Pero este ordenamiento no pudo evitar las contradicciones. Su título VI autoriza una serie de "medidas cautelares" que los jueces pueden aplicar durante el procedimiento, es decir, sin que exista sentencia firme, y a través de esas medidas limitar la libertad de las personas, e incluso llegar a ponerlas en prisión. Subyace la aparente aporía según la cual es estrictamente indispensable que algunas personas sean puestas en prisión a pesar de que no exista contra ellas sino una imputación por hechos que la ley considere delitos graves.

Bien puede ocurrir que el fallo final sea absolutorio, lo que inevitablemente habrá dado lugar a la consideración inequívoca de que su aprisionamiento fue injusto, indebido, y no obstante la CPEUM no llegó a establecer la consecuencia de esta posibilidad: la de prever que las personas que sufren prisión injustamente sean indemnizadas.

El artículo 154 prevé que las medidas cautelares podrán ser decretadas por "resolución judicial fundada, motivada y debidamente documentada", pero no exige que se decreten en sentencia firme. Y no podía ser de otra manera porque la mayoría de dichas medidas cautelares son realmente vías para que el procesado obtenga su libertad provisional durante el proceso.

17. DE LA ACCIÓN PENAL PRIVADA

La reforma a la CPEUM publicada en junio de 2008 modificó el artículo 21 y abrió la posibilidad de que los particulares ejerciten la acción penal ante la autoridad judicial, delegando al legislador secundario el poder jurídico de determinar los casos en que podrán hacerlo:

> El ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al ministerio público. La ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial.

Esta figura tiene antecedentes en el antiguo derecho mexicano, pero, planteada en esta época, resulta toda una novedad ya que rompe con el tradicional monopolio de la acción penal por el MP y transfiere a los particulares ofendidos el acceso directo a la acción penal. Para ser acorde con la reforma constitucional de 2008, el CPP (2007) fue reformado en noviembre de 2009 para establecer una serie de disposiciones extremadamente tímidas. En efecto, se adicionó al Título Noveno un capítulo V denominado "procedimiento por Delito de Acción Privada" y dicho título se compone de los artículos 394 bis, 394 bis 1, al 394 bis 15.

El legislador estatal resultó muy timorato. Autorizó acción penal privada únicamente por los delitos de difamación y calumnia –artículos 185 y 191 del Código Penal– y en los casos en que el ministerio público haya decidido "aplicar un criterio de oportunidad con fundamento en lo dispuesto por la fracción I del artículo 79 de este código", lo que revela que sólo cuando se trate de conductas irrelevantes o de muy escasa trascendencia se podrá acudir a esta figura. El futuro de la acción penal privada a corto o mediano plazo es muy precario en Baja California.

Este es un ejemplo de cómo una buena institución constitucional puede ser mediatizada por el legislador secundario, quien en la especie bien pudo aprovechar para autorizar la acción penal privada a los delitos puramente patrimoniales, como es el caso de los accidentes de tránsito que tanta carga de trabajo arrojan sobre los tribunales del orden penal.

18. JUSTICIA PENAL PARA LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Tratándose de delitos patrimoniales cometidos por miembros de pueblos indígenas en perjuicio de su comunidad o de alguno de los miembros de ésta, se autoriza que sean juzgados por las "autoridades tradicionales" conforme a sus "usos y costumbres", en cuya hipótesis ya no podrá intervenir la jurisdicción ordinaria. Esta disposición, contenida en el artículo 394 del CPP, permite prever la posibilidad de un recurso, pero no es claro ante qué autoridades:

> Tratándose de delitos cometidos por miembros de comunidades o pueblos indígenas en perjuicio de bienes patrimoniales de éstos o de alguno de sus miembros, podrán ser juzgados conforme a sus usos y costumbres por sus autoridades tradicionales. Cuando conozcan las autoridades tradicionales no podrá conocer la jurisdicción ordinaria, dejando a salvo el derecho a recurrir …

Esto puede conducir a situaciones verdaderamente graves, a severas violaciones a los derechos fundamentales. El poder público parece abdicar de su deber fundamental de impartir justicia a los pueblos indígenas en la medida en que deja a las autoridades de estos la facultad de tomar decisiones que podrían ser transgresoras del orden jurídico.

19. DE LOS NUEVOS JUECES PENALES PROTECTORES DE LOS DERECHOS HUMANOS

El nuevo sistema de justicia penal de la CPEUM impone a los jueces un conjunto de deberes consistentes en proteger los derechos humanos previstos por la Constitución federal, los que adquieren mayor relevancia a partir de cuatro acontecimientos posteriores a la reforma penal de junio de 2008:

> La reforma a la CPEUM en materia de juicio de amparo publicada en el DOF de 6 de junio de 2011.

> La reforma a la CPEUM en materia de derechos humanos publicada en el DOF el 9 de junio de 2011.
>
> La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso Rosendo Radilla Pacheco.
>
> La declaratoria de la SCJN mexicana emitida el 14 de julio de 2011, acatamiento a la referida sentencia de la CIDH.

No omitimos destacar que, con algunos vaivenes en la jurisprudencia mexicana, había prevalecido la tendencia a impedir que los jueces de los Estados ejercieran la facultad que tradicionalmente les ha concedido el art. 133 constitucional para salvaguardar la validez constitucional de las leyes e interpretar la norma suprema19 .

Por años se impuso la desconfianza frente a la justicia estatal, lo que provocó en 1999, después de múltiples titubeos jurisprudenciales, que la Corte dejara excluidos a los jueces de los Estados del sistema de justicia constitucional, al establecer en sesión plenaria de 14 de julio de 1999 las tesis jurisprudenciales 73/99 y 74/99 implícitamente derogatorias del artículo 133:

> CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.- La supremacía constitucional se configura como un principio consustancial del sistema jurídico-político mexicano, que descansa en la expresión primaria de la soberanía

19 En 1968 fue derogado el artículo 162 de la ley de amparo, que, como una interesante y útil curiosidad jurídica, tenía previsto que en los juicios ordinarios ante los jueces comunes, las partes podían plantear incidentes de inconstitucionalidad por violaciones procesales. El juez del conocimiento debía resolver la cuestión constitucional en disputa, sin perjuicio de que a través de los medios ordinarios de impugnación su decisión fuese revisada con posterioridad. A figura procesal se le denominaba *amparoide* o *incidente de reparación constitucional*. Inspirada claramente en el sistema de control por vía de excepción que prevé el artículo 133 de la Constitución nacional, esa disposición fue suprimida sin mayor explicación. Supongo que al legislador le dio por ejercer un alarde de nacionalismo y de pureza del sistema en que únicamente los jueces federales resuelven sobre constitucionalidad.

en la expedición de la Constitución, y que por ello se coloca a ésta por encima de todas las leyes y de todas las autoridades, de ahí que las actuaciones de éstas deben ajustarse estrictamente a las disposiciones de aquélla. En este sentido, más que una facultad, la supremacía constitucional impone a toda autoridad el deber de ajustar a los preceptos fundamentales, los actos desplegados en ejercicio de sus atribuciones. Por tanto, si bien es cierto que los tres poderes de la Unión deben observar la ley suprema, no puede afirmarse que por esta razón, las autoridades puedan, por sí y ante sí, en el ejercicio de funciones materialmente jurisdiccionales, examinar la constitucionalidad de sus propios actos o de los ajenos, toda vez que, al respecto, la propia Constitución consagra, en sus artículos 103 y 107, un medio de defensa ex profeso, por vía de acción, como es el juicio de amparo y lo encomienda, en exclusiva, al Poder Judicial de la Federación, sentando las bases de su procedencia y tramitación...

CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTICULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN.- El texto expreso del artículo 133 de la Constitución Federal previene que "Los Jueces de cada estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados." En dicho sentido literal llegó a pronunciarse la Suprema Corte de Justicia; sin embargo, la postura sustentada con posterioridad por este Alto Tribunal, de manera predominante, ha sido en otro sentido, tomando en cuenta una interpretación sistemática del precepto y los principios que conforman nuestra Constitución. En efecto, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que el artículo 133 constitucional, no es fuente de facultades de control constitucional para las autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales, respecto de actos ajenos, como son las leyes emanadas del propio Congreso, ni de sus propias actuaciones, que les permitan desconocer unos y otros, pues dicho precepto debe ser interpretado a la luz del

> régimen previsto por la propia Carta Magna para ese efecto … A.R. 1878/93; A.R. 1954/95; A.D.R.912/98; A.D.R. 913/98 y A.D.R. 914/98 …

Así de escuetas, breves, inexplicadas e inexplicables, estas tesis fueron sustancialmente derogatorias del artículo 133 de la Constitución nacional. Vayamos a ellas y hagámosles un postrer análisis:

> La primera de estas tesis (*73/99*) reafirmaba el principio de supremacía constitucional que obliga a todas las autoridades del país; pero inmediatamente después negaba toda posibilidad de que dicho principio fuera cumplido en los procedimientos ordinarios a cargo de autoridades judiciales.
>
> Como si el artículo 133 no existiera, esta tesis invocaba únicamente la vía del juicio de amparo a cargo exclusivamente de los jueces federales.
>
> Ambas tesis invocaban expresamente al artículo 133 y reconocían que anteriormente la Suprema Corte interpretó que dicho precepto autorizaba que los jueces de los Estados ejercieran el control constitucional de las leyes materia de los procesos de su propia competencia; pero a continuación afirmaban que "la postura sostenida con posterioridad y de manera predominante" había negado dicha facultad tomando en cuenta "una interpretación sistemática y los principios que conforman nuestra Constitución", pero no explicaba cuáles eran esos "principios" ni cómo se llegó a ellos.
>
> Sin explicar el significado de la parte final del 133, estas tesis simplemente negaban que fuera de facultades para que los jueces controlaran la validez constitucional de las leyes materia de los procesos ordinarios que ante ellos se ventilaban.
>
> En la base de estas dos tesis no había argumentos, sino dogmas. Pugnaban con los diversos criterios jurisprudenciales que ordenan que, cuando dos preceptos constitucionales generan

> una contradicción aparente, ambos deben ser interpretados de tal manera que ninguno quede anulado, sino que los dos tengan aplicación y contenido práctico.

Ahora bien, el nuevo sistema de justicia penal aunado a los cuatro acontecimientos jurídicos antes referidos, ha dado lugar a una nueva manera de impartir justicia con base en el principio de respeto a los derechos humanos establecidos por la Constitución y los tratados internacionales, incluso por encima de la ley secundaria.

Más que nunca, hoy queda claro que la CPEUM impone a los jueces penales del orden estatal o federal el deber jurídico de proteger los derechos humanos de los indiciados y de los ofendidos en el proceso penal. Así se desprende claramente del nuevo texto de los artículos 17, 18, 19, 20 y 21 de la CPEUM. Veamos algunas evidencias:

> "Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva".
>
> "Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de 72 horas […] sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso".
>
> "El ministerio público sólo podrá solicitar […] la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes".
>
> "Sólo se considerarán como prueba aquéllas que hayan sido desahogadas en la audiencia del juicio".
> "El juicio se celebrará ante un juez que no haya conocido del caso previamente".
>
> "La carga de la prueba […] corresponde a la parte acusadora".
>
> "Ningún juzgador podrá tratar asuntos […] sujetos a proceso sin que esté presente la otra".
>
> "Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula".

> "Los derechos de toda persona imputada: a que se presuma su inocencia […] a declarar o a guardar silencio […] será juzgado en audiencia pública […] la prisión preventiva […] en ningún caso será superior a dos años".

La protección de estos y muchos otros derechos humanos queda a cargo de los jueces penales del nuevo sistema, tal como reconocen al menos los artículos del 1 al 21 del CPP (2007). Así, las discusiones sobre constitucionalidad e incluso sobre convencionalidad – es decir, las que versen sobre la validez de las leyes frente a los tratados internacionales- serán planteadas y resueltas por los jueces estatales.

En lo sucesivo, los jueces penales obrarán como jueces protectores de los derechos humanos, lo que constituye una novedad en el sistema jurídico mexicano, cuyos resultados sólo en el futuro podrán conocerse.

21. DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN DERECHOS HUMANOS Y EL CASO ROSENDO RADILLA PACHECO

El 23 de noviembre de 2009 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sentenció el "Caso Radilla" y condenó al estado mexicano a una serie de deberes de los que aquí sólo destacamos los directamente relacionados con la materia de este ensayo. Impuso a México la condena de que todas sus autoridades, y por mayoría de razón todos sus jueces, lleven a cabo en sus funciones ordinarias la protección de los derechos humanos previstos en la Convención Americana de los Derechos Humanos.

Nunca en la historia constitucional mexicana otra sentencia causó tanto impacto en el sistema juridico nacional, impacto que no deriva de manera inmediata y directa de la propia sentencia internacional, sino del efecto multiplicador que a ésta dio la SCJN. Una vez recibida por el demandado estado mexicano a través de la Secretaría de Relaciones Exteriores, la sentencia del caso Radilla, la SCJN en pleno, a solicitud de su presidente, decidió que era su deber examinar detenidamente el fallo internacional para resolver si le imponía o no deberes al Poder Judicial de la Federación.

Avocada ya al estudio del fallo internacional, la SCJN emitió una declaratoria, que no sentencia porque no estaba resolviendo un litigio, conforme a la cual todos los órganos jurisdiccionales mexicanos, sin distinción de que sean estatales, federales o municipales, o que sean judiciales o administrativos, quedan convertidos en protectores de los derechos humanos establecidos en la Constitución nacional, pero no sólo en ésta sino también en los tratados internacionales de los que México es parte (SCJN, 2010). Así, además de la tradicional expresión "control de la constitucionalidad", se incorporó ya al lenguaje formal del derecho mexicano la diversa expresión "control de la convencionalidad" para hacer referencia a la necesidad de inaplicar, o en su caso desaplicar, toda norma o acto de autoridad contrario a los derechos humanos.

Semanas después del 14 de julio de 2011, en que la SCJN terminó de pronunciar su declaratoria sobre el caso Radilla, a petición de los Ministros Olga Islas y Juan Silva Meza, la Corte procedió a dejar sin efectos las tesis 73/99 y 74/99. En lugar de éstas, emitió nueva jurisprudencia que hace obligatorios los criterios contenidos en su declaratoria ya referida[20].

22. DE LA ASIMILACIÓN CULTURAL DEL NUEVO SISTEMA

Pocos estarían dispuestos a decir que nuestro tradicional sistema de justicia penal es satisfactorio. Entre los abogados, juristas, profesores de derecho y, en general, entre los habitantes de este país parece predominar la idea de que es necesario un cambio profundo, sustancial.

En años recientes se ha generalizado la tesis de que el cambio debe ir por la ruta de la oralidad, desplazando el tradicional sistema de juicios escritos. Sin embargo, aunque en su etapa de proyecto y/o de iniciativa el nuevo código fue sometido a la consideración de diversos foros públicos, tal vez nadie tenga duda de que ese ordenamiento fue concebido y redactado por juristas foráneos, cuyo profundo conocimiento de otras realidades sociales y políticas, no mengua el hecho visible de que son, a la vez, grandes desconocedores de la realidad bajacaliforniana.

La manera en que llegó este nuevo código a nuestra vida pública deja la percepción de que Baja California, al igual que la mayoría de las entidades

20 En el Apéndice de este capítulo se encuentran varias tesis relacionadas.

federativas que han hecho reformas a su sistema de justicia penal --al parecer con excepción de Coahuila que desarrolló un modelo propio--, para todo cambio trascendente sigue importando soluciones. Las traemos de cualquier otro lugar del mundo y pretendemos aplicarlas en nuestro medio. Ese antiquísimo error se está repitiendo entre nosotros. No aprendemos de la experiencia.

Ya sea por la manera en que llegó el nuevo sistema o por nuestras naturales resistencias culturales, costará una buena dosis de esfuerzo asimilar sus novedades.

Tampoco se puede pasar por alto la predecible resistencia que el nuevo sistema pudiera encontrar en el foro bajacaliforniano. Muchos abogados penalistas son beneficiarios del sistema tradicional. El hecho de que los procesos se prolonguen por varios años suele ser aprovechado, cuando es posible, para justificar el cobro de cuantiosos honorarios[21].

Si el nuevo sistema funciona adecuadamente –cosa que también podría ocurrir–, los procesos podrían ser desahogados en plazos breves, lo que afectaría los intereses económicos de los profesionales del derecho que no hayan asimilado las virtudes del sistema.

APÉNDICE

CONTROL DIFUSO, Con motivo de la entrada en vigor de los párrafos segundo y tercero del artículo 1º constitucional modificados mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de diez de junio de dos mil once, debe estimarse que han quedado sin efectos las tesis jurisprudenciales P./J. 73/99 y P./j. 74/99, de rubros: "CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCION. ES ATRIBUCION EXCLUSIVA DE LA FEDERACION". Y "CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTICULO 133 DE LA CONSTITUCION".

21 A la fecha (diciembre de 2011), es ya un comentario generalizado que este nuevo sistema ha impactado severamente en una sensible disminución del trabajo que antes llevaban a cabo los defensores privados; en los hechos la defensoría pública acapara casi todas las defensas, en primer lugar porque los defensores públicos han recibido capacitación más intensa que los privados y, en segundo lugar, porque sus servicios son gratuitos.

Solicitud de modificación de jurisprudencia 22/2011. Ministro presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 25 de octubre de 20911. Mayoría de nueve votos: votaron en contra y por la modificación de las tesis jurisprudenciales respectivas: Sergio A. Valls Hernández y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretarios: Ignacio Valdés Barreiro, Jorge Alberto Ordoñez Escobar y Rafael Coello Cetina.

SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. SON VINCULANTES EN SUS TERMINOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO FUE PARTE EN EL LITIGIO. El Estado Mexicano ha aceptado la jurisdicción de la corte Interamericana de Derechos Humanos, por ello, cuando ha sido parte en una controversia o litigio ante esa jurisdicción, la sentencia que se dicta en esa sede, junto con todas sus consideraciones, constituye cosa juzgada, correspondiéndole exclusivamente a ese órgano internacional evaluar todas y cada una de las excepciones formuladas por el Estado Mexicano, tanto si están relacionadas con la extensión de la competencia de la misma Corte o con las reservas y salvedades formuladas por aquél. Por ello, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aún como tribunal constitucional, no es competente para analizar, revisar, calificar o decidir si una sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es correcta o incorrecta, o si excede en relación con las normas que rigen su materia y proceso. Por tanto, la Suprema Corte no puede hacer ningún pronunciamiento que cuestione la validez de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que para el Estado Mexicano dichas sentencias constituyen cosa juzgada. Lo único procedente es acatar y reconocer la totalidad de la sentencia en sus términos. Así, las resoluciones pronunciadas por aquella instancia internacional son obligatorias para todos los órganos del Estado Mexicano, al haber figurado como parte en un litigio concreto, siendo vinculantes para el Poder Judicial no sólo los puntos de resolución concretos de la sentencia, sino la totalidad de los criterios contenidos en ella.

Varios 912/2010. 14 de julio de 2011. Unanimidad de once votos en relación con la obligatoriedad de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; votaron con salvedades: Sergio Salvador Aguirre

Anguiano, Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas y Luis María Aguilar Morales. Mayoría de ocho votos en cuanto a la posibilidad de revisar si se configura alguna de las excepciones del Estado Mexicano al reconocimiento de la jurisdicción contenciosa de Aquélla, o alguna de las reservas o declaraciones interpretativas formuladas por el Estado mexicano; votaron en contra Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Margarita Beatriz Luna Ramos y Luis María Aguilar Morales. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Encargado del engrose: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Raúl Manuel Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio.

Nota: En la resolución emitida el 25 de octubre de 2011 por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la solicitud de modificación de jurisprudencia 22/2011, en el punto único se determinó: "UNICO: Han quedado sin efectos las tesis jurisprudenciales números P./J. 73/99 y P./J. 74/99, cuyos rubros son los siguientes: "CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCION. ES ATRIBUCION EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACION" y "CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTICULO 133 DE LA CONSTITUCION", conclusión a la que se arribó en virtud del marco constitucional generado con motivo de la entrada en vigor del Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011.

CRITERIOS EMITIDOS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO NO FUE PARTE, SON ORIENTADORES PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEAN MAS FAVORABLES A LA PERSONA EN TERMINOS DEL ARTICULO 1º DE LA COSNTITUCION FEDERAL.- Los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que derivan de sentencias en donde el Estado Mexicano no intervino como parte en el litigio son orientadores para todas las decisiones de los jueces mexicanos, siempre que sean más favorables a la persona, de conformidad con el artículo 1º constitucional. De este modo, los jueces nacionales deben observar los derechos humanos establecidos en la Constitución

mexicana y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación al interpretarlos y acudir a los criterios interpretativos de la Corte Interamericana para evaluar si existe alguno que resulte más favorable y procure una protección más amplia del derecho que se pretende proteger. Esto no prejuzga la posibilidad de que sean los criterios internos los que cumplan de mejor manera con lo establecido por la Constitución en términos de su artículo 10, lo cual tendrá que valorarse caso por caso a fin de garantizar siempre la mayor protección de los derechos humanos.

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD. De conformidad con lo previsto en el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, sino también por aquéllos contenidos en los instrumentos internacionales celebrados por el Estado Mexicano, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se conoce en la doctrina como principio pro persona. Estos mandatos contenidos en el artículo 1º constitucional, reformado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011, deben interpretarse junto con lo establecido por el diverso 133 para determinar el marco dentro del que debe realizarse el control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial, el que deberá adecuarse al modelo de control de constitucionalidad existente en nuestro país. Es en la función jurisdiccional, como está indicado en la última parte del artículo 133 en relación con el artículo 1º constitucionales, en donde los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, aún a pesar de las disposiciones en contrario que se encuentren en cualquier norma inferior. SI bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (*como si sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los artículos 103, 105 y 107 de la Constitución*), si están

obligados a dejar de aplicar las normas inferiores dando preferencia a las contenidas en la Constitución y en los tratados en la materia.

PARAMETRO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. El mecanismo para el control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial debe ser acorde con el modelo general de control establecido constitucionalmente. El parámetro de análisis de este tipo de control que deberán ejercer todos los jueces del país, se integra de la manera siguiente: a) todos los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal (*con fundamento en los artículos 1º y 133*), así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación; b) todos los derechos humanos contenidos en tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte; c) los criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos derivados de las sentencias en las que el Estado Mexicano haya sido parte, y d) los criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado Mexicano haya sido parte.

PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. La posibilidad de inaplicación de leyes por los jueces del país, en ningún momento supone la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de ellas, sino que, precisamente, parte de esta presunción al permitir hacer el contraste previo a su aplicación. En ese orden de ideas, el Poder Judicial al ejercer un control de convencionalidad exx officio en materia de derechos humanos, deberá realizar los siguientes pasos: a) interpretación conforme en sentido amplio, lo que significa que los jueces del país –al igual que todas las demás autoridades del Estado Mexicano-, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia; b) Interpretación conforme en sentido estricto, lo que significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquélla que hace a la ley acorde a los derechos

humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos; y, c) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Lo anterior no afecta o rompe con la lógica de los principios de división de poderes y de federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano es parte.

SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ORDEN JURIDICO MEXICANO. Actualmente existen dos grandes vertientes dentro del modelo de control de constitucionalidad en el orden jurídico mexicano, que son acordes con el modelo de control de convencionalidad ex oficio en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial. En primer término, el control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto; en segundo término, el control por parte del resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada. Ambas vertientes de control se ejercen de manera independiente y la existencia de este modelo general de control no requiere que todos los casos sean revisables e impugnables en ambas. Es un sistema concentrado en una parte y difuso en otra, lo que permite que sean los criterios e interpretaciones constitucionales, ya sea por declaración de inconstitucionalidad o por inaplicación, de los que conozca la Suprema Corte para que determine cuál es la interpretación constitucional que finalmente debe prevalecer en el orden jurídico nacional. Finalmente, debe señalarse que todas las demás autoridades del país en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de aplicar las normas correspondientes haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia, sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar su incompatibilidad.

RESTRICCION INTERPRETATIVA DE FUERO MILITAR. INCOMPATIBIDAD DE LA ACTUAL REDACCION DEL ARTICULO

57, FRACCIÓN II, DEL CODIGO DE JUSTICIA MILITAR, CON LO DISPUESTO EN EL ARTICULO 13 CONSTITUCIONAL, A LA LUZ DE LOS ARTÍCULOS 2º Y 8.1 DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Derivado del cumplimiento que el Estado Mexicano debe dar a la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Rosendo Radilla contra el Estado Mexicano, el Poder Judicial de la Federación debe ejercer un control de constitucionalidad y convencionalidad *exx officio* respecto del artículo 57, fracción II, del Código de Justicia Militar, ya que su actual redacción es incompatible con lo dispuesto por el artículo 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó que no es necesario modificar el contenido normativo del artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pero señaló que su interpretación debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justic8ia, contenidos en la propia Constitución y en el artículo 8.1. de la citada Convención Americana. Así, la interpretación de este precepto del Código de Justicia Militar debe ser en el sentido de que frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles, bajo ninguna circunstancia puede operar la jurisdicción militar, porque cuando los tribunales militares conocen de actos constitutivos de violaciones a derechos humanos en contra de civiles, ejercen jurisdicción no solamente respecto del imputado, el cual necesariamente debe ser una persona con estatus de militar en situación de actividad, sino también sobre la víctima civil, quien tiene derecho a participar en el proceso penal no sólo para efectos de la respectiva reparación del daño, sino también para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia. De este modo, en estricto acatamiento a lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para esta Suprema Corte de Justicia de la Nación la interpretación que corresponde al artículo 13 de la Constitución Federal en concordancia con el artículo 2º de la Convención Americana, deberá ser coherente con los principios constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia contenidos en ella, y de conformidad con el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el cual, entre otras prerrogativas, prevé el derecho a comparecer ante juez competente. Por todo ello, la actual redacción del artículo 57, fracción II; del Código de Justicia Militar, es incompatible con lo dispuesto en el artículo 13

constitucional, conforme a esta interpretación a la luz de los artículos 2º y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

REFERENCIAS.

AGUILAR López, M.A. (2009). El cuerpo del delito y la probable responsabilidad penal en la reforma constitucional penal. *Itercriminis*. México: INACIPE.

ALCALÁ ZAMORA y Castillo, N. (1978). El Allanamiento en Materia Penal. *Derecho Procesal en Serio y en Broma*. México: JUS.

ANDRADE Sánchez, E. (2008). Privatización de la Justicia. *La voz de la Frontera*. 21 de marzo.

CARBONELL, Miguel (2010). *Los juicios orales en México*. México: Porrúa, UNAM.

CARRANCA Y RIVAS, Raúl (1982). *El Drama Penal*. México: Porrúa.

Código Penal para el Estado de Baja California (1989). Periódico Oficial del Estado de Baja California, 20 de agosto.

Código de Procedimientos Penales para el Estado de Baja California (1989). Periódico Oficial del Estado de Baja California, 20 de agosto.

Código de Procedimientos Penales para el Estado de Baja California (2007). Periódico Oficial del Estado de Baja California, 27 de octubre.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM).

Control difuso de la constitucionalidad de normas generales. No lo autoriza el articulo 133 de la Constitución. Registro No. 193435. Novena Época. Pleno. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, X, Agosto de 1999, Página: 5. Tesis: P./J. 74/99. Jurisprudencia Materia(s): Constitucional.

Control judicial de la Constitución. Es atribución exclusiva del Poder Judicial de la Federación. Registro No. 193558. Novena Época. Pleno. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, X, Agosto de 1999, Página: 18. Tesis: P./J. 73/99. Jurisprudencia. Materia(s): Constitucional.

Diario Oficial de la Federación (1994). 31 de diciembre.

GARCÍA Ramírez, Sergio (2009). La Reforma Penal Constitucional de 2007. *La Reforma Constitucional en Material Penal*, García R., S. & Islas de González Mariscal, O. México: INACIPE, UNAM.

GUILLEN L., R. & Cruz C., A. (2008). *La justicia penal en México, un estudio de caso*. México: UNAM.

IBÁÑEZ, P.A. (2005). Garantías del imputado en el proceso penal. *Revista Mexicana de Justicia*, Jul.–Dic. México: UNAM-CNTSJEUM.

LAVEAGA, Gerardo (2009). Tolerancia cero. *El derecho penal a juicio. Diccionario crítico.* Laveaga, G. & Lujambio, A., Coords. México: INACIPE.

Ley de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad para el Estado de Baja California (2010). *Periódico Oficial del Estado de Baja California*. de 8 de octubre de 2010.

MARTÍNEZ Pérez, M.A. (2007), Diferencia sustancial entre verdad histórica y verdad procesal. *Jus Semper Loquitur. El Nuevo Proceso Penal en Oaxaca. El Juez de Garantías en el Nuevo Proceso Penal Oaxaqueño*. JUL–SEP, No. 55. Oaxaca: H. Tribunal Superior de Justicia del Estado de Oaxaca.

MERRYMAN, J.H. (2003). *La Tradición Jurídica Romano-Canónica*. México: Fondo de Cultura Económica.

MONTESQUIEU, L. C. de S. [1794], (1990). *El espíritu de las leyes*. México: Porrúa.

PELAYO C. & Solorio D. (2009). Simplificación de procedimientos penales. *El derecho penal a juicio. Diccionario crítico.* Laveaga, G. & Lujambio, A., Coords. México: INACIPE.

Reader's Digest (1977). *La fuerza de las palabras*. México: Selecciones del Reader's Digest.

SCJN (2010). *Expediente 'Varios' 912/2010.* 14 de julio. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN).

Reforma penal y ministerio público en Oaxaca

*Rubén Vasconcelos Méndez**

1. INTRODUCCIÓN

En Oaxaca el sistema penal acusatorio comenzó su vigencia en la región del Istmo de Tehuantepec el 9 de septiembre de 2007 (dentro de un proceso gradual de implementación que culminaría en 2012[1]). Con éste se inició un proceso de modificaciones en el ordenamiento jurídico local, entre las que están la reforma constitucional a la Procuraduría General de Justicia del Estado (PGJE) (Periódico Oficial del Gobierno del Estado [POGE] de 10 de noviembre de 2007) y la promulgación de una nueva Ley Orgánica del Ministerio Público (POGE 01 de mayo de 2008). El objetivo de estas páginas es comentar la reforma a la Constitución local y las normas de la nueva Ley Orgánica, la cual fue amplia y sustantivamente reformada en octubre de 2010, desde la perspectiva de las nuevas funciones que le fueron asignadas a la institución del Ministerio Público (MP) en virtud del nuevo sistema de enjuiciamiento y, analizar, a partir de ellas, la viabilidad de otro de sus principales objetivos: avanzar en hacer posible la autonomía del órgano de persecución de delitos.

1 La implementación de la reforma ha sido suspendida en Oaxaca desde el año 2009. Solo está en vigor en dos regiones del Estado: en el Istmo desde 2007 y en la Mixteca desde 2008.

* Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid e integrante del Sistema Nacional de Investigadores. Correo electrónico: rubenvasconcelos@yahoo.com.

Figura 1. Regiones y fechas de implementación

En virtud de la adopción en el Estado del sistema acusatorio de enjuiciamiento, la reforma constitucional señalada se efectuó en un contexto normativo e ideológico renovado. Aquél ha llevado a redefinir los órganos que en él actúan y, por tanto, a reconfigurar institucionalmente al MP para fortalecerlo y adecuarlo "al rol y las funciones requeridas por el nuevo modelo procesal penal"[2]. No se trata ahora sólo de decir que sus funciones y estructura están principalmente vinculadas con el proceso penal, sino que su naturaleza y organización están subordinadas a cierto tipo de proceso penal. "El concepto de Ministerio Público es un efecto necesario de la concepción del proceso penal que se sostenga" (Cerletti & Folgueiro, 2003: 112). La reforma, en este sentido, representó, antes que todo, la adaptación o ajuste de la institución de procuración de justicia al nuevo proceso penal mismo que le asigna un mayor protagonismo en la resolución de los conflictos penales (Maier, 2003: 305).

La reforma constitucional de 2007, la cual abarcó los artículos 59 fracción XXIII, 79 fracciones X y XXIV, y 95, conservó al MP las funciones de defensor de la legalidad y acusador público y la facultad

2 "Las reformas que ha sufrido el MP en la región obedecen a la necesidad de adecuar dicha institución a los requerimientos de un modelo procesal que cambia de manera radical la función que los fiscales cumplían en el proceso inquisitivo, vigente en América Latina con anterioridad a la reforma" (Duce, 2005).

de intervenir en los asuntos que interesen a las personas a quienes las leyes conceden especial protección, y le sustrajo otras en un intento de especializarlo en su labor y reducir incompatibilidades en sus atribuciones eliminando aquéllas que evitaban que se le contemplara como órgano autónomo. En esta operación de reafirmación y sustracción de funciones, la principal contribución de la reforma es, a mi parecer, la redefinición y el reforzamiento de la concepción del MP como acusador público, es decir, como ente público encargado del ejercicio de la acción penal.

Para apreciar este cambio tan importante, hay que recordar que durante muchos años ha existido en México un modelo de MP al que se le han asignado como función y atribución principal la defensa de la legalidad y la protección de los derechos. Es el representante de la sociedad encargado de asegurar el sometimiento a la ley de órganos públicos y particulares. Su principal misión es "velar por la exacta observancia de las leyes". Por ello, al tiempo que es acusador, es un órgano objetivo, imparcial, cuyas actuaciones siempre deben ser apreciadas como legales y efectuadas de buena fe, razón por la que también puede ser defensor de la Constitución, "ombudsman"[3], representante de los sectores sociales vulnerables y la beneficencia pública, vigilante de la actividad de los jueces y la situación de los presos. Como puede comprenderse, un órgano así no requiere controles a su actividad, ni necesita confrontar sus hipótesis ni controvertir sus actuaciones, ya que éstas siempre serán calificadas, de ante mano y por su sólo dicho, ajustadas a la ley. La persecución penal indefectiblemente dirigida a proteger a la población está sometida, por esta causa, a autocontrol. Esto no sería grave si no fuera porque en el espacio en el que el MP actúa, la averiguación previa, tiene facultades para realizar todo tipo de diligencias, desahogar pruebas, valorarlas ante sí mismo y aún llevar a proceso a los imputados sin su conocimiento. Es más, en muchos casos las sentencias se dictarán basándose exclusivamente en las evidencias recabadas y analizadas durante el periodo de averiguación previa[4].

3 Dice García Ramírez (2003: 353) que "por su naturaleza de custodio de la legalidad, el MP puede y debe actuar en la protección de los intereses legítimos de los particulares, aunque no se constituya, formalmente, en representante judicial de éstos o en asesor en juicio. En este carácter, el MP anticipa una actividad de *ombudsman*".

4 Como escribe Sarre (2008): "A partir de la forma en que se integra la averiguación previa, todo el sistema de justicia penal –desde el juez de primera instancia hasta los

La reforma procesal trajo consigo un cambio sustantivo en la noción del ejercicio de la acción penal. El sistema acusatorio exige, en virtud de la diferenciación entre función requirente y decisoria, un acusador estatal que realice su actividad de persecución penal guiado por ciertos principios, y el modelo adoptado en el estado de Oaxaca lo obliga a seguir determinadas orientaciones de política criminal que se han concretizado en diversos instrumentos consagrados en el nuevo Código. Esta actividad, además, la efectuará en un escenario procesal que opera bajo reglas diferentes, expresadas, principalmente, en la desformalización de la etapa de investigación y la consideración de ésta como preparatoria al juicio, situación que provoca que las diligencias efectuadas y las pruebas recabadas en la misma no tengan valor, salvo excepciones, para dictar sentencia.

Las diferencias entre el MP anterior a la reforma y el actual son múltiples. Las funciones programadas y características atribuidas, por tanto, diversas. No más el órgano que actúa por decreto de buena fe y que ejerce "por naturaleza" sus funciones legalmente, la única credibilidad que tendrá será la que obtenga por su comportamiento y actuación dentro del juicio. No es ni titular del monopolio de la acción penal ni ejercicio obligatorio de ella en todos los casos. Se ha consagrado, junto con la acción pública, la acción privada y, al lado del principio de obligatoriedad, el de oportunidad. Lo primero significa que los particulares pueden ejercer, en los casos que establezca la ley, la acción penal directamente ante la autoridad judicial, por lo que ya no está en una sóla mano y, lo segundo, que están autorizadas la discrecionalidad reglada y la retracción excepcional del principio de obligatoriedad (rompimiento del binomio independencia-obligatoriedad). El MP, con sus nuevas facultades, puede decidir dejar de perseguir ciertos delitos, solicitar la suspensión del proceso e inducir la conciliación entre las partes, es decir, plantear soluciones a los conflictos penales. Con estos instrumentos en sus manos se flexibiliza el ejercicio de la acción penal. Además, la reforma lo coloca al lado de la víctima, convirtiéndolo en gestor de sus intereses, y somete a controles judiciales todas sus decisiones con lo que se asume que es un órgano acusador, interesado en la imposición de sanciones o

---

tribunales superiores de las entidades federativas y los colegiados de circuito en el ámbito federal– queda condicionado por lo que ahí se registra. El problema de la justicia penal mexicana está en las apolilladas vigas de sus cimientos".

castigos a quien cometió delitos. Por tanto, como dice Bovino, "merece desconfianza", introduciéndose, con esta concepción, en el ámbito de la persecución penal, "el paradigma del no autocontrol" (Rusconi, 2004: 55), tan caro al Estado de derecho y que en este caso se refuerza por el propio principio acusatorio y el objetivo de frenar la inercia expansionista del poder penal del Estado.

Esta reconcepción del MP produce que tenga, por un lado, el deber de promover la realización de la justicia y, por otro, la obligación de ejecutar la política que en materia de criminalidad imponga el titular del Poder Ejecutivo. Así, junto con su carácter de órgano, ejerciendo una función jurisdiccional[5] que debe realizar de forma técnica, objetiva, garantizando la igualdad en la aplicación de la ley[6], tiene la responsabilidad de coadyuvar en hacer realidad la política criminal del Estado y participar en el ámbito de la seguridad pública y la prevención de delitos, fijando y aplicando políticas institucionales, diseñando estrategias y definiendo objetivos y prioridades. Estas son parte de las nuevas funciones del MP establecidas en la Constitución de la República, mismas que, como puede comprenderse, exigen conformar un nuevo modelo de acusador público que mantenga estrechas relaciones de colaboración con otros poderes y órganos estatales que realicen funciones en materia de seguridad y garantizar con más firmeza su autonomía técnica, sobre todo porque ahora tendrá facultades de prescindir en ciertos casos de la persecución penal y promover la simplificación de los procedimientos, exponiéndose a recibir más presiones externas. Por todo lo anterior, debemos pensar al MP desde una nueva perspectiva, principalmente como órgano acusador (*fabricado* para ello, como se ha dicho), "no neutral", incrustado dentro de los parámetros de una justicia democrática donde los derechos fundamentales de los ciudadanos, el principio de igualdad y la eficiencia en la realización de su actividad funjan como principios guías[7]. Si empezamos por allí, el debate

5 Como ejercicio de una potestad jurisdiccional califica a la etapa de investigación (Pereira, 2008).

6 En virtud de estas funciones, Ferrajoli (2006: 6) sostiene la contradicción que representa la dependencia del MP del Ejecutivo.

7 Para Binder (2008: 29–ss.), la independencia del MP debe pensarse a partir de sus funciones que son las siguientes: la realización del principio de igualdad; la realización del principio de objetividad entendido como racionalizador de los intereses que gestiona, es decir, de la víctima, para disminuir los niveles de violencia; y la certeza de no prestar servicios a la arbitrariedad de nadie. La persecución del delito debe

sobre la autonomía de la institución tiene necesariamente que replantearse y discurrir a través de nuevas vías, por una simple razón: ser acusador público en el nuevo sistema tiene un significado distinto al que tenía en el anterior.

Ahora bien, en Oaxaca hay un nuevo Código Procesal Penal, es más, un nuevo sistema penal de corte acusatorio, y un MP con diversas funciones, actuando, por impulso de aquél, dentro de un contexto diferente. En la Constitución local, con la reforma que comentamos, además de esta redefinición funcional del órgano acusador, se ha establecido en el artículo 95 quinto párrafo que: "La ley organizará al MP del Estado, que contará con *independencia técnica* para realizar las funciones de su competencia".

La Constitución ha consagrado que las funciones del ministerio deben realizarse de forma independiente. Estas conforman una "zona de reserva constitucional" que debe ser respetada por los poderes y órganos del Estado y los miembros de la sociedad. La pregunta que sigue, ante las nuevas funciones y la atribución constitucional de "independencia técnica" al MP, es ¿cómo garantizar ésta? Las respuestas son diversas. Maier (2003: 359), por ejemplo, nos sugiere revisar varios temas, entre ellos: la gestión administrativa y financiera de la institución, los métodos disciplinarios, la forma en que se efectúan los nombramientos, promociones y remociones de sus funcionarios, y "la clase y límites de las relaciones o instrucciones que pueda recibir del poder del cual depende o de otro poder del estado, a través de alguno o algunos de sus funcionarios". Duce (2001), por su parte, precisa cuatro directrices o condiciones que juzga insoslayables para hacer realidad dicho principio: a) inexistencia de superior jerárquico sobre la institución; b) exclusión de influencias externas en la toma de decisiones; c) potestad reglamentaria propia; y, d) libertad de ejecución presupuestaria.

Si consideramos las opiniones anteriores, para propiciar la autonomía del MP y alejarlo del peligro de estar sujeto a indicaciones sobre la forma en que resuelve los casos concretos de que conoce, es decir, "para garantizar el cumplimiento de su función sin interferencias externas", es preciso: asegurar que la institución que lo representa no esté subordinada funcionalmente a ningún otro órgano o institución, precisamente porque

---

ser igualitaria, racional y controlada. Si no se garantiza la realización de estas tres funciones, no sirve de nada, dice, la independencia.

la existencia de una relación jerárquica es indicativo de que las decisiones se pueden tomar en otras sedes; atribuirle facultades para organizarse y decidir cómo distribuir, canalizar y, en general, administrar su presupuesto; y asegurar que sus miembros sólo reciban indicaciones de sus superiores y estén guarnecidos por garantías que, precisamente, tengan como objetivo hacer efectiva dicha autonomía.

En adelante me concentraré en abordar algunos temas relacionados con los señalados antes: la ubicación institucional de la Procuraduría de Justicia; la introducción de la representación popular en el nombramiento del titular del MP; el fortalecimiento de la institución a través de la instrumentación de procesos de selección y capacitación de su personal; la reorganización de la institución y la concentración de la Procuraduría de Justicia en la realización de funciones de persecución penal.

2. UBICACIÓN INSTITUCIONAL DE LA INSTITUCIÓN DEL MP.

Una de las cuestiones por responder inicialmente ante la reforma al MP es la determinación de su ubicación institucional. La respuesta es importante ya que se inscribe en el ámbito de la división de poderes del Estado.[8] Al respecto, las soluciones que se han dado son diversas: adscribir la institución dentro del Poder Ejecutivo, Judicial o Legislativo, o bien hacerlo un órgano extrapoder (En América Latina, el MP está vinculado al Poder Judicial en cinco países: Brasil, Costa Rica, Panamá, Paraguay y República Dominicana. Es un órgano independiente o extrapoder en Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, y Perú. Sólo Uruguay y México lo mantienen dependiendo del Poder Ejecutivo [Carrillo, 2006: 145–146]).

En Oaxaca, hasta 1922, el Fiscal formó parte del Tribunal Superior de Justicia en su calidad de "representante de la vindicta pública en corte plena y en las salas", como decía el artículo 64 de la Ley Orgánica para el arreglo de los Tribunales del Estado de 13 de septiembre de 1858. Cuando

8 Dice Maier (2003: 305) que todavía hoy en día se discute a qué rama del poder del Estado pertenece el MP, al ejecutivo o al judicial, y qué grado de independencia en sus funciones y decisiones deben poseer sus funcionarios. Ello, dice, porque el MP se presenta como un híbrido "a mitad del camino entre funcionario judicial imparcial, ligado a los principios de objetividad e imparcialidad, y representante de la administración pública para la persecución de los crímenes".

se creó el MP en el Estado, el 14 de octubre de 1920, se conservó la misma adscripción al Ministerio Fiscal que fungía como Procurador General[9]. Fue con la Constitución local de 1922 que, siguiendo la tendencia federal iniciada en 1900 y ratificada en 1917, se adscribió este órgano al Poder Ejecutivo. Así ha permanecido hasta la fecha.

Después del dictado de la Constitución vigente no se han producido en Oaxaca propuestas dirigidas a reubicar orgánicamente al MP; al contrario, la tendencia ha sido hacerlo cada vez más dependiente del Ejecutivo. Para comprobar la anterior, basta ahora con traer aquí dos ejemplos recientes extraídos de la normativa dictada en la materia. Primero, el pórtico de la Ley Orgánica de 1983, estableció que: "la Procuraduría General de Justicia *es el órgano del Poder Ejecutivo* al que compete el ejercicio de las funciones inherentes a la Institución del MP…" (art.1). Esta disposición es relevante ya que representa la elección de una forma de interpretar la norma constitucional que señala que el MP es *un órgano del Estado*[10], no del Poder Ejecutivo, que muestra la posición institucional de la Procuraduría de Justicia y recalca la intención de hacerla absolutamente dependiente de aquél. Segundo, la reforma constitucional de 8 de diciembre de 2000, reubicó la sección dedicada al MP en el título del Poder Ejecutivo, siendo que, desde la promulgación de la Carta local, se encontraba dentro del Título IV dedicado al Poder Judicial del Estado. Con ello se eliminaron todas las dudas sobre la subordinación orgánica de la institución. Así, definitivamente no podemos afirmar que en Oaxaca haya existido un proceso dirigido a hacer al MP un órgano autónomo o que se haya verificado un esfuerzo por parte de juristas y legisladores, para evitar la interferencia en sus funciones; al contrario, las propias leyes se han encargado de afianzar su adscripción y dependencia del Poder Ejecutivo, aún distorsionando el sentido de las normas fundamentales locales.

Esta fue, sin duda, una de las razones por las que en la reforma de 2007 no se discutió este tema y, por tanto, no se redefinió la ubicación institucional del MP en el contexto de los poderes del Estado ni se analizaron sus beneficios o riesgos. Este sigue adscrito, sin más, al Poder

9 Es tratado este proceso en Vasconcelos (2007).

10 El artículo 93 de la Constitución local dice: "El Ministerio Público es órgano del Estado y a su cargo está velar por la exacta observancia de las leyes".

Ejecutivo[11]. Esto contrasta con la experiencia de la mayoría de los países de nuestro entorno que han reformado su sistema penal creando procesos acusatorios donde, además de propiciarse un importante debate en torno al tema de la ubicación institucional del ente acusador, se ha optado por configurar un órgano autónomo y ubicarlo fuera de los tres poderes tradicionales (Duce, Riego, 2005, p.9) como la mejor solución para que cumpla, sin interferencias, sus importantes funciones y permanezca exento del riesgo de manipulación política[12]. Como escriben Duce y Riego, esta opción "se fundamenta en la idea que la autonomía asegura que el MP tenga el espacio institucional necesario para que pueda cumplir sus funciones y objetivos de acuerdo con el nuevo sistema procesal penal" (Duce & Riego, 2005: 27).

11 En los Estados de la República en que se ha iniciado la reforma del sistema penal se ha adoptado la misma decisión. Por ejemplo, en Baja California, la nueva Ley Orgánica del MP (2009) dice en su artículo 3: "La Procuraduría es una dependencia que forma parte del Poder Ejecutivo, con autonomía técnica para el desempeño de sus atribuciones". El art.1 de la Ley Orgánica del MP de Chihuahua, publicada el 9 de agosto de 2006, dice: "El MP es un órgano del Estado, que forma parte del Poder Ejecutivo, con autonomía técnica …". El art.1 de la Ley Orgánica de la Procuraduría de Justicia del Estado de México (2009) señala: "La presente Ley es de orden público e interés general y tiene por objeto regular la forma de organización, el funcionamiento y el ejercicio de las atribuciones que corresponden a esa Dependencia del Poder Ejecutivo …". La Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Estado de Nuevo León, publicada el 30 de julio de 2004, a pesar de las múltiples reformas que ha sufrido desde 2005 sigue diciendo: "La Procuraduría General de Justicia del Estado es la dependencia del Poder Ejecutivo que representa a la institución del MP …". La Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Estado de Morelos (2008) señala: "El MP es un órgano del Estado que forma parte del Poder Ejecutivo, con autonomía técnica. Es único, indivisible, jerárquico en su organización. Sus funciones, no podrán ser influidas ni restringidas por ninguna otra autoridad" (art.6).

12 Es importante al respecto la opinión de Ferrajoli quien sostiene que se requiere la máxima independencia del poder político de los órganos del MP y de las fuerzas de policía. "Independencia no quiere decir solamente separación funcional, es decir, la exclusión de toda interferencia de los poderes públicos en el ejercicio de las funciones judiciales, sino también separación orgánica, es decir, la exclusión del nombramiento o de la capacidad de revocación del cargo por parte de los órganos del poder ejecutivo de los magistrados que deben juzgar y de los funcionarios que deben ejercer la persecución penal. Sólo una magistratura totalmente independiente y una policía dependiente de manera exclusiva del MP pueden enfrentar con suceso la madeja de intereses y de colisiones con las que hoy está entrelazada cada vez más estrechamente la criminalidad económica organizada" (Ferrajoli, 2009: 25).

Esta omisión también contrasta con las coordenadas de la discusión que sobre la justicia penal se está efectuando en el país. Una de las orientaciones más importantes de ésta, debido a las circunstancias adversas de la procuración de justicia en México, es precisamente el tema de la ubicación institucional del MP y cada vez se extiende más la opinión de desvincularlo del Poder Ejecutivo y configurarlo como órgano extrapoder. La mejor doctrina acepta e impulsa esta solución como la más conveniente[13]. Carpizo, por ejemplo, da las siguientes razones concretas para sostener que el MP sea un órgano independiente: a) realiza una labor judicial que tiene impacto sobre los derechos fundamentales; b) efectúa una función técnica que debe estar alejada de la política, los partidos políticos, el gobierno, los intereses de grupo y de persona; c) numerosos casos se determinan por razones políticas en contra de los derechos humanos y las pruebas contenidas en la investigación; y, d) el peor sistema es el que hace depender jerárquicamente del Poder Ejecutivo a los fiscales (Carpizo, 2006: 211–212). La autonomía del MP y su desvinculación respecto al Ejecutivo (dos temas diferentes aunque íntimamente interrelacionados) han sido promovidas desde hace muchos años, no sólo por los juristas mexicanos, sino también por organismos sociales, y centros de estudio[14]. Además, la CIDH (1998), en un Informe sobre la situación de los derechos humanos en México, hizo la misma recomendación[15].

Compartimos la idea de que hacer del MP un órgano extrapoder es lo más conveniente para la adecuada instalación de un sistema penal acusatorio. Pero lo hacemos con matizaciones. Participamos de la propuesta porque ello significaría una muestra de la pretensión

13 Así, por ejemplo, (Cárdenas, 1997; Carpizo 2004; Carbonell, 2004: 154; García R., 1996: 65). También, en *A manera de prologo. La obra de Fix-Zamudio y la Institución del Ministerio Público* (Fix-Zamudio, 2002: 4). Fix-Zamudio (2004: 48) señala que esta es la propuesta más avanzada "pero ello requeriría de una evolución considerable que no es fácil de alcanzar después de un siglo de dependencia directa del MP del Poder Ejecutivo".

14 Por ejemplo, el ICESI (2005) considera que el MP debe ser un organismo autónomo en todo el país. Su propuesta de reforma al artículo 21 de la Constitución dice: "El MP será ejercido por medio de organismos públicos autónomos, dotados de personalidad jurídica y patrimonio propios, conforme a las disposiciones de esta Constitución, las constituciones de las entidades federativas, el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal y las leyes respectivas".

15 El informe se puede ver en http://www.cidh.org/countryrep/Mexico98sp/capitulo-5.htm

de abandonar el modelo actual caracterizado por la manipulación de funciones, el alto grado de politización, la utilización de la institución como medio de control político para acallar o presionar a opositores y el empleo de sus mecanismos como instrumento de negociación para zanjar conflictos políticos. Además, ello contribuiría a la reconstrucción de la confianza ciudadana en la procuraduría de justicia ya que actualmente pocos creen que ésta realice sus actividades con objetividad y no sea utilizada interesadamente por el Ejecutivo. En palabras de Roxín (2004: 26), la institución del MP no es sentida por la población como garante de un proceso penal liberal, "sino como un brazo prolongado del Ejecutivo". La creación de un órgano desvinculado de éste tendría un "efecto simbólico" importante. Pero no pensamos que ésta sea, por si sola, la solución para propiciar su funcionamiento autónomo ni la fórmula ideal para que cumpla adecuadamente con sus nuevas atribuciones. Es más, si atendemos los postulados del nuevo modelo constitucional de justicia penal en el país, cuyo núcleo es su carácter acusatorio (que exige distinguir con precisión las funciones de acusación y de decisión)[16], el renovado arquetipo de MP que aspira construir, y el contexto institucional en que se le ha ubicado, me parece que no podemos asegurar que su permanencia en el Poder Ejecutivo tenga efectos inevitablemente negativos o inconvenientes.

El mandato constitucional es reforzar la imparcialidad de los jueces, proteger los derechos fundamentales de las personas inmersas en conflictos penales y propiciar que la seguridad, la prevención de los delitos y la persecución de éstos se realice por las agencias estatales de forma coordinada, de tal manera que el combate a la criminalidad se efectúe mediante acciones en conjunto. Asumiendo esta orientación, mejor, este programa normativo, los vicios o excesos de las experiencias pasadas, por traumáticos que sean, no pueden fungir como los únicos elementos a considerar para decidir cambiar la adscripción institucional del MP. El pasado no puede ser un factor excluyente al hacerse modificaciones institucionales. Además, hay que tomar en cuenta, al momento de reflexionar sobre este tema, que el sistema político ha cambiado y el sistema procesal penal ha variado por completo. Se ha resquebrajado el modelo político autoritario y se ha instalado en el proceso penal el

16 Dice Bovino (1998) que "la cuestión de la ubicación institucional del MP, en la medida en que pueda afectar el grado de realización de la exigencia de imparcialidad, merece ser discutida".

principio de división de poderes. Ambos escenarios son ahora distintos en el país y, por ello, como he tratado de mostrar arriba, la institución está llamada a cumplir nuevas funciones en un sistema penal que posee diferente orientación. El MP surgido de la reforma constitucional no es el mismo que tuvimos durante más de un siglo ni el contexto en el que se desarrollará es idéntico. En esta virtud, la discusión sobre su ubicación institucional exige justificaciones basadas en nuevos paradigmas sobre su organización y atribuciones y su apreciación como ente ubicado en un sistema de justicia que también impone a otros operadores jurídicos el mismo ideal de transformación. (Piénsese en la importancia, por ejemplo, de la independencia judicial para el funcionamiento de un MP que forma parte del Poder Ejecutivo y que tiene facultades discrecionales. Quizá ahí esté la clave de la cuestión). Si ponemos los ojos en el nuevo programa constitucional de la justicia penal en el país, no está muy claro pensar que "ha llegado el tiempo de que el Ministerio Público se asuma como órgano autónomo del Estado mexicano" (García R., 2002: 14). Lo que es seguro es que hay que configurar un MP para otro tiempo.

Considerando lo anterior, la pregunta que debemos hacernos, en el contexto de la reforma oaxaqueña es: ¿Qué significado podemos dar, bajo el nuevo modelo procesal, a la decisión de que el MP continúe adscrito al Poder Ejecutivo y al mismo tiempo se le conceda "independencia técnica en la realización de las funciones de su competencia"? La respuesta debe partir de reiterar que la relación entre el Ejecutivo y el MP se basa en los principios constitucionales y legales y en aquéllos que rigen a la propia institución. Bajo estos lineamientos, la decisión de conservar esta adscripción únicamente puede significar que el legislador ha optado por privilegiar una estrecha relación entre ambos órganos con el objeto de diseñar y ejecutar eficientemente políticas de persecución de delitos. La política criminal es, como se sabe, una política pública que, como tal, se formula principalmente dentro del Poder Ejecutivo. La función de investigación a cargo del MP no está exenta ni permanece al margen de las prioridades establecidas por dichas políticas. Sólo una comunicación fluida entre el Ejecutivo y el MP permitirá que éste realice una política de persecución[17] con ciertos contenidos y adquiera, como pretende la reforma constitucional, el carácter de instrumento ejecutor de una parte

17 Importante al respecto Bovino (2005: 191 y ss.).

de la política social del Estado (Rusconi, 2004: 67), como es la política criminal. La adscripción del MP al Ejecutivo sólo puede tener esta interpretación. La proximidad entre ambos está en función del interés público por combatir la criminalidad y hacer efectivo el derecho a la seguridad de los habitantes del Estado.

Si esta es la razón de la adscripción del MP al Ejecutivo, el debate sobre la autonomía se transforma y cambia de orientación. La ubicación institucional del órgano pasa a un segundo término y se vuelven decisivas, para lograr la "independencia técnica", cuestiones tales como: la forma en que están regulados los criterios de selección de casos para fomentar una persecución de los delitos igualitaria, despolitizada y despersonalizada; el estatuto laboral de quienes integran la institución; los controles internos y externos sobre las decisiones o resoluciones; las relaciones entre los agentes y sus superiores; las políticas impulsadas; la participación dentro de los procesos de víctimas o coadyuvantes; la organización institucional; el diseño del régimen de la acción penal; y la transparencia en la realización de sus atribuciones, entre otras. La autonomía hay que buscarla en la regulación de las funciones y en las garantías que se establecen para su legal ejercicio. Por ello, si la preocupación es, como parece entre la mayoría de los comentaristas[18], la posible falta de objetividad en el manejo de ciertos casos problemáticos, que son los que producen la percepción de falta de independencia de la institución y los que justificarían la creación de un órgano extrapoder, bajo la perspectiva que aquí se sostiene, este problema podría resolverse creando mecanismos de persecución penal concretos y especiales (Bovino, 1998). Como escribe Díez Picazo (2000: 172): "si el verdadero problema es el riesgo de manipulación política de la acción penal cabrá concluir que es conveniente adoptar garantías

18 La anotación que éstos hacen es de la mayor importancia. Y como dice Horvitz, "la comprobación empírica de 'tolerancia', discrecionalidad o, derechamente, ausencia de persecución penal de los delitos cometidos por funcionarios pertenecientes al Poder Ejecutivo o personas vinculada a él ha reavivado la polémica en torno a este modelo e, incluso, sugerido su cambio" (Horvitz L., M.I. & López M., J., s/f: 130). Carbonell (2007: 28) expresa esta preocupación con meridiana claridad: "la autonomía del MP es necesaria para permitir la eficaz persecución de los delitos cometidos desde el poder público. Si se combina la dependencia jerárquica del MP con el monopolio de la acción penal a su favor, se tiene casi el peor de los escenarios posibles para combatir la corrupción y se incentivan fenómenos de protección de la clase político-partidista en el poder respecto de actos delictivos cometidos por funcionarios públicos o por militantes de la propia fuerza política".

específicas en los casos políticamente sensibles; pero no que, cualquiera que sea el asunto de que se trate, el Ministerio Fiscal deba ser siempre independiente". Este autor pone como ejemplos de garantías específicas, la acción popular en España y los fiscales especiales en Estados Unidos[19]. Es decir, para evitar el riesgo de influencia o interferencia en ciertos casos, la solución no es la ubicación de la institución fuera de los poderes del Estado, sino la modificación, por un lado, de las "reglas referidas directamente al órgano encargado de la persecución penal pública" y, por el otro, el establecimiento de "mecanismos diferenciados de persecución aplicables a ciertos supuestos".

Hay que advertir que ni la adscripción del MP al Ejecutivo ni la apreciación de que éste dirige la política criminal del Estado, hace del titular de aquél un instrumento del gobernador susceptible de ser manipulado[20]. Las funciones que le corresponden las debe realizar con total "independencia técnica". El MP es órgano del Estado, acusador público y defensor de la legalidad, y estas tres características le dan una cualidad específica. La legalidad se defiende de su actuación, de la forma en que realiza sus funciones, y ello constituye un límite infranqueable a su subordinación respecto del gobierno, de la judicatura[21] y de otros grupos políticos o sociales. No puede significar otra cosa que la Constitución lo defina como órgano del Estado con autonomía técnica. Su dependencia del Ejecutivo no lo condena a actuar ilegalmente. Asimismo, los propios principios que rigen la institución le imponen pautas de actuación. El principio de jerarquía que la caracteriza termina en el propio procurador.

19 Al respecto puede verse a Garro (1989).

20 Díez-Picazo (2002: 258) señala que, al final, el grado de autonomía del cargo de Procurador respecto al gobierno depende esencialmente de la personalidad del designado.

21 Dice Roxin (2004: 20): "si el fiscal debe velar independientemente por un hecho que satisfaga 'la ley', él no se ha de orientar a los presuntos puntos de vista del juez, sino a su propia convicción…Lo que él conoce –tanto desde el punto de vista jurídico como fáctico- es su convicción del asunto; en ella debe sostenerse si quiere preocuparse de que el derecho se cumpla".

3. NOMBRAMIENTO DEL PROCURADOR GENERAL DE JUSTICIA DEL ESTADO DE OAXACA.

La reforma constitucional de 10 de noviembre de 2007, estableció el siguiente procedimiento para el nombramiento del Procurador General de Justicia:

> … será elegido por el Congreso del Estado de una terna de juristas de reconocida capacidad profesional y solvencia moral que el titular del Poder Ejecutivo someterá a su consideración. El Congreso elegirá al Procurador General de Justicia del Estado, previa comparecencia de las personas propuestas, por la mayoría de los diputados presentes o, en sus recesos, por la Diputación Permanente en el improrrogable plazo de treinta días. En caso de que la Legislatura no resuelva dentro de dicho plazo, ocupará el cargo la persona que de esta terna designe el Gobernador del Estado.
>
> Si el Congreso del Estado rechaza la terna propuesta, el Gobernador del Estado remitirá una segunda terna; de ser rechazada, ocupará el cargo la persona que dentro de esta terna designe el Gobernador del Estado (art.95).

La norma constitucional indica que el nombramiento del procurador conlleva la facultad del gobernador de proponer una terna de candidatos al Congreso. Este, o bien, en sus recesos, la Diputación Permanente, tiene la facultad de elegir a aquél de entre los candidatos que figuren en dicha terna. Los únicos límites expresos que el gobernador tiene para efectuar su propuesta son que sus candidatos: a) sean juristas; b) posean reconocida capacidad profesional; c) tengan solvencia moral; y d) cumplan con los requisitos que exige la propia Constitución para ser magistrado del Tribunal Superior de Justicia del Estado (art.96). Los candidatos deben comparecer ante el Congreso antes de efectuarse la elección que se verificará con el voto de la mayoría de los diputados presentes en la sesión. El procurador puede ser removido del cargo libremente por el Ejecutivo.

Hay algunas cuestiones que hay que resaltar respecto a esta fórmula de nombramiento. Primero, la fórmula restringe, si miramos el mecanismo

vigente antes de la reforma, la libre facultad del gobernador para elegir al procurador, estableciéndose una forma de nombramiento en el que participa ahora también el Poder Legislativo (como se consagró en el texto original de la Constitución). Dos poderes del Estado designan al titular del MP cumpliendo funciones diferentes: uno propone y el otro efectúa la elección. Con ello se pretende mitigar la interferencia del gobernador y fomentar la cooperación entre poderes en la designación de este funcionario. Segundo, con los requisitos exigidos para ocupar el cargo se busca que las personas designadas cuenten con cualidades suficientes, no sólo profesionales sino también personales, que garanticen el adecuado ejercicio de las funciones de la institución, por ello se hace al procurador (con las condiciones subjetivas que se le exigen) un magistrado. Además, se persigue que éste no tenga estrechos vínculos políticos con el Ejecutivo que pudieran ocasionar la politización de la función que ejerce; por ello, ningún Secretario de despacho o diputado local puede ser procurador sino por lo menos un año después de separarse de su cargo (art.101 fracción VI). Ambos tipos de requisitos son de gran importancia y pretenden garantizar el ejercicio autónomo de las funciones del MP mediante el aseguramiento de la capacidad jurídica de su titular y su falta de vinculación política con el gobernador. La intervención del Congreso es una garantía que pretende asegurar que se nombrará como procurador de justicia sólo a quien cumpla estos requisitos. Y, tercero, el nombramiento del procurador por parte del Congreso tiene como objeto propiciar que el designado tenga el consenso y la confianza de las fuerzas políticas representadas en la legislatura, fortaleciéndose con ello, junto con su autonomía, su legitimidad.

Se introdujeron salvaguardias para que los conflictos políticos al interior del Congreso eviten que sea nombrado el Procurador General de Justicia. Así:

A) Se dan treinta días al Congreso para elegir procurador una vez enviada la terna por el gobernador.
B) En caso de que la Legislatura no resuelva dentro de dicho plazo, es decir, no designe procurador ni rechace la terna presentada, ocupará el cargo la persona que de esta terna designe el gobernador del Estado.

C) Si el Congreso del Estado rechaza la terna propuesta, el gobernador remitirá una segunda terna; de ser rechazada, ocupará el cargo la persona que dentro de esta terna designe el gobernador del Estado. Como se trata de un procedimiento sujeto a límites, sólo se pueden presentar dos ternas, lo que es congruente con el objetivo de evitar el riesgo de que no haya Procurador en el Estado. Por ello pensamos que, aunque la Constitución no lo dice, si pasan treinta días desde la presentación de la segunda terna y el Congreso no se pronuncia, ni por la designación ni por el rechazo, la elección corresponderá al gobernador.

Ahora bien, hay por lo menos tres cuestiones relevantes de este mecanismo de designación que debemos contestar. Primero, ¿por qué no se requirió el voto de la mayoría absoluta de los diputados para la elección del Procurador? La mayoría absoluta podría haber sido un estímulo al consenso sobre el candidato que es uno de los objetivos de la fórmula de nombramiento. O bien, si ello fue considerado un obstáculo o una forma de establecer un veto de la minoría, ¿por qué, por lo menos, no se requirió el voto de la mayoría relativa de los diputados? Segundo, ¿por qué se dejó al gobernador la facultad de destituir libremente al procurador?, ¿No es tan importante, para hacer posible la independencia de un funcionario, el procedimiento de su nombramiento como el de su destitución? Es más, la posibilidad de destitución libre, sin causas tasadas para el cese, ¿no es ya una presión para actuar de forma parcial? ¿No habría sido más conveniente establecer el mismo procedimiento para el cese que para el nombramiento, es decir, el gobernador solicitar la remoción del procurador al Congreso y éste acordarlo bajo las mismas reglas de votación? Y, tercero, ¿por qué no se estableció un plazo fijo de mandato al Procurador y, como se ha propuesto para el Procurador General de la República, la posibilidad de su reelección? Un periodo determinado de duración del encargo, la posibilidad de renovar el mismo[22] y su cese por parte del Congreso, ¿no habrían reforzado más el principio de autonomía?

22 En México hay tres Estados que establecen plazo fijo de duración del mandato del Procurador y dos la posibilidad de reelección para otro periodo: Chiapas y Coahuila. La Constitución de Chiapas establece que el Ministro de Justicia dura en su encargo siete años y puede ser reelecto para un segundo periodo (art.47). Según el artículo 64 de la nueva Ley Orgánica de la Fiscalía General del Estado de Coahuila, el Fiscal

REQUISITOS EXIGIDOS PARA OCUPAR UN CARGO EN LA INSTITUCIÓN DEL MP DE OAXACA

Cargo	Requisitos exigidos para ocupar un cargo en la Ley Orgánica de la PGJE de 1983	Requisitos exigidos para ocupar un cargo en la Ley Orgánica del MP de 2008.
Subprocurador, Director y Fiscal Especializado	• Mexicano en pleno ejercicio de sus derechos. • Mayor de 25 años de edad. • Licenciado en Derecho con título legalmente expedido. • Mínimo de tres años de ejercicio profesional. • Buena conducta.	• Mexicano en pleno ejercicio de sus derechos. • Mayor de 30 años de edad. • Licenciado en Derecho con título legalmente expedido. • Mínimo de cinco años de ejercicio profesional. • No haber sido condenado por delito doloso.
Jefe de Agencia Local		• Mexicano en pleno ejercicio de sus derechos. • Mayor de 26 años de edad. • Licenciado en Derecho con título legalmente expedido. • Mínimo de cinco años de ejercicio profesional. • No haber sido condenado por delito doloso.
Jefe de Unidad		• Mexicano en pleno ejercicio de sus derechos. • Mayor de 30 años de edad. • Título legalmente expedido en la licenciatura afín de adscripción. • Mínimo de tres años de práctica profesional. • No haber sido condenado por delito doloso.
Agente del MP.	• Mexicano en pleno ejercicio de sus derechos. • Mayor de 21 años de edad. • De preferencia ser Licenciado en Derecho con título legalmente expedido. • Buena conducta.	• Mexicano en pleno ejercicio de sus derechos. • Licenciado en Derecho con título legalmente expedido. • Mínimo de tres años de experiencia profesional. • No haber sido condenado por delito doloso. • Haber aprobado el curso de formación profesional y el examen correspondiente.
Director de la Agencia Estatal de Investigaciones		• Mexicano en pleno ejercicio de sus derechos. • Mayor de 30 años de edad. • Experiencia mínima de tres años en materia de investigación delictiva o áreas relacionadas. • No haber sido condenado por delito doloso.
Agente de la Policía Ministerial	• Mexicano en pleno ejercicio de sus derechos. • Haber cursado la instrucción secundaria. • No haber sido sentenciado por delito intencional. • Buena conducta.	• Mexicano en pleno ejercicio de sus derechos. • Mayor de 20 años de edad. • Estudios mínimos concluidos de nivel medio superior. • No haber sido condenado por delito doloso. • Haber aprobado el curso de formación profesional y los exámenes de selección correspondientes.
Perito	• Título legalmente expedido y registrado en la rama profesional sobre la que dictaminarán. • Si se trata de actividades no reglamentadas en la Ley se acreditarán los conocimientos por cualquier medio y deberá contarse con una práctica mínima de dos años.	• Mexicano en pleno ejercicio de sus derechos. • Mayor de 25 años de edad. • Estudios mínimos concluidos de nivel medio superior. • Mínimo de tres años de experiencia profesional. • No haber sido condenado por delito doloso.

La primera cuestión me parece indicar que lo que se buscó con la reforma es no tanto el apoyo o participación de los diputados en el nombramiento de quien será procurador, sino legitimar la designación de éste hecha por el Ejecutivo[23]. No podemos interpretar de otra manera que aquél pueda ser electo por una minoría del total de los diputados locales cuando sean los que asistan a la sesión de nombramiento[24]. Doce diputados, de los cuarenta y dos que conforman el Congreso, podrán elegir al Procurador. La fórmula, en este aspecto, no es adecuada para impulsar la autonomía del MP porque no propicia, necesariamente, que el elegido goce de la confianza de la mayoría de los diputados ni fomenta la responsabilidad de éstos en el nombramiento ni la de aquél con respecto a quien lo elige. Se podría refutar al comentario que realizamos diciendo que este requisito es una estrategia para evitar obstaculizaciones en la designación. Si la juzgamos así, debe incrustarse entre las medidas que hemos enumerado como dirigidas a evitar la falta de nombramiento por los conflictos políticos que se suscitaran dentro de la Legislatura. Sin embargo, esta explicación no parece satisfactoria ya que bastan los resguardos que hemos mencionado antes para evitar la parálisis que produciría la falta de elección del procurador. Considerando ambos argumentos, la elección de éste por mayoría simple del total de los diputados habría sido mucho

---

General durará en su cargo ocho años y podrá ser ratificado por una sóla vez para otro período igual. En Hidalgo, el Procurador dura en su cargo tres años (Ver cuadro 1, al final de este trabajo). En Latinoamérica, la mayoría de los países establece un plazo fijo de duración en el mandato del titular del MP. Así, Bolivia y Chile, 10 años con posibilidad de reelección pero no inmediata; Panamá, 10 años y posibilidad de reelección; Brasil, 2 años y posibilidad de reelección; Colombia y Costa Rica, 4 años y posibilidad de reelección; Ecuador, 6 años sin posibilidad de reelección; El Salvador y Perú 3 años y posibilidad de reelección; Guatemala, Honduras, Nicaragua y Paraguay 5 años, y posibilidad de reelección; Venezuela, 7 años y posibilidad de reelección (Carrillo, 2006: 147–148).

23 No podemos dejar de considerar las siguientes palabras de Carpizo (2006): "El problema actual de la autonomía técnica y funcional del MP en México es que este tema se ha convertido en asunto de fachada, bajo el cual los gobiernos pretenden revestirse de prestigio, sin entender que una cuestión tan delicada debe ser resuelta de manera responsable por el Estado".

24 Puede suceder que el procurador sea electo por una minoría de diputados. El Congreso oaxaqueño tiene 42 diputados y abre sus sesiones, según el artículo 47 de la Constitución local, con más de la mitad de sus miembros, es decir, con 22 diputados. Si concurriera a la sesión éste número de diputados, la mayoría representaría 12 diputados que podrían elegir al procurador.

más conveniente y congruente con el objetivo relacionado con dotar de autonomía las funciones desarrolladas por el procurador, finalidad principal de la reforma.

Las cuestiones segunda y tercera, están relacionadas con la decisión que señalamos antes como inicial de adscribir al procurador al ámbito del Poder Ejecutivo. Dejar al gobernador el cese libre del procurador, sin establecer causas concretas para la procedencia del mismo, subraya la dependencia de éste respecto a aquél. Esto nos parece congruente con el modelo adoptado ya que dejar la facultad de cese a otro órgano, por ejemplo, el Congreso, como se ha sugerido, correría el riesgo de someter la permanencia en el cargo del titular del MP a arreglos políticos, negociaciones obscuras, componendas y, sobre todo, lo cual es lo más importante del mecanismo adoptado, difuminaría la responsabilidad del Ejecutivo por su actuación. Precisamente, las respuestas a estas cuestiones se encuentran en el ámbito de las responsabilidades de ambos funcionarios. Así también lo indica la decisión de otorgar al gobernador, y no a otros -poderes públicos o instituciones académicas, organizaciones sociales, etc.- la facultad de presentar la propuesta de terna de candidatos a ocupar el cargo. En el esquema actual, si bien la elección del procurador la realiza el Congreso, la responsabilidad política de su actuación es del gobernador del Estado y, por tanto, éste debe dar explicaciones sobre la misma. Así se entiende la fórmula actual que permite que el gobernador pueda proponerlo y cesarlo. Y como la relación entre ambos funcionarios está basada en la confianza y la facultad del gobernador es parte, como dijimos arriba, de su facultad de definir la política de combate a la criminalidad, éste responde de la eficacia o ineficacia de la gestión de aquél, del manejo de la institución y de sus posibles actuaciones arbitrarias, ilegales o selectivas[25]. (Diferente sería un esquema donde otro órgano, por ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia del Estado, hiciera las propuestas, y el Congreso designara y removiera al Procurador y ni en la propuesta ni en el cese participara el Ejecutivo.) Y, claro está, el procurador es responsable ante el gobernador. Es en este aspecto donde con toda claridad se puede apreciar que la reforma oaxaqueña al MP ha implicado, desde el plano jurídico, pasar de un modelo de dependencia directa del Poder Ejecutivo

25 "El Gobierno tiene el deber de hacer una política criminal adecuada, el deber de mejorar el servicio público de la justicia y la responsabilidad política de lograrlo. Para estos fines tiene, entre otros, un instrumento: el Ministerio Fiscal" (García G., 1992: 6).

a otro de dependencia política del Poder Ejecutivo con autonomía técnica (Carpizo, 2004: 44–45).

Ahora bien, ¿por qué es importante que el Congreso participe en el nombramiento del procurador? La primera razón es porque se refuerza significativamente su legitimidad democrática, orgánico personal[26], por ser aquél el Poder donde convergen las distintas posiciones políticas existentes en el Estado. Pero este argumento, de importantes consecuencias en el orden institucional, frente a los argumentos esgrimidos como base de la reforma local pudiera resultar abstracto, porque la verdad es que en la discusión constitucional nadie pensó darle mayor legitimidad democrática al titular del MP, sino autonomía en su actuación por lo que sigue sin estar claro, más aún en el actual contexto político estatal y ante un umbral tan mínimo de diputados que pueden aprobar el nombramiento, de qué sirve que el Congreso elija al Procurador.

Si partimos de la idea de que conferir al Congreso la facultad de elegir al procurador es un mecanismo que pretende coadyuvar al funcionamiento autónomo del MP mediante la confianza otorgada por los representantes populares a su titular, lo importante es interpretar la fórmula constitucional de tal manera que se entienda que la designación es, precisamente, un acto de confianza y que ésta debe permanecer durante el tiempo de su encargo. El Congreso debe manifestar su confianza a un candidato en el momento de elegirlo, pero también mantenerla mientras aquél desempeñe el cargo. Y no se trata de asumir una actitud pasiva. Debido a que, repetimos, se le facultó para intervenir en el nombramiento con el objeto de propiciar que la institución ejerza sus funciones con autonomía, tendrá que cuidar y vigilar que no haya injerencias en la realización de éstas. De esta forma refuerza su posición de órgano de control y se convierte, efectivamente, en garante de la autonomía del MP. Si consideramos esta posición institucional y las atribuciones que conlleva, posteriores a la elección, resulta más claro por qué debió exigirse el voto de la mayoría de los diputados en la designación del procurador.

Entendida así la intervención del Congreso, hay que analizar si en el plano normativo, con la promulgación de la nueva Ley Orgánica del

26 La legitimación democrático orgánico personal "consiste en que los cargos públicos que tienen encomendada la gestión de los asuntos estatales han de reposar sobre una cadena de legitimación ininterrumpida que pueda retrotraerse hasta el pueblo" (Böckenförde, 2000: 58).

Ministerio Público del Estado (LOMP), en algo cambió la relación entre ambas instituciones. Al respecto, la Ley únicamente fijó la obligación del procurador de comparecer ante la Legislatura para informar sobre los asuntos a su cargo cuando sea requerido. Parece una reiteración de lo que ya estaba plasmado en la ley anterior y en la propia Constitución del Estado. Pensamos que no es así. Esta norma, en el nuevo contexto institucional que crea la reforma a la justicia penal, exige una reinterpretación que la oriente a ser entendida consagrando un deber de información por parte del procurador y una facultad de supervisión permanente a favor de la representación popular. Aquél está obligado, a partir de esta regla, no sólo a acudir, como ahora, a la glosa de los informes de gobierno, sino a informar periódicamente a la Legislatura sobre la criminalidad, la delincuencia, las acciones llevadas a cabo para su combate, las políticas de persecución implementadas, las prioridades, objetivos, estrategias, resultados obtenidos, el funcionamiento y problemas de la institución, etc. Este deber de informar en algunos sectores se ha interpretado como una forma de debilitar o exponer al procurador. Su objetivo es exactamente lo contrario. Implica, en aras de la autonomía funcional de la institución, volver permanente el lazo del procurador con el Congreso para impulsar, con el apoyo de éste, la realización técnica, no política, de sus funciones, limitar la posibilidad de ser sujeto de presiones, afianzar el establecimiento, dentro de la institución de un auténtico liderazgo y propiciar que el titular del MP realice actividades diferentes a las meramente procesales asumiendo la responsabilidad que le corresponde en la gestión del órgano de persecución penal[27].

Como se puede apreciar, hay espacios en la Constitución para considerar que la actividad y responsabilidad del Congreso en materia de seguridad y justicia no debe terminar con el nombramiento del Procurador, ni su participación, para propiciar la autonomía del MP, ni limitarse a un acto de elección. Es preciso favorecer que la intervención de la Legislatura sea

27 Como escribe Duce (2005), en la gran mayoría de las experiencias nacionales no existe "un interlocutor para exigir al Ministerio Público el cumplimiento de las funciones que exceden los aspectos estrictamente procesales que están en manos de los fiscales a nivel operativo […] Eso dificulta que el Ministerio Público cumpla con otra función relevante que deben cumplir los órganos públicos en un sistema republicano, como lo es el deber de rendir cuentas públicas y asumir responsabilidad por su gestión".

continua, propiciando así una labor de control político. Si, como hemos dicho, la reforma procesal penal ha potencializado la posición del MP y le ha otorgado un franco papel en la ejecución de la política criminal que es una política pública, su control debe darse en sede democrática, lo que no es contrario a reconocer que las mismas son diseñadas por el Ejecutivo. El Congreso es el órgano idóneo para pedir explicaciones sobre el funcionamiento institucional, las políticas implementadas, su aplicación y sus resultados (Cafferata, 2000: 92). Si asumiéramos esta interpretación de la fórmula constitucional, lograríamos que el Congreso participara más activamente en los ámbitos de la justicia y la seguridad pública y, más concretamente, aunque sólo como órgano de control, en las funciones de persecución penal. Esto no quiere decir que el procurador esté al servicio del Congreso o lo obedezca indefectiblemente, tampoco que éste deba fiscalizar permanentemente la actividad del MP y tenga sobre éste un control funcional. No defendemos un MP "parlamentarizado". La autonomía del MP debe garantizarse incluso frente al Congreso, cuyas competencias son incompatibles con la función técnica del órgano de persecución. Pero si el nuevo sistema de nombramiento se explica como un mecanismo ideado para dotar de autonomía a la institución, a mayor autonomía, mayor responsabilidad, y qué mejor que la misma se haga efectiva en dimensiones y sedes diversas, incluso el espacio institucional democrático por excelencia, lo que al mismo tiempo generaría, como hemos dicho antes, la confianza de efectuar la función de manera exclusivamente técnica y el fortalecimiento de las relaciones del MP con todos los poderes del Estado para definir la posición de éste en la dinámica de los mismos.

Todo lo anterior nos permite asegurar que el elemento determinante de la reforma constitucional, el que exige quizá como ningún otro "voluntad de Constitución", es *el procedimiento* que lleva a la designación del procurador. Las normas consagradas proporcionan los espacios suficientes para hacer que los trámites de propuesta por parte del gobernador y de elección por parte del Congreso sean sustantivos. Ambos no pueden ser simples formalidades. La fórmula de nombramiento permite que el Ejecutivo, los representantes populares y miembros de la sociedad civil planteen propuestas, expresen opiniones y ofrezcan razones sobre el candidato idóneo. La regulación no excluye, al contrario, incentiva que el gobernador del Estado escuche y considere antes de presentar la terna a

personas, grupos sociales o instituciones académicas, y que el Congreso haga lo mismo y se tome su tiempo generando, en el espacio público local, un escenario dialógico y deliberativo antes de elegir al procurador. (El Congreso tiene 30 días para elegir entre los candidatos.) Poder Ejecutivo y Legislativo tienen un plazo suficiente para dar a conocer al público los antecedentes, trayectoria y méritos de los candidatos, las consultas realizadas, los programas de trabajo presentados por las personas propuestas, etc., y todos aquéllos que estén interesados tienen este lapso de tiempo para participar con su opinión sobre aquéllos en el procedimiento de elección. La verificación de los requisitos exigidos para ocupar el cargo no puede quedar al análisis exclusivo de los poderes públicos. La fórmula de nombramiento tiene el cometido de enlazar a la sociedad con los órganos estatales y hacer participar a aquélla en la decisión política de nombrar a quien será titular del MP haciéndola más legítima. Así se logra fomentar la participación ciudadana y eliminar cualquier sospecha de parcialidad de la persona electa. Todo esto no necesita estar en la Constitución para poder hacerse realidad; se construye en "la fábrica de la vida política cotidiana" en la que cuentan, junto con las normas, las prácticas y actitudes. Si concebimos de esta forma el procedimiento de designación se harían realidad algunos de los principios que están ínsitos en nuestra Constitución y que son parte de nuestra fórmula política: procedimiento claro de selección de funcionarios públicos, transparencia y participación ciudadana.

4. MÉTODO DE NOMBRAMIENTO DE OTROS SERVIDORES PÚBLICOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE JUSTICIA DEL ESTADO (PGJE).

La reforma constitucional de 2007 eliminó la facultad del gobernador del Estado de nombrar directamente a los principales funcionarios de la Procuraduría de Justicia y la atribuyó al titular de la Institución. Este no es un cambio menor ni formal y está en relación también con la intención de dotar al MP de autonomía en el ejercicio de sus funciones. Al respecto, el texto de la Constitución del Estado señala: "La ley organizará al MP del Estado, que contará con independencia técnica para realizar las funciones

de su competencia. El Procurador General de Justicia nombrará a los servidores públicos de la institución".

Con respecto a los requisitos que señaló la nueva LOMP para ocupar algún cargo dentro de la Procuraduría de Justicia, la Ley Orgánica efectuó importantes ajustes, todos ellos dirigidos a garantizar integridad y profesionalismo en los servidores públicos de la institución. Al efecto se fijaron dos requisitos generales que deben cumplir todos los servidores públicos de la Procuraduría de Justicia: aprobar los exámenes psicométricos y los de detección de drogas de abuso (art.17). El siguiente cuadro muestra los requisitos exigidos para ocupar los principales cargos dentro de la institución en el texto original de la Ley vigente (2008) en comparación con los requeridos en la Ley anterior (1983).

Con la reforma a la LOMP efectuada en 2010 hubo varios cambios importantes en torno a los requisitos para ocupar un cargo dentro de la Procuraduría, mismos que podemos agrupar de la siguiente forma:

A) Se exigió no sólo el título profesional sino cédula profesional como requisito para ocupar los cargos de Subprocurador, Fiscal, Director, Jefe de Unidad, Agente del MP y perito.

B) Se exigieron requisitos especiales a quienes ocupen los cargos de Subprocurador de Atención a Víctimas, Justicia Restaurativa y Servicios a la Comunidad y Director del Centro de Justicia Restaurativa. Ellos son:
   a. Mayor de 30 años de edad.
   b. Licenciado en Derecho o en psicología con título y cédula legalmente expedidos.
   c. Mínimo de cinco años de ejercicio profesional.
   d. No haber sido condenado por delito doloso.
   e. Tener formación especializada en mecanismos alternativos de solución de controversias.

C) Se ampliaron los requisitos para ingresar y permanecer como Agente del MP (art.13). Ellos ahora son los siguientes:
   a. Ser mexicano en pleno ejercicio de sus derechos;
   b. Licenciado en derecho con título y cédula profesional legalmente expedidos

c. No haber sido condenado por delito doloso, ni haber sido destituido o inhabilitado por resolución firme como servidor público;
d. **No estar sujeto a procedimiento de responsabilidad administrativa federal o local, en los términos de las normas aplicables;** No hacer uso de sustancias psicotrópicas, de estupefacientes u otras que produzcan efectos similares, ni padecer alcoholismo;
e. Haber aprobado el examen de selección y el curso de formación profesional;
f. Cumplir con los programas de profesionalización que se establezcan;
g. Aprobar las evaluaciones del Centro de Control de Confianza que se establezcan;
h. Contar con la certificación y registro actualizados a que se refiere la Ley;
i. Cumplir con los cambios de adscripción;
j. Otros que estén dispuestos en las leyes.

D) Se establecieron requisitos adicionales para ingresar y permanecer como perito en el Instituto de Servicios Periciales, entre ellos:
a. Tener título legalmente expedido o acreditar plenamente los conocimientos correspondientes a la disciplina sobre la que debe dictaminar cuando de acuerdo a las normas aplicables no necesite título o cédula profesional para su ejercicio;
b. No estar suspendido ni haber sido destituido o inhabilitado por resolución firme como servidor público, ni estar sujeto a procedimiento de responsabilidad administrativa federal o local, en términos de las normas aplicables.
c. No hacer uso de sustancias psicotrópicas, de estupefacientes u otras que produzcan efectos similares, ni padecer alcoholismo.
d. Presentar y aprobar las evaluaciones del Centro de Control de Confianza.

5. EL SERVICIO CIVIL DE CARRERA.

La reforma constitucional de 10 de noviembre de 2007 consagró, para garantizar que los agentes del MP y todos los funcionarios de la Procuraduría realicen su actividad teniendo como base de actuación el estricto apego a la legalidad, el profesionalismo, la imparcialidad y la objetividad, es decir, "el servicio civil de carrera en la institución" (art.95 sexto párrafo). En desarrollo de esta norma, que inicialmente busca garantizar la prestación de un adecuado servicio público, la nueva Ley estableció un título, el tercero, dedicado a este tema:

> **Artículo 57**.- El servicio civil y profesional de carrera en la Procuraduría de Justicia del Estado, garantizará la igualdad de oportunidades laborales, así como la estabilidad, permanencia, remuneración adecuada, capacitación y garantías de seguridad social para el servidor público, en los términos que el reglamento en la materia establezca.
>
> **Artículo 58**.- Los procedimientos o sistemas para la selección, ingreso, formación, capacitación, actualización, especialización, promoción, ascenso, reingreso, estímulos, reconocimientos y retiro del personal de la Procuraduría, serán regulados por el reglamento que establezca las bases para la organización, funcionamiento y desarrollo del servicio civil y profesional de carrera en la Institución, mismo que deberá garantizar la debida transparencia y objetividad en la evaluación de los méritos e idoneidad de los postulantes, candidatos o funcionarios.
>
> **Artículo 59.**- Los servidores públicos de la Procuraduría General de Justicia del Estado serán evaluados periódicamente en su desempeño de conformidad con las normas que establezca el Reglamento de la Institución. La evaluación determinará su permanencia y promoción en la Procuraduría.

Es la primera vez que la Constitución local consagra el servicio civil de carrera para la prestación de un servicio público. La declaración es importante por varios motivos. Desde la vertiente de la composición de la

institución, es importante debido a que impone las bases de legitimidad de los agentes del MP. Si éstos están incluidos en un servicio de carrera, su legitimidad democrática proviene de la del Procurador General de Justicia[28] que dirige la institución mediante criterios unitarios de aplicación de la ley. Además, y esto es lo que ahora me interesa subrayar, la norma constitucional, al consagrar la creación obligatoria de un servicio profesional para los agentes y todo el personal técnico y administrativo, lo ha hecho en el contexto del establecimiento de acciones para fortalecer, como toda la reforma, la autonomía del MP, con lo que instala el principio en los propios agentes y no sólo en el titular de la institución abriendo otra vía, para nosotros la principal, para realizar la "independencia técnica", ya que ahora "su legitimación al interior del sistema político proviene de su idoneidad técnica y de sus virtudes de independencia y equilibrio" (Duce & Riego, 2007: 143).

La Ley ha establecido como guías del servicio de carrera los principios de igualdad de oportunidades laborales, estabilidad, permanencia, remuneración adecuada, capacitación y seguridad social, con lo que ha ordenado consagrar y diseñar dentro de la PGJE y mediante una normatividad específica que dé certeza y seguridad jurídica a todos los funcionarios de la misma, por lo menos los siguientes resguardos o medidas:

a) Sistema de ingreso: mediante el que se seleccionará y evaluará a quienes pretendan acceder al servicio y que comprende cuestiones tales como la regulación de las formas de reclutamiento, el establecimiento de requisitos de acceso, la evaluación de antecedentes, concursos de oposición, cursos de selección y pruebas, exámenes o evaluaciones de diverso tipo;
b) Sistema de ascensos: mediante el que se establecerá el método considerado más conveniente para seleccionar a aquéllos que desempeñarán un puesto superior bajo la premisa de que las reglas respectivas deben constituir un incentivo para el desarrollo profesional de los servidores públicos y estar basadas en parámetros vinculados a la capacidad, méritos y desempeño. Este sistema deberá tomar en cuenta los niveles de funcionarios fijados en la ley

28 Al respecto es importante consultar (García M., 1998: 18).

incluidos en la carrera ministerial y que, según lo dispuesto por la ley son, por lo menos: asistente de MP, MP y jefe de agencia local.

c) Sistema de evaluación del desempeño: de éste se preocupa especialmente la nueva Ley al establecer que "los servidores públicos de la Procuraduría General de Justicia del Estado serán evaluados periódicamente en su desempeño de conformidad con las normas que establezca el Reglamento de la Institución" y de ésta dependerá su permanencia, promoción o ascenso (art.59). Por disposición legal, el desarrollo del método de evaluación que regirá debe hacerse en el Reglamento, y tendrá que configurarse como un sistema objetivo que comprenda, además de parámetros o metas definidas previamente y con precisión, normas, procedimientos e instrumentos que tomen en cuenta y logren medir el desempeño personal, la realización de funciones, el apego a la legalidad y la capacidad, eficiencia e idoneidad del servidor público. El control interno de las actividades realizadas por los funcionarios es de gran importancia para el continuo mejoramiento del servicio, la fijación de pautas o políticas institucionales, pero también para el desarrollo profesional de los mismos.

d) Capacitación: incluye la formación, actualización y especialización integral, sistemática y continua, conforme a las necesidades de conocimientos y habilidades de los propios sujetos a quienes se dirige.

e) Sistema disciplinario: tendrá por objeto establecer los casos, supuestos o conductas por las que procederá la imposición de sanciones administrativas, el tipo de medidas, la autoridad competente para imponerlas y las normas del procedimiento para su determinación. La ley establece un catálogo de faltas, en el artículo 61, y las sanciones que se pueden imponer (art.64)[29], pero no el procedimiento para su aplicación ni la definición del órgano competente para efectuarlo. Lo importante es garantizar un procedimiento contradictorio para la imposición de sanciones que incluya los derechos de audiencia, defensa, revisión de las resoluciones, etc., y que el mismo sea transparente y público.

29 Estas son: amonestación pública o privada; multa por el equivalente de uno a quince días de salario mínimo vigente en el Estado; suspensión del empleo, sin goce de sueldo, hasta por noventa días; y, cese del cargo o empleo.

El servicio civil de carrera debe basarse, según la Ley, en "los méritos e idoneidad de los postulantes, candidatos o funcionarios" y garantizar la igualdad de oportunidades para el ingreso y ascenso dentro de la institución. Estos son los pilares que sostendrán el sistema: los méritos, la acreditación permanente de conocimientos y la igualdad de oportunidades. Junto con ellos, y como otra vía para su implementación, es preciso transparentar todos los procesos que formen parte de la carrera ministerial a través de la publicidad o divulgación de convocatorias, antecedentes de los candidatos, concursos, calificaciones, evaluaciones, resultados, etc. Un sistema objetivo y público permitirá mantener a la sociedad informada sobre la manera en que se designa a los funcionarios, su preparación y la forma en que desempeñan sus labores. El servicio civil de carrera bajo el control del público conforma el sistema más adecuado para tener servidores públicos idóneos que realicen sus funciones sin influencias externas, ya que, como escribe Di Federico: "entre mayores sean las garantías de profesionalización […] mayores serán también las garantías de una conducta imparcial por parte del servidor público, dado que su preparación técnica y los profundamente enraizados valores profesionales lo hacen menos proclive a ser sujeto de influencias externas" (Aguiar, 2009: 32).

El servicio civil de carrera exige consagrar garantías a favor de los agentes ministeriales en el desempeño de sus funciones, garantías de ingreso, estabilidad, remuneración, ascenso, entre otras, que les den seguridad y confianza al dirigir la investigación de los delitos, ejercer la acción penal y analizar las vías convenientes para resolver los conflictos suscitados por la comisión de ilícitos. Las garantías deben ser idénticas a las que gozan los integrantes de la magistratura (Fix-Zamudio, 2002: 82), ya que efectúan similar actividad técnica de aplicación de la ley. Para decirlo en palabras de Andrés Ibáñez (1992: 46), la cercanía de su estatus profesional deriva "de la esencial homogeneidad existente, desde el punto de vista epistemológico, entre la naturaleza de una u otra función, en cuanto preordenadas ambas a la averiguación de la verdad conforme a determinadas reglas, sin responder a otros intereses que los sancionados legalmente".

De esta forma, protecciones como la inamovilidad[30] y la estabilidad garantizarán que ningún agente sea removido de su puesto sino por las causas señaladas en la ley y en virtud de un debido proceso y no sea "trasladado de adscripción si no es por necesidad del servicio o con su consentimiento. Al respecto, deben existir criterios preestablecidos y precisos. El cambio de ubicación no debe hacerse como castigo o como presión que lesione su autonomía de actuación conforme al principio de legalidad" (Carpizo, 2004: 71). Con el establecimiento de garantías también se evitará que con el pretexto de la vigencia del principio de jerarquía se obligue a los agentes a realizar actividades o a orientar sus resoluciones en cierto sentido, aún cuando las consideren no ajustadas a las normas o contrarias a sus convicciones personales. Como escribe Roxín (2004: 31): "a pesar de su vinculación jerárquica él [MP] permanece también como guardián de la legalidad, en el sentido de que nadie puede obligarlo a un comportamiento en el cual se sostenga algo jurídicamente imposible". Esto es sin olvidar que hay directrices o líneas de actuación que debido a los principios que guían la actuación del MP deben respetarse ya que, cuando éstas existen, forman parte de las políticas implantadas por la institución para lograr la eficiencia de la labor a su cargo. En la regulación de las garantías de protección de la función ministerial es imprescindible atender a que el significado de la autonomía para ésta no es el mismo que el de la independencia para la función judicial. Aunque la Constitución local en sus enunciados parece asimilarlas, el significado de ambas es distinto. En el caso de los jueces la independencia es necesaria para la imparcialidad. En cambio, al MP no lo guía en el ejercicio de su función este principio porque, como hemos dicho arriba, es un sujeto interesado en castigar los delitos que se cometen. La autonomía se le otorga para que ejerza sus funciones sin interferencias.

Trascendente para la realización de lo anterior es la determinación del ente que regulará la carrera del MP. La nueva Ley oaxaqueña en la materia asigna al Instituto de Formación y Capacitación Profesional, órgano desconcentrado de la Procuraduría General, la tarea de seleccionar, evaluar, capacitar, especializar y actualizar al personal de la institución

30 Juventino Castro (1996: 41) ha sostenido reiteradamente "la necesidad imperiosa de estatuir la inamovilidad del MP" debido a que sus funciones "se prestan más que ninguna otra a ser influidas por las autoridades políticas –como son los ejecutivos de la República y de los Estados-, para sus fines propios".

(art.45). Se dejó atrás la propuesta de hacer que el encargado de aplicar las normas relativas a la carrera, es decir, la garantía institucional de ésta, fuera, como lo ha propuesto Fix-Zamudio (2004: 50 y ss.) y se ha desarrollado en otros países de Latinoamérica, un Consejo del MP[31] integrado de forma plural (Procurador, ministerios públicos, miembros externos) que además tuviera competencia para dar opinión técnica sobre los criterios e instrucciones emitidas por el Procurador[32] para regular la persecución de los delitos. (La propuesta de crear este órgano se basa en la estructura de los Consejos de la Judicatura y fue introducida durante los debates que hubo en la Cámara de Diputados local cuando se discutió la iniciativa de LOMP por sugerencia de juristas del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.) La Ley no dice nada sobre la integración del órgano que evaluará a los aspirantes a Ministerios Públicos. Estableció un Comité Técnico, cuyos miembros honorarios serán designados por el Procurador General, cuya facultad es revisar los programas de estudio, capacitación e instrucción que se impartan en el Instituto y los procedimientos de selección de Agentes del MP, Peritos y Policías Ministeriales. Se trata de un comité de revisión que dista mucho, por su conformación y sus competencias, de ser del tipo de los Consejos del MP. Tampoco es un órgano asesor, ni de deliberación ni discusión sobre las políticas de la institución. Por ello, nos parece importante avanzar en el establecimiento de un órgano que garantice la objetividad y transparencia del servicio de carrera integrado con funcionarios de la institución y sujetos externos con facultades para regular y administrar todo lo relacionado con el mismo.

Al establecer el servicio civil de carrera en la PGJE, la Constitución local apostó a que el estatuto del MP, que implica garantizar la idoneidad de los agentes en el ejercicio de sus funciones y su desarrollo profesional, sea la vía privilegiada para avanzar en la autonomía de la institución, relegando a un segundo plano temas como la ubicación orgánica y el mecanismo de nombramiento del procurador. Mediante funcionarios

31 "De acuerdo con el modelo, el o los Consejos policiales o ministeriales deberían integrarse con un número superior de representantes de ambos cuerpos, de acuerdo con un sistema de selección objetiva que tome en cuenta su preparación y desempeño, pero también deben formar parte de esos organismos, juristas y académicos externos designados por las cámaras legislativas y por el Ejecutivo, para que exista representación en un número más reducido de otros sectores jurídicos y evitar el problema de los cuerpos cerrados y endogámicos".

32 Al respecto, se puede ver la propuesta de ICESI (2005).

capacitados, competentes y responsables "ajenos a condicionantes externos y protegidos frente a injerencias injustificadas de los poderes públicos y de los grupos de presión", se hará posible la autonomía. Dice Conde Pumpido (2009: 18–19): "establecer mecanismos lo más objetivos posible de acceso a la función –sea concebida como carrera funcionarial o como desempeño de un empleo público-, valorando méritos, conocimiento jurídico y, en su caso, experiencia profesional, es la base de un posterior desempeño imparcial de la función". De esta manera, la "independencia técnica" se pone en relación con las formas de designación, cese, permanencia y formación o capacitación de los ministerios públicos. La profesionalización hará posible que la institución cuente con grupos de expertos aplicando la ley de forma responsable y autónoma.

6. LA CONSEJERÍA JURÍDICA DEL GOBIERNO DEL ESTADO.

El Procurador General de Justicia, además de titular del MP, tuvo desde su creación la encomienda de ser órgano de auxilio jurídico del Ejecutivo estatal. En el artículo 137 de la Constitución local de 1922 se le atribuyeron las siguientes funciones (art.137):

a) Representante de la sociedad para los asuntos penales y civiles en que ésta tuviera interés;
b) Representante de la personalidad jurídica del Estado; y
c) Consejero Jurídico del Ejecutivo del Estado.

La LOMP de 1922 fijó como atribuciones indelegables del Procurador General las que tenía conferidas como Consejero Jurídico del Ejecutivo (art.21), y estableció que estas comprendían las siguientes:

a) Dictaminar los proyectos de leyes en los que se le pidiere opinión.
b) Asesorar al Promotor Fiscal del Estado, en materia jurídica, siempre que este cargo lo desempeñara algún empleado de la Hacienda Pública que no fuera abogado.
c) Resolver las cuestiones jurídicas que se hicieren de su conocimiento en los diversos ramos de la Administración.

Estas facultades permiten comprender la causa por la que al Procurador General se le denominó, durante todo el siglo pasado, "abogado del Estado". Se le concibió como asesor jurídico del gobierno, dictaminador de leyes, consejero legal y, por lo menos en la primera Ley que rigió a la institución y debido a la importancia de la hacienda pública, asesor del Promotor Fiscal. El Procurador debía emitir opiniones sobre los proyectos legislativos que le enviara el gobernador y resolver los asuntos jurídicos que le remitieran las entidades de la administración pública. La atribución de esta función al titular del MP derivó de una propuesta hecha en el Congreso Constituyente de 1917 por José Natividad Macías, quien hizo la sugerencia siguiendo el ejemplo estadounidense, basándose, como enseña Fix-Zamudio (2002), en la necesidad del gobierno de tener un abogado general o asesor jurídico a su servicio y evitar dentro del mismo dispersión de criterios legales.

Sin embargo, muy pronto surgieron fuertes críticas a esta atribución del Procurador. La principal, sostenida por Luis Cabrera, quien exhibió como una contradicción que un funcionario reuniera las funciones de representación social y asesoría jurídica del Ejecutivo. Argumentos similares motivaron la reforma a la Constitución federal de 1994 y la creación, en 1996, de la Consejería Jurídica del Gobierno Federal. En el dictamen legislativo que se emitió en apoyo a esta modificación constitucional se puede apreciar que la justificación para eliminar esta función de las atribuciones del Procurador fue fortalecer su condición de representante social. Se estimó conveniente "eliminar del texto de la norma suprema, esta función de consejería a fin de que no pugne con la representatividad social del Procurador". En Oaxaca, en 1994, no se siguió este ejemplo, a pesar de que se efectuaron importantes reformas en los años de 1995 y 2000 a la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Estado. Fue sólo con la reforma constitucional de 10 de noviembre de 2007 que se separaron ambas funciones y se creó la Consejería Jurídica del Gobierno del Estado, mediante la adición del artículo 98 bis que dice:

> La función del Consejero Jurídico del Gobierno del Estado estará a cargo de la dependencia del Ejecutivo que para tal efecto establezca la ley, ejerciendo la representación jurídica del Estado, del Titular del Poder Ejecutivo y de la Gubernatura, en los términos que señala la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo

> del Estado, así como otorgar apoyo técnico jurídico en forma permanente y directa al Gobernador del Estado".
>
> Como titular de la dependencia, estará una persona que se denominará Consejero Jurídico del Gobierno del Estado, quien para su nombramiento deberá cumplir con los requisitos establecidos en la Ley.

Junto con esta modificación constitucional, se reformó la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo del Estado de Oaxaca para establecer que la Consejería Jurídica sea una dependencia de la administración pública centralizada con las funciones siguientes (art.33 bis):

a) Representar legalmente al Estado de Oaxaca, al Titular del Poder Ejecutivo del Estado como tal y a la Gubernatura, en todo juicio, proceso o procedimiento en que sean parte. Esta representación tiene los efectos de mandato judicial y se entiende conferida sin perjuicio de que, en su caso, el Gobernador del Estado asuma por sí mismo la intervención que en dichos actos le corresponde.
b) Intervenir como representante jurídico en los actos en que sea parte el Estado o su Gobierno y suscribir los convenios y contratos relacionados con su patrimonio inmobiliario, en los casos previstos por la Legislación aplicable.
c) Intervenir en defensa del patrimonio del Estado ante todas las instancias y ejercitar las acciones reivindicatorias y de cualquier otra índole que competan al Estado.
d) Representar al Ejecutivo estatal y promover en las Controversias Constitucionales y Acciones de Inconstitucionalidad en las que éste o la Gubernatura sean parte, en términos de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del Artículo 105 y de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como en las investigaciones que ordene el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en uso de la facultad que le confiere el artículo 97 de la Constitución Política Federal.
e) Fungir como Consejero Jurídico del Gobernador del Estado y, en tal carácter, otorgarle apoyo técnico-jurídico en forma permanente y directa.

f) Revisar los instrumentos legales y documentos en general que tenga que suscribir el Gobernador del Estado.
g) Elaborar y revisar los proyectos de iniciativas de leyes y decretos que el Gobernador del Estado presente al Honorable Congreso del Estado.
h) Elaborar y revisar los proyectos de reglamentos, decretos, acuerdos y demás instrumentos jurídicos que deban ser suscritos por el Titular del Poder Ejecutivo.
i) Tramitar los recursos de revisión, revocación, apelación, reconsideración o cualquier otro, que deban ser resueltos, conforme a las leyes y reglamentos, por el Titular del Poder Ejecutivo.
j) Cooperar con las dependencias y entidades de la Administración Pública Paraestatal, en la elaboración de documentos legales y sugerir las estrategias legales en las que intervengan.
k) Emitir opinión jurídica sobre los instrumentos legales que le sean turnados por las dependencias y entidades de la Administración Pública y en las que el Gobernador del Estado intervenga.
l) Coordinar las actividades jurídicas de la Administración Pública Central y Paraestatal del Gobierno del Estado de Oaxaca.
m) Las demás que le confieran las leyes, decretos y reglamentos vigentes en el Estado o las que le sean delegadas por el Titular del Poder Ejecutivo.

Independientemente de que la creación de la Consejería Jurídica del Gobierno del Estado es importante debido a que el gobernador y toda la administración pública contarán con un órgano que de forma especializada les brinde opinión y asesoría jurídica, desde la perspectiva del MP y, es más, desde la propia Constitución, la lectura de la creación de esta Consejería Jurídica debe hacerse considerando que la misma implica la decisión de trasladar estas funciones, que antes correspondían al Procurador General, a otra dependencia, con el objeto de propiciar autonomía en la realización de la actividad de persecución penal. La separación tiende a evitar la atribución a una institución de funciones de naturaleza diversa y borrar la percepción de que entre el gobernador y el procurador, en su papel de consejero, hay un nexo de subordinación que hace imposible hablar de independencia de la Procuraduría de Justicia. Es el principio de autonomía del MP el que explica la creación

de la Consejería Jurídica. Existe, debido a ésto, otra vertiente que también hay que destacar en este proceso de rediseño de la Procuraduría que trajo consigo la reforma constitucional de noviembre de 2007. La eliminación de la atribución de consejero del gobernador que ejercía el Procurador, refuerza la función de acusación que posee como titular del MP[33]. En otras palabras, la sustracción o eliminación de la facultad de asesoría jurídica tiene un efecto positivo: desde ahora la función acusadora es la única que define la naturaleza jurídica del MP (sin desconocer que aún le quedan otras funciones). La institución se contrae a su función principal para especializarse.[34]

7. LA ORGANIZACIÓN INSTITUCIONAL, LA ESPECIALIZACIÓN Y EL PRESUPUESTO.

Hay tres temas muy importantes para el funcionamiento de la Procuraduría de Justicia del Estado y que se regularon en la nueva LOMP: la especialización de los órganos que componen la institución; la reorganización del servicio de procuración de justicia; y el presupuesto asignado a ella. A continuación me referiré brevemente a cada uno de ellos.

7.1 La reorganización de la institución.

La organización de cualquier institución está en relación con las funciones que se le atribuyen. La misma orienta sobre la forma en que se pretende cumplir las mismas con eficiencia, se distribuyen responsabilidades entre los diversos órganos que la componen y, en el caso del MP, la forma en que se aplicará y coordinará la política criminal dispuesta por el legislador. La estructura de la institución la dota de identidad, la diferencia y separa de otras que actúan en el mismo sistema. Hay una inescindible relación entre el modo en que se organiza una

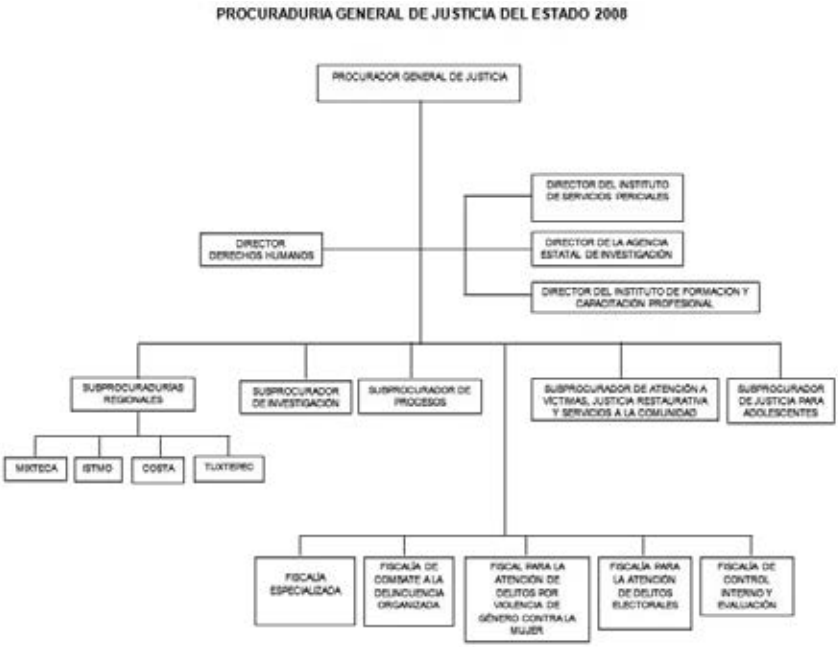
33 Así dice el Dictamen de la iniciativa cuya parte citada está reproducida en García Ramírez (1996: 174–175).

34 Sin embargo, no hay que dejar de considerar que ambos órganos, la Procuraduría y la Consejería, siguen formando parte del Poder Ejecutivo, como expresa Fix-Zamudio (2002: 166) en *Nuevas reflexiones sobre el Ministerio Público*.

institución y las políticas que se tratan de implementar para cumplir con los fines de su creación.

Como he señalado antes, la LOMP del Estado, publicada en el Periódico Oficial del Estado, el 21 de junio de 2008, pretendió reestructurar la institución del MP para cumplir con las funciones que el nuevo sistema acusatorio le impuso. Algunas de las modificaciones efectuadas fueron sólo formales, simples cambios de denominación de las áreas, pero otras efectivamente pretendieron avanzar en la reestructuración de la institución para ponerla acorde con sus nuevas funciones.

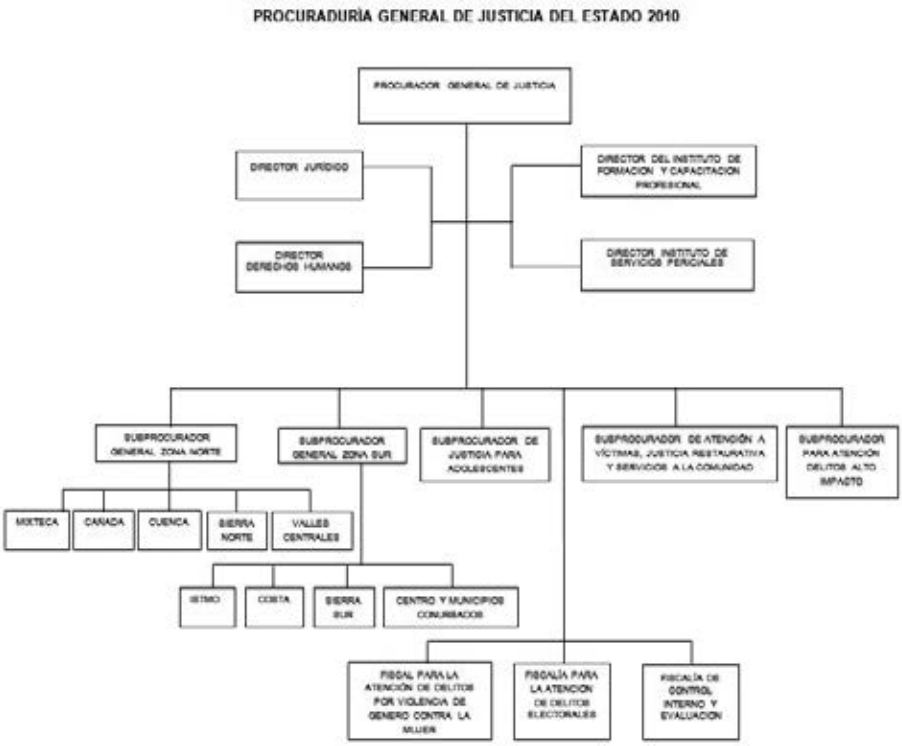
Figura 2: PGJE en 2008.



Ejemplo de lo primero fue la creación, en 2008, de las Subprocuradurías de Investigación y de Procesos que sólo representaron un cambio en la denominación de las Subprocuradurías de Averiguaciones Previas y Consignaciones y Control de Procesos que contemplaba la legislación anterior. En 2010, estas Subprocuradurías se convirtieron en las Subprocuradurías Generales Zona Norte y Zona Sur absorbiendo las funciones de las dos anteriores y combinando dichas atribuciones con la

de vigilar y revisar las investigaciones y procesos llevados a cabo en las subprocuradurías regionales.

Figura 3: PGJE en 2010



En la reorganización de la institución producida por la reforma penal me parece que lo más importante ocurrió en torno a la reordenación territorial del servicio. La nueva Ley conservó las denominadas Subprocuradurías Regionales que deben funcionar en las ocho regiones del Estado (aunque no se ha creado hasta el momento ninguna Unidad Regional más, estando en funciones sólo cuatro) pero cambiando su organización haciendo que las mismas se constituyan por Agencias Locales integradas por un Jefe, agentes del MP, agentes de la policía ministerial, peritos y personal administrativo. Cuando se planteó la conformación de estas agencias se previó que las mismas estuvieran estructuradas de la siguiente forma:

Jjefe, coordinador administrativo, unidad de terminación temprana de causas, unidad a cargo de las investigaciones del anterior sistema mixto y unidad especializada. La siguiente gráfica muestra la idea que se tuvo sobre la conformación de las Agencias locales al publicarse la LOMP de 2008.

Figura 4: Agencias locales del MP

Las funciones que atribuyó la Ley a los Jefes de las Agencias Locales son las siguientes (art.33):

a. Ejercer funciones de Agente del MP en los casos que lo ameriten;
b. Coordinar y supervisar las tareas de los ministerios públicos de sus respectivas circunscripciones, a efecto de hacer más eficiente el ejercicio de sus funciones;
c. Asignar y distribuir, conforme a la reglamentación específica, las causas que ingresen a la circunscripción de su competencia;
d. Ejercer la vigilancia de los integrantes del MP asignados a su Agencia o circunscripción;

e. Procurar la protección y atención de víctimas y testigos, en coordinación con la Subprocuraduría Regional de su adscripción y la Subprocuraduría de Atención a Víctimas, Justicia Restaurativa y Servicios a la Comunidad;
f. Supervisar la gestión del Coordinador Administrativo de la Agencia;
g. Informar al Subprocurador Regional de las gestiones que realicen tanto de los asuntos jurídicos como administrativos; y
h. Llevar a cabo las demás funciones que le asigne la Subprocuraduría Regional, la presente Ley y demás ordenamientos aplicables.

Este modelo de organización, además de acercar el servicio de procuración de justicia a la población, puede incentivar la autonomía técnica en la función de persecución de los delitos, ya que la existencia de órganos en niveles diversos y de funcionarios interrelacionados realizando de forma coordinada su trabajo de investigación permite que en los casos participen diferentes operadores, se propicie una actuación "colectivamente reflexionada", y que las resoluciones adoptadas acaben "siendo el resultado del debate y la contraposición de pareceres en cada uno de los escalones que deben intervenir en una decisión, que son más en cuanto más complicado es el problema" (Conde-Pumpido, 2009: 16).

La nueva normatividad reforzó algunas áreas de la Procuraduría de Justicia con el objeto de fortalecerlas y orientar debidamente la realización de sus funciones. A continuación haré breve referencia a las más importantes.

a. El Instituto de Servicios Periciales.

La Ley Orgánica de 2008 creó el Instituto de Servicios Periciales, que sustituyó a la Dirección de Servicios Periciales que hasta entonces, por lo menos formalmente, estaba adscrita a la Subprocuraduría de Averiguaciones Previas (reforma de marzo de 1993 a la Ley Orgánica de 1983), como un órgano desconcentrado de la Procuraduría de Justicia. Destacan dos cuestiones en la creación de este Instituto. Primero, tuvo el propósito de concentrar en un órgano todas las cuestiones relacionadas con dicha materia y, por ello, absorbió al histórico Consejo Médico Legal del Estado. Y, segundo, su conversión en Instituto pretendió fortalecer sus importantes funciones para conformar un órgano técnico y científico. El 14 de marzo de 2011 se publicó en el POGE el Reglamento interior del Instituto.

b. Instituto de Formación y Capacitación Profesional.

La LOMP creó el Instituto de Formación y Capacitación Profesional que sustituyó a la Academia de Formación Profesional que había sido creada mediante la reforma a la LOPGJ de 9 de mayo de 2000. Se constituyó como un órgano desconcentrado de la Procuraduría, "encargado de la selección, evaluación, capacitación, especialización y actualización del personal de la institución, así como de desarrollar labores de investigación académica" (art.45). En 2010 se incluyó a los integrantes de la Agencia Estatal de Investigaciones. El 14 de marzo de 2009 se publicó el Reglamento de este Instituto.

c. La Agencia Estatal de Investigaciones.

La Ley de 2008 creó la Agencia Estatal de Investigaciones en sustitución de la Policía Ministerial del Estado y la definió como "la corporación que, bajo el mando y supervisión del MP, investiga los delitos, ejecuta las órdenes de aprehensión, determinaciones judiciales y cumple los acuerdos que aquel dicta" (art.43). El legislador oaxaqueño trató, por un lado, de asegurar la vinculación de la Agencia Estatal con la Procuraduría de Justicia y, por ello, confió al Procurador General el nombramiento del Director de aquélla; y, por otro lado, reafirmó la dirección funcional del MP sobre la policía al establecer, en el tercer párrafo del artículo señalado, que "las labores de investigación que realicen los integrantes de la Agencia Estatal de Investigaciones serán dirigidas por el MP, sin perjuicio de la autoridad administrativa a la que estén sometidas y de las facultades que la normatividad en la materia les concede para la investigación de los hechos. Su actividad se orientará por las instrucciones de carácter general y particular que este emita y bajo los principios de legalidad, lealtad, honestidad, eficiencia, eficacia y reserva".

El modelo anterior cambió con la expedición de la Ley de Seguridad Pública del Estado el 12 de septiembre de 2008. Esta concentró a todas las corporaciones policiacas en la Secretaría de Seguridad Pública, por lo que la Agencia Estatal de Investigaciones pasó a formar parte de la Policía Estatal dependiente de aquélla. El objetivo fue la unificación de los cuerpos de policía en un sólo mando. Al efecto, el artículo sexto transitorio de esta Ley estableció: "a fin de fortalecer las funciones persecutorias y de investigación de los Cuerpos Policiales, y coadyuvar con ello a hacer más efectivo y expedito el cumplimiento de los mandamientos judiciales;

los haberes, plazas y demás recursos humanos, financieros, tecnológicos y materiales de la Agencia Estatal de Investigación dependiente de la PGJE, pasarán de manera inmediata, a formar parte de la Policía Estatal; con excepción del personal no operativo adscrito y habilitado en áreas auxiliares de la Procuraduría".

No puedo ahora abundar en las consecuencias de la unificación de los cuerpos policiales efectuada en Oaxaca, pero puedo asegurar que, por diversas razones, la experiencia no fue positiva en cuanto a la relación entre la Procuraduría de Justicia y la Agencia Estatal de Investigaciones. Esto, claro está, afectó seriamente la actividad de investigación de los delitos. Por ello, uno de los principales objetivos de la reforma a la LOMP de 2 de octubre de 2010 fue fortalecer la dirección funcional del MP sobre la policía en virtud de la mala experiencia que el modelo implementado estaba teniendo en la práctica. Tres normas, relacionadas con los problemas que habían surgido en dicha relación, destacan para lograr lo anterior: a) se estableció la obligación de todos los elementos de la policía de informar permanentemente al MP de todos los avances y resultados de las investigaciones que realizaran; b) se consagró la obligación de establecer mecanismos y métodos operativos expeditos para lograr que entre el MP y la Agencia Estatal de Investigaciones exista una comunicación fluida, directa y permanente en todo lo relativo a la investigación de los delitos; y, c) se señaló que en caso de incumplimiento de las obligaciones anteriores, los miembros de las instituciones policiales serían acreedores a las sanciones establecidas en el art.125 del Código Procesal Penal del Estado[35].

Con la misma finalidad, la reforma que comentamos creó la Comisión Interna de Planeación, Seguimiento y Evaluación, integrada por el Procurador General de Justicia, cuatro subprocuradores, el titular de la Unidad Policial de Acción Inmediata, el titular de la Agencia Estatal de Investigaciones y tres servidores públicos designados por éste y el

35 El art.125 del CPP dice: "Los policías que infrinjan disposiciones legales o reglamentarias, omitan o retarden la ejecución de un acto propio de sus funciones de investigación o lo cumplan negligentemente, serán sancionados según su ley orgánica. Cuando actúen bajo instrucciones del MP y no sea la policía que dependa de él, el Procurador General de Justicia del Estado podrá solicitar a la autoridad competente la aplicación de las sanciones ahí previstas cuando las autoridades policiales no cumplan con su potestad disciplinaria. Los jueces tendrán las mismas atribuciones cuando los funcionarios policiales actúen por su orden o bajo su supervisión".

Director del Instituto de Formación y Capacitación Profesional, quien fungiría como Secretario Técnico de dicha Comisión. Sus funciones son las siguientes (art.44):

a. Evaluar las labores de investigación de la Agencia Estatal de Investigaciones y de la Unidad Policial de Acción Inmediata;
b. Establecer planes y políticas en materia de investigación de delitos; y,
c. Realizar programas de capacitación sobre conocimientos especializados y estrategias para la investigación de delitos.

La mala experiencia de coordinación entre la Procuraduría de Justicia y la Agencia Estatal de Investigaciones empujó también la creación de la Unidad Policial de Acción Inmediata, la cual, bajo el mando directo del Procurador, realizaría la investigación de los delitos y persecución de los delincuentes que éste directamente le encargara (art.43 bis de la Ley).

7.2 Especialización

Con respecto a este tema, la Ley Orgánica ha ordenado la existencia de ciertas áreas especializadas siguiendo la tendencia iniciada por la anterior legislación. Los criterios adoptados al respecto son: la calidad de los sujetos involucrados en las indagatorias, el tipo de delito cometido y el tipo de procedimiento de investigación que se desahoga para llevar a juicio a una persona. Aquí hay que resaltar que, realmente, la nueva Ley Orgánica no avanzó en la especialización ya que muchas de las áreas especializadas que se consagraron en 2008 en la nueva Ley estaban reguladas anteriormente.

a. La Subprocuraduría Especializada en Adolescentes.

El 30 de diciembre de 2006 se reformó la LOPGJE para incorporar en la estructura de la Procuraduría de Justicia del Estado a la Fiscalía Especializada en Adolescentes y responder a la creación del sistema de justicia para adolescentes efectuado mediante la Ley especializada en la materia publicada en el POGE el 16 de septiembre de 2006 y vigente desde el 1 de enero de 2007. Se adicionó a la Ley el Capítulo IV (6) Bis y en el artículo 28 (9) Bis se señaló que la Fiscalía, con autonomía técnica para realizar sus funciones, tendría la siguiente estructura:

a. Un agente especializado jefe de la Fiscalía;
b. Agentes del MP;
c. Policía Ministerial (grupo especializado en adolescentes);
d. Facilitadores (mediadores y conciliadores);
e. Peritos, y,
f. Auxiliares administrativos.

Con la Ley Orgánica de 2008 la Fiscalía se convirtió en Subprocuraduría.

b. Subprocuraduría para la Atención de Delitos de Alto Impacto.

Esta Subprocuraduría se creó con la reforma a la Ley Orgánica de 2 de octubre de 2010 y sustituyó a la Fiscalía Especializada en Delincuencia Organizada, cuya existencia se había formalizado en la Ley de 2008 pero que ya existía desde años atrás, conociendo en la práctica de los delitos de secuestro, homicidios dolosos perpetrados en valles centrales, robo de vehículos, extorsiones y fraudes telefónicos.

c. Fiscalía de Control Interno y Evaluación.

Con la nueva Ley del MP se creó la Fiscalía de Control Interno y Evaluación que sustituyó a la Subprocuraduría de Asuntos Internos que se había creado en 2004 en sustitución de la subprocuraduría Metropolitana (POGE, 2 de octubre). Las atribuciones que le fueron asignadas fueron muy diversas, pero me parece que se pueden resumir en dos: investigar los hechos ilícitos y faltas administrativas en los que el implicado fuera un servidor público de la institución del MP; y planear, organizar, programar, coordinar, vigilar, controlar y evaluar las actividades y el funcionamiento interno de la Procuraduría de Justicia (art.41).

d. Fiscalía de Investigaciones en Delitos de Trascendencia Social.

Se creó mediante Acuerdo del gobernador del Estado publicado el 18 de febrero de 2011. Su ámbito de acción lo constituye "el esclarecimiento de aquellos hechos presumiblemente constitutivos de delito acontecidos en nuestro territorio estatal, que por la trascendencia y conmoción social afectaron gravemente al entamado social que conforma la entidad oaxaqueña y, de manera primaria, los homicidios dolosos cometidos contra identificados actores sociales y políticos de nuestra entidad".

e. Fiscalía para la Atención de Delitos de Violencia de Género contra la Mujer.

Esta Fiscalía se creó mediante Acuerdo publicado en el POGE el 28 de mayo de 2005. Según la nueva Ley Orgánica (2008), su función principal es conocer, vigilar y revisar las investigaciones relacionadas con los delitos de lesiones y homicidios dolosos en contra de mujeres, delitos contra la libertad, seguridad y normal desarrollo psicosexual, violencia intrafamiliar, aborto sin consentimiento, corrupción de menores, incapaces y pornografía infantil, así como la privación ilegal de la libertad con fines sexuales.

f. Fiscalía para la Atención de Delitos Electorales.

Esta Fiscalía se creó mediante reforma a la LOPGJE (1983), publicada el 15 de julio de 1995. Según la nueva Ley su ámbito de competencia es, principalmente, "conocer, vigilar y revisar hasta su conclusión las investigaciones que se presenten sobre hechos que puedan constituir algún delito electoral" (art.38 fracción I).

g. La Subprocuraduría de Atención a Víctimas, Justicia Restaurativa y Servicios a la Comunidad.

Mención especial requiere la creación de esta Subprocuraduría que respondió a la necesidad de crear un área especializada en la Procuraduría para atender a las víctimas de los delitos, actividad de gran importancia en el nuevo sistema acusatorio. Esto no quiere decir que antes, como vamos a ver a continuación, no se haya iniciado la labor de atender a las víctimas de los delitos. Es sólo que con la nueva Ley esta función adquirió la máxima importancia dentro de la institución e impactó en la organización de la forma de prestar el servicio. Al efecto, se agruparon en un sólo órgano, esta nueva función, la de servicios a la comunidad y la de justicia restaurativa que se habían creado años antes.

La Dirección de Servicios a la Comunidad se creó mediante una modificación a la Ley Orgánica de la Procuraduría de Justicia de 1983, efectuada el 13 de marzo de 1993 (El texto original de esta Ley había establecido un Departamento de Servicios Sociales y Participación Ciudadana [arts.43 y 44] para cumplir con varios objetivos, entre ellos: orientar jurídicamente a la población; promover su participación en el

ámbito de la justicia; desarrollar programas de prevención del delito; y, sobre todo, atender a las víctimas del delito.)

El 18 de agosto de 2007 se publicó el Decreto de creación del Centro de Justicia Restaurativa de la PGJE, mismo que surgió con el objetivo de "contribuir a la solución de los conflictos legales en materias de responsabilidad juvenil, penal, civil, familiar, mediante el uso de formas y técnicas alternativas al control judicial" (art.1). Se integró a la Dirección de Servicios a la Comunidad y se constituyó mediante tres áreas: los departamentos de conciliación, de mediación y de justicia restaurativa. En la misma fecha se publicó su Reglamento de Organización.

Las tres funciones que en general se atribuyeron a esta Subprocuraduría son muy importantes para el nuevo sistema. Concretamente el artículo 27 le atribuyó las siguientes funciones:

a. Vigilar la adecuada implementación de los programas del centro de justicia restaurativa;
b. Brindar a la víctima y a sus familiares la asesoría legal que les permita conocer y ejercer sus derechos dentro del proceso penal.
c. Coordinar la atención y protección que se otorgue a víctimas, sus familiares y testigos en la comisión de un delito. Con la reforma de 2 de octubre de 2010 se aclaró que la atención que se debe prestar es la médica y psicológica de urgencia y que la institución tiene la obligación de efectuar programas de protección a testigos. Esta facultad quedó redactada de la siguiente manera: "coordinar la atención médica y psicológica de urgencia a las víctimas del delito, sus familiares, así como la protección a testigos".
d. Definir, promover y desarrollar programas de prevención del delito;
e. Celebrar convenios de colaboración con organismos e instituciones de carácter público y privado, para el mejor desempeño de sus funciones; y
f. Las demás que la Ley y otros ordenamientos aplicables le confieran.

Lo importante es señalar que estas unidades especializadas, que condicionan o guían la organización de la institución, responden a las preocupaciones que sobre la criminalidad priorizan Estado y sociedad y al objetivo del sistema de concentrarse en los casos más graves, hacer eficiente el servicio de procuración de justicia y expeditos los procesos

judiciales, evitar la impunidad, avanzar en el trato igual de todas las personas (A este argumento se aludió cuando se creó la FEADCM.), por lo que en su integración (abogados y demás personal preparado en las materias respectivas) está el elemento que se espera aumente la calidad del trabajo desempeñado para enfrentar efectivamente a la delincuencia. (Por ello, es tan importante que estas unidades cuenten con suficientes recursos humanos y materiales).

La creación de áreas especializadas también puede contribuir a incrementar la autonomía funcional de los ministerios públicos ya que, además de los controles internos y los criterios objetivos a los que estarán sujetos y que, como hemos dicho antes, inevitablemente deben regularse o dictarse, el conocimiento especializado, que no tendrán otros integrantes de la organización, los dotará de un amplio margen de libertad para decidir. De esta manera, la autonomía funcional del MP se fortalece "a través de un principio tan elemental como es el de que las decisiones técnicas sean tomadas con criterios técnicos por personas cuya formación superior opera como garantía frente a cualquier injerencia" (Conde-Pumpido, 2008). La profesionalización, la coordinación o comunicación constante y fluida entre los agentes que conocen de las mismas materias y la supervisión permanente y estrecha de la forma en que realizan su función por parte de los superiores son elementos dirigidos a fortalecer la autonomía (Conde-Pumpido, 2008).

7.3 El presupuesto

Con respecto al presupuesto, la nueva LOMP señala que éste [el procurador] lo "administrará de manera autónoma", determinando sus prioridades "de acuerdo con sus requerimientos y necesidades" (art.4, segundo párrafo). Esto, como se puede comprender, no significa la consagración de la autonomía financiera de la institución, lo que se confirma si se aprecia la fracción XXII del artículo 20 de la Ley que señala como facultad del Procurador "proponer al titular del Poder Ejecutivo el presupuesto de egresos de la Institución". El Procurador tiene la facultad de elaborar y proponer un proyecto de presupuesto no directamente al Legislativo sino a través del Ejecutivo y, una vez aprobado por aquél, ejercer su administración. Esto indica que el Poder Ejecutivo es quien define realmente el presupuesto de la institución. Lo que se le reconoce al órgano de persecución penal es autonomía en la gestión del presupuesto,

es decir, su administración y ejecución. Aunque no podemos decir que sto sea lo óptimo, nos parece que esta facultad le permitirá fijar prioridades y distribuir el presupuesto de acuerdo con sus políticas de persecución, lo que es muy importante ya que en muchas ocasiones una defectuosa fijación de prioridades o administración de los recursos o gestión de la carga de trabajo es la causa por la que el presupuesto sea contemplado como exiguo y los resultados de la labor efectuada no sean los mejores. La facultad de administración que le concede la ley al Procurador General, lo hace responsable de ahondar los mecanismos de transparencia, publicidad y rendición de cuentas.

8. PALABRAS FINALES.

La reforma penal obliga a replantear muchos de los temas que forman parte del sistema de justicia entre ellos, el de la autonomía del MP. Esta reformulación debe ser conducida por los principios del sistema acusatorio, pero, sobre todo, por los postulados del Estado constitucional ya que, como ha sucedido desde su creación, al acusador estatal lo acompañan y condicionan las nociones de justicia y libertad. En esta virtud, no sólo las normas procesales imponen exigencias a la reconstrucción de las instituciones que forman parte de la justicia penal, sino también al entendimiento que tengamos del papel del Estado y el funcionamiento del sistema político. El nuevo proceso penal necesita y reclama un contexto extraprocesal también renovado.

La reforma al sistema procesal penal en Oaxaca, y en México, implica un cambio cultural de gran relieve que supone agentes del MP operando en un contexto distinto, a través de nuevas pautas, con mentalidad renovada y actitud diferente. Pero esta nueva cultura conlleva un proceso de modificación de hábitos, prácticas y destrezas. Si tomamos en cuenta la realidad en la que operan los sistemas de procuración de justicia, este nuevo sistema requerirá un esfuerzo previo y de mediano plazo sin el cual no podrán instalarse en el colectivo un ordenamiento jurídico que proteja la actuación de los agentes, garantizándoles su capacitación, especialización y permanencia ante los embates provenientes de las esferas políticas, y un Estado, principalmente jueces y órganos administrativos, dispuesto a hacer realidad los principios que conformen su estatuto. Sólo

así el MP será en la República, no sólo defensor, sino además artífice del estado de derecho.

REFERENCIAS

AGUIAR, Azul (2009). Democracia sin Estado de Derecho. El Ministerio Público en México. *El Cotidiano*, núm.153, México.

ANDRÉS Ibáñez, Perfecto (1992). Ni Fiscal instructor ni Habermas "procesalista" (a pesar de Vives Antón). *Jueces para la Democracia*, núms.16–17, Madrid.

BINDER, Alberto (2008). Ministerio Público como gestor de intereses: ubicación orgánica e independencia. *Ministerio Público,* num.6. República Dominicana: Órgano de difusión de la Procuraduría General de la República.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang (2000). *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia.* De Agapito S., R. (Tr.). Madrid: Trotta.

BOVINO, Alberto (1998). El Ministerio Público en el proceso de reforma de la justicia penal de América Latina. Ponencia presentada al *II Seminario sobre la reforma de la administración de justicia penal en América Latina*. Santiago: Universidad Diego Portales.

_____(2005). Ministerio Público y Poder Ejecutivo. *Justicia Penal y Derechos Humanos*, Bovino, A., & Hurtado C. Buenos Aires: Editores del Puerto.

CAFFERATA Nores, José I. (2000). Ministerio Público Fiscal: perfil funcional, situación institucional y persecución penal (en la nueva legislación argentina). *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

CARBONELL, Miguel (2007). ¿Nueva Constitución o reforma del Estado? *Metapolítica*, núm.56, México.

_____(2004). Reflexiones sobre el monopolio de la acción penal y la autonomía del Ministerio Público. *Retos y Perspectivas de la Procuración de Justicia en México*. México: UNAM.

CÁRDENAS Gracía, Jaime (2007). La ubicación constitucional del Ministerio Público. México: UNAM-IIJ; Senado de la República LVI Legislatura.

CARPIZO, Jorge (2004). El Ministerio Fiscal como órgano constitucional autónomo. REP, num.125, Madrid.

_____ (2006) El Ministerio Público chiapaneco como órgano constitucional autónomo. *Cuestiones Constitucionales, Núm. 14, enero–junio.*

_____ (2007) *Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina.* México: UNAM-IIJ.

CARRILLO Florez, Fernando (2006). Instituciones democráticas de rendición de cuentas en América Latina: diseño legal y desempeño real. *La política importa. Democracia y Desarrollo en América Latina*. Payne, J.M., Zovatto, D. & G., Mateo D,. G.M. (Coord.). Washington: BID-Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral.

CASTRO, Juventino V. (1996). *El Ministerio Público en México.* Novena edición, México: Porrúa.

CERLETTI, Marco L., y Folgueiro, Hernán L. (2003). Ministerio Público en el nuevo Código procesal de la Nación. *El Ministerio Público en el proceso penal.* Argentina: Ad-Hoc.

CIDH (1998). *Informe sobre la situación de derechos humanos en México.* OEA/Ser.L/V/II.100. Doc. 7 rev. 1. Septiembre 24. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

CONDE-PUMPIDO Touron, Cándido (2008). La autonomía de la Fiscalía General del Estado y las reformas en la configuración del Ministerio Fiscal. Conferencia impartida en el Curso de Verano *La Justicia en el Siglo XXI: las reformas necesarias.* 16 de julio. Madrid: Universidad Complutense.

CONDE-PUMPIDO Touron, Cándido (2009). El Ministerio Fiscal español. Conferencia impartida en el *Curso de Especialización en Derecho de la Universidad de Salamanca*, el 12 de enero.

DIEZ-PICAZO, Luis María (2000). *El poder de acusar. Ministerio Fiscal y Constitucionalismo.* Barcelona: Ariel.

_____(2002). El Fiscal General del Estado y el caso Ercros. *Teoría y Realidad Constitucional*, núms.8–9, Madrid.

DUCE, Mauricio (2001). ¿Qué significa un Ministerio Público autónomo?: problemas y perspectivas en el caso chileno. *Apuntes de Derecho* nº 9. Santiago: Universidad Diego Portales.

_____(2005). El Ministerio Público en la reforma procesal penal en América Latina: visión general acerca del estado de los cambios. *Sistemas Judiciales*, Nº8 - Posibilidades y Límites de la Comparación en los Sistemas Judiciales de las Américas. INECIP – CEJA.

DUCE, J.M. & Riego C. (2005). *Desafíos del Ministerio Público fiscal en América Latina.* Chile: CEJA.

_____ 2007). *Proceso penal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

FERRAJOLI, Luigi (2006). *Garantías y derecho penal.* Aguascalientes: Comisión Estatal de Derechos Humanos.

_____(2009). Los retos de la procuración de justicia en un mundo globalizado. México: *Instituto de Formación Profesional de la PGJDF*, núm.9.

FIX-ZAMUDIO, Héctor (2002). *Función constitucional del Ministerio Público. Tres ensayos y un epílogo.* México: UNAM.

_____ (2004). Presente y futuro del Ministerio Público en México. *Retos y Perspectivas de la Procuración de Justicia en México*. Carbonell, M. (Coord.). México: UNAM.

GARCÍA García, M. de los A. (1992). La mediatización del Ministerio Fiscal por el Poder Ejecutivo. *Jueces para la Democracia*, núm.15, Madrid.

GARCÍA Morillo, Joaquín (1998) La legitimación democrática del Ministerio Fiscal. *Claves*, num.85, Madrid.

GARCÍA Ramírez, S (1996). *Bases constitucionales del Ministerio Público*", *Poder Judicial y MP.* México: Porrúa.

_____(2002). A manera de prologo. La obra de Fix-Zamudio y la Institución del MP. *Función constitucional del Ministerio Público. Tres ensayos y un epílogo.* México: UNAM.

_____(2003). Comentario. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y Concordada,* Tomo I, decimoséptima edición. México: UNAM-Porrúa.

_____(2004). Procuración de justicia y regulación penal de la delincuencia organizada. *Retos y Perspectivas de la Procuración de Justicia en México*. Carbonell, M. (Coord.). México: UNAM.

GARRO, Alejandro (1989). La intervención del Congreso y el Poder Judicial en la designación de fiscales independientes del poder ejecutivo: la separación de poderes y los contrapesos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado.* Año XXII, Num. 64, Enero–Abril. México: UNAM.

HORVITZ L., M.I. & López M.,J. (s/f). *Derecho Procesal Penal chileno.* Tomo I. Chile: Editorial Jurídica de Chile.

ICESI (2005). *Propuesta de reforma constitucional para otorgar independencia al MP y crear su Consejo.* México: Instituto Ciudadano de Estudios sobre la Inseguridad A.C. (ICESI).

MAIER, Julio B.J., (2003). *Derecho procesal penal. II. Parte general. Sujetos procesales.* Buenos Aires: Editores del Puerto.

PEREIRA Anabalón, Hugo (2008). Naturaleza del Ministerio Público y sus funciones. *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional*, Tomo XII, *Ministerio Público, contencioso administrativo y actividad jurídica.* México: UNAM-IIJ.

ROXIN, Claus (2004). La posición jurídica de la Fiscalía: ayer y hoy. *Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Pena.* Guerreto P., O. (Tr.). Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores.

RUSCONI, Maximiliano A. (2004). Luces y sombras en la relación "política criminal-Ministerio Público. *Jus Semper Loquitur*, num.44, México: Tribunal Superior de Justicia de Oaxaca.

SARRE, Miguel (2008). Perspectivas de cambio con el nuevo proceso penal ordinario. *El Sistema de Justicia Penal en México: Retos y Perspectivas*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.

VASCONCELOS Méndez, Rubén (2007). El Ministerio Público en Oaxaca: el Decreto de 1920 y la dificultades de su creación en el Estado. *Revista del H. Tribunal Superior de Justicia del Estado de Oaxaca*, num.56.

La implementación de los métodos alternos de solución de controversias conforme a la reforma procesal constitucional en México, Parte II*

*Francisco Javier Gorjón Gómez***

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los objetivos básicos de la presente investigación es identificar el grado de avance de los métodos alternos de solución de conflictos (MASC), tomando como punto de referencia los principios de la reforma procesal constitucional penal, la cual generó una sinergia en favor de los MASC al momento de reformar el artículo 17 (García R., S., 2010), aunque la mayoría de las leyes actuales de MASC surgen antes del 2008. Sin embargo, el alcance no se limita sólo a conocer las diversas leyes que preven los MASC, en especial la mediación, sino que también propondrá los elementos que una ley debe contener y sus alcances, considerando las características de los MASC y la reforma, ya que Introduce un sistema acusatorio penal diametralmente diferente

* A este trabajo le antecede "The implementation of alternative of dispute resolution according the constitutional procedural reform in Mexico": 2010.1. Preliminary report. (Gorjón, 2011b).

** Miembro del Sistema Nacional de Investigadores Nivel 1; Líder del CA Consolidado Derecho Comparado; Coordinador de la LGAC MASC del Centro Investigación de Tecnología Jurídica y Criminológica. Perfil Promep; Director General de Posgrado de la UANL. Para el desarrollo del presente proyecto se contó con el apoyo de los becarios Conacyt Arnulfo Sánchez García, Kame Gerardo González Granados y Yareni Varinia Villarreal Camero.

al anterior, visualizando a la mediación como un elemento *sine qua non,* clave del proceso, y traduciéndose los acuerdos de mediación en acuerdos reparatorios (Zamora, 2001). Esto genera un cambio disruptivo, la transición de un sistema escrito a un sistema oral, caracterizado por su eficiencia, economía, transparencia, contradicción, continuidad e inmediación.

La reforma ha avanzando en algunos estados eficientemente, como es el caso de Nuevo León desde el 2004 (García H., C., 2005) y Guanajuato ahora recientemente en 2011, donde reformas al código penal entraron en vigor el primero de septiembre, y han seguido la tendencia de hacer menos formal el proceso oral a través de la conciliación (mediación); esto implica prever la conciliación en cualquier momento del proceso (Hidalgo, 2010). Sin embargo, este precepto desborda el alcance de esta etapa de la investigación, por lo que nos concentraremos en el análisis de los MASC en forma general.

2. LAS CONSTITUCIONES ESTATALES Y LOS MASC EN MÉXICO

El presente apartado responde a la necesidad de conocer de manera puntual las iniciativas locales de constituciones específicas en los Estados que marcan el alcance global de esta investigación. Dicho apartado se encuentra plenamente reportado en la primera parte de esta investigación. Sin embargo, consideramos básico conservarlo en este segundo reporte para que el lector o futuro evaluador contextualice temporal y situacionalmente la aplicabilidad de los indicadores y pueda valorar que no en todos los casos existe constitución y ley especifica en el mismo lugar, concluyendo *prima facie* que no se requiere de una reforma constitucional local para la operación de los MASC.

Las Constituciones Estatales que actualmente prevén los MASC son: Nuevo León, Baja California, Oaxaca, Guanajuato, Chiapas, Coahuila, Colima, Durango, Hidalgo, Michoacán, Nayarit, Veracruz, Quintana Roo, Yucatán y Jalisco.

Actualmente estas 15 constituciones contemplan a los MASC, en específico a la mediación, como una forma en la que los particulares podrán resolver sus conflictos, facilitando la vía con apoyo de los diferentes

tribunales superiores de justicia y las procuradurías. Más que una situación garantista podemos considerar ésta como una acción culturizadora.

La Constitución del Estado de **Nuevo León** señala en su artículo 16: "Toda persona en el Estado tiene derecho a resolver sus diferencias mediante métodos alternos para la solución de conflictos, en la forma y términos establecidos por la Ley. En la materia penal la leyes regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial …".

La Constitución de **Baja California** señala en su artículo 7: "Las personas tendrán derecho a acceder a los medios alternativos de justicia para resolver sus controversias, en la forma y términos establecidos por las leyes respectivas …".

La Constitución de **Oaxaca** señala en su artículo 11: "Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por los tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial sin perjuicio de los centros de mediación y justicia alternativa que puedan crearse por las autoridades. El servicio tanto de los tribunales como de los centros de mediación o justicia alternativa mencionados, será gratuito, quedando en consecuencia, prohibidas las costas por estos servicios …".

La Constitución de **Guanajuato** señala en el art.3 párrafo segundo y tercero que:

> La Ley establecerá y regulará la mediación y la conciliación como medios alternativos para la resolución de las controversias entre los particulares, respecto a derechos de los cuales tengan libre disposición.
>
> La mediación y la conciliación se regirán bajo los principios de equidad, imparcialidad, rapidez, profesionalismo y confidencialidad. El Poder Judicial contará con un órgano de mediación y conciliación el cual actuará en forma gratuita y a petición de parte interesada. Dicho órgano tendrá la organización, atribuciones y funcionamiento que prevea la Ley.

La Constitución de **Chiapas** establece en su artículo 49:

> Corresponde al Poder Judicial garantizar el derecho a que se imparta justicia de manera pronta, completa, gratuita e imparcial … La impartición de justicia en Chiapas, contará también con medios alternativos para la resolución de controversias de derechos sobre los cuales, los particulares puedan disponer libremente, sin afectar el orden público y valiéndose de la autonomía de la voluntad y la libertad contractual.

En su artículo 54 dispone:

> El Código de Organización Judicial del Estado establecerá las bases del sistema institucional para la selección … El Poder Judicial del Estado contará con un órgano de mediación, conciliación y arbitraje denominado Centro Estatal de Justicia Alternativa, el cual actuará bajo los principios de equidad, imparcialidad, rapidez, profesionalismo, confidencialidad y gratuidad …

La Constitución de **Coahuila** en su artículo 154 Fracción IV, a su vez dispone que: "Se establecerá un sistema de justicia alternativa, a través de la mediación, conciliación, arbitraje o cualquier otro medio de solución alterno para resolver las controversias entre particulares".

La Constitución de **Colima** señala en su artículo 1 fracción VII párrafo segundo: "Asimismo tiene derecho, en la forma y términos que establezca la ley, a resolver sus controversias de carácter jurídico a través de la justicia alternativa, mediante procedimientos no jurisdiccionales".

La Constitución de **Durango** establece en su artículo 6 Cuarto párrafo: "Las personas podrán acudir a los mecanismos alternativos de solución de controversias que prevean las leyes, para resolver sus conflictos de común acuerdo".

La Constitución de **Hidalgo** señala en su artículo 9 Tercer párrafo: "El Estado regulará un Sistema de Justicia Alternativa, cuyo servicio también será gratuito".

La Constitución de **Michoacán** preve en su artículo 93 tercer párrafo: "Toda persona está en libertad para terminar sus diferencias con otra, ya sea por convenio o por medio de árbitro o mediador, aun cuando se haya sometido a juicio y sea cual fuere el estado que éste guarde".

La Constitución de **Nayarit** igualmente señala en su artículo 81 cuarto párrafo: "La ley establecerá los términos y condiciones para la solución de conflictos mediante procedimientos alternativos de justicia y juicios orales".

La Constitución de **Veracruz** considera en su artículo 63: "Toda persona en el Estado tiene derecho, en la forma y términos establecidos por la ley, a resolver sus diferencias mediante la intervención de árbitros o mediadores, la que podrá tener lugar antes de iniciarse un juicio o durante su tramitación".

La Constitución de **Quintana Roo** establece en dos artículos los MASC. El articulo 7 que establece:

> Todos los habitantes del Estado de Quintana Roo tienen derecho, en la forma y términos establecidos por esta Constitución y la ley, a resolver sus controversias de carácter jurídico, mediante la conciliación, la que podrá tener lugar antes de iniciarse un juicio o durante su tramitación. Cuando los interesados así lo determinen, habrá lugar a la conciliación en la fase de ejecución.

El artículo 97 por su parte señala:

> El Poder Judicial del Estado, tendrá la obligación de proporcionar a los particulares, los medios alternativos de solución a sus controversias jurídicas, tales como la conciliación o el arbitraje, de acuerdo a procedimientos de mediación, así como los procedimientos y eficacia de sus acuerdos y resoluciones.

La Constitución de **Yucatán** establece en su artículo 2:

> El Estado garantizará al pueblo maya la aplicación de sus propias formas de regulación para la solución de conflictos internos, como medio alternativo de justicia; sujetándose a los principios jurídicos de oralidad, publicidad, inmediación, contradicción, economía y concentración, con pleno respeto a sus derechos y garantías y de manera relevante, la dignidad de las mujeres, sin contravenir las leyes vigentes.

La Constitución de **Jalisco** establece en su artículo 56:

> El ejercicio del Poder Judicial se deposita en el Supremo Tribunal de Justicia, en el Tribunal Electoral, en el Tribunal de lo Administrativo, en los juzgados de primera instancia, menores y de paz y jurados. Se compondrá además por dos órganos, el Consejo de la Judicatura del Estado y el Instituto de Justicia Alternativa del Estado.
>
> El Instituto de Justicia Alternativa del Estado es un órgano con autonomía técnica y administrativa encargado de proporcionar el servicio de justicia alternativa, a través de los métodos alternos de resolución de conflictos. El titular será designado por el Congreso del Estado, previa convocatoria a la sociedad en general con exclusión de los partidos políticos, mediante el voto de las dos terceras partes de los diputados presentes y de conformidad con la ley de la materia y deberá cumplir los mismos requisitos para ser magistrado del Supremo Tribunal de Justicia, dará en su encargo cuatro años, pudiendo ser reelecto para un periodo igual y sólo por una ocasión, en igualdad de circunstancias con los demás aspirantes. El Instituto y las sedes regionales, a través de sus titulares, tendrán facultad para elevar a sentencia ejecutoriada los convenios que resuelvan los asuntos que se le presenten. La ley establecerá la competencia, atribuciones y estructura orgánica del Instituto.

Todas las constituciones coinciden en el esquema de la difusión, implementación y culturización de la mediación como un esquema de reparación del daño y otorgamiento del perdón por parte del ofendido al victimario, coincidentes con lo establecido por la reforma.

3. MARCO FEDERAL "LEYES LOCALES DE MASC"

El presente apartado responde a la necesidad de conocer de manera puntual las iniciativas locales de leyes específicas en los estados, lo cual marca el alcance global de esta investigación. Aunque dicho apartado se encuentra plenamente reportado en la primera parte de esta investigación,

consideramos básico conservarlo en este segundo reporte de la investigación para que el lector o futuro evaluador contextualice temporal y situacionalmente la aplicabilidad de los indicadores en cada estado.

Es importante destacar que 19 leyes estatales son nuestro universo específico de leyes MASC hasta diciembre de 2011 De ahí identificamos primordialmente el desorden legislativo que prevalece en nuestro país, ante la existencia de diversos conceptos y contradicciones, bastándonos analizar su denominación para darnos cuenta de ello, tal y como sucedió en el análisis de las 15 constituciones señaladas anteriormente.

- Ley de Justicia Alterativa, 1999. Quintana Roo.
- Ley de Justicia Alternativa, 2003. Colima.
- Ley de Justicia Alternativa. Mayo, 2003. Guanajuato.
- Ley de Mediación, Junio, 2003. Chihuahua, Ley de Justicia Penal Alternativa, 09 dic. 2006.
- Ley de Mediación. Abril, 2004. Oaxaca.
- Ley de Mediación y Conciliación. Diciembre, 2004. Aguascalientes.
- Ley de Métodos Alternos para la Solución de Conflictos. Enero, 2005. Nuevo León.
- Ley de Medios Alternos de Solución de Controversias, Julio, 2005. Coahuila, POC del 12 de julio de 2005.
- Ley de Justicia Alternativa, Julio, 2005. Durango.
- Ley de Medios Alternativos para la Solución de Conflictos. Agosto, 2005. Veracruz.
- Ley de Justicia Alternativa. Enero, 2007. Jalisco.
- Ley que regula el Sistema de Mediación y Conciliación. Abril, 2007. Tlaxcala.
- Ley de Mediación. Agosto, 2007. Tamaulipas.
- Ley de Justicia Alternativa. Octubre, 2007. Baja California.
- Ley de Justicia Alternativa. Enero, 2008. Distrito Federal.
- Ley de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias. Abril, 2008. Sonora.
- Ley de Justicia Alternativa. Marzo, 2009. Chiapas.
- Ley de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias. Julio, 2009. Yucatán.
- Ley de Justicia Alternativa para el Estado de Hidalgo de 22 de junio de 2009.

4. DEFINICIÓN DE LOS INDICADORES GENERALES DE EVALUACIÓN

La intención de la definición de los indicadores de evaluación tiene como propósito conocer su futura aplicación en cuatro facetas: primero, demostrar el problema y comprobar la hipótesis de esta investigación; segundo, identificar la estratificación sistemática para la valoración de leyes MASC; tercero, conocer su aplicabilidad en sentido amplio y cuarto; establecer la definición específica de cada uno de ellos, lo que determinará en posterior etapa el alcance de cada *ítem* a través de cuestionamientos razonados, en pro de una ley MASC *ad hoc*.

Áreas Temáticas*:* La clasificación de los indicadores se ordenó en áreas temáticas en razón de su propia naturaleza considerando el principio del debido proceso, permitiéndonos con ellos valorarlos en razón de su compatibilidad y lógica de operación, identificados por una exegesis racional y del análisis empírico del contexto internacional, apoyados en el método comparado para su estructuración, aglutinando los indicadores en estas áreas temáticas e indicadores específicos, haciendo mas fácil y ordenado su análisis.

4.1.1 Cobertura legal

Los siguientes indicadores identificarán la necesaria cobertura legal que una ley MASC debe de considerar y que le permitirá su correcto accionar de forma integral en todo el sistema legal del estado correspondiente, así como sus mecanismos de difusión y culturización.

4.1.1. Ley específica: El punto de partida de la evaluación del status de los MASC en un Estado será determinado por el indicador de ley específica, el que discrecionalmente defina el contexto situacional, entendiendo que, si no existe una ley específica, los subsiguientes indicadores no tienen valor. Actualmente, 19 Estados de la república cuentan con este *status*.

4.1.2. Fundamento Constitucional: La constitucionalidad de los métodos alternos es de gran relevancia ya que ésta ha permitido la creación de políticas públicas en favor de la implementación de los MASC, representa el punto de partida para la culturización de los MASC en sociedad

y representa la nueva época del sistema judicial en franco tránsito a un sistema conciliar vs el actual sistema adversarial. Sin embargo, en algunos estados, aunque ya existe reforma constitucional, no hay reforma complementaria o bien denominada reforma integral.

4.1.3. Desarrollo de una política pública: El sentido de la reforma del 2008 es claro al establecer que cualitativamente transforma los principios en que se sustentaba el anterior sistema. Empero, la reforma también es considerada cuantitativa al considerar la adecuación de todos los aspectos del sistema judicial (Borrego, 2011). Es por ello, ahora que los MASC forman parte de una política de Estado, necesario considerar la planificación de la implementación de la reforma, derivada del desarrollo de políticas públicas (Navarrete, 2010: 297) impulsadas por el ejecutivo pero materializadas por el poder judicial. De ahí que se deberá evidenciar un proceso de reforma integral.

4.1.4. Vía de Concertación Social: La naturaleza y las características de los MASC les permite operar y transitar en los diferentes estadios sociales. Su multidisciplinariedad e interdisciplinariedad les permiten ser operados por todos los actores sociales involucrados en la construcción de consensos para administrar una sociedad, regularla y sobre todo equilibrarla. Es por ello que sirven de punto de unión para la solución de cualquier tipo de conflicto y la identificación de cualquier tipo de interés en pro de una sociedad más cohesionada en busca del bienestar social como un verdadero ejercicio de la soberanía popular y de participación ciudadana (Contreras, 2002).

4.1.5 Vía de prevención del delito: En el mismo sentido en que los MASC son considerados una vía de concertación social, deben considerarse una vía de prevención del delito, ya que en ellos puede participar toda la sociedad, construyendo consensos y minimizando los conflictos sociales y particulares (Hidalgo, 2010). No podemos considerar a los MASC de forma aislada. Su uso desencadena acciones de prevención, ya que impide que el delito o el conflicto crezca y evita su escalada (González, 1999). Es por ello que su implementación está identificada como una acción del ministerio publico o fiscal y/o del juez. Es de destacar que su uso está igualmente identificado con el desarrollo de centros comunitarios, así

dando origen a la mediación comunitaria, municipal e intercultural, entre otras.

4.1.6. Complemento legal: El desarrollo de los MASC no puede darse de forma aislada a través de una ley específica. Es necesario la creación de leyes complementarias, entendiendo que la aplicación de la mediación puede darse en todas las áreas del derecho, en el mismo sentido que el arbitraje pero de forma más limitada; vgr. arbitraje civil. Al respecto señalaremos algunas de las normativas consideradas como básicas para el desarrollo de los MASC: Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado; Reglamento del Poder Judicial del Estado; Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado; Reglamento de la Procuraduría General del Estado; Ley Orgánica Municipal del Estado; Ley Orgánica del Ministerios Publico; Ley del Proceso Penal; Ley de Justicia Para Adolecentes; Ley de Violencia Intrafamiliar; Código Civil del Estado; Código de Procedimientos Civiles; Código de Procedimiento y Justicia Administrativa para el Estado y Los Municipios; Código Penal; Código de Procedimientos Penales; Reglamento de Policía del Municipio de León; Bando de Policía del Municipio, etc.

4.1.7. Organismo regulador de los MASC: El momento histórico de los MASC requiere del impulso por parte del Estado, entendiendo que los MASC son multidisciplinarios e interdisciplinarios, no siendo una actividad privativa de los abogados. De ahí la necesidad de darle un tratamiento especial, Los MASC son bondadosos, pero mal usados generarían un conflicto grave a nuestro sistema legal. Es por ello necesaria la creación de un organismo regulador que conduzca adecuadamente la implementación y la culturización de estos métodos, tanto en el ámbito privado como en el público (Pastrana, 2009).

4.1.8. Tipos de instituciones administradoras de MASC: Las instituciones administradoras de MASC se clasifican en públicas y privadas. En el primer caso identificamos todas aquéllas que dependen del Estado, a nivel administrativo en los municipios, en secretarías específicas, como programas de apoyo a la ciudadanía, en dependencias federales, como es el caso de la PROFECO, o estatales, como el caso de la COESAMED, en el sistema judicial a través de centros estatales de MASC o en el de

procuración de justicia a través de Módulos de Orientación. En el segundo caso su identificación es más simple tratándose de empresas privadas administradoras o de asociaciones de mediadores.

4.1.9. Acreditación y certificación de prestadores de servicios MASC e instituciones administradoras: Este indicador es de gran relevancia ya que permite la correcta aplicación de estos métodos. Como destacamos, la mediación es una actividad multidisciplinaria, no considerada como una profesión. De ahí que su capacitación es complicada a través de esquemas de educación continua, por lo que deberán generarse competencias específicas y técnicas. Es por ello necesaria su validación por un organismo calificado para que los servicios MASC sean adecuados y satisfactorios para todos los usuarios (Lopez-Jurado, 2010: 4). Es necesario que la certificación sea obligatoria por parte del sistema judicial, al igual que la acreditación de las instituciones administradoras, entendiendo que el accionar de estos prestadores de servicios MASC y de estas instituciones generan obligaciones vinculantes entre sus usuarios, obligaciones reconocidas plenamente por nuestro sistema judicial.

4.2 Conceptualización

Los siguientes indicadores identificarán los elementos básicos que una ley MASC debe de considerar y que le permitirá crear una cultura sobre los métodos alternos y considerarlos como herramientas de paz, soportando los conceptos de perdón, reparación del daño, justicia restaurativa en un ámbito social y de concertación social.

4.2.1. Definición: Los métodos alternos deberán estar debidamente definidos en las leyes. Por lo regular, al inicio de cada ley se define en específico cada uno: la negociación, la mediación, la conciliación, y el arbitraje (Gorjón & Saenz, 2011). Hay algunas leyes que definen otros métodos, como es el caso, por ejemplo, de la amigable composición, del mini juicio, del multi puertas (Salazar, 2004). En el caso del arbitraje la legislación de los MASC remite al Código de Procedimientos Civiles. Sin embargo, debería de considerarse dentro de la misma ley MASC para lograr una verdadera operación de los mismos de forma doméstica.

4.2.2. Declaración de principios: Al igual que la conceptualización de cada uno de los MASC en las leyes, también es necesario que se definan los principios en los que se sustentan estos métodos como son: voluntariedad, confidencialidad, imparcialidad, equidad, legalidad, flexibilidad, economía procesal, oralidad (Bardales, 2011). Ello obedece a que no en todos los casos quien instrumenta un procedimiento MASC no sea abogado. De ahí, tiene que comprender cuál es el alcance de su intervención, así como el impacto del acuerdo al que llegan las partes, pudiendo generar en su caso una responsabilidad civil y hasta penal de quienes participan en el procedimiento.

4.2.3. Distingue los diferentes MASC: Algunas leyes están dedicadas exclusivamente a la mediación, como la ley de mediación de Chihuahua de junio de 2003. Sin embargo, la mayoría denominadas leyes de justicia alternativa incluyen generalmente la conciliación y el arbitraje. Es importante destacar que aunque definen conceptualmente dichos procedimientos, no distinguen en cuanto a su implementación, considerando el mismo procedimiento para la mediación como la conciliación, siendo pocos los que unifican en un sólo concepto a ambos. En el caso del arbitraje, se le da un tratamiento diferenciado, remitiendo su regulación a los códigos de procedimientos civiles. De ahí que una de nuestras conclusiones derive al estudio específico del arbitraje civil y su integración a las leyes MASC del país.

4.2.4. Los MASC son considerados herramientas de PAZ: El concepto de paz es muy amplio ya que implica la participación de toda la sociedad en pleno, de todos los sectores sociales. Su impacto es global, pues la paz es un concepto planetario. Igualmente, la mediación, la conciliación y el arbitraje son reconocidos internacionalmente por las principales convenciones internacionales. Sus características y sus bondades están identificadas con el actuar de la paz y son una vía de concertación social que parte de la solución de micro conflictos a macro conflictos (Gorjón & Sáenz, 2011).

4.2.5. Se considera el perdón y la reparación del daño: Los MASC son la herramienta idónea para lograr la reparación del daño, teniendo como instrumento el perdón, concebido de esta manera dentro de la reforma

al artículo 17 constitucional (Díaz, 2010: 35). Esto implica que, ante un suceso previsto dentro de un cátalo delitos, podrá evitarse una acción penal, en la cual el juez determinará el inejercicio de la acción penal (Gorjón & Steele, 2008).

4.2.6. Preven esquemas de justicia restaurativa: Podemos definir a la justicia restaurativa como un proceso en el que participan la víctima, el delincuente, la comunidad y el estado, quienes propenden por la reparación del daño, la justicia y la paz (Mojica, 2005). Representa el inicio de la evolución de la justicia distributiva y de la justicia alternativa. Involucra otras áreas de la ciencia considerando la readaptación social como un fin, el tratamiento de la víctima y del victimario como un objetivo y a la mediación como la vía (Gordillo, 2007), las cuales promueven principalmente el dialogo, la participación de las partes y los acuerdos reparadores (Gordillo, 2007).

4.3 Conceptualización procesal

Los siguientes indicadores identificaran la conceptualización de elementos procesales que una ley MASC debe de considerar y que permitirá su aplicación por los diversos operadores MASC delimitando sus alcances y el accionar de mediadores y árbitros.

4.3.1. Supuestos en que proceden los MASC: La implementación de los métodos alternos se encuentra limitada a la materia de libre disposición por parte de los participantes en un procedimiento MASC, por lo que su determinación se vuelve taxativa dentro de las leyes MASC, o lo establece algún tratado, o se encuentra limitada por leyes procesales determinando que es arbitrable y que no, al igual que todo aquello que no se pueda transar, tampoco podrá mediarse. Considerando de igual manera que lo que sea contrario al orden público podrá someterse a una mediación o arbitraje.

4.3.2. Regula la confidencialidad: La confidencialidad es una de las característica mas importantes de los MASC dado que la confidencialidad evita consecuencias económico sociales (Gorjón & Saenz, 2011), permite mantener la relación entre las partes, y es considerada un elemento de protección del procedimiento mismo, ya que lo ventilado en un

procedimiento que no haya concluido satisfactoriamente no podrá usarse en un juicio y los mediadores no podrán acudir como testigos.

4.3.3. Derechos y obligaciones de mediadores, conciliadores y árbitros: Es fundamental que las leyes consideren los derechos y obligaciones de todos los participantes en un procedimiento MASC, permitan que el procedimiento sea más ordenado, y determinen los alcances y límites de los participantes, pero principalmente que contextualicen el quehacer de las partes permitiendo que los participantes asuman sus roles de acción, garantizando un procedimiento exitoso que concluya en un acuerdo y en la solución del conflicto (Caivano, 1997).

4.3.4. Impedimentos de mediadores, conciliadores y árbitros: Los impedimentos de los prestadores de servicios MASC se vinculan a todas aquellas incompatibilidades que pueden tener los mediadores y/o árbitros, que les impida actuar de forma imparcial, siendo estas causales las mismas que son consideradas para que un juez no conozca de un asunto. Es importante destacar que se deberá de prever mecanismos para que sean los mediadores y árbitros los que determinen su competencia (Merino, 2006).

4.3.5. Derechos y obligaciones de usuarios MASC: Es fundamental que las leyes consideren los derechos y obligaciones de todos los participantes en un procedimiento MASC, permite que el procedimiento sea más ordenado, determinan los alcances y limites de los participantes, pero principalmente contextualiza el quehacer de las partes permitiendo que los participantes asuman sus roles de acción, garantizando un procedimiento exitoso que concluya en un acuerdo y en la solución del conflicto.

4.3.6. Responsabilidad de prestadores de servicios MASC: Es fundamental que toda ley prevea responsabilidad civil y penal para los prestadores de servicios MASC, debido a que ellos se encuentran investidos de poder (Alzate, 2007: 35), controlan el procedimiento y, en razón de su actuar, pueden orientar el procedimiento a beneficiar alguna de las partes, extralimitando su competencia, faltando a los principios que guían todo procedimiento MASC (Castanedo, 2000). En el caso del arbitraje, las

partes le seden sus *potestas*, por lo que el árbitro determina totalmente la solución a través de un laudo.

4.4 Procedimiento

Los siguientes indicadores identifican el procedimiento que una ley MASC debe de considerar conforme a parámetros aceptados internacionalmente, destacando que están homologados independientemente del sistema judicial donde se apliquen.

4.4.1. Distingue procedimiento de mediación y conciliación: La conceptualización de la mediación y conciliación se encuentra presente técnicamente en todas las leyes MASC, al igual que la doctrina también las distingue (Highton, 1998). Sin embargo, existe una ley modelo que unifica dicho concepto en conciliación, y, más aún, hay leyes que lo unifica como mediación. En el mismo sentido entendemos que la distinción deriva del modelo aplicado (Otero, 2007), esto en relación a su concepto, empero, en tratándose del procedimiento este es el mismo.
4.4.2. Partes del procedimiento: Las partes en el procedimiento deberán estar debidamente identificadas, ya que no todas las partes podrán participar en una mediación, conciliación o arbitraje; deberán acreditar su verdadero interés y principalmente gozar de capacidad, reconocida no sólo por las partes participantes, sino también por la ley (Hernan, 2003).

4.4.3. Cláusula compromisoria: Las partes se obligan a someter sus diferencias a través de los métodos alternos, renunciando a hacer valer sus pretensiones ante los jueces, en el mismo sentido que una cláusula o convenio arbitral (Gorjón, 2000). En el caso de la mediación o conciliación, si no se llegase a un acuerdo satisfactorio, se dejarían a salvo sus derechos, siendo obligación del prestador de métodos alternos plasmar constancia de las actuaciones a menos que exista una clausula *medarb*.

4.4.4. Elementos y formalidades del acuerdo: El acuerdo de mediación debe de considerar principalmente el acuerdo al que llegaron las partes. Es por ello que deberá de reunir requisitos mínimos indispensables como son la identificación de las partes, el problema a resolver, el acuerdo al que llegan las partes identificando sus derecho y la obligación de dar o hacer, así como su compromiso a cumplirlo (Aliende, 2002).

4.4.5. *Seguridad Jurídica del acuerdo:* El acuerdo deberá de ser considerado cosa juzgada (Gorjón, 2000). Esto significa que se le reconoce plenamente su validez gozando de una presunción de legalidad *juris tamtum*, siendo éste vinculante, obligatorio y definitivo, permitiendo así que en caso de incumplimiento, puedan las partes solicitar su ejecución a un juez y materializar sus pretensiones (Pérez, 2003).

4.4.6. Auxilio jurisdiccional: Las partes podrán solicitar el auxilio jurisdiccional para poder llevar acabo un procedimiento arbitral, desde el nombramiento de los árbitros, el ofrecimiento de pruebas, medidas precautorias o cautelares, hasta la ejecución misma del laudo. Tratándose del acuerdo de mediación las partes solicitaran al juez su apoyo para poder materializarlo (Lorca, 1997).

4.4.7. Interrupción de la prescripción y caducidad de la instancia: Uno de los esquemas para impulsar el procedimiento de mediación, será que éste interrumpa la prescripción de la acción , entendiendo que esta última es la vía para poder ejercer determinados derechos, que al caducar son inexigibles. Es por ello que, si las partes deciden implementar un procedimiento de mediación, el tiempo que dure no deberá ser considerado para la contabilidad de la temporalidad para el derecho de ejercicio de un derecho y en caso de no llegar a un acuerdo poder ejercer sus derechos vía judicial.

4.4.8. Formas de concluir el procedimiento: Existen diversas formas de terminar con un procedimiento de mediación o conciliación. Principalmente es el acuerdo, pero en el caso del arbitraje es el laudo, lo que significa que el procedimiento fue exitoso. La otra forma es que las partes no hayan logrado ponerse de acuerdo, por lo que una de las partes abandona la mediación o conciliación. En caso del arbitraje, una vez firmado el compromiso arbitral, las partes no podrán abandonar el procedimiento a menos que ambas estén de acuerdo y lo den por terminado (Gorjón & Steele, 2008).

4.4.9. Procedimiento en caso de incumplimiento y vía de ejecución: Se deberá establecer las acciones para el caso de un incumplimiento, que básicamente es una vía de ejecución del acuerdo de mediación,

sometiéndose a un procedimiento de ejecución de sentencias, que en la mayoría de los casos no es totalmente compatible, por lo que debería de establecerse un procedimiento especial, como sucede en el caso del laudo arbitral.

4.4.10. Técnicas: Las diferentes leyes y normas analizadas en el transcurso de la investigación no preven de forma específica las técnicas para solventar los procedimientos, considerando que son parte de las competencias de un prestador de servicios MASC, como por ejemplo la escucha activa, el caucus, el parafraseo, el diseño de estrategias de abordaje a través del zopa (zona de posible acuerdo), entre otras. Empero, son parte fundamental del procedimiento por lo que será obligación de los mediadores-conciliadores conocerlas y aplicarlas.

5. ÁREAS TEMÁTICAS

Las áreas temáticas identificadas en uso actualmente o que son más proclives para la implementación de la mediación son entre otras: penal, civil, familiar, mercantil, justicia para adolecentes, servicios de salud, violencia intrafamiliar, municipal o comunitaria, escolar. Esta variedad deriva del tipo de conflicto a resolver. Es por ello que el prestador de servicios MASC deberá ser un especialista de la mediación correspondiente, no sólo un conocedor de las técnicas de mediación-conciliación que tienen su sustento en la negociación, específicamente en el Modelo Harvard.

De igual manera, el análisis de estas áreas temáticas nos permitirá saber su alcance y conocer los diversos catálogos de conflictos. En el caso de la mediación penal esta situación variía de un Estado a otro; por ejemplo, en el Estado de Nuevo León el catálogo penal se define por todos aquellos delitos perseguidos por querella de parte y todos aquéllos que no excedan 6 años, mismos que representan más del 30% de la carga actual de los juzgados. De igual manera es necesario considerar que el procedimiento oral penal preve la etapa de mediación por lo que el catálogo se puede ampliar; en el caso de Baja California, su catálogo se define por todos aquellos delitos cuyo término medio aritmético sea de 5 años, elevando sustancialmente las posibilidades de aplicación de la mediación.

Tratándose de los catálogos de conflictos familiares y civiles, éstos alcanzan más del 90%, ya que las diversas acciones por su propia naturaleza aceptan previamente negociación. Siguiendo esta misma lógica en el área mercantil, la casi totalidad de los conflictos y su solución aceptan el procedimiento.

limitándose sólo a los conflictos en los que el Estado guarda una tutela específica, considerando el orden público conforme a la *lex fori*. Ya que estas áreas de reserva y el orden público varían en tiempo y espacio, lo que en un país se puede mediar o arbitrar en otro no.

Estas áreas temáticas, aunque se encuentran plenamente identificadas, serán motivo de desarrollo del tercer periodo de la investigación, al igual que el análisis puntual de las peculiaridades de cada ley estatal.

6. ELEMENTOS BÁSICOS PARA LA CREACIÓN DE UNA LEY MASC

Derivado de las conclusiones preliminares arrojadas en la citada investigación previa (Gorjón, 2011b) y conforme a los indicadores, es necesario destacar que los elementos básicos que requiere una ley de MASC son los siguientes:

- Tener respaldo constitucional;
- Establecer una política pública de culturización de los MASC en los planes de desarrollo de los Estados;
- Establecer declaración de principios (comprensión de su esencia por operadores multidisciplinarios);
- Considerar a los MASC como herramientas de paz y concertación social;
- Considerar a los MASC como mecanismos de prevención del delito;
- Obligación de promoción y culturización por operadores MASC (sistema judicial y procuradurías) de instruir a las partes para su uso;
- El sistema judicial debe avalar a los MASC (penal, civil, familiar, mercantil, etc.);
- Promover y aculterar los MASC en todos los niveles del sistema educativo;
- MASC en sede Judicial;

- Promover la administración de los MASC en instituciones privadas o particulares;
- Ampliar la oferta MASC en todos los actores sociales (asociaciones, gremios):
  - Municipal
  - Escolar
  - Gremial
  - Todas las áreas del derecho (civil, familiar, penal, administrativo)
  - Justicia para adolescentes
- Apoyarlos en una reforma integral:
  - Ley específica
  - Reforma de códigos procesales civil y penal
  - Reforma de leyes orgánicas y reglamentos del Poder Judicial y Procuraduría
  - Justicia para adolecentes
  - Ley de Justicia Administrativa
  - Etapa obligatoria en en todos los procedimientos orales (penal, civil, familiar)
  - Municipios
  - Ampliación del catalogo de delitos y acciones civiles mediables
- Desjudicializar las leyes MASC (simplificar los procedimientos de mediación conciliación);
- Otorgar seguridad jurídica a los usuarios y a los prestadores de servicios MASC;
- Validar automáticamente los acuerdos (no requiere de la intervención de un tercero para su valides vgr. Directores de centros MASC –judiciales–);
- Eliminar procedimiento de validación que los mediadores tienen que hacer, para solicitar la ejecución del acuerdo;
- Establecer un procedimiento de nulidad del acuerdo o de denegación en caso de un acuerdo internacional (procedimiento de exequátur);
- Establecer presupuestos vinculantes de los acuerdos tipo laudo:
  - Cosa Juzgada
  - Presunción de Legalidad
  - Reversión de la Carga de la Prueba
  - Equiparación a título ejecutivo
  - Equiparación a una sentencia

  - Interrupción de la prescripción
  - Inacción o inejercicio de la acción penal a través del perdón
  - Sobreseimiento de la causa
  - Confidencialidad (expresa) que evite consecuencias económico sociales
  - Que la clausula de mediación – conciliación produzca la incompetencia del juez para conocer del asunto;
- Aceptar la mediación hasta antes que cause estado la sentencia;
- Establecer auxilio jurisdiccional;
- Integrar en una sóla norma la mediación–conciliación y el arbitraje;
- Definir derechos y obligaciones de mediadores, conciliadores y árbitros;
- Establecer impedimentos de mediadores, conciliadores y árbitros;
- Definir derechos y obligaciones de usuarios MASC;
- Refundar el arbitraje civil en todos los CPC del país conforme a principios internacionales;
- Certificar obligatoriamente mediadores–conciliadores y árbitros;
- Otorgar facultades a los MP o MF como mediadores;
- Otorgar facultades a la Policía y /u órganos policiales como mediadores;
- Acreditar obligatoriamente los centros MASC privados;
- Establecer la libertad de ejercicio nacional de mediadores–conciliadores y árbitros certificados a través de sistemas de reconocimientos de reciprocidad;
- Reconocer al mediador–conciliador y árbitro como un profesional en la resolución de conflictos;
- Establecer responsabilidad civil y penal a mediadores–conciliadores y árbitros;
- Establecer las bases para el desarrollo de la justicia restaurativa (definirla, diseñar procedimientos).

7. IMPACTO DE LOS MASC EN EL SISTEMA JUDICIAL

Se moderniza el sistema judicial por la evidente aplicación de procedimientos novedosos de resolución de conflictos, derivando en fórmulas de autocomposición y con participación de la ciudadanía, aperturando la justicia como contrapeso de la monopolización por parte del poder judicial, transitando de un sistema paternalista adversarial a uno colaborativo conciliar.

Se internacionaliza el sistema judicial asumiendo principios internacionales identificados en convenciones internacionales, leyes modelo y en la *lex mercatoria o lex mercatorum.*

Se reduce el conflicto de la impetración de la justicia tomando en consideración como punto de partida el paradigma jurídico del siglo XXI que es "resolver nosotros mismo nuestros conflictos", entendiendo que la búsqueda de soluciones encuentra un aliado en los MASC.

Se transita del sistema adversarial al sistema conciliar al dar paso a los MASC en un sistema rígido como el mexicano, evidenciando la evolución de la justicia retributiva a la justicia alternativa y preparándose el entorno para la justicia restaurativa.

Se crea una plataforma para los MASC con el impulso de las diversas leyes MASC del país y las diversas leyes complementarias, generando reformas integrales multidisciplinarias.

Se crea una cultura sobre los MASC partiendo del desarrollo de políticas puúicas, de programas de participación intergubernamental, de educación y de la integración de conceptos como el perdón, la justicia restaurativa y la paz.

8. CONCLUSIONES PRELIMINARES

En lo relacionado al avance de la investigación, en México estamos cumpliendo con los objetivos y metas: ampliamos el análisis de los indicadores; identificamos las áreas de influencia para lograr reformas integrales en pro de los MASC; determinamos los elementos básicos que requiere la creación de una Ley MASC; evidenciamos el impacto de los MASC, visualizamos como un área de oportunidad el estado del arte del arbitraje civil regulado en los 32 códigos procesales civiles; y visualizamos como un área de oportunidad a la mediación penal en específico,

conforme al artículo 17 párrafo IV *in fine,* para posterior investigación: "En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial …".

REFERENCIAS

ALIENDE Luco, l., (2002). *El proceso de mediación.* Chile: Editorial jurídica de Chile.

ALZATE Saenz de Heredia, R., (2007). Aproximaciones al conflicto. *Mediación y solución de conflictos.* Madrid: Tecnos.

BARDALES Lazcano, E., (2011). *Medios alternativos de solución de conflictos y justicia restaurativa.* México: Flores.

BORREGO Estrada, F., (2011). Directrices generales para la implementación de la reforma al sistema de justicia penal mexicano. *Reforma Penal. Decimas jornadas sobre justicia penal.* México: Porrúa.

CAIVANO, R. J., (1997). *Negoociación y mediación. Instrumentos apropiados para la abogacía moderna.* Argentina: Ad-Hoc.

CASTANEDO Abay, A., (2000). *Mediación alternativa para la resolución de conflictos.* Argentina: Advocatus.

CONTRERAS Herrera, P., (2002). *Justicia de paz y conciliación.* Colombia: Librería del profesional.

DIAZ, L. M., (2010). Articulo 17 de la constitución como opción al orden jurídico. *Acceso a la justicia alternativa una visión de conjunto de los mecanismos alternativos de solución de controversias.* México: Porrúa.

GARCÍA Herrera, C., (2005). *Exposición de motivos de la reforma de justicia penal en el Estado de Nuevo León 2004–2005.* México: Consejo de la Judicatura de NL.

GARCÍA Ramirez, S., (2010). *La reforma penal constitucional (2007–2008). Democracia o autritarismo.* México: Porrúa.

GONZÁLEZ Capitel-Martinez, C. M., (1999). *Manual de mediación.* Barcelona: Atelier.

GORDILLO Santana, L., (2007). *La justicia restaurativa y la mediación penal.* Madrid: IUSTEL.

GORJÓN Gómez, F. J., (2000). *Ejecución de laudos extranjeros.* México: McGrawHill.

GORJÓN Gómez, F. J., (2011). Los MASC como instrumentos de paz. *Métodos alternos de solución de conflictos. herramientas de paz y modernización de la justicia.* Madrid: Dykinson.

GORJÓN Gómez, F. J., (2011). The implementatión of alternative of dispute resolution according the constitutional procedural reform in Mexico: 2010.1. Preliminary report. *Metodos alternos de solución de conflictos. Herramientas de paz y modernización de la justicia.* Madrid: Dykinson.

GORJÓN Gómez, F. J. & Saenz López, K. A., (2011). *Métodos alternos de solución de conflictos. Enfoque educativo por competencias.* México: CECSA.

GORJÓN Gómez, F. J. & Steele Garza, José, (2008). *Métodos alternativos de solución de conflictos.* México: Oxford.

HERNAN Gil, J., (2003). *Conciliación extrajudicial y amigable composición.* Colombia: Temis.

HIDALGO Murillo, J. D., (2010). *Sistema acusatorio mexicano y garantías del proceso penal..* México: Porrúa.

HIGHTON, E., (1998). *Mediación para resolver conflictos.* Argentina: Ad-Hoc.

LOPEZ-JURADO Puig, M., (2010). La mediación como profesion, algo más que una técnica. *La mediación presente, pasado y futuro de la institución jurídica.* España: Netbiblio.

LORCA Navarrete, A. M., (1997). *manual de derecho de arbitraje.* Madrid: Dykinson.

MERINO Merchan, J., (2006). *Tratado de arbitraje.* Madrid: Civitas.

MOJICA Aranque, C. A. E. A., (2005). *Justicia restaurativa. Hacia una nueva visión de la justicia penal.* Colombia: Universidad de Medellin.

NAVARRETE Villarreal, V. M., (2010). La reforma al artículo 17 constitucional en materia de medios alternativos de solución de controversias. Una respuesta atinada en la vida político-jurídica del México del siglo XXI. *Acceso a la justicia alternativa. Una visión de conjunto de los mecanismos alternativos de solución de controversias.* México: Porrúa.

OTERO Parga, M., (2007). Los modelos teóricos de la mediación. *Mediación y solución de conflictos.* Madrid: Tecnos.

PASTRANA Aguirre, L. A., (2009). *La mediación en el sistema procesal acusatorio en México.* España: Netbiblio.

PÉREZ Fernandez del Castillo, O., (2003). *Manual Básico del conciliador.* México: Vivir en paz.

SALAZAR Vara, O., (2004). *Solución de conflictos por medios alternos.* Sonora: Universidad de Sonora.

ZAMORA Pierce, J., (2001). Justicia alternativa en materia penal. *Reforma Penal. Decimas jornadas sobre justicia penal.* México: Porrúa.

Arraigo y reforma legal en México*

*Janice Deaton***

1. INTRODUCCIÓN

México entró en una nueva era de democracia en el año 2000 cuando el candidato del Partido Acción Nacional (PAN) Vicente Fox fue elegido presidente, poniendo fin a 71 años de gobierno de partido único por el Partido Revolucionario Institucional (PRI). Aunque el PRI había gobernado México desde 1929 bajo una constitución que exigía la separación de poderes, en realidad el poder ejecutivo imperaba sobre el judicial y el legislativo (Edmonds-Poli & Shirk, 2009: 304–305). En un principio se pensó que la victoria de Fox simbolizaría el fin de una era de corrupción y gobierno autoritario y el tránsito a una democracia plena (Berman, 2000; Edmonds-Poli & Shirk, 2009: 112).

Una reforma judicial era necesaria para cimentar la esperanza de una democracia duradera. El impulso por un cambio de esta naturaleza, sin embargo, ya había comenzado aún antes de que Fox fuera elegido, ya que su predecesor, el Presidente Ernesto Zedillo, había empezado a presionar por una reforma al sistema de justicia en México inmediatamente después

* La presente investigación se benefició del apoyo del Colegio Nacional de Inteligencia para la Defensa (National Defense Intelligence College, NDIC).

** Abogada penalista postulante en San Diego, CA., y miembro del Consejo del Trans-Border Institute de la Universidad de San Diego (USD). Es Abogada por la Universidad de San Francisco y Maestra en Estudios de Paz por USD.

de su toma de posesión en 1994 (Inclán, 2009: 753–766).[1] Todavía se debate si esto se hizo como "seguro político", si era parte de una ola de reformas judiciales que se extendió por toda América Latina, o si la iniciativa de reforma era en parte una forma de legitimidar a su partido.2 Uno de los propósitos de los esfuerzos de reforma de Zedillo era aislar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación para reducir su influencia política e introducir nuevos criterios transparentes para el nombramiento de los jueces federales (Edmonds-Poli & Shirk, 2009: 318). Independientemente de la motivación de Zedillo, su impulso por crear un sistema judicial independiente como contrapeso al poder del ejecutivo era un paso clave hacia la democratización en México.

El gobierno de Vicente Fox continuó impulsando la reforma judicial y propuso un paquete de reformas en abril de 2004, pero no fue capaz de aprobar la legislación necesaria. No obstante, el paquete de Fox sirvió como mapa de ruta para la reforma de 2008 (Edmonds-Poli & Shirk, 2009: 319). En respuesta a las iniciativas presentadas por varios grupos de la sociedad civil, el Presidente Felipe Calderón continuó el esfuerzo de impulsar la legislación y, en marzo de 2008, el Congreso aprobó un paquete de reforma expansiva que incorporaba mucho del paquete presentado anteriormente por Fox (Edmonds-Poli & Shirk, 2009: 319). Con la espiral de violencia relacionada con el narcotráfico llegando a proporciones de seguridad nacional, la reforma fue promovida como respuesta oportuna a los crecientes desafíos al estado de derecho mientras que al mismo tiempo intentaba hacer frente al desafío de seguridad (Edmonds-Poli & Shirk, 2009: 318). La reforma fue, por tanto, bien recibida por académicos de derecho, organismos de derecho internacional y organizaciones de

1 En realidad, fue Carlos Salinas, el predecesor de Zedillo, quien comenzó las reformas políticas y económicas a finales de la década de 1980 (Edmonds-Poli & Shirk, 2009: 105).

2 El argumento del seguro político supone que el PRI pudo prever su futura pérdida de control político y, por consiguiente, intentó hacer que el poder judicial fuera más independiente en el futuro para proteger sus propios intereses (Inclán, 2009: 757). Este argumento tiene más sentido para Fox y su partido el PAN, ya que el partido PAN ganó por primera vez en la historia de México, y por un margen mucho más pequeño que Zedillo. (En 1994, el PRI ganó con el 48,7% de los votos, el PAN el 25,2% y el PRD el 16,6%. En el año 2000, el PAN ganó con el 43%, el PRI obtuvo el 36% y el PRD el 17% del voto.)

derechos humanos. La Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) describe así el propósito de la reforma:

> Los objetivos de dicha reforma fueron, entre otros, ajustar el sistema a los principios de un Estado democrático de derecho, tales como defender las garantías de víctimas y acusados y la imparcialidad en los juicios, implantar prácticas más eficaces contra la delincuencia organizada y en el funcionamiento de las cárceles, así como vincular al Sistema Nacional de Seguridad Pública con la protección de los derechos humanos, y obligar a las autoridades de los tres niveles de gobierno a coordinarse de manera más estrecha y verdaderamente compartir bases de información sobre la criminalidad y el personal de las instituciones policiales; profesionalizar a fiscales, policías y peritos; regular la selección, ingreso, formación y permanencia del personal, certificar competencias y abrir espacios a la participación social en la evaluación (CNDH, 2008).

Los dos propósitos de la reforma –abordar la tasa de violencia relacionada con el narcotráfico que amenaza la seguridad nacional y al mismo tiempo crear un sistema legal más justo y transparente– con frecuencia se ven amenazados. De hecho, la historia muestra que algunas de las violaciones de derechos humanos y libertades fundamentales son justificadas por los gobiernos como necesarias para proteger la seguridad nacional.

El presente trabajo trata de una forma de detención preventiva o medida cautelar llamada "arraigo", introducida en el sistema penal mexicano por primera vez en el año 1983[3] e incorporada formalmente como parte de la reforma de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) de 2008 como un instrumento legal para combatir el crimen organizado[4]. Esta figura permite la detención material de una persona para quedar a disposición de la policía y de la autoridad investigadora de

3 Véase, Código Federal de Procedimientos Penales (CFPP), Artículos 133 y 205.

4 "Los términos 'detención preventiva", 'internamiento' y 'detención administrativa' parecen usarse indistintamente. La definición usada más comúnmente de la 'detención preventiva' en los documentos de organismos internacionales (particularmente de la Organización de las Naciones Unidas, ONU) es 'personas arrestadas o encarceladas sin cargos'" (Elías, 2009: 111).

manera preventiva por 40 días, con la posibilidad de una extensión por un periodo igual, pero sin que se excedan los 80 días de detención sin una acusación formal.

Antes de su incorporación en la CPEUM, el *arraigo* fue declarado inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (SCJN), como se observa en la tesis "Arraigo domiciliario previsto en el numeral 12 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada" (Tesis: I.9o.P.69 P, 2008). Al incorporarlo en la CPEUM, el gobierno de Calderón pretendía superar las impugnaciones constitucionales al *arraigo*. Si bien su incorporación en la CPEUM puede haber eliminado los argumentos de inconstitucionalidad, no ha resuelto los cuestionamientos más inquietantes acerca de su efecto en la reforma de la administración de justicia en México, su impacto en la integridad general del sistema judicial y la aplicación de la ley, o su impacto en la naciente democracia en México.

El *arraigo* ejemplifica la tensión entre libertades fundamentales y seguridad nacional, la tensión general que existe entre la ley mexicana y el derecho internacional, la tensión entre de la Constitución Mexicana, y las contradicciones del proceso de reforma judicial en México. El *arraigo* puede usarse como prisma para explorar las tensiones en dichas áreas y determinar si es posible reconciliarlas. A la luz de los problemas en la implementación de la reforma judicial, México debe lidiar con la violencia relacionada con el narcotráfico. La capacidad del sistema de justicia para llevar a cabo una revisión judicial significativa para adaptar el *arraigo* de forma que se ajuste a la legislación internacional de derechos humanos es extremadamente desafiante.

Por otra parte, la corrupción en el sistema judicial mexicano a veces impide la detención de los infractores más importantes de la delincuencia organizada, ya que frecuentemente estas personas pueden "comprar" su salida de la cárcel. Según algunos MP, el *arraigo* es la única forma de garantizar la detención continua de estas figuras del crimen organizado.[5] Además, el *arraigo* permite al MP realizar su investigación sin ninguna interferencia de los probables responsables sospechosos que ya están detenidos. El acceso al mundo exterior, incluida la capacidad para

5 Un tristemente célebre ejemplo de poder y la facilidad de soborno en México es el de Joaquín Guzmán Loera, (conocido como "El Chapo"). Guzmán estaba a la espera de su extradición en la prisión Puente Grande en Jalisco, México, cuando escapó en 2001, tras haber sobornado a más de setenta funcionarios de la prisión (Stephey, 2009).

comunicarse, se ve impedida en gran medida, si no totalmente eliminada, lo que seguramente ayuda al MP a desarrollar su caso.

Al examinar el impacto del *arraigo* en la integridad judicial y la reforma al sistema de justicia en México y sopesar los costos en derechos humanos contra los intereses de la seguridad nacional y las agencias policiales, los abusos extremos y las violaciones a los derechos humanos de su uso convierten al *arraigo* en un pobre sustituto de la figura de la detención convencional junto con las protecciones al debido proceso penal propias de cualquier democracia.

2. VISIÓN GENERAL DEL *ARRAIGO*

El *arraigo* es una forma de detención preventiva que no es, por tanto, prisión y que no necesita que existan cargos aún en contra del sujeto. Es una medida precautoria dictada por el juzgador, a petición del MP, cuando hubiere temor de que se ausente u oculte la persona contra quien deba entablarse o se haya entablado una denuncia. Tiene por objeto o finalidad impedir que el arraigado abandone el lugar donde se lleva a cabo la investigación hasta que se inicie el proceso. El artículo 16 de la Constitución Mexicana de 2008 permite a la autoridad detener a una persona supuestamente relacionada con la delincuencia organizada sin presentar cargos formales contra ella hasta por cuarenta días. Este plazo puede ampliarse con autorización judicial, pero no puede sobrepasar un total de 80 días.[6] Para que un juez pueda conceder una orden de *arraigo*, deben cumplirse tres criterios: a) debe ser a petición del MP Federal; b) debe existir una investigación preliminar abierta sobre delincuencia organizada; y c) la orden de *arraigo* debe ser necesaria para el éxito de la investigación, o debe existir un riesgo fundado de amenazas a la preservación de pruebas o testigos o de que el acusado evada a la justicia si no está detenido (Juicio de Amparo 2500/2009-II). Durante dicho periodo, el MP realiza las investigaciones correspondientes para contar con los elementos a consignarse (Juicio de Amparo 1000/2009-4). Aunque teóricamente el acusado tiene derecho a participar en esta parte

6 Muchos estados permiten el *arraigo* en sus leyes locales, sin embargo ninguna legislación estatal permite que el arraigo dure más de los cuarenta días estipulados por la Constitución.

del proceso –mencionada en la Constitución como incorporación en la investigación preliminar–, los críticos manifiestan que, en la práctica, la forma principal en que el acusado participa en la investigación de *arraigo* es mediante la confesión.

La redacción usada en el Artículo 16 de la Constitución instruye a la autoridad judicial a detener a la persona de acuerdo con las "modalidades de lugar y momento descritas por la ley". Los criterios que ahí se establecen –mismos que se transcriben en el Artículo 133 Ter del Código Federal de Procedimientos Penales (CFPP)– son que el juzgador, a petición del MP, podrá decretar medidas preventivas en contra de una persona, siempre y cuando estas medidas sean necesarias para evitar: la sustracción de la acción judicial; la destrucción, manipulación u ocultamiento de pruebas; y la intimidación, amenaza o influencia impropia a los testigos del delito. Todo esto con el fin de asegurar una investigación efectiva o para la protección de personas o bienes jurídicos[7].

Además del *arraigo*, el Artículo 16 de la Constitución establece otras formas de detención legal. Un sospechoso puede ser: a) detenido en la comisión de un delito (*en flagrante*); b) detenido por orden judicial; c) detenido por orden del MP en casos urgentes cuando no está disponible un juez especial; o d) arrestado a través de una orden judicial de aprehensión. El *arraigo* es el quinto método de detención que se suma a otras medidas cautelares dispuestas por la Constitución de México (Juicio de amparo 1622/2007-II-A).

2.1 Historia legislativa

El *arraigo* fue introducido en el CFPP en 1983 (Art. 133) pero fue declarado inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (SCJN) en enero de 2006 (Tésis P. XXII; P. XXIII/2006). En ese momento había ciento treinta (130) detenidos bajo la figura del *arraigo*,

7 Adicionado en el D.O.F. del 23 de enero de 2009. La reforma de 2009 al artículo 133 del CFPP es ligeramente diferente a la versión anterior que decía que la autoridad judicial puede, a petición del MP, ordenar el *arraigo* domiciliario sobre una persona contra la cual se está realizando una investigación, "siempre *que exista un riesgo fundado* de que la persona detenida evada la justicia". (Reformado por el D.O.F. del 8 De Febrero De 1999). La palabra "arraigo" en la versión anterior es reemplazada por "medidas preventivas", y "un riesgo fundado" de fuga es reemplazado por "las medidas necesarias" para evitar la fuga del sospechoso.

principalmente por tráfico de drogas y secuestro (Avilés, 2006). Si bien la Suprema Corte lo declaró inconstitucional, la legislatura consideró que era una herramienta investigativa esencial y útil, e instó a continuar su uso durante la transición desde un sistema inquisitivo prerreforma al sistema penal promulgado por la reforma judicial en la Constitución de 2008 (Avilés, 2006).[8] La Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados, encargada de la discusión sobre la Reforma Judicial, explicó la importancia del *arraigo*:

> La medida es de suma utilidad cuando se aplica a sujetos que viven en la clandestinidad o no residen en el lugar de la investigación, pero sobremanera cuando pertenecen a complejas estructuras delictivas que fácilmente pueden burlar los controles del movimiento migratorio o exista una duda razonable de que en libertad obstaculizarán a la autoridad o afectarán a los órganos y medios de prueba, y contra los que no puede obtenerse aún la orden de aprehensión, por la complejidad de la investigación o la necesidad de esperar la recepción de pruebas por cooperación internacional (Cámara de Diputados, 2011).

Así, el *arraigo* se consideraba como una herramienta clave y necesaria para poder perseguir penalmente a ciertos infractores serios. Para lidiar con los problemas constitucionales, la figura fue incorporada en la reforma

8 Este punto fue pedido insistentemente por el Grupo Parlamentario del Partido de la Revolución Democrática (PRD) en las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia con Proyecto de Decreto. Los diputados Javier González Garza, Andrés Lozano Lozano, Claudia Lilia Cruz Santiago, Armando Barreiro Pérez, Francisco Sánchez Ramos, Victorio Montalvo Rojas, Francisco Javier Santos Arreola y Miguel Ángel Arellano Pulido declararon: (Texto original) "Los diputados iniciantes sostienen que uno de los problemas más graves en México es la inseguridad tanto física como jurídica; la primera, por los altos índices de violencia que se suceden a diario y que afecta 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, afirman que la respuesta ha sido poco eficiente: aumentos en las penas y sobrepoblación en las prisiones, en lugar de formular una estrategia de prevención de los delitos, transformar las corporaciones policíacas en instituciones sólidamente capacitadas, profesionales, honestas, eficaces y confiables" (Cámara de Diputados, 2007).

al Artículo 16 de la CPEUM, transformado así a este procedimiento en "constitucional" . En el debate del Congreso sobre la Iniciativa Federal del ejecutivo, el Presidente Calderón reconoció que la figura del *arraigo* infringe algunas libertades fundamentales, pero argumentó que la CPEUM es el único medio legal por el que se puede recortar libertades fundamentales, por lo que el *arraigo* debía ser incorporado en el nuevo texto constitucional (DOF, 2007)[9].

Varios académicos en México han criticado el argumento de Calderón. Sarre (2010)[10] objetó a la interpretación del Presidente Calderón sobre la opinión de la Suprema Corte, argumentado que había malinterpretado la opinión de la Corte:

> Jamás ha dicho la Suprema Corte de Justicia de la Nación que las medidas que restrinjan la libertad personal "*tienen* que estar en el texto constitucional". Lo que ha dicho es que estas medidas –como *el arraigo* penal– son contrarias al texto constitucional. No ha recomendado la Suprema Corte que estas normas se incluyan en la Constitución para darles validez, como parecería indicar este párrafo de la Iniciativa, que desvirtúa y tergiversa de manera burda lo resuelto por el máximo tribunal.

El partido de la oposición, Partido de la Revolución Democrática (PRD), también votó a favor de la ley que autorizaba el *arraigo*, pero

9 El Presidente Calderón argumentó: "Hoy en día, existen algunas de estas medidas [cautelares] como lo vemos en el arraigo, en la prohibición de salir de una demarcación territorial o en el aseguramiento de bienes; sin embargo, es claro que es indispensable ampliarlas y, dado su carácter de restricción de derechos fundamentales, deben ser incorporadas a nivel constitucional. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la acción de inconstitucionalidad 20/2003, se pronunció en el sentido de que las medidas que restrinjan la libertad personal tienen que estar en el texto constitucional; por ello, para dar pie a un número importante de medidas cautelares, al adicionar el párrafo segundo al artículo 16 que se propone, se da sustento constitucional a las mismas y se prevén los fines de éstas, dejando a la legislación secundaria la facultad de definirlas expresamente".

10 El Profesor Miguel Sarre es miembro del Subcomité sobre Tortura de la ONU y es profesor de Derecho en el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM). También participa en El Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, o SETEC, el Consejo Federal a cargo de la supervisión de la reforma judicial.

continuamente pidió limitaciones estrictas sobre su uso. Si bien la ley reconoce la urgencia nacional de perseguir la delincuencia organizada y la necesidad de tomar medidas extraordinarias para combatirla, la oposición enfatizó que su uso debería estar circunscrito por criterios estrictos para limitar su implementación a casos de delincuencia organizada. Quizá debido a la preocupación sobre su potencial de abuso, el PRD indicó que en ninguna circunstancia debería usarse el *arraigo* para detener a personas por fines políticos o para acallar a la oposición política (Cámara de Diputados, 2007; 2008).[11]

De hecho, la aprensión del PRD parece haberse justificado en mayo del 2009 cuando las fuerzas federales invocaron el *arraigo* para detener a 35 funcionarios públicos un mes antes de las elecciones intermedias en el Estado de Michoacán. Diez de ellos eran alcaldes, nueve de los cuales pertenecían a partidos de oposición. Sin embargo, más tarde un Juez Federal ordenó la liberación de treinta y cuatro de los treinta y cinco detenidos por falta de pruebas[12]. La motivación detrás de los arrestos ha sido cuestionada y, de hecho, el incidente fue a audiencia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) el 28 de marzo de 2011[13]. Las inquietudes sobre el abuso político del *arraigo* también han sido expresadas por otras organizaciones, como el Centro de Derechos Humanos Fray Bartolomé de las Casas con sede en Chiapas, México[14].

---

11 Desde 2008, el PRD ha cambiado su postura. En agosto de 2010, el Coordinador del PRD y presidente del Senado, Carlos Navarrete Ruiz, criticó al Presidente Calderón por usar el *arraigo*, considerando que era un "error" emplearlo (Michel & Ramos, 2010).

12 Miller (2010) opina que después del alto perfil de los arrestos, la discreta liberación de los alcaldes ha dejado a muchos mexicanos preguntándose qué estaba pasando en el gobierno. El "Michoacanazo", como se conoce a tal acontecimiento, describe gráficamente a un gobierno federal torpe y de mano dura, contento con arruinar carreras, dejar a las ciudades sin sus representantes elegidos y poner a gente en la cárcel en vez de construir casos sólidos contra ellos.

13 Los demandantes ante la CIDH incluyeron a varios representantes de la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos (CMDPDH), al menos un representante del Colectivo de Organizaciones Michoacanas de Derechos Humanos (COMDH), y a Jaime Pérez, abogado de las víctimas del "*Michoacanazo*" (CIDH, 2011).

14 Según el Centro de Derechos Humanos Fray Bartolomé de las Casas, en el Estado de Chiapas –que ha sufrido un largo conflicto político que varía desde una oposición política vociferante hasta violencia real desde que se firmó el Tratado de Libre Comercio (TLCAN) en 1994–, se han cometido grandes abusos durante el *arraigo*

La redacción de la Constitución limita el uso del *arraigo* a cuando sea "necesario" para el éxito de la una investigación o cuando haya riesgo de fuga. En sentido contrario a la redacción del texto en la CPEUM que circunscribe el uso del *arraigo,* los tribunales han estado dispuestos a permitir el *arraigo* incluso cuando no es necesario, como cuando existen suficientes pruebas para presentar cargos formales e iniciar el procedimiento penal (Juicio de Amparo 1000/2009-4). Esta actitud más permisiva de los tribunales en el uso del *arraigo,* junto con la disposición favorable del Presidente Calderón hacia su uso como herramienta contra la delincuencia organizada, ha derivado en un aumento significativo en su uso.

Las estadísticas demuestran el uso creciente del *arraigo*, tanto a nivel estatal[15] como federal. De acuerdo con los informes laborales emitidos por la Procuraduría General de la República (PGR), el uso del *arraigo* aumentó de 932 personas en el periodo de septiembre 2007 a julio 2008, a 1404 personas durante el mismo periodo en 2008–2009 (PGR, 2009; 2010; 2011). En la jurisdicción del Distrito Federal (DF), el uso del *arraigo* aumentó un 263% de 2008 a 2009 (Prado, 2010). En 2008, el Tribunal Superior de Justicia del DF (TSJDF) concedió órdenes de *arraigo* para un total de 103 personas, y en el año 2009 esta cifra aumentó a 374 personas (Prado, 2010). De acuerdo al periódico *Reforma*, 118 de las 370 y cuatro personas detenidas entre 2008 y 2009 –aproximadamente un tercio– fueron liberadas después de que se determinó que eran "inocentes" (Prado, 2010)[16].

Las estadísticas en los informes de labores emitidos por la PGR también son sorprendentes. Según dichos informes, de 2009 a 2011 se obtuvieron órdenes de *arraigo* para 3,047 personas y les fue dictado auto de formal prisión a 2,319; pero se obtuvieron sentencias condenatorias para sólo 464 entre el 1 septiembre de 2009 y el 30 de junio del 2011 (PGR, 2009; 2010; 2011). Esto nos dice que se mantuvo retenidas a personas de cuarenta a

(Frayba, 2008). Chipas es uno de los tres estados que ya ha derogado de su código el arraigo. (Véase nota 15).

15 Hasta junio de 2012, tres estados han derogado el arraigo de sus códigos penales, Chiapas, Yucatán y Oaxaca, y dos están en proceso de hacerlo, Guanajuato y Sonora (IJPP, 2012)

16 Aunque el periódico uso la palabra "inocentes", no está claro si los sospechosos fueron liberados por falta de pruebas o por sentencia absolutoria.

ochenta días, y a casi una tercera parte de ellas ni siquiera les fue dictado auto de formal prisión.

2.2 Procedimiento General de Detención según el Arraigo

Después de la detención, la CPEUM y el CFPP exigen que el detenido sea presentado al MP, quien entonces debería solicitar una orden judicial de *arraigo* (CPEUM, Art. 16; CFPP, Art. 133). En la práctica, sin embargo, los detenidos son puestos con frecuencia en cuarteles militares u otros lugares secretos donde son interrogados por los militares o por la policía judicial (SPT, 2009) .[17] Generalmente el detenido es albergado en un centro de *arraigo*, que puede ser un hotel, una casa o un centro de detención similar a una cárcel[18]. El MP y la policía ministerial reúnen pruebas contra esa persona para obtener evidencia suficiente para consignar al arraigado y presentar cargos formales contra éste. Durante el *arraigo* el detenido no participa en el proceso, ni suele tener la oportunidad de impugnar las pruebas que recabe el agente del MP y que regularmente se utilizan para solicitar su *arraigo* y su posterior consignación ante el Juez que lo va a procesar. Después de todo, una de las justificaciones del *arraigo* es dar "ventaja" al MP para reunir las pruebas mientras el sospechoso está detenido. Aquí cabe precisar que, como los procedimientos penales no se inician bajo la figura del *arraigo*, no se da crédito por el tiempo de detención.

Independientemente de la parte del país de donde se detenga a la persona, ésta suele ser transferida al DF, donde es albergada en el Centro de Investigaciones Federales (CIF), o a otro lugar normalmente alejado

17 También, entrevista personal con Gabriela Navarro Peraza, Coordinadora de la CNDH (12 de marzo de 2010).
Como México es país firmante de tratados internacionales sobre derechos humanos, está sujeto a visitas de supervisión por organismos de la ONU, tal como el Subcomité para la Prevención de la Tortura (SPT).

18 En Tijuana, por ejemplo, existe un centro usado oficialmente como centro de *arraigo*, el Hotel Real Inn, ubicado en el Boulevard Agua Caliente, Número 11451, Colonia Aviación, Tijuana, Baja California (INFOMEX, 2009). Como éste es el único centro de *arraigo* reconocido oficialmente en Tijuana, la PGR debe transportar a los detenidos a otras ciudades. El principal centro federal de *arraigo* es el Centro de Investigación Federal en Ciudad de México.

de su ciudad de residencia y su familia (Juicio de Amparo 1000/2009-4)[19]. Como se menciona arriba, además de en el CIF, los detenidos pueden ser alojados en "hoteles de *arraigo*" y "casas de *arraigo*". Estas ubicaciones alternativas son menos seguras que las prisiones o cárceles y por tanto suponen un riesgo de infiltración o de fuga relativamente fáciles[20], pero, según el Director del Centro de Arraigos en Ciudad de México, actualmente se usan menos que en el pasado[21].

Después del periodo de cuarenta días, el MP debe consignar la averiguación previa y de esta forma presentar cargos formales que den inicio al proceso penal normal, solicitar un periodo adicional de cuarenta días de detención al Juez Federal Penal Especializado en Cateos, Arraigos e Intervención de Comunicaciones con Competencia en toda la República y residencia en el Distrito Federal, o liberar al detenido.

2.3 Un examen más detallado del arraigo

El plazo y racionalidad de la detención, el acceso a un abogado o permanecer incomunicado, el acceso judicial y la tortura bajo el *arraigo* son temas invocados por defensores de los Derechos Humanos y organismos internacionales. En respuesta a una consulta del Comité de Derechos Humanos (CDH) de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) (CDH, 2010), el gobierno mexicano respondió:

> Las personas bajo *arraigo* gozan de los derechos de debido proceso, al igual que quienes están sujetos a cualquier otra forma de detención. En la aplicación del *arraigo*, se prohíbe toda incomunicación, intimidación o tortura; debe informarse de los hechos que se atribuyen y los derechos que asisten; y debe garantizarse pleno acceso a un abogado a fin de asegurar una defensa adecuada, entre otras garantías que establece el artículo

19 Entrevista personal con Gabriela Navarro Peraza, Coordinadora del CNDH (12 de marzo de 2010).

20 Esto crea más riesgo para los detenidos así como para los que los vigilan, ya sean civiles o militares. Por ejemplo, el 3 de diciembre de 2009, un comando atacó una casa de "*arraigo*" y liberó a veintitrés detenidos, matando a varias personas en el proceso (Tapia, 2009).

21 Entrevista personal con Guillermo Ortiz León, Director del Centro de *Arraigos*, Ciudad de México (8 de marzo de 2010).

> 20 constitucional que se ven reflejadas en […] [el ICCPR] (Misión Permanente, 2011).

Antes de pasar a discutir el *arraigo* dentro del derecho internacional, la Constitución Mexicana y la reforma judicial de México, es útil examinarlo a la luz de estos temas.

a. Notificación y plazo de detención

En México existe una instalación de detención llamada "separo" que se encuentra bajo la autoridad del MP, y que permite la retención de un detenido hasta por 48 horas antes de ser consignado formalmente ante un juez. El MP debe presentar después al detenido ante el juez aportando las pruebas suficientes para solicitar la formal prisión. En casos de delincuencia organizada (que involucre a tres o más personas que se organizan con la intención de cometer ciertos delitos), este término se puede duplicar y los sospechosos pueden ser detenidos hasta por 96 horas antes de comparecer ante el juez; esto para permitir al MP reunir pruebas suficientes –es decir, causa probable– para presentar cargos formales[22]. Si este tiempo no es suficiente para obtener pruebas, entonces el MP pide al juez una orden de *arraigo* en contra del detenido, aunque no está claro si la detención inicial de noventa y seis horas seguida por una solicitud de orden de *arraigo* es algo que autorice la CPEUM. Este periodo de dos a cuatro días de detención *se añade al* periodo de cuarenta a ochenta días, según el *arraigo*. Así, una persona puede ser detenida por hasta un total de ochenta y cuatro días sin que se presenten ni se le informe de los cargos en su contra. Además de la violación inherente del derecho a ser informado de los cargos, este atraso en la notificación también afecta directamente al derecho de revisión judicial. Sin conocer los cargos, no hay forma de impugnar la adecuación de la detención basada en la racionalidad.

---

22 Se requiere tener causa probable para un arresto formal y la presentación de cargos (CFPP, Art. 134, primer párrafo reformado por el DOF del 18 de mayo de 1999). "En cuanto aparezca de la averiguación previa que se han acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, en los términos del artículo 168, el Ministerio Público ejercitará la acción penal ante los tribunales y expresará, sin necesidad de acreditarlo plenamente, la forma de realización de la conducta, los elementos subjetivos específicos cuando la descripción típica lo requiera, así como las demás circunstancias que la ley prevea".

b. Racionalidad de la detención

Bajo el *arraigo*, para asegurar el éxito de una investigación, un sospechoso por delincuencia organizada puede ser detenido durante cuarenta días sobre la base de presunciones de que es miembro de la delincuencia organizada, presenta riesgo de fuga, y/o es un riesgo para la comunidad o la investigación. La ley no indica qué prueba se requiere para conseguir una orden de *arraigo*, y el CFPP permite invocar el *arraigo* "siempre que estas medidas sean necesarias" (CPEUM, Art. 16; CFPP, Art. 133). La "necesidad" parece ser compatible con la sospecha subjetiva del MP. Los criterios parecen haber sido más objetivos en versiones anteriores del CFPP, y el estándar parece haber cambiado en 2009 desde un riesgo "fundado" objetivamente hasta un estándar más borroso de "necesidad"[23].

El 22 de marzo de 2010, el CDH (2010) criticó la incapacidad del gobierno de ofrecer una aclaración sobre las pruebas requeridas para la orden de *arraigo*[24]. Quizá el gobierno no haya podido explicitar un requerimiento claro porque no se menciona nada al respecto en el Código ni en la CPEUM. En la fase de acusación del proceso penal, el MP tiene la carga de demostrar la culpabilidad, pero, con el *arraigo*, no se menciona nada sobre sospecha razonable, causa probable, pruebas claras y convincentes, o pruebas más allá de la duda razonable. Esta falta de un estándar claro para la prueba requerida hace imposible la revisión judicial sobre la racionalidad.

La falta de un estándar claro y el poder subjetivo con el que contaba el MP para solicitar órdenes del *arraigo* resultó en que la Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados aprobara el 31 noviembre 2011 reformas para regular la figura del *arraigo* y evitar que haya excesos de las autoridades a la hora de aplicar dicha figura. De esta manera, se estableció que las órdenes de arraigo deberán ser dictadas por jueces de control y no por los MP, con el objetivo de que haya una verdadera motivación de la retención de presuntos delincuentes.

---

23 (CFPP, Art. 133. Adicionado por el DOF del 23 de enero de 2009; reformado por el DOF del 8 de Febrero de 1999). La palabra "arraigo" se reemplazó en la enmienda de 2009 por "medidas preventivas" y "un riesgo justificado" de fuga es reemplazado en la versión modificada por "medidas *necesarias*" para evitar la fuga del sospechoso.

24 El Comité lamenta la falta de aclaraciones sobre el nivel de las pruebas necesarias para una orden de "arraigo". También subraya que las personas detenidas en virtud del "arraigo" corren peligro de ser sometidas a malos tratos.

El presidente de la Comisión de Justicia, el priista Humberto Benítez Treviño, señaló que el artículo 16 constitucional establece medidas subjetivas para aplicar el *arraigo* como una parte de la investigación. "El artículo 16 constitucional establece que el ministerio público tiene la facultad de arraigar a una persona por 40 días cuando lo crea necesario para la investigación y duplicar el arraigo hasta 80 si es pertinente. Pero esto se ha convertido en un motivo de detenciones arbitrarias con poca fundamentación." Explicó el legislador federal del PRI, "Con esto se busca frenar las detenciones, en ocasiones arbitrarias o extrajudiciales, porque carecen de sustento o elementos o criterios subjetivos por parte del Ministerio Público" (Contraste, 2011).

Además, aunque el requerimiento de necesidad debería limitar el uso del *arraigo* a circunstancias excepcionales en que la medida sea *necesaria* para el éxito de la investigación penal, los tribunales no han aplicado esta limitación (Juicio de Amparo 2500/2009-II; 1000/2009-4).

c. Acceso a un abogado y la incomunicación

Aunque el derecho a un abogado aparece estipulado por el Artículo 20 de la CPEUM, este derecho sólo se aplica cuando se han iniciado los procedimientos penales[25]. Debido a que los detenidos bajo *arraigo* no han sido acusados, obviando la necesidad de los procedimientos penales, se considera que el derecho a consejería legal no aplica (CPEUM, Art. 16,18; CFPP, Art. 133).

Muchos detenidos han presentado quejas a la CNDH por haber sido privados de asesoría legal; incluso hay acusaciones de haber sido golpeados ante la solicitud de un abogado (CNDH, 2009). Durante su visita de supervisión a México, un detenido informó al Subcomité para la Prevención de la Tortura (SPT) de la ONU que todavía no se le había permitido llamar a un abogado ni se le había asignado uno desde su detención doce días antes (SPT 2009: 55). En muchos de los centros de

25 Las disposiciones en el Artículo 20 no aplican específicamente a la detención por *arraigo*, sino que se refieren al derecho a recibir consejería legal en la detención antes del juicio. Una vez iniciados los procedimientos penales, las personas que no puedan pagar un abogado tendrán derecho a un abogado asignado. El Juez o el MP está obligado a nombrar uno, y si no lo hace, el estado designará un defensor público (CPEUM, Art. 16,18; CFPP, Art. 133). En el caso de la criminalidad organizada, las comunicaciones con terceros pueden restringirse, excepto para la comunicación con sus abogados.

detención de *arraigo* hay incluso cámaras y micrófonos, por lo que es imposible sostener una reunión privada[26].

Además de que a los detenidos se les niega el acceso a un abogado, con frecuencia se les mantiene incomunicados[27]. El SPT (2009: 55) informó que bajo el *arraigo,* las personas son privadas de su libertad a niveles extremadamente altos, impidiéndoles cualquier tipo de comunicación, incluso con sus familias y abogados. Un hombre que fue detenido el 22 de enero de 2009, fue mantenido incomunicado durante tres días (CNDH, 2009). Muchos detenidos informan haber sido incomunicados durante dos semanas o más (AI, 2009). Por ejemplo, cuatro hombres fueron detenidos por el ejército el 16 de junio de 2009 y encerrados en barracas militares durante cuarenta y un días bajo *arraigo* antes de que se presentaran formalmente cargos contra ellos. Los hombres fueron mantenidos incomunicados en la base militar durante dos semanas antes de permitírseles el acceso a abogados o a sus familiares (AI, 2009: 15–16).

d. Acceso y revisión judicial

En la práctica, hay poco o ningún acceso a la autoridad judicial durante el *arraigo*. Los detenidos no comparecen ante un juez durante el periodo de detención, sino que están a disposición del MP y de la policía ministerial Un detenido puede, si está en posición de contratar un abogado particular, presentar una demanda de *amparo*, mediante la cual puede impugnar su detención. Un *juicio de amparo* o simplemente *amparo,* "es literalmente un 'recurso de protección' que provee una medida cautelar que suspende las acciones del gobierno que puedan afectar los derechos constitucionales de un individuo" (Shirk, 2010).

e. Arraigo y tortura

En su visita de supervisión de 2009 a México, el SPT halló patrones consistentes de tortura conectados con el *arraigo* y, en su informe, destaca casos sobresalientes. En el Centro Nacional de Arraigo, por ejemplo, aproximadamente la mitad de los detenidos recientemente ha sufrido

26 En el Centro Nacional de Arraigo en Ciudad de México hay micrófonos y cámaras en todas las zonas del edificio (SPT, 2009: 56).

27 Algunas recomendaciones de la CNDH (2009, 2008b) pueden consultarse en este sentido. Muchos otros casos registrados se refieren a acusaciones de tortura durante la detención. Presumiblemente no había abogados defensores presentes en esos momentos (CNDH, 2010a, 2010b).

lesiones a su llegada al centro, con un promedio de 17 lesiones distribuidas en 8 zonas distintas de sus cuerpos (SPT, 2009: 56). En sus entrevistas con el comité, todos los detenidos informaron haber recibido palizas repetidas al momento de su detención, así como durante el traslado al centro de detención, e informaron patrones "idénticos" de conducta por parte del gobierno con respecto a su detención (SPT, 2009: 57). Tras examinar 70 historiales médicos de detenidos por *arraigo* federal, el 49% de ellos describió haber sufrido lesiones recientemente en sus cuerpos a su llegada al centro. "El número de las lesiones que presentan los detenidos y su distribución en el cuerpo corroboran de manera clara y evidente los diferentes testimonios acerca de la violencia y maltrato policial" (SPT, 2009: 57). Una mujer denunció haber sido violada repetidamente por la policía después de su aprehensión, y sus registros médicos confirmaron evidencia de inflamación y lesiones en el área genital. El SPT destacó el pánico que demostraba durante la entrevista (SPT, 2009: 57).

La Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) tiene la tarea de monitorear el cumplimiento y violaciones de derechos humanos, investigar denuncias por violación a los mismos y hacer recomendaciones en dichos casos. La CNDH ha investigado numerosas denuncias de tortura cometidas por el Ejército Mexicano, así como por la PGR con el propósito de obtener confesiones durante las detenciones (CNDH, 2009; 2010a; 2010b). Una víctima que fue detenida bajo *arraigo* denunció haber sido sometida a duros interrogatorios sobre sus conexiones con personas, drogas y armas de las cuales no tenía conocimiento, mientras era golpeado, mantenido incomunicado, privado de alimento y agua y asfixiado (CNDH, 2009: 10–13)[28]. Cuando el detenido pidió un abogado, fue golpeado y un soldado puso un lápiz en su oído derecho que le provocó la pérdida de la audición. Estas acusaciones fueron confirmadas por dos exámenes médicos (CNDH, 2009: 13).

En otro caso, cuatro hombres fueron detenidos por el ejército el 16 de junio de 2009 y encerrados en cuarteles militares de Tijuana durante cuarenta y un días bajo *arraigo* antes de que se presentara formalmente un cargo y fueran consignados ante la autoridad responsable. Además de haber estado incomunicados durante dos semanas, ellos "informaron

28 La víctima, quien es el sobrino del Comisionado de la CNDH en Tijuana, perdió el conocimiento en 3 ocasiones.

a sus familiares que habían sufrido golpizas, ahogo con bolsas plásticas, ejecución de mentira y privación de sueño. Según ellos, el único personal médico disponible era médicos militares que monitoreaban la tortura y resucitaban a los sospechosos cuando perdían el conocimiento" (AI, 2009).

En un caso muy difundido, entre el 21 y 27 de marzo de 2009, veinticinco ex policías de Tijuana fueron detenidos en casos separados por personal militar, llevados a las barracas militares en Tijuana, y detenidos por *arraigo* durante cuarenta y un días (Olivares, 2009). El tratamiento descrito por todos los funcionarios es bastante similar al tratamiento de los cuatro hombres aprehendidos en junio de 2009, también detenidos en cuarteles militares en Tijuana. Los funcionarios de policía de Tijuana denunciaron que "fueron atados con cinta adhesiva en la cabeza, manos, rodillas y pies durante días, se les privó de alimentos durante tres días, recibieron palizas repetidamente, fueron asfixiados con bolsas plásticas y se les aplicó corriente eléctrica en los pies y genitales". Un médico militar estaba presente para resucitar a los que se desmayaban o perdían el conocimiento (AI, 2009). Uno de los funcionarios policiales describió su tratamiento:

> Me pusieron cinta adhesiva en los ojos y las manos; la cinta cortó la piel de las manos. No podía sentir las manos, después me enrollaron en una manta y empezaron a golpearme en todo el cuerpo, entre seis hombres me golpearon durante una hora, perdí el sentido del tiempo, perdí el conocimiento seis veces y como no podía firmar lo que querían me siguieron golpeando, no sé por cuánto tiempo […] me sacaron las botas y pusieron los pies en un contenedor de agua, después me pusieron cables eléctricos y continuaron por horas […] pusieron cables eléctricos en mis testículos […] Pensé que me iban a matar […] no pude soportarlo más y firmé con los ojos vendados. Hoy todavía no puedo sentir los dedos de mi mano derecha (AI, 2009: 15)[29].

29 Al respecto, la CNDH emitió su recomendación el 19 de diciembre de 2011, en la que encontró violaciones de los derechos humanos de los ex funcionarios, y emitió varias recomendaciones (CNDH, 2011).

Aunque el gobierno aduce que los detenidos por *arraigo* disfrutan del mismo debido proceso que todos los otros detenidos, las pruebas obtenidas por el SPT y la CNDH demuestran que se cometen violaciones repetidas y graves de los derechos humanos contra los detenidos bajo *arraigo*.

3. EL *ARRAIGO* Y LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

Existe un creciente cuerpo de literatura sobre las detenciones preventivas en el mundo después de los atentados del 11 de septiembre, a medida que las naciones enfrentan al terrorismo y la amenaza que presenta. Ante el uso cada vez más creciente de las llamadas detenciones preventivas o administrativas, Elias (2009) sugiere una explicación útil para diferenciar dichos términos:

> No hay una definición estándar aceptada internacionalmente de la detención preventiva. Aunque hay excepciones, el término "detención administrativa" se emplea con mayor frecuencia en los países con derecho civil, y el término detención "preventiva" o "provisional" se usa más en los países con derecho consuetudinario. Esta distinción aparentemente inocua es sin embargo importante, ya que los distintos términos "administrativo" y "preventivo" están sesgados intrínsecamente, y en el caso del primero, la detención es una herramienta de la administración o burocracia y, en el caso del último, la detención es necesaria para "prevenir" que ocurra una amenaza o peligro potencial (Elias, 2009: 110)[30].

Independientemente del término que se utilice, las detenciones preventivas y administrativas se refieren a la detención sin cargos. El Artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) y el Artículo 9 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (ICCPR, por sus siglas en inglés) exige que una persona arrestada o detenida bajo sospecha razonable de haber cometido un delito sea

30 Tal como se indica arriba, los términos "detención preventiva", "internamiento" y "detención administrativa" parecer usarse alternativamente en los instrumentos internacionales.

"informada oportunamente" de los cargos contra ella y que comparezca "prontamente" ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer el poder judicial.[31] El derecho internacional también prohíbe totalmente la tortura. Esta prohibición puede encontrarse en el ICCPR (Art. 7) y el Pacto de San José (Art. 5), así como en la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes (CAT).

Se deducen tres derechos principales de los tratados sobre la detención penal: a) el derecho a la notificación oportuna de cargos (ICCPR , Art. 9), b) el derecho a un abogado (ICCPR , Art. 14.3), y c) el derecho a la revisión judicial de la racionalidad de la detención (ICCPR , Art. 9.4). Además de estos tres derechos, la duración de la detención es un factor importante a considerar al evaluar la conformidad con el derecho internacional (ICCPR , Art. 9.3). Por supuesto, la prohibición de la tortura es absoluta (ICCPR , Art. 7).

México es firmante del ICCPR, el Pacto de San José, y la CAT[32] y el gobierno mexicano afirma que el *arraigo* respeta los derechos articulados en esos tratados (Misión Permanente, 2011). Sin embargo, la visita de

31 El ICCPR establece la presunción de inocencia en los artículos 14, 2 y 3. Las secciones relevantes del ICCPR en relación con la detención establecen: Artículo 9(1). Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta. (2). Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella. (3). Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo. (4). Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.

32 México accedió al Pacto de San José el 2 de marzo de 1981 y al ICCPR el 23 de marzo de 1981, y ratificó la Convención contra la Tortura (CAT) el 23 de enero de 1986. El Pacto de San José contiene las mismas protecciones que el ICCPR en relación al arresto arbitrario, notificación de cargos, derecho a revisión judicial y acceso a un abogado (Pacto de San José, Art. 7). Las prohibiciones de los tratados contra la tortura o penas u otros tratos crueles, inhumanos y degradantes se encuentran en el Art. 7 del ICCPR y el Art. 5 del Pacto de San José.

supervisión del SPT y los informes de la CNDH, mencionados *supra,* revelan otra realidad. En el país existe un patrón de violaciones durante el *arraigo,* bajo el cual al individuo se le niega acceso a un abogado, es torturado y/o es mantenido incomunicado.

3.1 Una perspectiva comparativa de los regímenes de detención preventiva

Muchos países tienen regímenes de detención preventiva asociados al terrorismo. Aunque el *arraigo* no está relacionado con el terrorismo, puede ser útil examinar otros regímenes en países que enfrentan amenazas graves a su seguridad nacional. La comparación con otros regímenes de detención preventiva es útil para determinar si el *arraigo* se ajusta y en qué medida a la legislación internacional o si está en contradicción con ella. Los regímenes de detención preventiva –cuando una persona es detenida sin cargos ni juicio– derivan normalmente de un marco de detención antes de un juicio, marco de inmigración o marco de seguridad nacional (Elias, 2009: 116). En el estudio realizado por Elias (2009), se diferencia entre regímenes alternativos de detención preventiva según si la facultad de detener sin cargos ni juicio proviene del código penal, leyes migratorias o disposiciones constitucionales y obligatorias que otorgan facultades extraordinarias al ejecutivo en situaciones de crisis o en el interés de la seguridad nacional[33].

Los regímenes difieren en muchos aspectos y han sido comparados basándose en muchos criterios. Un enfoque ha sido analizar los diferentes regímenes basados en 8 criterios derivados de la legislación internacional: "(i) fundamento legal de la detención; (ii) notificación de cargos; (iii) comparecencia inicial ante una autoridad judicial, administrativa o de otro tipo; (iv) periodo de tiempo en detención sin cargos ni juicio; (v) acceso a un abogado; (vi) derecho a una audiencia pública e imparcial; (vii) revisión judicial; y (viii) normas relativas a los interrogatorios" (Elias, 2009: 114)[34].

33 El artículo de Elias (2009) se centra en 32 naciones con democracias estables y en cómo sus regímenes de detención preventiva cumplen ocho criterios relacionados con distintos derechos.

34 Elias (2009) cita a la Declaración del Consejo Económico y Social de la ONU de 1977: "Sin perjuicio de las disposiciones del artículo 9 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, las personas arrestadas o encarceladas sin cargos gozarán

Dos casos pertinentes y contemporáneos que suponen amenazas especialmente graves a la seguridad nacional son el de Israel, dentro de su conflicto con Palestina, y el de Irlanda del Norte con respecto al Ejército Republicano Irlandés (Irish Republican Army, IRA) y la respuesta del gobierno del Reino Unido. Reconociendo, naturalmente, las diferencias culturales y factuales entre Israel, el Reino Unido y México, estos casos ofrecen enfoques instructivos sobre cómo equilibrar las demandas de la seguridad nacional y el estado de derecho en países que durante décadas han enfrentado amenazas graves a su sobrevivencia[35].

a. Políticas de detención antiterrorista de Israel

Israel ha enfrentado amenazas a su supervivencia desde su nacimiento como nación en 1948. Además de sus operativos militares contra países vecinos, ha enfrentado y continúa enfrentando revueltas populares, atentados suicidas y ataques terroristas dentro de sus fronteras, así como en los territorios palestinos de Gaza y Cisjordania. A pesar de la fuerte presión pública por las respuestas antiterroristas tan contundentes, la legislación israelí posee un sistema fuerte de controles judiciales en casos de seguridad nacional (Schulhofer, 2004: 1906, 1919). El estado de guerra permanente de Israel ha exigido que deba proveerse de herramientas judiciales especiales para combatir las amenazas y, junto con esas herramientas, precauciones especiales para proteger el estado de derecho.

En 1979 Israel reemplazó su anterior régimen de detención con la ley de facultad de detención de emergencia (Emergency Powers Detention

---

de la misma protección que les concede en la parte I [Normas de Aplicación General, normas 6–55 de las Reglas de Estándar Mínimo] y parte II, sección C [Prisioneros bajo arresto o En espera de Juicio, normas 84–93]. Las disposiciones pertinentes de la parte II, sección A [Prisioneros con sentencia, normas 56–81], serán igualmente aplicables cuando su aplicación puede favorecer a este grupo especial de personas bajo custodia, siempre que no se tomen medidas que impliquen reeducación o rehabilitación en ninguna forma apropiadas para personas que no han sido juzgadas por un delito penal". En otras palabras, "deberían usarse estándares idénticos para medir el tratamiento de los detenidos, independientemente si están sujetos a detención preventiva o a detención dentro del sistema de justicia penal ordinario". Esta postura fue reiterada en 2003 por la ONU en referencia a la guerra contra el terror post atentados 9/11 y la necesidad de tratar a todos los detenidos de manera digna.

35 La información sobre los casos de Israel e Irlanda fue extraída de la obra de Schulhofer (2004) y las referencias fueron traducidas exclusivamente para su inclusión en el presente trabajo.

Law, EDPL). Esta ley aborda la "duración de la detención, acceso a un abogado, acceso a las cortes y su papel". La ley permite al Ministerio de Defensa emitir una orden de detención cuando exista "causa razonable" para creer que el Estado o la seguridad pública lo requieren (Gross (2001) en Schulhofer, 2004)[36]. Después de varias versiones de la ley a través de los años, en 2002 la insurgencia en Cisjordania, sumada a los ataques terroristas intensivos, provocó cambios en el régimen de detención. La ley tal como estaba en 2002 (basada en la orden 1500 que sólo estuvo en vigencia durante dos meses) permitía la detención de toda persona aprehendida en Cisjordania hasta por dieciocho días, basada en la determinación de un funcionario militar de que existía sospecha que el detenido ponía en peligro o podía ser un peligro a la seguridad de la zona, las Fuerzas de Defensa Israelíes, o el público. No hay revisión judicial durante 18 días o acceso a un abogado durante el mismo periodo de tiempo y, posiblemente, por un periodo adicional de quince días según el caso (H.C. 3239/02 en Schulhofer, 2004)[37]. Dos meses después, la duración de la detención previa a la revisión judicial fue acortada a 12 días (Decreto 1505) y el detenido podía acceder a su abogado después de 2 días. Aquí subsiste la posibilidad de denegar el acceso al abogado por hasta 34 días según el caso.

¿Cómo respondieron las cortes a estas medidas que limitan derechos? Aunque la Corte Suprema Israelí se mostró en principio cautelosa, dando la razón a los militares casi sin excepción, las actitudes judiciales cambiaron a principios del 2000. La Corte comenzó a cuestionar las demandas de necesidad militar y a eliminar las barreras para la revisión judicial. La revisión judicial más activa ha venido acompañada también de una disposición a revisar los hechos. La Corte impuso un estándar exigente para la detención más allá del cuestionamiento de la racionalidad del soldado que presenta la sospecha: el juez se pregunta si, en su opinión, hay suficiente material investigativo para apoyar la continuación de la

36 Puede consultarse directamente en Gross, Emanuel (2001). *Human Rights, Terrorism and the Problem of Administrative Detention in Israel: Does a Democracy Have the Right to Hold Terrorists as Bargaining Chips?*, 18 ARIZ. J. INT'L & COMP. L. 721,755 .

37 Este caso interpreta el Decreto 1500 que fue adoptado el 5 de abril de 2002, que sustituye al Decreto 378 de 1978 (H.C. 3239/02, Marab v. IDF Commander in the West Bank, 57 (2) P.D. 349 para. 3). (Isr.).

detención. La detención judicial es la norma, mientras que la detención por una persona que no es juez es la excepción (H.C. 3239/02 en Schulhofer, 2004: 1924). La ley y los hechos del caso son revisados nuevamente:

> [La] revisión judicial [no] debería ser superficial [...] [Un juez debe] asegurarse que se le presentan todos los elementos de prueba conectados al asunto del tema en cuestión. Los jueces nunca deberían permitir que la cantidad afectara la calidad o el grado de examen judicial [...] Privar a una persona de su libertad [...] es un paso grave que la ley sólo permite en circunstancias que demandan que se haga por razones contundentes de seguridad [...] [Las] necesidades de seguridad no [deben] tener otra solución razonable (H.C. 3239/02 en Schulhofer, 2004: 1924).

Si bien la revisión *nuevamente* se aplica en teoría, las cortes israelíes siguen siendo muy condescendientes en la práctica y rara vez han liberado a sospechosos detenidos por los militares o los servicios secretos israelíes. Sin embargo, esta deferencia no debería confundirse con un sello automático. Shulhofer (2004) escribe sobre varios casos de gran visibilidad en los cuales la Corte Suprema dejó sin efecto medidas de seguridad importantes porque violaban los derechos civiles. Un caso involucraba el uso de técnicas de interrogación crueles tales como la sacudida y la privación de sueño. En palabras citadas con frecuencia, la Corte Suprema Israelí declaró:

> Este es el destino de una democracia, donde no todos los medios son aceptables para ella y no todas las prácticas empleadas por sus enemigos están a su disposición. Si bien la democracia a menudo debe combatir con una mano atada a la espalda, es la mano correcta. Preservar el Estado de Derecho y reconocer las libertades del individuo constituye un componente importante de su interpretación de la seguridad. Al final del día, ellas contribuyen a su fortaleza. (Schulhofer, 2004: 1926).[38]

38 Haciendo referencia a Pub. Comm. Against Torture in Israel, 53(4) P.D. 817. para. 39.

Otro caso involucró modificaciones a la ley entre el Decreto 378 de 1978 y el Decreto 1500 aprobado en 2002. El Decreto 1500 privaba a los detenidos (supuestos "combatientes ilegales") del derecho a la revisión judicial hasta por 18 días, negando el acceso a un abogado por ese periodo, y aplazando la obligación del ejército de iniciar su investigación durante ocho días. A la vista de los argumentos del ejército para diferir los periodos en tiempo de combate, debido a los desafíos para establecer hechos clave y la necesidad de contar con tiempo adicional para lograr un interrogatorio con éxito, la Corte Suprema Israelí concluyó que esos argumentos eran insuficientes para justificar un retraso tan corto como de 10 días antes de la intervención judicial. La Corte declaró que los derechos humanos fundamentales requieren una revisión oportuna por la autoridad judicial con independencia del poder ejecutivo. La corte reconoció que el derecho internacional no especifica el número de días durante los cuales puede retenerse a un detenido sin intervención judicial, pero concluyó que el principio aplicable es bastante claro: los retrasos no deben superar unos pocos días; incluso un "combatiente ilegal" debe ser llevado oportunamente ante un juez (H.C. 3239/02 en Schulhofer, 2004). La Corte, sin embargo, aceptó varias limitaciones prácticas debido al estado de guerra. Estas limitaciones no son relevantes para nuestra discusión en este documento, ya que México no está involucrado en ninguna guerra, ni ha declaro el estado de emergencia. Así, los argumentos por necesidad militares que prevalecieron en Israel están fuera de lugar aquí.

La Corte Suprema Israelí suspendió la entrada en vigor de la resolución en comento durante seis meses para que el ejército pudiera implementar cambios a su régimen de detención. Supuestamente, el ejército israelí se ha ajustado a este nuevo requerimiento de ocho días para revisión judicial en sus reglamentos subsiguientes, y en la actualidad se respeta este plazo de tiempo. Desgraciadamente, un caso reciente indica que realmente la situación no ha cambiado mucho dentro del sistema jurídico israelí en relación con los territorios de Gaza y Cisjordania.[39]

39 Un caso muy reciente es el de Khader Adnan, un preso palestino acusado de terrorismo, acusado de ser portavoz del grupo Yihad Islámica, quien fue detenido el 17 diciembre de 2011 bajo la ley de "detención administrativa" que se aplica en Gaza y Cisjordania. Adnan protestó la ley y su detención, y el día después de su detención empezó una huelga de hambre de 66 días. La Corte Suprema Israelí decidió evitar que muriera y así tener que revisar públicamente la figura de detención administrativa,

b. Las políticas de detención antiterrorista del Reino Unido

Al igual que la evolución de las actitudes judiciales en Israel, la revisión inicial en Irlanda del Norte estuvo marcada por una supervisión judicial débil y poder militares y ejecutivos sin restricción. A medida que pasaba el tiempo, no obstante, la revisión judicial fue adquiriendo cada vez más importancia y empezó a considerar dichas medidas de detención como duras e injustas.

El conflicto del Reino Unido con el Ejército Republicano Irlandés (Irish Republican Army, IRA) que se conoce como "The Troubles" se remonta a los años 60, cuando un movimiento no violento de derechos civiles surgió como respuesta a la preferencia política otorgada por Gran Bretaña a los protestantes "unionistas". En 1969, las manifestaciones por los derechos civiles se volvieron violentas, con los manifestantes católicos de un lado y los protestantes que apoyaban a la policía local en el otro. Después de una revuelta importante en 1971, el gobierno de Irlanda del Norte declaró el estado de emergencia y detuvo a 354 sospechosos de ser terroristas del IRA en un sólo día. Aproximadamente un tercio de ellos fueron liberados y catorce "sospechosos principales" fueron llevados a centros secretos de interrogación donde se los sometió a estrés psicológico y físico grave. La violencia continuó e incluso aumentó, y para 1990 más de 2.700 personas habían sido asesinadas en Irlanda del Norte, de las cuales 2.000 eran civiles. Más de 31.900 personas sufrieron lesiones graves (Fox, Campbell and Hartley v. United Kingdom (1991) en Schulhofer, 2004: 1933)[40].

Es importante destacar que existían ligeras diferencias en los regímenes de detención dependiendo si la detención se producía en Irlanda del Norte o dentro de la Gran Bretaña.

---

por lo que concedió la libertad a Adnan al no encontrar evidencias sólidas en su contra. A pesar de esta decisión, sigue en vigor la figura de detención administrativa en Cisjordania y Gaza. En conclusión, existe una incongruencia enorme entre las palabras de la Corte Suprema Israelí en *Marab*, y la realidad en Cisjordania y Gaza. La *detención administrativa* puede demorarse hasta seis meses si hay causas razonables para presumir que la seguridad pública requiere la detención del individuo, según la ley israelí, pero, una vez que finaliza ese periodo, puede renovarse indefinidamente. Actualmente hay más de 300 presos detenidos bajo esta ley (Politi, 2012).

40 Para una referencia directa se puede consultar Fox, Campbell and Hartley v. United Kingdom, 13 Eur. H.R. rep. 157 ¶15 (1991).

i. Régimen de detención en Irlanda

Aunque había un régimen de detención de emergencia vigente desde 1922, se promulgó una nueva legislación de emergencia en 1972 de naturaleza "temporal" que fue renovada en adelante con frecuencia. El régimen de 1922, con las modificaciones de 1972, incluían: a) arresto sin garantías para interrogatorio hasta por cuarenta y ocho horas sin necesidad de sospecha alguna; b) arresto por setenta y dos horas por sospecha de que el arrestado hubiera cometido o estuviera a punto de cometer un delito; c) detención por hasta 28 días para permitir a la policía completar la investigación; y d) un periodo indefinido de internamiento basado en la determinación ejecutiva de que el "internamiento" era conveniente en el interés de la preservación de la paz[41]. Los internados tenían una "audiencia de partes limitada ante un comisionado semi independiente". Con el tiempo, el Parlamento del Reino Unido restringió la legislación de emergencia, lo que provocó que la práctica de internamiento entrara en desuso. De forma similar, la revisión judicial de las facultades de arresto especial para Irlanda del Norte –que permitía el arresto basado en una sospecha subjetiva– llevó a su eliminación en 1987.

ii. Régimen de detención en la Gran Bretaña

La Ley de Prevención del Terrorismo (Prevention of Terrorism Act, PTA) fue promulgada en 1974 en respuesta a los ataques en Birmingham que mataron a 21 personas e hirieron a 184. La PTA requería sospecha razonable para el arresto, pero permitía una detención por un total de hasta siete días antes de la revisión judicial para permitir más tiempo de interrogación sin interferencias ni interrupciones (Fox, Campbell and Hartley v. United Kingdom (1991) en Schulhofer, 2004: 1937).

Con apoyo de la legislatura, las cortes fueron cada vez más eficaces en pedir el respeto de tres derechos sustantivos: notificación de los motivos del arresto; acceso oportuno a un abogado; y revisión judicial sobre la racionalidad de las sospechas del funcionario que hacia el arresto.

Notificación: Aunque la racionalidad de la detención fue difícil de revisar debido a la naturaleza subjetiva del requerimiento, las cortes sí aplicaron en cambio la ley según la cual un arrestado debe ser informado claramente de las razones de su arresto (*In re* McElduff (1972) en

41 Schulhofer (2004) hace referencia al caso Ireland, 2 Eur. H.R. Rep. 25, ¶¶ 81–84.

Schulhofer, 2004)[42]. El gobierno británico impugnó este requerimiento de notificación con el argumento de que no podía ser aplicado al arresto según la Ley de Poderes Especiales durante emergencia nacional, cuando las consideraciones primordiales deben ser la seguridad del Estado y la velocidad y eficiencia del arresto. Pero las cortes no se convencieron, calificaron al requerimiento de notificación como un "requerimiento elemental del derecho consuetudinario", y se negaron a ignorarlo. (Kelly v. Faulkner (1973) en Schulhofer, 2004)[43].

Racionalidad: En los primeros años del conflicto, los sospechosos de terrorismo en Irlanda del Norte podían ser retenidos basándose en la sospecha subjetiva durante setenta y dos horas. No existía ninguna revisión judicial de este periodo inicial de setenta y dos horas. Había un requerimiento de racionalidad en Gran Bretaña el cual, sin embargo, era revisable. A partir de 1987 todos los arrestos en Gran Bretaña e Irlanda del Norte tenían que estar justificados por motivos razonables y sujetos al escrutinio judicial. Aunque siguió existiendo un buen grado de deferencia, a veces las cortes sí anulaban arrestos bajo el argumento de que los motivos para el arresto no eran razonables (Van Hout v. Chief Constable (1984) en Schulhofer, 2004)[44].

Derecho a un abogado: Los sospechosos en casos penales ordinarios normalmente tienen acceso inmediato a un abogado, derecho a que se notifique inmediatamente a un familiar o amigo, y el derecho a que esté presente su abogado durante el interrogatorio[45]. Sin embargo, bajo medidas de emergencia, los sospechosos son regularmente aislados de asesoría jurídica hasta por cuarenta y ocho horas, y cuando se permite a los sospechosos reunirse con su abogado las reuniones son controladas por inspectores de policía. En teoría este retraso en el acceso a un abogado

42 La referencia directa de este caso es: *In re* McElduff, N. Ir. L.R. 1,26 (Q.B. 1972).

43 La referencia directa de ese caso es: Kelly v. Faulkner, N. Ir. L.R. 31, 36 (Q.B. 1973).

44 La referencia directa de ese caso es: Van Hout v. Chief Constable, N. Ir. (1984 Q.B.).

45 Schulhofer (2004) refiere a la ley Police and Criminal Evidence Act, 1984, (PACE), y el caso Averill v. United Kingdom, 31 Eur. H.R. Rep. 36 (2000).

era revisable y, en muchos casos, los tribunales hallaron que el retraso no era razonable y otorgaron inmediatamente acceso a un abogado.

c. Panorama judicial en México

Una comparación de la actitud judicial en México con la de Israel e Irlanda muestra un enfoque muy diferente en las políticas de detención según el *arraigo*. El 12 de abril de 2008 el Consejo de la Judicatura Federal creó un órgano judicial llamado Juzgados Federales Penales Especializados en Cateos, Arraigos e Intervención de Comunicaciones (Acuerdo General 75/2008). Sus jueces tienen jurisdicción exclusiva sobre todos los casos que involucran el *arraigo* –así como cateos e intervención de comunicaciones electrónicas (Acuerdo General 75/2008, Art. 5). Al igual que en los primeros años de la jurisprudencia israelí e irlandesa, estos jueces especiales fueron muy respetuosos, derivando sin excepción al ejército de México y la PGR.

En un caso tres sospechosos presentaron una demanda de amparo impugnando la orden de *arraigo* por motivos de privación ilegal de libertad (o racionalidad), estar incomunicados, maltrato y tortura después de ser capturados en posesión ilegal de numerosas armas y municiones (Juicio de Amparo 1000/2009-4). Vale la pena examinar este caso en detalle, ya que demuestra la actitud respetuosa hacia el ejército y el ejecutivo, el uso amplio del *arraigo* y la violación en el *arraigo* de la presunción de inocencia. Este caso también demuestra que, al contrario de la intención de la legislatura para limitar el uso del *arraigo* a los casos "*que fueran necesarios*", los jueces están dispuestos a permitir su uso de manera amplia, incluso cuando hay pruebas suficientes para presentar cargos formales y dar inicio a los procedimientos penales.

En el caso de *amparo*, los militares reportaron que el 4 de septiembre de 2009 los tres sospechosos fueron sorprendidos (*en flagrante*) en posesión de numerosas armas reservadas para uso exclusivo de las fuerzas armadas mexicanas, incluso dos ametralladoras Norinco AK-47 con más de 58 cartuchos, un revólver Colt calibre 38 con siete cartuchos, un rifle Mossberg calibre 12, más de 100 cartuchos para varias armas de fuego y un transmisor de radio. Armados con estas pruebas, llevaron a los sospechosos a la instalación militar "para completar el papeleo", en vez de a la PGR tal como lo exige la ley.

Al día siguiente, incluso antes de presentar la solicitud de una orden judicial de *arraigo*, dos de los tres acusados confesaron haber participado en el tráfico de drogas e implicaron al tercero. Sólo entonces, provistos de las declaraciones de los militares que efectuaron el arresto sobre la posesión de armas de fuego y las confesiones que implicaban a los tres sospechosos, la PGR envió la solicitud ante el Sexto Juzgado Penal Federal Especializado de Cateos, Arraigo e Intervención de Comunicaciones (Juicio de Amparo 1000/2009-4).

Los quejosos solicitaron el *amparo* contra varias autoridades involucradas en su aprehensión y detención, incluida la PGR y la policía judicial ("autoridad responsable"). Acusaron supuesta tortura, incomunicación y otros maltratos, así como privación de libertad. La autoridad responsable rechazó todas las acusaciones de derechos humanos excepto la privación de libertad. La jurisprudencia sobre el *amparo* sostiene que cuando la autoridad responsable niegue las acusaciones, la carga de la prueba recae sobre el quejoso, quien debe demostrar las acusaciones (Tesis 1.2o.P.143 P). A menos que el quejoso demuestre las acusaciones, la causa es declarada improcedente y los procedimientos cesan en relación a la causa y continúan sobre el resto de causas existentes[46]. Como los quejosos no demostraron las acusaciones de derechos humanos de tortura y maltrato, estos asuntos no fueron abordados por la corte. Como los hechos relacionados con las alegaciones de los demandantes no fueron incluidas en el dictamen escrito, no podemos distinguir cuáles fueron esas acusaciones o qué pruebas se ofrecieron. El tribunal aceptó las negativas de la autoridad, cerró los procedimientos respecto a esas causas y pasó al tema de la racionalidad de la orden de *arraigo*.

El dictamen se concentra en el tercer requerimiento: Si el *arraigo* era necesario o no para el éxito de la investigación, la protección de las personas o de bienes judiciales, o si había riesgo fundado de que el acusado pudiera evadir la justicia[47]. En una muestra clara de deferencia hacia el

46 Véase también Fracción IV de Artículo 74 de la Ley de Amparo y la jurisprudencia 284, en la página 236 del Tomo IV, Materia Común, del Apéndice al Semanario Judicial de la federación 1917–2000.

47 Los tres requerimientos para una orden de arraigo son: 1) el Ministerio Público federal presenta una petición a la autoridad judicial, incluido el lugar, forma y medio de detención; 2) el caso involucra la criminalidad organizada; y 3) el *arraigo* es necesario para el éxito de la investigación, la protección de las personas o bienes

ejército, el tribunal declaró: "además, por su naturaleza probatoria, los antecedentes personales e independencia de su cargo como miembros del Ejército Mexicano, *tenían total imparcialidad*, además del hecho de que sus declaraciones eran claras y precisas en relación a los hechos". El tribunal no comentó el hecho de que los quejosos fueran llevados a una instalación militar y no a la PGR, en violación del Artículo 16 de la CPEUM y el artículo 133 del CFPP. Concluyó que la declaración era más que suficiente para demostrar la necesidad del *arraigo,* pero insuficiente para un arresto formal (Juicio de Amparo 1622/2007-II-4).

Este caso demuestra la disposición de la judicatura de confirmar las órdenes de *arraigo,* incluso cuando hay suficientes pruebas para presentar cargos formales e iniciar los procedimientos penales[48]. Aquí, como los sospechosos fueron sorprendidos en la comisión (*en flagrante*) del delito de posesión ilegal de armas de fuego, la ley permitía que se presentaran cargos penales inmediatamente y que empezara el proceso penal tradicional[49]. En cambio, confirmar la orden de *arraigo* permitió a la PGR continuar su investigación sin tener que proveer protecciones legales incluyendo el derecho un abogado y acceso a las pruebas reunidas durante la investigación.

d. Análisis comparativo de México con Irlanda e Israel

¿Cómo se compara el régimen de detención de México con los de Israel y el Reino Unido? El régimen de *arraigo* viola el derecho a una notificación oportuna de los cargos, acceso a un abogado y el derecho

---

judiciales, o si hay un riesgo fundado de que el acusado evada la justicia (Juicio de Amparo 1000/2009-4).

48 Véase también (Juicio de Amparo 1000/2009-4). En este caso, los detenidos, que eran sospechosos de ser "sicarios" (asesinos a sueldo) del "Cartel del Milenio", fueron capturados en su casa, en posesión de numerosas armas de fuego ilegales, munición y narcóticos ilegales. La corte estuvo de acuerdo con el MP de que las pruebas eran insuficientes para satisfacer los requerimientos legales y constitucionales de proceder legalmente contra los sospechosos pero que durante el periodo de detención continuarían recolectando pruebas que permitirían al Ministerio Público presentar cargos formales contra los sospechosos.

49 De acuerdo a lo establecido por la CPEUM (Art. 16), cuando un sospechoso es sorprendido en la comisión de un delito, el juez que recibe al detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar su libertad de acuerdo a la ley. Si un ciudadano detiene a un sospechoso, debe entregarlo inmediatamente a las autoridades. Las autoridades deberían, sin retraso, presentar al detenido al ministerio público que presentara cargos. Véase también (Juicio de Amparo 1622/2007-II-4).

a la revisión judicial de la orden de detención en un nivel mayor que los regímenes israelí y británico. En Israel, después del periodo inicial de dos meses después de la promulgación de las medidas de emergencia, el plazo de detención antes de la revisión judicial fue acortado a doce días y el detenido tiene derecho a acceder a su abogado después de dos días[50]. En Irlanda del Norte, los sospechosos de terrorismo pueden ser retenidos por sospechas subjetivas durante setenta y dos horas, pero las cortes sí aplicaron la ley en el sentido de que el arrestado debe ser claramente informado de las razones de su arresto (Schulhofer, 2004: 1940). El derecho a un abogado fue suspendido regularmente hasta por cuarenta y ocho horas; sin embargo, las cortes con frecuencia determinaron que el retraso no era razonable y otorgaron acceso inmediato a un abogado (Schulhofer, 2004: 1942).

Estos dos regímenes de detención son menos duros que el régimen de *arraigo*. En primer lugar, con el *arraigo* no hay notificación de cargos contra el detenido hasta el final del periodo de 40 u 80 días, porque el agente del MP apenas está reuniendo los medios de prueba para la demostración del hecho o hechos presuntamente constitutivos de delitos y la probable responsabilidad; es decir, pueden ser uno o varios delitos por los que al final se le consigne ante un Juez. El periodo de 80 días sin revisión judicial es 10 veces más largo que el periodo de 8 días autorizado por la Corte Suprema de Israel en *Marab* (Schulhofer, 2004).

De igual forma, sacudir a los sospechosos durante el interrogatorio en Israel es menos extremo que la tortura (palizas, violación, asfixia) y el trato inhumano documentado por el SPT y la CNDH en México[51]. Por último, el plazo de detención bajo *arraigo* supera por mucho el permitido en Israel o el Reino Unido. José Miguel Vivanco, Director Ejecutivo de la División para las Américas de Human Rights Watch (HRW), ha escrito que la "[d]etención sin cargos por un periodo tan largo de tiempo viola el derecho fundamental a la libertad y seguridad de la persona y las protecciones asociadas contra la detención arbitraria consagradas en la legislación

50 Ahora bien, hay que notar que los requisitos emitidos por la Corte en *Marab* seguramente no han sido seguidos, viendo el caso de Khader Adnan.

51 Véase, p.e., (CNDH, 2010b). Ahí el demandante alega palizas, asfixia, introducción forzada de agua en la nariz y descargas eléctricas en el abdomen por la oficina del Subprocurador de Investigación Especializada de Delincuencia Organizada (SIEDO), con el fin de obtener una confesión.

internacional" (HRW, 2008). En su carta al Presidente Calderón, el Sr. Vivanco expresó:

> El plazo propuesto de 80 días sería, claramente, más largo que los existentes en las demás democracias occidentales. En otros países, por lo general, el plazo máximo de cualquier forma de detención previa a la acusación es inferior a siete días. En el marco de la lucha contra el terrorismo, por ejemplo, el plazo máximo permitido para este tipo de detenciones es de un día en Canadá; de dos días en Estados Unidos, Alemania y Sudáfrica; de cinco días en Italia y España; y de siete días en Irlanda y Turquía. El Reino Unido amplió recientemente este plazo a 28 días para ciertos delitos relacionados con el terrorismo, lo cual lo convierte en la democracia occidental que permite el plazo de detención previa a la acusación más extensa. No obstante, los tribunales británicos aún no han determinado si esta reforma es acorde con los derechos humanos, pero existen precedentes jurisprudenciales que indican que un período de detención previa a la acusación tan prolongado no sería permisible (HRW, 2008).

Al confrontar las violaciones de derechos en Israel e Irlanda, las actitudes judiciales han evolucionado y las cortes se han mostrado cada vez más críticas con las restricciones de derechos incluso en situaciones de emergencia enfrentadas en ambos países. Aunque la judicatura de cada país fue extremadamente condescendiente al principio de las declaratorias de estado de emergencia, esta actitud evolucionó hacia una revisión significativa y controles judiciales más rigurosos sobre el poder ejecutivo –fuerzas civiles de seguridad pública y militares.

La revisión significativa y un poder judicial fuerte son fundamentales en estas dos democracias porque un poder judicial fuerte permite exigir responsabilidades al poder ejecutivo. A medida que las judicaturas se hicieron más fuertes y más independientes, entonces, fue fortaleciéndose la democracia en Israel y el Reino Unido. Sin embargo, en México no sólo el estado enfrenta la situación crítica de la violencia relacionada con el tráfico de drogas, sino que además se encuentra en una etapa intermedia dentro del proceso de implementación de la reforma judicial. Esta situación única

pone a México en la desafortunada posición de tener que implementar un nuevo sistema judicial al tiempo que enfrenta prácticas que restringen derechos en su régimen de detención. Sumada a los amenazantes niveles de violencia por drogas, esta situación ya de por sí desafiante hace muy improbables los prospectos de revisión judicial significativa y controles imparciales de los abusos en un clima político marcado por el miedo de la población hacia las organizaciones criminales y el deseo del gobierno de proyectar una imagen de dureza con la criminalidad. Uno puede conjeturar fácilmente cómo este doble desafío aumenta la probabilidad de cierta complacencia hacia los militares y las fuerzas civiles de seguridad.

3.2 Enfoque de México hacia sus obligaciones según la legislación internacional

El orden jurídico mexicano tradicionalmente da primacía a la CPEUM por sobre los tratados internacionales en conformidad con el principio "*fórmula de la cuarta instancia*" (Shatz, 2007: 218). Los tratados internacionales son vinculantes domésticamente una vez sean aprobados por el Ejecutivo y el Senado y se publiquen en el Diario Oficial de la Federación (Shatz, 2007: 218). Al considerar cuestiones de derecho en que la aplicación de los tratados entra en conflicto con la CPEUM, los tribunales suelen dar primacía a ésta. Así, aunque en el ámbito doméstico el Artículo 16 de la CPEUM tiene precedencia sobre la legislación internacional, haciendo irrelevante la mayoría de, si no todos, los desafíos constitucionales dentro del país, esto no obvia el hecho de que son violaciones a los derechos humanos según la legislación internacional.[52] De hecho, la incorporación del *arraigo* en la Constitución coloca a la constitución mexicana misma como violando la legislación internacional.

Aunque México no es el único país en colocar sus propios intereses por sobre la legislación internacional y violar los tratados internacionales debido a lo que percibe como interés primordial de la seguridad nacional, esto no responde a las inquietudes de derechos humanos en relación al *arraigo*. La mayoría de los estados entiende que la ratificación de tratados

52 Es importante mencionar que el debate en los últimos años ha ido cambiando y cada vez se ve más cercana la posibilidad de interpretar tanto la CPEUM como lo tratados en bloque y aplicar el instrumento de mayor beneficio a la persona –principio *pro persona*– (NTX/El Universal, 2012).

tiene consecuencias y, de acuerdo con una teoría de ciencia política, los estados no aceptarán estándares internacionales a menos que estén preparados a cumplir los estándares en el ámbito doméstico (Helfer, 2002: 1832–1835). De acuerdo con otra teoría, no obstante, la falta de cumplimiento por los estados de los tratados sobre derechos humanos es común, ya que la ratificación de los tratados deriva del sentido de poder y los intereses de los estados. Un estudio de Helfer (2002) presenta un análisis cuantitativo extenso de las prácticas de derechos humanos de los estados y concluye que el incumplimiento de las obligaciones de los tratados parece ser común y que la ratificación de los tratados no está asociada infrecuentemente con peores niveles de derechos humanos de lo que se supondría. La aserción más irónica es de Louis Henkin (1979 en Helfer, 2002), al afirmar que casi todas las naciones respetan casi todos los principios de la legislación internacional y casi todas sus obligaciones la mayor parte del tiempo. Debido a los considerables desafíos empíricos, particularmente en el contexto de derechos humanos, de medir el cumplimiento de la legislación internacional, no es posible afirmar con algún grado de certidumbre dónde se encuentra México en el rango general de cumplimiento de la legislación internacional en comparación con otras naciones.

En nuestros análisis de la legislación internacional y, específicamente del cumplimiento de los tratados sobre derechos humanos, debemos recordar el compromiso de múltiples capas que estos tratados requieren:

> La legislación [sobre Derechos Humanos] es diferente de la mayoría de otra cooperación internacional institucionalizada. Tiene con fin principal no regular las interacciones externas de los estados sino hacer responsables a los gobiernos de las conductas que ocurren dentro de sus fronteras. Además, la legislación sobre derechos humanos con frecuencia da poder a los objetos de su protección –individuos, grupos y particulares– para hacer cumplir compromisos legales a través de cortes internacionales y organismos quasi judiciales. Estas dos características hacen de los tratados de derechos humanos una forma especialmente profunda de acuerdo internacional (Helfer, 2004: 1834).

El ICCPR sí prevé las emergencias nacionales y exime a las naciones que declaran oficialmente el estado de emergencia de las obligaciones derogables según el tratado[53]. El estándar del exención es alto, pero la existencia de la nación debe estar bajo amenaza para poder aprovechar esta disposición. Además, las medidas tomadas deben limitarse a aquéllas estrictamente necesarias para las exigencias de la situación. Por supuesto, como la tortura no se puede derogar, la obligación de proteger contra la tortura siempre debe aplicarse.

Una forma en que México podría evitar violar el ICCPR en un contexto como el actual –dejando a un lado el tema de la tortura–, sería declarando una emergencia nacional y derogando el pacto de los tratados, como hizo Gran Bretaña cuando promulgó su ley antiterrorista[54]. Claramente, la violencia es extrema y el Presidente Calderón ha reconocido eso; sin embargo, todavía no ha declarado el estado de emergencia ya que esto podría implicar que las organizaciones criminales están ganando la batalla o porque podría ser interpretado como señal de debilidad.

3.3. El derecho a no sufrir detención arbitraria y tortura

Debido a la naturaleza arbitraria de la detención y la prevalencia de la tortura y otras violaciones a los derechos humanos bajo *arraigo*, esta figura legal ha recibido críticas y la atención internacional de numerosas organizaciones y organismos de derechos humanos, desde la ONU hasta AI y, en el ámbito doméstico, desde la CNDH hasta la CMDPDH. Sin embargo, el gobierno del Presidente Calderón aduce que la tortura no

53 Las obligaciones sobre tortura, esclavitud y *ex post facto* no son derogables. El artículo 4 del ICCPR estipula: "(1). En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. (2). No hay derogación posible de los artículos 6, 7, 8 (párrafos I y 2), 11, 15, 16 y 18 según esta disposición."

54 Anti-Terrorism, Crime and Security Act, 2001. Cita de Tom Hickman (2005) en (Elias, 2009). Aquí discute los méritos de la derogación como forma de acomodar legalmente las acciones de emergencia en comparación con asumir las acciones extralegales tomadas en emergencias.

debería confundirse con el *arraigo,* sino que deberían tratarse como cuestiones separadas[55]. No obstante, la evidencia muestra una conexión fuerte entre el *arraigo* y la tortura. Como ya se ha discutido, la naturaleza intrínseca del *arraigo* no sólo hace a los detenidos *vulnerables* a la tortura, sino que también un porcentaje alarmante de ellos *son* efectivamente torturados mientras están detenidos bajo *arraigo*. Estas violaciones a los derechos humanos asociadas al *arraigo* motivaron que el Comité de Derechos Humanos (CDH, 2010) de la ONU recomendara a México que lo eliminara. Sin embargo, el gobierno Mexicano, a través de su Misión Permanente ante la ONU (Misión Permanente, 2011), rechazó esta recomendación[56].

Además de los organismos de la ONU, la organización HRW también cuestionó la legalidad del *arraigo* en su informe de 2010 sobre México[57]. El 8 de diciembre de 2009, Amnistía Internacional publicó un informe detallado sobre varios casos de tortura bajo *arraigo,* incluso los casos antes mencionados de 25 policías que fueron detenidos y torturados en Tijuana. AI (2009) denunció:

> Una excepción de las formas de detención mencionadas anteriormente es el arraigo. De acuerdo al artículo 16 de la Constitución por petición del fiscal, un juez puede ordenar la retención (*arraigo*) de alguien sin cargos, estipulando la hora y lugar, por 40 días (ampliable a 80 días), con el fin de asegurar

55 Entrevista personal con Juan Carlos Gutiérrez, Director de CMDPDH en Ciudad de México (9 de marzo de 2010).

56 El documento presentado por la misión permanente justifica de varias formas y afirma que los referentes internacionales contra el *arraigo* emitidos no reflejan la situación vigente de la medida, dado a que la misma ha ido evolucionado (Misión Permanente, 2011).

57 El informe dice: "En junio de 2008 México aprobó la reforma constitucional que crea la base para un sistema de justicia criminal contenciosa con juicios orales, y contiene medidas que son críticas para promover un mayor respeto por los derechos fundamentales, tales como incluir la presunción de inocencia en la constitución. Sin embargo, dos disposiciones violan las obligaciones de México según la legislación internacional. La primera permite a los fiscales, con autorización judicial, a detener a individuos sospechosos de participar en la criminalidad organizada hasta por 80 días antes de que se les acuse de un delito. La segunda niega al juez la facultad de decidir, en casos que involucren delitos de una lista prescrita, si un acusado debería ser liberado provisionalmente a espera de juicio y durante el mismo. El gobierno tiene ocho años para implementar la reforma" (HRW, 2010).

> el éxito de la investigación, para proteger personas o derechos legales, o cuando existe un riesgo real de que el sospechosos huya de la justicia. El arraigo es una forma de detención precargo en la cual el sospechoso no comparece ante un juez y con frecuencia se le niega el acceso a su familia o a un abogado independiente (de su elección). Los sospechosos pueden estar detenidos en lugares que no siempre se reconocen como centros de detención oficial. Los mecanismos de derechos humanos tales como el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de la ONU (E/CN.4/2003/8/Add.3, 17 de diciembre de 2002, para 45–50) y el Comité sobre la Tortura (CAT/C/MEX/CO/4, 6 de febrero de 2007) se han referido a la detención por arraigo en la cual los detenidos son vulnerables a la tortura y han pedido su eliminación.

Durante el prolongado periodo del *arraigo*, la persona detenida es *incomunicada*, y la ubicación desconocida de los centros de *arraigo* generan un estado de vulnerabilidad e indefensión para el detenido, de acuerdo con el informe de la CMDPDH (2010) enviado a la ONU el 29 de marzo de 2010[58]. Los informes de las víctimas y los testigos oculares recabados por el SPT demuestran que la detención prolongada sin supervisión judicial y el estar incomunicado crean el contexto perfecto para la tortura de los detenidos por *arraigo*.

4. *ARRAIGO* Y LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES DE 2008

Como se indicó arriba, la reforma judicial de 2008 trajo muchos cambios progresistas destinados a crear un sistema judicial más transparente e independiente y derechos civiles más robustos para acusados y víctimas por igual, así como un sistema de justicia penal más eficiente (Emonds-Poli & Shirk, 2009: 318). En muchos aspectos la CPEUM es progresista, no

58 El Director de la CMDPDH, Juan Carlos Gutiérrez, dice que todavía no ha visto un caso en que un detenido bajo *arraigo* no haya sufrido ningún maltrato. "Muéstreme un caso de arraigo sin trato inhumano o tortura y estaré de acuerdo con el Presidente Calderón que estos son dos temas separados". Entrevista personal, Ciudad de México (9 de marzo de 2010).

sólo porque establece muchos derechos civiles, sino porque además exige que las personas sean informadas de esos derechos (Art. 20). Los cambios pertinentes a este artículo contenidos en la reforma judicial incluyen los siguientes: al momento de la detención el acusado debe ser informado de los cargos en su contra y de sus derechos; existe la presunción de inocencia; además, el derecho a un defensor público autorizado si el acusado no puede pagar un abogado (Art. 17); la carga de la prueba recae en el MP (Art. 20); el acusado tiene derecho a guardar silencio y debe ser informado de ese derecho al momento de su arresto (Art. 20); la tortura está prohibida específicamente, al igual que la intimidación, o mantener incomunicado al acusado (Art. 20); toda confesión obtenida sin la presencia del abogado de la defensa es inadmisible (Art. 20); y toda prueba obtenida como resultado de violar los derechos fundamentales de una persona se considerará inadmisible (Art. 20).

Además de estos derechos civiles, la CPEUM incluye muchas herramientas nuevas para aplicar la ley: una autoridad judicial especial para vigilancia de medios de comunicación electrónicos o intervenciones telefónicas (Art. 16); incautación de bienes y beneficios ilegales obtenidos en el curso de la conducta delictual –mejor conocido como extinción de dominio–[59] (Art. 22); y la creación de bases de datos de cumplimiento de la ley (Art. 21).

En el caso de delincuencia organizada, hay una disposición para permitir un alojamiento custodial más estricto para aquéllas personas con sentencias condenatorias (Art. 18); la excepción a confrontar a un testigo en un juicio público si se determina que la prueba no puede ser reproducida o si hay riesgo para el testigo (Art. 20); y, por supuesto, la detención preventiva o *arraigo* (Art.16)[60].

Por tanto, hay un conjunto de disposiciones garantistas consagradas en la CPEUM, al mismo tiempo que existe otro conjunto paralelo de herramientas de aplicación de la ley que anulan esos mismos derechos en caso de sospechosos de delincuencia organizada. El *arraigo* es uno de los muchos puntos de discrepancia entre el tratamiento de cualquier

59 Gutiérrez (2012) en este volumen hace un análisis más puntual de esta figura.

60 Estos derechos consagrados en la CPEUM aún no habían sido incorporados a la legislación federal al momento de la realización del presente trabajo. México dispuso un plazo de ocho años –finalizando en 2016– para la total implementación de la reforma y sus garantías, tanto a nivel federal como estatal.

acusado y aquéllos sospechosos de delincuencia organizada. En palabras de Sarre (2010b), pareciera como si una parte de la constitución hubiera sido escrita por Ferrajoli[61] y la otra parte por el comandante de la policía federal.

4.1 El arraigo y la integridad de la Constitución

El Presidente Calderón reconoció en su discurso ante el Senado que el *arraigo* infringe la libertad personal fundamental de los individuos, pero pidió al Congreso que incluyera el *arraigo* en la CPEUM (DOF, 2007)[62]. Más que envolver el *arraigo* en la integridad constitucional como él esperaba, el efecto de la incorporación del *arraigo* en la CPEUM envuelve al nuevo texto constitucional en una nube de inconsistencia y falta de integridad.

a. El Artículo 16 de la Constitución infringe las libertades fundamentales y crea inconsistencias inherentes dentro de la Constitución

La incorporación del *arraigo* en la CPEUM crea una discrepancia entre el reconocimiento de la Constitución y la prohibición explícita del uso de la tortura para obtener pruebas de detenidos o arrestados (Art. 20) y la aprobación explícita de un procedimiento que, por su naturaleza secreta, fomenta la tortura que prohíbe.

En segundo lugar, debido a la naturaleza de los interrogatorios en el *arraigo*, el derecho a un abogado pierde todo significado, incluso cuando el detenido tiene la suerte de contar con uno presente. En tercer lugar, y por último, el *arraigo* viola la presunción de inocencia.

i. Las circunstancias de la detención bajo *arraigo* causa que los detenidos sean susceptibles a la tortura e infringe el derecho a un abogado.

La legislatura incluyó dos disposiciones importantes dentro de la CPEUM (Art. 20) sobre la tortura y el uso de pruebas derivadas de la tortura y la intimidación. Primero, prohíbe y criminaliza explícitamente

61 En referencia al jurista italiano Luigi Ferrajoli (1940), una de los principales exponentes del llamado "garantismo jurídico".

62 Véase nota 9.

el aplicar "intimidación o tortura" a un detenido así como mantenerlo incomunicado. Para ayudar a asegurar que los sospechosos no sean intimidados o torturados para que confiesen, también hay una prohibición de admitir pruebas de confesiones realizadas sin la presencia de un abogado defensor. Si se aplicara, esta prohibición eliminaría todo incentivo por parte de la policía a obtener una confesión por medios impropios o ilegales como la tortura.

El *arraigo* aumenta el incentivo a torturar de dos maneras. Aunque la CPEUM prohíbe el uso de declaraciones realizadas sin la presencia de un abogado, la declaración incriminadora puede ser usada en su contra para establecer la evidencia o prueba que sea necesaria para presentar cargos contra el detenido, pues se tiene al detenido a su disposición por un espacio de 40 u 80 días, para interrogarlo tantas veces como se desee. Esto ofrece grandes incentivos para obtener declaraciones incriminatorias por cualquier medio necesario. En segundo lugar, de acuerdo a Amnistía Internacional (2011), las confesiones que se obtienen mediante intimidación, coerción o tortura se *usan* en la práctica contra el acusado en la corte, eliminando así el efecto disuasorio del Artículo 20 para evitar la tortura[63].

Otra contradicción interna dentro de la CPEUM surge del nuevo derecho a un abogado, contenido en el Artículo 17. Aunque cualquier probable responsable tiene derecho a una defensa jurídica de calidad, a los detenidos por *arraigo* se les niega regularmente el acceso a un abogado.

ii. El *arraigo* viola la presunción de inocencia

El arraigo viola la presunción de inocencia contenida en el Artículo 20 de la CPEUM. Otra vez, las estadísticas emitidas por la PGR en sus informes laborales (2009–2011) indican que entre septiembre de 2009 y

63 "A pesar de la promulgación de la legislación de reforma judicial el 17 de junio, los jueces siguen permitiendo el uso de declaraciones conseguidas por tortura como prueba contra el acusado, particularmente sujeto al abuso porque las confesiones suelen ser la evidencia principal en las condenas penales. Las ONG alegaron que los jueces a menudo dan más valor probatorio a la primera declaración del acusado, con frecuencia realizada sin representación legal. Esto ofrece a los fiscales un incentivo para obtener una primera confesión incriminatoria y dificultar que los acusados puedan negar dichas declaraciones. Por su parte los funcionarios de agencias policiales se quejan que aquellos acusados hacen frecuentemente acusaciones infundadas de confesiones bajo coacción para conseguir la absolución" (AI, 2011).

junio de 2011 se obtuvieron órdenes de arraigo para 3.047personas, les fue dictado auto de formal prisión a 2.319 personas y se obtuvieron sentencias condenatorias para sólo 464 personas. Es decir, menos de 20% de las personas detenidas bajo arraigo reciben sentencias condenatorias, y a más de un 20% de ellas ni siquiera se les dicta un auto de formal prisión64.

Cuando una persona es detenida bajo *arraigo*, una nube de culpabilidad le rodea. En varios casos de amparo, los jueces realizaron presunciones de culpabilidad en vez de inocencia, a la luz de los argumentos de la PGR en las solicitudes de *arraigo*. En uno de los casos, el juez declaró que, entendiendo el alcance de la investigación en contra de los sospechosos, éstos podrían evadir a la justicia si se les dejara libres, ya que conocerían la naturaleza ilícita de las actividades que se les imputaban (Juicio de Amparo 2500/2009-II)[65]. En otro caso, el juez resolvió que los hechos presentados por la PGR en apoyo de su solicitud de la orden de *arraigo* generaban la presunción de que el sospechoso había participado en un grupo criminal dedicado al tráfico de personas (Juicio de Amparo No. 50/2010).

Además, la privación de libertad sin cargos es una forma de castigo por adelantado sin el beneficio del procedimiento penal y las medidas de protección que este conlleva. El SPT lamentó las medidas tan restrictivas de los centros de *arraigo* en comparación con las condiciones de alojamiento de las personas condenadas[66]. Aunque los detenidos por *arraigo* están en un limbo procedimental (no acusados pero tampoco libres) y por tanto deberían gozar de más libertad que los condenados, en la práctica ocurre justo lo contrario. Dada la alta tasa de liberados sin cargos entre

64 Por mencionar un ejemplo de esto, en otro caso de amplia difusión, se detuvieron a más de 62 policías de diferentes corporaciones policiacas de Baja California el 29 julio de 2010, por sus presuntos nexos con el crimen organizado. Después de casi dos años detenidos, todos fueron liberados sin cargos ni acusaciones. A ninguno de los policías se les encontró vínculos con la delincuencia organizada, ni los elementos para que permanecieran detenidos (Andrade, 2012).

65 Este caso hace surgir otros temas también, tales como la racionalidad o necesidad de la orden de *arraigo*, dada la cantidad y calidad de las pruebas obtenidas al momento de aprehensión de los sospechosos.

66 Además de las violaciones a los derechos humanos ya discutidos, los detenidos por *arraigo* frecuentemente están encadenados en manos y tobillos, con cámaras de video y monitores en las instalaciones (SPT, 2009).

los detenidos por *arraigo* –treinta por ciento según Prado (2010)–,[67] esta privación de libertad altamente restrictiva es en realidad un castigo por adelantado.

Detener primero e investigar después provoca que personas inocentes no pierdan solamente su libertad, sino también su reputación. Hacerlo sin pruebas transforma la presunción de inocencia en algo carente de sentido. Es posible que fuera políticamente conveniente para el Presidente Calderón usar todo el peso del estado contra el tráfico de drogas, y el *arraigo* es claramente una muestra de este ejercicio de la fuerza pública; sin embargo, como aquí se demuestra, esta muestra de fuerza trae costos altísimos para la integridad de la Carta Magna y del régimen constitucional de derecho en su totalidad.

5. EL *ARRAIGO* Y LA INVESTIGACIÓN POLICIAL

La Reforma Judicial y la Constitución, después de la reforma de 2008, han provisto al sistema de justicia mexicano y especialmente a las agencias policiales de un amplio repertorio de herramientas con las cuales combatir la criminalidad organizada y el tráfico de drogas. Tal como se indica arriba, estas nuevas herramientas incluyen autoridad judicial para vigilancia electrónica e intervenciones telefónicas, la extinción de dominio, y la creación de bases de datos de instituciones policiales (CPEUM, Arts. 16, 21–22). Con la reforma y el financiamiento por los Estados Unidos a través del Plan Mérida, las instituciones policiales tienen más y mejores herramientas investigativas que nunca, junto con cursos de información sobre el uso de estas nuevas herramientas impartidos por el FBI y la DEA[68]. Estas prácticas policiales sólidas y efectivas reducen

67 Este artículo describe a un hombre que fue detenido por sospecha de secuestro, pero fue absuelto y declarado inocente. No obstante, de acuerdo al artículo, el daño psicológico causado a él y su familia ha sido duradero.

68 La ley de autorización de la Iniciativa Mérida de 2008 (H.R. 6028) para combatir los narcóticos ilícitos y reducir la criminalidad organizada fue aprobada por la Cámara de Representantes y el Senado de los E.E.U.U. en 2008, con el propósito de ofrecer asistencia a los gobiernos de México y América Central para controlar la producción de narcóticos ilícitos, el narcotráfico y la criminalidad organizada, así como para ayudar a generar capacidad de las fuerzas policiales y promover el imperio de la ley. Se autorizó un presupuesto de $400.000.000 en asistencia para México durante el Ejercicio Fiscal de 2008.

en gran medida, si no es que pueden eliminar la necesidad del *arraigo,* especialmente si consideramos que el blanco del *arraigo* son aquéllos involucrados en la delincuencia organizada.

La CPEUM (Art. 16) define la delincuencia o criminalidad organizada como aquélla que involucra al menos tres participantes. Los participantes deben comunicarse, coordinarse, colaborar y "organizarse" para poder llevar a cabo sus objetivos ilícitos, lo cual se hace la mayoría de las veces por comunicación electrónica, ya sea por teléfono móvil o correo electrónico. Con la vigilancia electrónica, los organismos policiales pueden monitorear las comunicaciones entre los conspiradores y seguir a sus organizaciones más estrechamente como nunca antes para obtener inteligencia detallada. Los detalles y el alcance de la actividad planificada de la organización se revelan a través de dichas comunicaciones, junto con los nombres, funciones y ubicación de los participantes. Este método de investigación ofrece pistas confiables así como pruebas sólidas para usar contra los sospechosos en el juicio sin revelar a los mismos que están siendo vigilados. Así, si un sospechoso planea abandonar la zona, los organismos policiales están al tanto de ello gracias al monitoreo y pueden seguir al sospechoso y detenerlo antes de que se fugue. Por otra parte, si un sospechoso es detenido por *arraigo*, los copartícipes toman conocimiento de la investigación y pueden destruir pruebas, cambiar de táctica, descartar teléfonos y direcciones de correo electrónico y, en general, cubrir sus rastros para evitar su detección y aprehensión.

El *arraigo* socava la generación de capacidad y eficiencia de los investigadores policiales al ofrecer un "atajo" mediante el cual la policía no tiene que desarrollar pistas ni usar herramientas de investigación. En la mayoría de los casos, estas herramientas, como la vigilancia electrónica, interceptación telefónica, vigilancia física y otros métodos de investigación policial más sofisticados, pueden llevar a la aprehensión de un círculo más amplio de sospechosos. Al usar el *arraigo* para obtener confesiones, el aparato policial mexicano se arriesga a quedarse atascado en la incompetencia, la ineficiencia y la corrupción[69].

69 Entrevista personal, Gabriela Navarro Peraza, Coordinador de la CNDH en Tijuana. Ella afirmó: "[S]i tuviéramos una fuerza policial con formación científica, compuesta de policías capaces de realizar una investigación primero y detener después, las cárceles no estarían llenas y no encestaríamos el arraigo" (12 de marzo de 2010).

6. CONCLUSIÓN: *ARRAIGO* Y DEMOCRACIA EN MÉXICO

El estado de derecho y un poder judicial independiente y efectivo son elementos esenciales para cualquier democracia operativa. En una democracia sana, "el poder judicial debe estar junto al ejecutivo y legislativo como uno de los tres pilares del gobierno" (Lutz & Sikkink, 2001; IDB America (1999) en Handy, 2004). La independencia del poder judicial permite hacer responsable al poder ejecutivo, y la reforma judicial en México fue implementada, entre otras cosas, para crear mecanismos de control y contrapeso y para compartir el poder entre los tres niveles del gobierno (Edmonds-Poli & Shirk, 2009: 3). La misma reforma fue parte de un impulso más amplio para la democratización a través del prisma del estado de derecho para el cumplimiento de la ley en México entre políticos, funcionarios policiales y la sociedad civil.

Este impulso por una democracia más liberal coincidió en el tiempo con una grave amenaza a la seguridad de la nación. Una de las respuestas del gobierno para enfrentar este desafío a la seguridad fue constitucionalizar el *arraigo*. El *arraigo* otorga a la policía tiempo valioso para realizar investigaciones impedidas por los requerimientos legales del debido proceso. El *arraigo* puede considerarse un atajo, entonces, para la obtención de pruebas valiosas contra infractores graves del crimen organizado.

La tensión entre seguridad nacional y derechos humanos estuvo patente en el debate del Senado sobre la reforma y en la inclusión del *arraigo* en la CPEUM. Sobre la Iniciativa Ejecutiva Federal presentada ante el Senado de la Republica por el Presidente Calderón el 9 de marzo de 2007, el Ministro de la SCJN José Ramón Cossio Díaz declaró:

> Se nos ha señalado que el foco en este caso [del *arraigo*] comienza con la consideración del [alarmante] nivel de criminalidad en México. A partir de este punto inicial el intento es comprender qué sanciones deberían estipularse en la Constitución. En nuestra opinión, el análisis debería ser al revés. Vivimos en un estado constitucional y democrático. Nos parece que un estado constitucional y democrático debería seguir siéndolo sin importar las amenazas que reciba; no tiene sentido mantener un estado democrático y constitucional para hacer excepciones

> según los factores externos a la Constitución influyan en él. Nos parece que el único estado viable es el que tiene la capacidad de, a pesar del enorme fenómeno de delito que experimenta, mantener y respetar los derechos fundamentales y a partir de esos derechos combate las condiciones de delincuencia y crimen, no al revés" (Acción de Inconstitucionalidad 20/2003).

El argumento del Ministro Cossío es similar al del Juez del Tribunal Supremo Israelí en *Marab*: al sucumbir a medidas como el *arraigo* no se construye un estado más fuerte; más bien, la adherencia a los fundamentos de ese estado –su constitución y el estado de derecho– engendra respeto por el gobierno y sus instituciones y fortalece la democracia.

La corrupción política a través de la historia de México y la incapacidad del sistema judicial mexicano de lidiar con ella han creado una profunda desconfianza en la población. Un síntoma de esa desconfianza es que la población no denuncia los delitos y cree que las cosas nunca cambiarán[70]. En vez de acercar a México hacia la democracia, la incorporación oficial del *arraigo* en el marco legal y político en México, regresa a la trinchera a un gobierno autoritario y corrupto y fomenta la continuación de su mala percepción pública. El ciudadano está otra vez a merced de la autoridad, la cual se ha arrogado el derecho de tratar a su ciudadanía como desee, irónicamente en nombre de la "ley y el orden".

Por supuesto que las organizaciones criminales representan un enorme problema y amenaza para el estado de México. Además, la corrupción del poder judicial que permite los sobornos hace de la justicia algo muy difícil de aplicar. Crear atajos como *el arraigo*, aunque posiblemente sea eficaz para obtener condenas, causa más daños que soluciones. El efecto perjudicial de las violaciones a los derechos humanos consagradas oficialmente sobre la democratización de México no debería ser subestimado. En su proceso embrionario de reforma legal y democratización, el *arraigo* envía el mensaje de que, ante la alternativa entre la conveniencia de la política y la policía por un lado, y el compromiso con los derechos fundamentales y la democracia por el otro, la conveniencia se impone por sobre el

70 Entrevista personal, Vicente Calderón, periodista de Tijuana Press, Tijuana, Baja California (10 de febrero de 2010).

compromiso con la democracia en México. Merece la pena repetir otra vez las palabras de la Corte Suprema Israelí:

> Este es el destino de una democracia, donde no todos los medios son aceptables para ella y no todas las prácticas empleadas por sus enemigos están a su disposición. Si bien la democracia a menudo debe combatir con una mano atada a la espalda, es la mano correcta. Preservar el Estado de Derecho y reconocer las libertades del individuo constituye un componente importante de su interpretación de la seguridad. Al final del día, ellas contribuyen a su fortaleza (Schulhofer, 2004: 1926)[71].

El *arraigo* viola la legislación internacional en materia de derechos humanos suscrita y ratificada por México, es inherentemente inconsistente con otros derechos importantes en la Constitución Mexicana y contraviene funciones importantes de la reforma judicial en México. La falta de voluntad del poder judicial de controlar significativamente el poder del ejecutivo convierte el *arraigo* en algo especialmente peligroso en un momento en que México está afianzando su democracia. Si decidiera abolir el *arraigo*, el gobierno mexicano no debilitaría la seguridad nacional, sino que la fortalecería.

REFERENCIAS

Acción de Inconstitucionalidad 20/2003. Sentencia, votos particulares y voto concurrente, relativos a la Acción de Inconstitucionalidad 20/2003 promovida por los Diputados integrantes de la Sexagésima Legislatura del Congreso del Estado de Chihuahua, en contra del Congreso y del Gobernador del propio Estado. Publicada en el Diario Oficial de la Federación, Tomo: DCXLIV, No. 7, 80. México D.F. (Primera Sección) (10 de mayo de 2007).

AI (2009). *News Reports of Human Rights Violations by the Military*. December 8. Amnesty International (AI).

71 Citando a Pub. Comm. Against Torture in Israel, 53(4) P.D. 817. para. 39).

Acuerdo General 75/2008, del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, por el que se crean los Juzgados Federales Penales Especializados en Cateos, Arraigos e Intervención de Comunicaciones.

ANDRADE, Luis Gerardo (2012). Liberan a Ministeriales detenidos desde 2010. *Frontera*, 7 de junio.

Arraigo domiciliario previsto en el numeral 12 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada. La aplicación de esta medida viola las garantías de legalidad, de seguridad jurídica y de libertad personal previstas en los preceptos 14, 16 y 18 a 20 de la Constitución Federal. Registro No. 170555, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVII, Enero de 2008, Página: 2756, Tesis: I.9o.P.69 P, Tesis Aislada, Materia(s): Penal. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Arraigo penal. El articulo 122 bis del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua que lo establece, viola la libertad de transito consagrada en el articulo 11 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Registro No. 176029, Novena época, Instancia: Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXIII, Febrero de 2006, Página: 1171, Tesis: P. XXIII/2006, Tesis Aislada, Materia(s): Constitucional, Penal. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Arraigo penal. El artículo 122 bis del Código de Procedimientos Penales del estado de Chihuahua que lo establece, viola la garantía de libertad personal que consagran los artículos 16, 18, 19, 20 y 21 de la constitución federal. Registro No. 176030, Novena Época. Pleno. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXIII, Febrero de 2006, Página: 1170. Tesis: P. XXII/2006. Tesis Aislada Materia(s): Constitucional, Penal.

AVILÉS, Carlos (2006). El Arraigo Viola Derechos de Libertad y Tránsito. *El Universal*. 24 de enero.

Cámara de Diputados (2007). *Dictámenes de las Comisiones unidas de Puntos Constitucionales, y de Justicia con proyecto de decreto que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.* Gaceta Parlamentaria, Cámara de Diputados, número 2401-VIII, martes 11 de diciembre. México: Cámara de Diputados.

_____ (2008). *Dictámenes de las Comisiones unidas de Puntos Constitucionales, y de Justicia con proyecto de decreto que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados*

Unidos Mexicanos. Gaceta Parlamentaria, año XI, número 2450-IV, jueves 21 de febrero de 2008. México: Cámara de Diputados.

_____ (2011). *Dictamen a discusión de la Comisión de Justicia, con proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de las Leyes Federal contra la Delincuencia Organizada; Orgánica del Poder Judicial de la Federación; y de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.* Gaceta Parlamentaria, Número 3411-IV, martes 13 de diciembre. México: Cámara de Diputados.

CDH (2010). *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos. Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 40 del Pacto*. México, 22 Marzo. CCPR/C/MEX/CO/5. Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos (CDH)

CMDPDH (21010). *Report on the situation of human rights in Mexico by the Mexican Commission on the Defence and Promotion of Human Rights, presented before the United Nations Committee on Civil and Political Rights in its 98th Sitting Period.* New York (March 26).

CNDH (1998a). *Segundo Informe Especial De La Comisión Nacional De Los Derechos Humanos Sobre El Ejercicio Efectivo Del Derecho Fundamental A La Seguridad Pública En Nuestro País*. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH).

_____ (2008b). Recomendación No. 33/2008, 11 de julio. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH).

_____ (2009). Recomendación No. 77/2009, 28 de diciembre. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH).

_____ (2010a). Recomendación No. 21/2010, 29 de abril. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH).

_____ (2010b). Recomendación No. 23/2010, 11 de mayo. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH).

_____ (2011). Recomendación No. 87/2011, 19 de diciembre. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH).

Código Federal de Procedimientos Penales (1983) . Diario Oficial de la Federación. 27 De Diciembre. México.

_____ (Adicionado) (2009). D.O.F. 23 de enero de 2009 (FCCP).

Contraste (2011). Aprueban reforma para regular figura de arraigo judicial**.** *Contraste,* 1 de Diciembre.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Organización de los Estados Americanos.

Diario Oficial de la Federación (2007). Tomo: DCXLIV, No. 7, pagina 63 (Primera Sección), 10 de mayo. México.

EDMONDS-POLI, Emily & Shirk, David (2209). *Contemporary Mexican Politics.* U.S.A.: Rowman and Littlefield Publishers, Inc.

ELIAS, Stella Burch (2009). Rethinking 'Preventive Detention' from a Comparative Perspective: Three Frameworks for Detaining Terrorist Suspects. *41 Colum. Human Rights L. Rev. 99 (Fall).*

Frayba (2008). *Arraigo: una forma de criminalizar la protesta*. Yorail Maya. No. 3, Nueva Época. San Cristobal de las Casas: Centro de Derechos Humanos Fray Bartolomé de Las Casas, A. C. (Frayba).

HANDY, Jim (2004). *Chicken Thieves, Witches, and Judges: Vigilante Justice and Customary Law in Guatemala*. J. Lat. Amer. Stud. 36, at 533 (Cambridge University Press.

HELFER, Laurence (2002). Overlegalizing Human Rights: International Relations Theory and the Commonwealth Caribbean Backlash Against Human Rights Regimes. *102 Colum. L. Rev.*

HRW (2010). *World Report Chapter: Mexico*. Human Rights Watch (HRW).

_____ (2010). *Letter to President Calderón*. March 5. Human Rights Watch (HRW).

ICCPR (1966). International Covenant on Civil and Political Rights. General Assembly Resolution 2200A (XXI). 16 de Diciembre. Organización de las Naciones Unidas.

Inclán, Silvia (2009). Judicial Reform in Mexico: Political Insurance or the Search for Political Legitimacy? *Political Research Quarterly.* 62.4.

INFOMEX (2009). Solicitud de Información. Folio No. 0001700208309, 5 de noviembre. Fuente de información: Procuraduría General de la República (PGR). Sistema de solicitud de información pública del Gobierno Federal. México: INFOMEX.

IJPP (2012). De última hora: Oaxaca, tercer estado en derogar el arraigo; ¿siguen Guanajuato y Sonora? *Instituto de Justicia Procesal Penal* (IJPP), Marzo.

Juicio de Amparo 1622/2007-II-A, Manuel Sánchez Corcuera, Juez Decimocuarto de Distrito de Amparo en Material Penal en Distrito Federal, 29 de Mayo, 2007.

_____ 2500/2009-II, Arturo del Real Ibarguengoitia, Juez Segundo de Distrito de Amparo en Material Penal en Distrito Federal, 12 de Noviembre, 2009.

_____ 1000/2009-4, Roberto Martínez Lugo, Juez Cuarto de Distrito de Amparo en Material Penal en Distrito Federal, 5 de octubre, 2009.

_____ 50/2010, María del Carmen Vallas Carmina, Juez Décimo Segundo de Distrito de Amparo en Materia Penal en el Distrito Federal. 26 de Enero de 2010.

LUTZ, Ellen & Sikkink, Kathryn (2001). The Justice Cascade: The Evolution and Impact of Foreign Human Rights Trials in Latin America. *2 Chi. J. of Int. L.*

MICHEL, E. & Ramos, J. (2010). Navarrete recrimina figura de arraigo a FCH. *El Universal*. 19 de agosto.

MILLER, Michael. Circular Firing Squad. *The Newsweek/The Daily Beast*. 10 de febrero.

Misión Permanente (2011). *Respuesta a las recomendaciones de del Comité de Derechos Humanos contenidas en los párrafos 8, 9, 15 y 20 del documento de Observaciones Generales*. En relación al V Informe de México sobre el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Ginebra: Misión Permanente de México ante la Oficina de Naciones Unidas y otros Organismos Internacionales con sede en Ginebra.

OLIVARES Alonso, Emir (2009). Torturados 40 días, 25 policías de Tijuana. *La Jornada*. 10 de Mayo.

PGR (2009). *Tercer Informe de labores*. México: Procuraduría General de la República (PGR).

_____ (2010). *Cuarto Informe de labores*. México: Procuraduría General de la República (PGR).

_____ (2011). *Quinto Informe de labores*. México: Procuraduría General de la República (PGR).

POLITI, Daniel (2012). A Strike Against Israel. *International Herald Tribune.* The Global Edition of the New York Times. Latitude. February 21.

PRADO, Henia (2010). Consignan a 70% de los arraigados. *Reforma*. 18 de marzo. 2010).

SARRE, Miguel (2010a). La Constitucionalización de una Prisión Preventiva sin Pruebas en la Figura del Arraigo. *Estudios Jurídicos en Homenaje a Federico García Sámano*. Curioca, S. & López T., A. (Coord). México: ITAM.

_____ (2010b). Panel Sobre la Prisión Preventiva. 9 de marzo. México: Escuela Libre de Derecho.

SCHULHOFER, Stephen J (2004). *Checks And Balances In Wartime: American, British And Israeli Experiences*, 102 MICH. L. REV.

SHATZ, Sara et. al (2007). The Mexican Judicial System: Continuity and Change in a Period of Democratic Consolidation. *Reforming the Administration of Justice in Mexico.* Cornelius, Wayne & Shirk, David (Eds.). Notre Dame: University of Notre Dame Press.

SHIRK, David (2010). Justice Reform in Mexico: Change & Challenges in the Judicial Sector. *Shared Responsibility,* (Olson, E.L., Shirk, D.A., & Selee A. (Ed.). Washington D.C.; San Diego: Woodrow Wilson Center for Scholars, Mexico Institute: Trans-Border Institute.

SPT (2009). *Informe Sobre la Visita a México del Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos, o Degradantes*. CAT/OP/MEX/R.1. 27 de mayo. Organización de las Naciones Unidas, Comité contra la Tortura, Subcomité para la Prevención de la Tortura (SPT).

STEPHEY, M.J. (2009). Joaquin Guzman Loera: Billionaire Drug Lord. *TIME* [online]. Marzo 13.

TAPIA, Jonathan (2009). Comando libera a 23 de casa de arraigo en N.León. *El Universal.* 4 de diciembre.

Tesis 1.2o.P.143 P. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. Tomo XXV, Febrero de 2007. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época.

The Merida Initiative to Combat Illicit Narcotics and Reduced Organized Crime Authorization Act of 2008 (H.R. 6028).

La extinción de dominio en el sistema jurídico mexicano

Rasgos de su operatividad e interacción con los derechos fundamentales desde la perspectiva constitucional

*Luis Raúl Gutiérrez Calderón**

1. INTRODUCCIÓN

A poco más de un lustro del inicio de la ofensiva político-militar más publicitada en contra del narcotráfico y el crimen organizado, emprendida oficialmente por el titular del Ejecutivo Federal del gobierno de México, es de notar, con independencia de las consecuencias y los resultados de su implementación, una actitud de Estado que tiende a satisfacer la necesidad en materia jurídica de proporcionar los medios permanentes que garanticen su actual y futuro desarrollo.

Y si bien no se podría establecer válidamente y sin objeción alguna que la anterior circunstancia remitente hacia una situación de violencia generalizada constituyó el motivo esencial para plantear una reestructura básica en el derecho concerniente a la seguridad pública y la justicia penal, al menos sí valdría conceder que conformó un elemento determinante para tal acción, todo ello aunado a la vasta e intrincada realidad histórica, jurídica, política y social del país.

En tal sentido es que la presente disertación únicamente pretende conformar un estudio referencial con respecto a una muy particular institución comprendida en el conjunto de reformas constitucionales del año 2008: la extinción de dominio. Para ello, sin descuidar la intrínseca

* El autor es Doctorante en Derecho por la Universidad Panamericana campus Ciudad de México. Ha sido profesor titular de diversas asignaturas en el nivel de educación superior. Actualmente labora en el Poder Judicial de la Federación.

correlación entre los campos jurídicos aplicables –inmersos todos ellos en un entorno de ineludible acción pragmática–, este ensayo propone diseccionar bajo la permisión de los cánones que la teoría jurídica nos facilita, la exposición tocante a la citada figura jurídica a través de una preponderante tonalidad constitucional.

Esto nos permitirá averiguar los elementos que componen la extinción de dominio desde la arista que nos provee la Constitución. Su inspección nos otorgará el conocimiento de su finalidad última, el sentido de sus principios y, más allá de esto, el análisis de su razonabilidad frente a los derechos fundamentales que engloba el recientemente reformado sistema mexicano de derechos humanos.

Así, al final de un recorrido por los matices constitucionales que le otorgan operatividad a la extinción de dominio, el lector se encontrará en la posibilidad de conformar un análisis crítico propio que le permita delimitar los extremos de su ejercicio y asimismo cuestionar sus alcances verídicos.

2. LA EXTINCIÓN DE DOMINIO Y SU CONTEXTO EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO

2.1 Antecedentes próximos

Se inicia el presente estudio en dirección a una óptica de índole constitucional que por sí misma no implicará exclusivamente una remembranza de las cualidades histórico-legislativas de la extinción de dominio, sino también un primer examen del contexto en el cual dicha institución prorrumpió en el orden jurídico mexicano, así como sus trazos iniciales de aplicación casuística.

Por ello, conviene precisar que fue el día miércoles 18 de junio de 2008, cuando por orden del Poder Ejecutivo Federal fue publicado en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el decreto emitido por el Constituyente Permanente por el cual se reformaron y adicionaron diversas disposiciones a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) (DOF, 2008: 3–11). Tal acto en sí constituyó la reputada reforma en materia de justicia penal que vino a modificar en su naturaleza elemental el sistema jurisdiccional y de seguridad penal en México.

Dicha reforma consistió en la innovación, en algunos casos esencial y en otros de menor impacto, de diez preceptos del texto constitucional, así como en la implementación de once artículos de esencia transitoria. Entre los primeros, se encuentra la modificación al Artículo 22, cuyos motivos y efectos jurídicos constituyen el principal objeto de exposición en el presente trabajo.

2.2 El devenir legislativo del Constituyente

Como resulta evidente, la extinción de dominio establecida como figura novedosa en el sistema jurídico nacional no encontraría cauce propio de formulación sino hasta el momento de la cristalización de las reformas constitucionales acaecidas en el año de 2008. Empero, no obstante el matiz de inédita génesis que cercaría la justificación de su inclusión en el texto aludido, es posible advertir un interesante proceso de evolución práctico-legal a partir de preliminares instituciones jurídicas que ciertamente inspirarían a esta última.

Por ende, en este orden de planteamientos, podemos encontrar, por ejemplo, que tanto la confiscación como el aseguramiento y el decomiso contemplaron desde antecedentes primeros de la historia constitucional moderna, aspectos de común interés e innovación para con la ahora actual extinción de dominio, los cuales se estima necesario acotar a continuación a través de un oportuno estudio retrospectivo.

2.2.1 La Constitución de 1917

En primer lugar, cabe señalar que el texto original del Artículo 22 de la CPEUM, que dijo reformar a la diversa del 5 de febrero de 1857 y que fue publicado en el DOF el lunes 5 de febrero de 1917[1], estableció en lo conducente lo siguiente:

> **Artículo 22.-** Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de

1 La Constitución de 1917 nació a partir de la propuesta de reformar a la Constitución de 1857, ésta en su versión reformada por los sucesivos gobiernos liberales, de tal manera que este cuerpo jurídico es representativo tanto de las aspiraciones de los liberales mexicanos del siglo XIX como de las fórmulas utilizadas para la construcción del Estado nacional que es cuestionado por la Revolución Mexicana (González et al., 2004: 28).

> cualquiera especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes, y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales.
>
> No se considerará como confiscación de bienes, la aplicación total o parcial de los bienes de una persona, hecha por la autoridad judicial, para el pago de la responsabilidad civil resultante de la comisión de un delito, o para el pago de impuestos o multas. […] (DOF, 1917: 150).

De lo anterior, que se advierta la provisión constitucional de cariz prohibitiva con respecto a la confiscación de bienes por parte del Estado y, dada la redacción de carácter extensivo al final del primer párrafo, su referencia analógica a una pena inusitada o trascendental. Esta medida se entiende de esa manera, puesto que la confiscación desde el punto de vista jurídico se define como la pérdida total del patrimonio del culpable como sanción al delito cometido (Aguayo, 2004: 413)[2].

No obstante ello, la importancia del citado numeral radica en la disposición excluyente del segundo párrafo, que en una conceptualización de materialidad normativa, redujo el ámbito de aplicación del término confiscación a todos aquellos actos que no constituyeran propiamente la actuación de una autoridad judicial por la que se aplicaran total o parcialmente los bienes de una persona para el pago de la responsabilidad civil resultante de la comisión de un delito, o para el pago de impuestos o multas[3].

Dicha salvedad presente en el numeral en revisión constituyó una primicia con respecto a su antecedente jurídico-formal más próximo; esto

2 Y, por ello, que su distinción para con el procedimiento de extinción de dominio resulte evidente, ya que este último, como se analizará más adelante, no pretende la aplicación de la totalidad de los bienes de un delincuente a favor del Estado, sino que contendrá una acción de carácter real –no penal– con relación a los bienes que guarden determinada relación jurídica con ciertos hechos ilícitos, en los términos que se estudiarán consecuentemente.

3 Esta acción de determinación jurídica de los conceptos que serán excluyentes al de confiscación será reiterativa en el texto constitucional a lo largo de su desarrollo histórico de reformas. De ahí que en realidad no nos encontremos ante un elemento inalterado o absoluto, sino que la confiscación finalmente presente múltiples hipótesis de excepción, establecidas tanto por el Constituyente Originario como por el Constituyente Permanente.

es, en la llamada "Constitución Política de la República Mexicana, sobre la indestructible base de su legítima independencia, proclamada el 16 de septiembre de 1810 y consumada el 27 de septiembre de 1821", mejor conocida como la Constitución de 1857[4], de cuyo numeral 22 constante de un sólo párrafo se advierte su fiel y literal correspondencia para con el primer párrafo del numeral correspondiente a la Constitución de 1917, pero sin la existencia de norma de exclusión alguna como la que se revisa (Tena, 1998: 607, 609).

Sin embargo, resulta de interés tan sólo acotar que la precedente y controvertida Constitución de 1836[5] ya contemplaba en el numeral 45 de su Quinta Base la medida atinente a que "ningún preso podrá sufrir embargo alguno en sus bienes, sino cuando la prisión fuere por delitos que traigan de suyo responsabilidad pecuniaria, y entonces sólo se verificará en los suficientes para cubrirla" (Tena, 1998: 238), y que, a su vez, la diversa Constitución de 1824[6] en su Artículo 147 decretaba que "queda para siempre prohibida la pena de confiscación de bienes" (Tena, 1998: 190).

---

4 Sobre dicho texto constitucional, Rabasa (2004, en Ramírez, 2008: 45) apostilla que el Constituyente de 1857 basó buena parte de su obra en el Acta Constitutiva y la Constitución de 1824, por lo que cabe decir que, en muchos aspectos, las influencias recibidas en la Constitución de 1824, persistieron en la de 1857, aunque ésta ciertamente presentó nuevas y trascendentales adiciones y modificaciones. Para un interesante estudio sobre los orígenes y consecuencias sociales de la Constitución de 1857, véase Narváez (2008: 1–25).

5 Este documento, conocido también como la "*Constitución de las Siete Leyes*", o más específicamente como las "*Bases y leyes constitucionales de la República Mexicana, decretadas por el Congreso General de la Unión en el año de 1836*", constituyó una ley fundamental dividida en siete estatutos y precedida por las llamadas "*Bases Constitucionales*", que aprobados y publicados entre los años de 1835 y 1836, en conjunto, dieron un fin al sistema político de corte federal establecido en la anterior constitución; de ahí su calidad centralista (Tena, 1998: 202). Sin embargo, como señala Barragán (1999, en Cruz, 2004: 91), este período se caracterizó por una enorme movilidad y reacomodo de las fuerzas políticas, con predominio de los conservadores, además de que estuvo marcado con la injusta guerra con los Estados Unidos que significó para el país la pérdida de más de la mitad del territorio nacional.

6 Con respecto a esta norma constitucional, Arteaga (1999: 7) afirma que, a pesar de que en forma reiterada se habla de que México ha tenido diversas constituciones, en estricta técnica jurídica sólo ha tenido una, la de 1824, con la que se inició la vida independiente del país, pues si bien ésta ha sido reformada de raíz al margen del sistema de enmienda que establecía, por ello se ha recurrido al expediente de emitir otras como las de 1836, 1857 y la actual de 1917.

Ahora, en retorno a la Constitución de 1917[7], si bien de la provisión legal antes apuntada se deduce la facultad de que en exclusión a la confiscación se lleven a cabo actos judiciales de aplicación parcial o total de bienes, en los determinados supuestos ahí precisados, tal apreciación inicial nos llevará a verificar de qué manera dicha visión fue enmendada a través de las décadas subsecuentes.

2.2.2 La reforma constitucional del año 1982

En tal sentido, la norma aludida no sufriría modificación alguna sino hasta el año de 1982, cuando el segundo párrafo del Artículo 22 fue reformado para quedar de la siguiente manera:

> **Artículo 22.-** […]
> No se considerará como confiscación de bienes la aplicación total o parcial de los bienes de una persona hecha por la autoridad judicial, para el pago de la responsabilidad civil resultante de la comisión de un delito, o para el pago de impuesto o multas, ni el decomiso de los bienes en caso del enriquecimiento ilícito en los términos del artículo 109. […] (DOF, 1982: 5).

De la anterior transcripción encontramos la inclusión de la figura del decomiso de los bienes en el caso de enriquecimiento ilícito –esto, como un novedoso motivo de excepción para con la terminología de la confiscación[8]–, inserción motivada consecuentemente como resultado de la reforma al título cuarto constitucional que posicionó en dicho escenario a las responsabilidades de los servidores públicos[9]. Por tal motivo, el decomiso poseerá una innegable vinculación hacia el procedimiento penal y a la existencia de una sentencia condenatoria, al conceptualizarse como la privación de los bienes de una persona, decretada por la autoridad

7 Valencia (1998: 82) comenta que a partir de la Constitución de 1917, el Estado mexicano ha persistido dentro del sistema federal; sin embargo, éste no ha permanecido estático, sino que ha experimentado profundas transformaciones que lo han conducido a un modelo propio, ajustado a nuestras peculiares condiciones políticas.

8 Aunque en términos prácticos, el ejercicio legislativo se orientaría desde ese momento y en adelante a interpretar los vocablos "aplicación" y "decomiso" como sinónimos.

9 Sobre el contenido de dicha inserción, consúltese el DOF (1982: 3–5).

judicial a favor del Estado y aplicada como sanción a una infracción del orden criminal (Ramírez et al., 2004: 40)[10].

Cabe destacar que, con respecto a la construcción legislativa de la reforma al Artículo 22 (Iniciativa, 1982), poco se abundó en sus términos concretos, en razón de que el gran cúmulo argumentativo fue destinado a concretizar la introducción constitucional de las responsabilidades de los servidores públicos. Así, en aquélla tan sólo podemos encontrar la marginal intencionalidad propositiva de reintegrar al "pueblo" los bienes que se sustrajeron del patrimonio nacional y, en todo caso, la directa remisión al propio Artículo 109[11], que hizo posar en la legislación penal ordinaria la sanción del decomiso y la consiguiente privación de la propiedad de aquellos bienes vinculados con el enriquecimiento ilícito respecto de los cuales no se justificara su origen legítimo.

2.2.3 La reforma constitucional del año 1996

Por otra parte, en el año de 1996 se concretaría una nueva reforma al artículo en comento, que propondría en una interesante visión el exceptuar como confiscación, además de las hipótesis ahí reiteradas, al decomiso de los bienes propiedad del sentenciado por delitos de los previstos como de delincuencia organizada, o el de aquéllos respecto de los cuales éste se condujera como dueño, si no se acreditaba la legítima procedencia de dichos bienes.

El contenido normativo se cita a continuación:

10 Por ende, su diferenciación con relación al procedimiento de extinción de dominio se originará en la naturaleza del objetivo a perseguir por ambas figuras de derecho, en virtud de que el decomiso constituirá una pena que se impondrá en el procedimiento penal una vez acreditadas la materialidad del delito y la responsabilidad en su comisión, lo que no se verifica, en cambio, en el juicio de extinción de dominio.

11 Éste en su parte conducente prescribe: "Artículo 109.- […] Las leyes determinarán los casos y las circunstancias en los que se deba sancionar penalmente por causa de enriquecimiento ilícito a los servidores públicos que durante el tiempo de su encargo, o por motivos del mismo, por sí o por interpósita persona, aumenten substancialmente su patrimonio, adquieran bienes o se conduzcan como dueños sobre ellos, cuya procedencia lícita no pudiesen justificar. Las leyes penales sancionarán con el decomiso y con la privación de la propiedad de dichos bienes, además de las otras penas que correspondan. […]" (DOF, 1982: 3–4).

> **Artículo 22.-** […]
> No se considerará confiscación de bienes la aplicación total o parcial de los bienes de una persona hecha por la autoridad judicial, para el pago de la responsabilidad civil resultante de la comisión de un delito, o para el pago de impuestos o multas. Tampoco se considerará confiscación el decomiso que ordene la autoridad judicial, de los bienes, en caso del enriquecimiento ilícito, en los términos del artículo 109; ni el decomiso de los bienes propiedad del sentenciado, por delitos de los previstos como de delincuencia organizada, o el de aquéllos respecto de los cuales éste se conduzca como dueño, si no acredita la legítima procedencia de dichos bienes. […] (DOF, 1996a: 13).

En este tenor, sin duda alguna resulta trascendental, en primer grado, la particular deferencia en grado constitucional del término de delincuencia organizada, en tanto que, como se verá enseguida, el extenso discurso parlamentario que lo sustentó fue ampliamente desarrollado en torno a la declaración de una realidad social ya en ese entonces estimada como de relieve mundial.

Ello se desprende de la propia exposición de motivos que, como basamento de la iniciativa de reforma constitucional, fue presentada por los Poderes Ejecutivo y Legislativo en fecha 19 de marzo de 1996, y a través de la cual fueron identificados determinados puntos de envergadura para con la entonces situación de seguridad nacional. En seguimiento de dicho documento, línea tras línea se formuló un llano reconocimiento a la existencia de la delincuencia organizada como uno de los problemas más graves en México y en toda la comunidad mundial. Asimismo, se llevó a cabo el señalamiento del narcotráfico como la manifestación más destacada de dicha coyuntura[12] y la clara prevención de que dicha actividad afectaba las vidas de miles de seres humanos y atentaba contra

12 Sobre este punto, Hernández (1998: 1223) coincide en que, de entre las manifestaciones típicas de la delincuencia organizada (el terrorismo, el lavado de dinero, el robo de automóviles, los asaltos en carreteras a transportes colectivos, el tráfico de infantes, la trata de blancas o de indocumentados, las bandas o pandillas de actuación urbana), la que más preocupación ha generado nacional e internacionalmente es la del narcotráfico, debido a la afectación tangible que produce a cada Estado y al conjunto de éstos.

los principios básicos de la vida comunitaria y de la esencia del Estado, generando descomposición social e inestabilidad política (Iniciativa, 1996).

Otros puntos de afirmación se concentraron en denunciar el carácter transnacional de la delincuencia organizada, su capacidad de desestabilización y de ataque frontal contra las autoridades políticas de los Estados y su uso de métodos y técnicas que la modernizaban y hacían más eficiente que los medios tradicionales de control estatal, como también se afirmó la necesidad del gobierno de, en un marco de derecho, fomentar su actualización y su agilización procedimental, así como su mejora organizacional y de capacidad de respuesta, para evitar el rezago y la ineficacia frente al fenómeno delictivo (Iniciativa, 1996).

En diverso sentido, con respecto a la específica modificación reformatoria del Artículo 22 antedicho, la referida exposición de motivos caracterizó su necesidad en el marco de la contemplación de una delincuencia presente con modernos métodos y técnicas, que gestionaba el lavado de dinero en grandes sumas a través del sistema financiero con absoluta impunidad[13]. De ahí que en apelación a la experiencia internacional se aseveró que entre las acciones que habían probado su eficacia frente a la delincuencia organizada, con respeto a un marco legal y a los derechos humanos, se encontraba la confiscación de bienes en caso de haber sentencia condenatoria (Iniciativa, 1996).

Y así, dicha motivación legislativa insistió en la conveniencia de establecer normas que permitieran la localización y aseguramiento de bienes producto de los delitos del crimen organizado, así como la posibilidad de afectar a las organizaciones criminales en su mayor fuente de poder, que es el económico; ello, a través de la aplicación o decomiso de bienes que se encontraran relacionados con la delincuencia organizada y que asegurados por la autoridad ministerial, pertenecieran a miembros de la organización delictiva o respecto de los cuales éstos se condujeran como dueños (Iniciativa, 1996).

Empero, García (2004a: 73) reconoce que, si bien la presente reforma pretendió enfrentar el grave problema concerniente al manejo de los

13 Pues, como reflexiona García (2004a: 67), la estrecha y creciente sociedad entre la delincuencia –como medio o instrumento–, y el poder económico –como fin pero también como factor de criminalidad–, resulta evidentemente más abundante en el narcotráfico y, en cambio, escaso en el supuesto del terrorismo.

recursos que genera o utiliza la delincuencia organizada, en cambio, la respuesta del Artículo 22 fue desafortunada, puesto que con la modificación constitucional se produjo una inversión del *onus probandi* al sustituirse la carga de la prueba sobre la responsabilidad –que corresponde al Ministerio Público (MP)– por una carga de la prueba sobre la procedencia lícita de los bienes –proyectada al gobernado–, lo que sin lugar a dudas abrió la puerta para otros desarrollos más inquietantes que se cristalizaron en el año de 1999, como se abundará en su momento.

Por último, no resulta desapercibida la semejanza existente entre el pasaje constitucional que se examina y la expresión enunciativa del penúltimo párrafo del Artículo 109 ya esbozado previamente. Así lo confirma el dictamen legislativo que afirmó la similitud entre ambos preceptos como modelos de permisión estatal para la disposición de los bienes del delincuente cuando éstos son producto de una conducta delictiva. Además, se centró su justificación esencial en que estos bienes, adquiridos como producto de delitos cuyo origen lícito no se compruebe y que normalmente se destinan para las propias actividades delictivas, no permanecieran a disposición del delincuente y, sobre todo, que su organización criminal ya no pudiera seguir utilizándolos (Dictamen, 1996).

2.2.4 La reforma constitucional del año 1999

Posteriormente, al proseguir por este camino histórico, se anota que al correr el año de 1999, el Artículo 22 fue nuevamente reformado, al adicionársele un tercer párrafo y constituirse en los siguientes términos:

> **Artículo 22.-** […]
> No se considerará confiscación la aplicación a favor del Estado de bienes asegurados que causen abandono en los términos de las disposiciones aplicables. La autoridad judicial resolverá que se apliquen en favor del Estado los bienes que hayan sido asegurados con motivo de una investigación o proceso que se sigan por delitos de delincuencia organizada, cuando se ponga fin a dicha investigación o proceso, sin que haya un pronunciamiento sobre los bienes asegurados. La resolución judicial se dictará previo procedimiento en el que se otorgue audiencia a terceros y se acredite plenamente el cuerpo del delito

> previsto por la ley como de delincuencia organizada, siempre y cuando se trate de bienes respecto de los cuales el inculpado en la investigación o proceso citados haya sido poseedor, propietario o se haya conducido como tales, independientemente de que hubieran sido transferidos a terceros, salvo que éstos acrediten que son poseedores o adquirentes de buena fe. […] (DOF, 1999a: 2).

La antes transcrita reforma constitucional planteó una serie de precisiones operativas que, si bien no fueron contempladas en la previa modificación del año de 1996 –con relación al decomiso de bienes por los delitos previstos como de delincuencia organizada–, resulta manifiesto señalar que las mismas pudieron haber sido legisladas y desarrolladas sin dificultad en la norma legal secundaria[14]. No obstante ello, resulta de relevancia observar en aquélla el cambio de terminología de decomiso a aplicación por aseguramiento[15]; también lo es la aclaración legal de considerar para tal efecto a los bienes asegurados con motivo de una investigación o proceso, cuando se ponga fin a estos últimos sin haberse hecho un pronunciamiento sobre los primeros. Asimismo se destaca el requerimiento previo al dictado de la resolución judicial de que se siga un procedimiento donde se otorgue audiencia a terceros y que se acredite plenamente el cuerpo del delito previsto por la ley como de delincuencia organizada; así como la determinación de que siempre se trate de bienes respecto de los cuales el inculpado haya sido poseedor, propietario o se haya conducido como tales, independientemente de que los bienes

14 La previamente existente Ley Federal contra la Delincuencia Organizada (LFDO) entró en vigor al día siguiente de su publicación en el DOF de fecha 7 de noviembre de 1996; su Artículo 1 circunscribió su objeto en establecer las reglas para la investigación, persecución, procesamiento, sanción y ejecución de las penas por los delitos cometidos por algún miembro de la delincuencia organizada. Además dicho conjunto normativo cuenta con un capítulo específico relativo al aseguramiento de bienes susceptibles de decomiso, con expresa remisión legal al Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal (CPF) y al Código Federal de Procedimientos Penales (CFPP) (DOF, 1996b: 2–8).

15 Que en realidad no constituyó una diferencia sustancial y técnica en la práctica forense penal.

hubieran sido transferidos a terceros, salvo que éstos acrediten que son poseedores o adquirentes de buena fe.

De este modo, que en un debido análisis de los reseñados elementos constitucionales se desprenda de inicio, la directa pretensión de constituir un procedimiento para la aplicación de bienes asegurados, que dado el acontecimiento de encontrarse concluidos la averiguación previa o el proceso judicial, indefectiblemente deba de llevarse a cabo de manera independiente a éstos, con la previa satisfacción de los categóricos requerimientos ya indicados.

Así, por consecuencia, el término aseguramiento se instituyó en el orden constitucional como una medida provisional distinta a la pena de decomiso, que en todo caso, permitiría garantizar, entre otras cosas, la eventual imposición de esta última (Tesis P. XIII/93), o, como se advierte de lo anterior, incluso posibilitaría la instauración del procedimiento de aplicación de bienes en los términos de la reforma en estudio[16].

Empero, sobre el tema en particular, la exposición de motivos correspondiente no resulta del todo clara, pues si bien en primer término ésta conceptualiza la citada aplicación estatal como aquélla decretada por la autoridad judicial en un procedimiento determinado por la ley, con la participación indistinta de los poseedores, propietarios y adquirentes de buena fe (Iniciativa, 1999), en cambio, no dilucida debidamente si su naturaleza se constituiría en la forma procesal ya sea de un juicio separado o en la de un incidente, ni determina si ello acontecería dentro o fuera del procedimiento penal y qué relación se guardaría con éste.

Ante ello, una interpretación sistémica conlleva a reconocer dos hipótesis de decomiso inmersas en el Artículo 22, como resultado de la reforma en comento. Primero, hallamos el supuesto ya instituido en la reforma del año 1996, por la cual el decomiso se practicaría sobre bienes del sentenciado, respecto de los cuales éste fuera propietario o se condujera como tal, es decir, una vez que dicho sujeto activo fuera condenado en sentencia definitiva por la comisión de ilícitos de los

16 Por lo que dada la esencia transitoria del aseguramiento y su relación con la finalidad de que en sentencia definitiva se decrete el decomiso de lo asegurado o bien su aplicación conforme al procedimiento establecido en la reforma constitucional aludida, que entonces, su distinción para con el procedimiento de extinción de dominio sea latente, dado el propósito de privación definitiva de bienes que se presenta en el último, entre otros aspectos.

previstos como de delincuencia organizada[17]. El segundo supuesto es el contenido en la reforma estudiada, que viene a establecer un procedimiento para la aplicación de los bienes asegurados en una investigación o proceso seguidos por delitos de delincuencia organizada, cuando se les ponga fin sin un pronunciamiento sobre dichos bienes, lo que asoma indiscutiblemente a la provisión de una facultad con una inmensurable discrecionalidad puesto que se prescinde de la necesidad de contar con una sentencia que acredite simultáneamente el ilícito y la plena responsabilidad del inculpado, ya que tan sólo es suficiente, como señala Carbonell (2006: 781), que hayan llegado a su final la averiguación previa o el proceso correspondiente y –se complementa–, que se otorgue audiencia a terceros y se acredite plenamente el cuerpo del delito (mas no la plena responsabilidad del indiciado).

En atención a esta última provisión, García (1996: 54–55) revela que es flagrante la inversión en la carga de la prueba en la norma constitucional[18], puesto que, en este caso, ya no se necesitará probar la ilicitud de la conducta del acusado en una evidente presunción de culpabilidad *juris tantum*, ya que ahora será el inculpado quien deberá demostrar que actuó en forma legítima, pues de no hacerlo así, le serán decomisados sus propios bienes, o incluso los ajenos sobre los que se condujo como dueño, aunque en rigor no lo sea.

Asimismo, García (2004a: 75–76) denuncia que esta medida se pretendió afianzar bajo el insostenible argumento de que no reviste una naturaleza penal, lo cual considera así ya que en su criterio toda la hipótesis del Artículo 22 se eleva sobre la calificación de un cierto hecho calificado como delincuencia organizada, calificación que, sin embargo, no se producirá en una sentencia definitiva, lo cual en todo caso conducirá a la imposición de una sanción que no se identifica como tal: una pena que no es pena; es decir, se prevé la imposición de una consecuencia jurídica

17 Cabe señalar al margen, que en la *praxis* judicial federal la aplicación de bienes a favor del Estado en los procesos penales en trámite comúnmente se externa en una parte considerativa de la sentencia definitiva, y su imposición se configura a suerte de una pena de decomiso, en el resolutivo final correspondiente, en concordancia con la norma procesal (CFPP, Artículo 182-Q) que faculta a la autoridad judicial a decretar el decomiso de bienes mediante sentencia.

18 Al respecto, Islas (1996: 97) señala que ello implica una directa contradicción al Artículo 21 de la Constitución Federal que establece que no es el acusado quien debe probar su inocencia, sino que al MP le corresponde aportar las pruebas del delito.

proveniente de un hecho delictuoso cuya investigación ha quedado inconclusa, una privación de derechos sin causa criminal ni sentencia que la establezca.

En otro sesgo, resulta discutible que la norma constitucional no haya proveído reconocimiento alguno para que, dentro del proceso penal –en la primera hipótesis apuntada–, resulten igualmente sostenibles las imposiciones procesales que sí posee la segunda hipótesis, verbigracia, la garantía de audiencia de terceros, ante lo cual se interpreta que dicho mutismo remita a la aplicación directa de las normas contenidas tanto en la LFDO, el CPF y el CFPP. Sin soslayar que tan sólo unos meses después de la publicación de la reforma a la CPEUM entró en vigor la otrora Ley Federal para la Administración de Bienes Asegurados, Decomisados y Abandonados (LFAB)[19] –posteriormente abrogada por la hoy vigente Ley Federal para la Administración y Enajenación de Bienes del Sector Público[20] (LFAEB)–, que asumió por objetivo el regular la administración y destino de los bienes asegurados, decomisados y abandonados en los procedimientos penales federales (DOF, 2009b: 1).

No obstante lo indicado, resulta destacado apuntar que, al menos hasta este punto, la evolución legislativa sobre este tema específico ya se encontraba en el centro de una tendencia innegable –aún no posibilitada completamente en dicho contexto constitucional– de concebir a la aplicación de bienes en comento a través de un juicio o procedimiento de carácter autónomo.

Lo anterior es posible de ser apreciado en la comentada iniciativa de reforma constitucional, aunque en un aspecto estrictamente indiciario y apenas embrionario, a través de la extracción de determinados cánones considerados como rectores a efecto de ser apreciados en la aplicación de bienes. Esto es: a) la instauración de un procedimiento en el que se cumplan todas las formalidades esenciales; b) la posibilidad de participación tanto de los poseedores o propietarios de los bienes, como de los terceros a los que se les hubieran transferido; c) la condición de

19 Publicada en el DOF en fecha 14 de mayo de 1999 y que conforme a su Artículo Primero Transitorio (DOF, 1999b: 10), su vigencia iniciaría a los tres meses posteriores a dicha publicitación.

20 Publicada en el DOF en fecha 19 de diciembre de 2002 y que conforme a su Artículo Primero Transitorio (DOF, 2002: 22), su vigencia iniciaría a los ciento ochenta días naturales contados a partir del día siguiente al de su publicación.

que exista una resolución judicial que ponga fin al procedimiento y que en ésta no hubiere un pronunciamiento sobre los bienes; d) que su inicio se sustente en el ejercicio de una acción a disposición del Estado; e) la necesidad de que se demuestre para su procedencia, la relación causa-efecto entre el bien y los elementos objetivos del delito; y, f) que la transferencia de su propiedad se efectúe en beneficio de la colectividad (Iniciativa, 1999). Estas pautas, si bien se encuentran limitadas al contexto presente en la reforma convocada, al menos permitirán el desprender los primeros atisbos comunes para con la extinción de dominio, como se identificará en su momento.

Como un aspecto final, la reforma del año de 1999 asimismo contempló la inclusión del abandono de los bienes asegurados como un nuevo ejercicio no confiscatorio en los términos de las disposiciones aplicables[21].

2.2.5 La reforma constitucional del año 2005

En último lugar, cabe puntear que la consecutiva reforma constitucional al numeral 22 acontecida en el año de 2005 y que modificó su primer párrafo, no aportó modificación alguna a la temática en observación; sin embargo, dada su particular importancia con respecto al entorno proteccionista subyacente en el campo del derecho internacional de los derechos humanos, le corresponde un merecido paréntesis en el actual estudio[22].

Así, el citado dispositivo se contempló de la siguiente manera:

> **Artículo 22.-** Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de

21 Dicha referencia a la legislación secundaria no se conduce más allá de las disposiciones del CFPP en sus Artículos 182-A, 182-Ñ y 182-Q, y en su momento por las de la LFAB esencialmente en sus numerales 1, 3 y 44 a 52 (actualmente, por la LFAEB en los Artículos 1, fracción IV, 24 y 70).

22 El proceso legislativo correlativo a la precitada reforma a la Constitución Federal arrancó en el preludio de la presentación de quince iniciativas de diversas fechas, que en su conjunto contemplaron argumentos de cualidad multidisciplinaria para sustentar la propuesta prohibitiva de la llamada pena capital; así, un diversificado mosaico de razonamientos de estirpe sociológica, cultural, criminológica, jurídica (nacional e internacional), humanista y hasta moralista, confluyeron para una común finalidad (Iniciativas, 1998–2004).

bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. […] (DOF, 2005: 2) [23].

3. LA EXTINCIÓN DE DOMINIO EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL AÑO 2008

Finalmente, una vez que hemos determinado los precedentes parlamentarios más destacados, como punto de destino en nuestro trayecto encontramos la composición de la multicitada reforma sobrevenida el día 18 de junio de 2008, la cual, como se ha introducido en los párrafos iniciales, por sí misma encauzó la incorporación de la extinción de dominio en nuestro sistema constitucional. El referido mandamiento se determinó en la forma textual que se cita a continuación:

> **Artículo 22.-** Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado.
>
> No se considerará confiscación la aplicación de bienes de una persona cuando sea decretada para el pago de multas o impuestos, ni cuando la decrete una autoridad judicial para el pago de responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito. Tampoco se considerará confiscación el decomiso que ordene la autoridad judicial de los bienes en caso de enriquecimiento ilícito en los términos del artículo 109, la aplicación a favor del Estado de bienes asegurados que causen abandono en los términos de las disposiciones aplicables, ni la de aquellos bienes cuyo dominio se declare extinto en sentencia. En el caso de extinción de dominio se establecerá un procedimiento que se regirá por las siguientes reglas:

23 Para un valioso estudio acerca de la pena de muerte en México y un interesante alegato abolicionista, véase Díaz-Aranda et al., (2003), así como García (2004b: 910–918).

I. Será jurisdiccional y autónomo del de materia penal;
II. Procederá en los casos de delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, robo de vehículos y trata de personas, respecto de los bienes siguientes:
    a. Aquellos que sean instrumento, objeto o producto del delito, aún cuando no se haya dictado la sentencia que determine la responsabilidad penal, pero existan elementos suficientes para determinar que el hecho ilícito sucedió.
    b. Aquellos que no sean instrumento, objeto o producto del delito, pero que hayan sido utilizados o destinados a ocultar o mezclar bienes producto del delito, siempre y cuando se reúnan los extremos del inciso anterior.
    c. Aquellos que estén siendo utilizados para la comisión de delitos por un tercero, si su dueño tuvo conocimiento de ello y no lo notificó a la autoridad o hizo algo para impedirlo.
    d. Aquellos que estén 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.
III. Toda persona que se considere afectada podrá interponer los recursos respectivos para demostrar la procedencia lícita de los bienes y su actuación de buena fe, así como que estaba impedida para conocer la utilización ilícita de sus bienes (DOF, 2008: 3–11).

En tal tesitura, a las ya referidas excluyentes contenidas en la normativa constitucional con respecto a la vedada confiscación, se añadirá el concepto de aplicación a favor del Estado de aquellos bienes cuyo dominio se declare extinto en sentencia. Por lo que claramente de su descripción textual, podamos reparar en la existencia de los rasgos medulares que

determinarán su condición esencial, para así comprender su posterior desarrollo en la ley reglamentaria pertinente[24].

3.1 Los principios constitucionales de la extinción de dominio

3.1.1 Un alegato sobre técnica legislativa: principios y reglas en la Constitución

De la vista del precepto fundamental antes citado podemos percibir que, con respecto al contenido de la regulación de la extinción de dominio, éste presenta una variedad de normas heterogéneas cuya natura se estima menester desentrañar. Así visto, cabe destacar que en el texto de la CPEUM no se produjo tan sólo la formulación de incuestionables principios constitucionales de ordenación, sino que también se llevó a cabo la enunciación de determinadas "reglas" conforme a las cuales se instituyó que debería de regirse el procedimiento de extinción de dominio.

En tal sentido, principios y reglas conviven en un contexto donde los primeros se identifican con facilidad a lo largo del enunciado constitucional e, incluso, son denominados de manera inexacta como "reglas", tal y como sucede en el caso de las fracciones I y III del referido numeral, que, a pesar de su nomenclatura, consisten en verdaderos principios.

Ahora bien, sin perjuicio de que más adelante se profundice en el contenido particular de dichas reglas, es menester determinar brevemente lo discutible que resulta en una debida técnica legislativa, la inserción en un texto constitucional de normas operativas de segundo orden o reglas en sentido estricto, como aconteció con relación al contenido de la fracción II del ordenamiento en estudio.

En este aspecto, es necesario enfatizar de manera preliminar, que ciertamente la actividad de concreción de los principios derivados de la reforma a la CPEUM en estudio, debe realizarse a través de una actividad positiva que consista en establecer nuevas normas conformes con tales principios, en relación con los casos particulares en que puedan ser invocados aquéllos. Así y sólo de esa manera, dichos principios resultarán adecuadamente operativos en el ámbito de las particulares

24 La Ley Federal de Extinción de Dominio (LFED), Reglamentaria del Artículo 22 de la CPEUM, fue publicada en el DOF el viernes 29 de mayo de 2009 y conforme a su Artículo Primero Transitorio, la misma entraría en vigor a los noventa días naturales posteriores a dicha publicación (DOF, 2009: 111–121).

estructuras operacionales determinadas por el legislador, puesto que si no se considera un proceso concreto, el principio que regula la norma de máxima jerarquía tarde o temprano sería reducido a una simple expresión verbal; de lo anterior, que se presente como incuestionable la necesidad de interponer una posterior actividad normativa, en el ámbito de la cual pueda manifestarse de modo operativo el valor contenido en el principio constitucional (Zagrebelsky, 2000: 84)[25].

Por lo anterior, será a través de la reglamentación de los principios constitucionales cuando al legislador le corresponda el desarrollar la potencialidad de éstos en relación con la casuística específica a regular de manera secundaria; así, el principio permitirá conducir a la unidad a las particulares disposiciones legislativas y cumplirá con su tarea de sistematizar. Para ello, es necesario un contexto suficientemente definido en que pueda ser aplicado el principio, porque la concreción del principio exige, en primer lugar, su determinación en el marco legislativo (sobre las estructuras, los medios, los casos) y, en consecuencia, que no se pueda sustituir al legislador sin traicionar su función (Zagrebelsky, 2000: 84–85). Sólo de esa manera, se logrará que la Constitución no ocupe simplemente el papel de la ley, sino que sirva de orientación para el diseño de un modelo de producción normativa notablemente más complejo (Prieto, 1997: 35–36)[26].

25 Para mayor clarificación de la idea antes expuesta, cabe destacar que el contenido de valor preceptuado por una norma constitucional generalmente contiene la formulación de principios jurídicos, llámense asimismo derechos fundamentales o derechos subjetivos públicos. Y, por ello, la distinción entre reglas y principios es importante para comprender el modo de funcionamiento de las unas y de los otros. Mientras que las reglas establecen lo que se debe o no se debe hacer en circunstancias determinadas por las mismas reglas, los principios establecen orientaciones generales que han de seguirse en todos los casos que pueden presentarse, aunque no estén predeterminados por el mismo principio. Por tanto, un principio tiene una capacidad expansiva mayor que la de una regla, pero, a diferencia de ésta, necesita de una posterior actividad de concreción que relacione al principio con los casos específicos (Zagrebelsky, 2000: 83–84). Dicho de otra manera, las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios. Por ello, distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley (Zagrebelsky, 1999: 109–110).

26 Conviene resaltar que el mandato concreto de desarrollar a través de normas secundarias las directrices constitucionales, y cuya falta de desarrollo puede originar una inconstitucionalidad por omisión, no necesariamente ha de estar expresamente

No obstante lo establecido, es común encontrar con gran frecuencia en la Constitución mexicana una interacción indiscriminada de principios y reglas que responde inconcusamente a la profusa e histórica tendencia estatal de modificarla con regularidad y sin reparo en la distinción apuntada[27]. Y es que, si resulta en un plano evidente que las reformas a la Constitución de 1917 han sido reiterativas y hasta discordantes, en una tenaz carencia de técnica legislativa, es de observarse que uno de los errores más frecuentes que se presentan se refiere a la incorporación en el texto fundamental de normas de carácter excesivamente reglamentario, que bien podrían establecerse en leyes constitucionales (Fix-Zamudio et al. [1999] en Pedroza et al., 2000: 69).

Esto produce a la larga un problema trascendental, puesto que si en principio toda cuestión jurídica debe resolverse mediante las soluciones positivamente consagradas por el legislador en la norma secundaria, la inclusión de éstas a manera de *reglas* en el texto constitucional conduce a que, ante la evolución posterior de las situaciones o de las ideas, se deba de permanecer forzosamente y para todo en la situación en que nos encontrábamos, hasta en tanto el Constituyente Permanente produzca la modificación que resulte necesaria dadas las nuevas circunstancias de la época (Gény [1925] en Tena, 1968: 89).

De tal manera, dada la naturalidad en el orden constitucional con el que convergen dispositivos relativos a principios y normas, sin la provisión de distinción alguna entre éstos, que al menos en una labor teórica conducida a través de las siguientes líneas, sea concebible el lograr esa finalidad. Por ello, se llevará a cabo enseguida una disección entre los principios y reglas

---

formulado en un precepto de la Constitución, sino que bien puede estar implícito en el texto fundamental; de tal manera que además de tal supuesto, el legislador incluso, puede incurrir en un acto de omisión legislativa ante una deficiente regulación de los principios constitucionales (Casal, 2006: 2259–2262).

27 Sobre el tema, García (2008: 1557) comenta que abundan las reformas a la CPEUM, cuyo grupo más nutrido corresponde, como es natural, a modificaciones en el sistema político y en el régimen de los derechos y programas sociales y económicos. Por otra parte, Valencia (1998: 46, 90) refiere en un sentido crítico, que la Constitución de 1917 ha sido una constitución rígida más en la teoría que en la práctica, como se constata en sus abundantes modificaciones que sólo hasta el año de 1998 se contabilizaban en más de seiscientas. En cambio, Gamas (2007: 361) adopta una postura justificativa al identificar la esencia del proceso reformador con la adecuación del sistema político a las realidades presentes y venideras.

que confluyen en el Artículo 22, contemplándolos en su justa medida y sin perjuicio en algunos casos, de su desacertada clasificación original.

3.1.2 El principio procedimental

En un primer avance, ubicamos el reconocimiento parlamentario del carácter procedimental de la extinción de dominio. Dicho elemento, que de inicio implica la adopción del ejercicio de un "procedimiento" como método de operación para la extinción de dominio, consiste en un válido principio de origen constitucional que indudablemente configura un elemento esencial de su existencia. Sin embargo, es de estimar que la noción otorgada al término procedimiento, en realidad, se refiera a su matiz más amplio en el ámbito del proceso o juicio[28].

Ello se sostiene así, puesto que bajo la luz de la doctrina la dicción procedimiento significa sólo la manifestación externa, formal, del desarrollo del proceso o de una etapa de éste, sin comprender las relaciones jurídicas que se establecen entre los sujetos del proceso ni la finalidad compositiva de éste (Ovalle, 1996: 180); en tanto que, por una parte, el término juicio bien puede referirse a la decisión o sentencia del juez o a la reunión ordenada y legal de todos los trámites del proceso (Peña [1835] en Ovalle, 1996: 180); por otra parte, el vocablo proceso denota la suma de los actos que se realizan para la composición del litigio (Carnelutti [1944] en Ovalle, 1996: 181). E incluso, sobre este aspecto, Manresa y Navarro (1856), citado por Medina Lima (1984: 244), distingue entre procedimiento y enjuiciamiento al señalar que el primer concepto constituye la aglomeración o reunión de reglas y preceptos a que debe acomodarse el curso y ejercicio de una acción y, en cambio, el ulterior es el orden y método que debe de seguirse en la marcha de la sustanciación de un negocio, de tal manera que el enjuiciamiento determine la acción sucesiva de las actuaciones trazadas por el procedimiento.

A lo cual, como se ha visto, si lo que se busca con dicho procedimiento es la aplicación a favor del Estado de los bienes cuyo dominio se declare

28 Como advierte Ovalle (1996: 179) las expresiones juicio, procedimiento y proceso se utilizan como sinónimos; sin embargo, su origen ha correspondido a etapas distintas de la evolución del derecho y la doctrina procesal, y si bien es cierto, aparentemente representan el mismo fenómeno, poseen un significado histórico, cultural y doctrinal diferente.

extinto en sentencia, entonces la acepción de proceso o incluso la de juicio se consideran las más adecuadas, sin menoscabo de que en todo caso, las tres designaciones mencionadas en su acotado contexto[29] bien podrían válidamente referir el concepto que aquí interesa:[30] la existencia de un conjunto de normas jurídico-operativas que conduzcan la sustanciación de la acción de extinción de dominio en miras de una decisión judicial que la dirima[31].

3.1.3 El principio jurisdiccional

Es de notar en el contenido del Artículo 22, como se adelantó, la provisión de ciertos principios de carácter constitucional, no obstante su incorrecta catalogación como reglas; ello se desprende de la redacción tanto de la primera fracción como de la última en dicho precepto.

La fracción I revela, primeramente, la esencia jurisdiccional del procedimiento de extinción de dominio y, en segundo término, su autonomía del procedimiento de materia penal[32]. Y, por su parte, la fracción III, garantiza el principio de participación procesal de toda persona afectada ante el ejercicio de la acción de extinción de dominio. En tal medida, sobre el antedicho principio que califica de jurisdiccional al procedimiento de extinción de dominio deberán de indicarse al efecto sus consecuencias inmediatas.

---

29 Es decir, como pauta de una noción no sólo formal sino también teleológica.

30 Y es que, en todo caso, en el derecho procesal, el término juicio se considera sinónimo de "procedimiento para sustanciar una determinada categoría de litigios" y, por ende, significa lo mismo que proceso jurisdiccional (Alcalá-Zamora [1972] en Ovalle, 2004: 735), además de que también en su sentido reducido se utiliza como sinónimo de procedimiento o de "secuencia ordenada de actos a través de los cuales se desenvuelve todo un proceso" (Ovalle, 2004: 735), aunado a que finalmente, existe una tendencia generalizada a asimilar el concepto de procedimiento, con el de proceso, litigio o juicio (Martínez, 2006: 938).

31 El Artículo 1 de la LFED determina que sus disposiciones son de orden público, de interés social y tienen por objeto regular el procedimiento correspondiente a la extinción de dominio, así como también la actuación de las autoridades competentes, los efectos de la resolución que se emita y los medios para la intervención de terceros que se consideren afectados por la misma (LFED).

32 Si bien ya se ha emitido una previa objeción al uso del término "procedimiento", para los efectos prácticos de este trabajo se continuará su uso, aunque referido a los sugeridos alcances del *proceso judicial* o *juicio*, incluso en uso de todos éstos como sinónimos.

De inicio, dicho término no deberá de confundirse con la práctica del llamado derecho instrumental que, dada su amplitud, se refiere tanto a las normas que regulan al procedimiento jurisdiccional como a las que disciplinan los procedimientos administrativo y legislativo (Ovalle, 1996: 40). Por esto y, en cambio, la gradación del procedimiento como jurisdiccional en realidad tendrá el objetivo de conceder al mismo un atributo de característica significación para con su ejecución.

Formulado de otra manera, la esencia jurisdiccional del procedimiento le permitirá contemplar como elementos de su conformación su pertenencia al derecho público, entendido como la regulación del ejercicio de una función del Estado[33], y la presencia de un juzgador, como titular de dicha función jurisdiccional estatal[34], quien conducirá y resolverá el proceso a través de actos de autoridad con las características que les son propias (unilateralidad, imperatividad y coercibilidad) (Ovalle, 1996: 43)[35].

Asimismo, el aspecto formal del proceso jurisdiccional contemplará, en la medida en que lo permita la norma reglamentaria, la posibilidad de aplicar en su dirección procedimental tanto los llamados principios básicos o comunes (principios de contradicción, igualdad de las partes, preclusión, eventualidad, economía procesal, lealtad y probidad) como los denominados principios alterativos (principios de oralidad o escritura, inmediación o mediación, concentración o dispersión, libre valoración de la prueba o sistema de prueba legal, publicidad o secreto) (Fix-Zamudio, 2004: 782, y Ovalle, 1996: 196–203).

33 Conforme a la LFED en su Artículo 3, la extinción de dominio se define como la pérdida en sentencia a favor del Estado de los derechos sobre los bienes mencionados en los Artículos 2 y 8 de la dicha ley, sin contraprestación ni compensación alguna para su dueño ni para quien se ostente o comporte como tal (LFED).

34 El Artículo 2, fracción III de la LFED señala que se entenderá como juez al órgano jurisdiccional competente (LFED).

35 Estos aspectos se advierten de la LFED a través de sus numerales 29 y 30, los cuales determinan que durante el procedimiento, el juez deberá dictar de oficio los trámites y providencias encaminados a que la justicia sea pronta y expedita; además de que podrá desechar de plano, los recursos, incidentes o promociones notoriamente frívolos o improcedentes y así como podrá imponer correcciones disciplinarias o medidas de apremio, en términos del ordenamiento supletorio correspondiente (LFED).

3.1.4 El principio de autonomía

Por otra parte, el segundo principio constitucional cercado con anterioridad, concerniente a la autonomía del juicio de extinción de dominio para con el proceso penal, se percibe de la siguiente manera:

Las diversas y plurales exposiciones de motivos[36] que dieron conformación inicial al numeral 22 de la CPEUM coinciden en el rasgo autónomo de la extinción de dominio, como garantía de éxito ante las imperantes condiciones de inseguridad y sofisticación de la delincuencia organizada, a razón de constituirse en una institución emanada de un derecho penal moderno que supere a sus antecesores (el aseguramiento y el decomiso) (Iniciativas, 2006–2007). Dicha cualidad característica sería reiterada sin modificación alguna a lo largo del procedimiento de reforma constitucional hasta su instalación en el texto finalmente publicado.

Sin embargo, la autonomía, entendida como la condición de quien para ciertas cosas no depende de nadie (Real Academia de la Lengua, 2001: 252), consistirá en realidad tan sólo en un referente debatible, que, en el caso de la extinción de dominio pretenderá al menos teóricamente –aunque sin impecable consecución–, separar a éste de su antecedente más próximo: el proceso penal[37].

Lo anterior coincide ampliamente con el propio resultado legislativo del precepto en estudio, el cual, envuelto en un intenso contexto terminológico de índole penal, si bien no logrará una completa disociación entre el juicio de extinción de dominio y el proceso penal, al menos contemplará las primeras pautas para el posterior desarrollo legislativo que regulen el efecto y extensión de tales relaciones.

Sobre este sentido, lo que se pretendió fue el dotar a la extinción de dominio de una acción procesal autónoma que tuviera sus propias pretensiones, sus propios fundamentos jurídicos, cuyos elementos de prueba fueran distintos a los de la causa penal y que contemplara sus propios medios de impugnación a fin de garantizar la igualdad en la

36 El proceso de reforma constitucional inició su integración a través de la conjunción de diez iniciativas presentadas por diversas fracciones parlamentarias del Congreso de la Unión entre los años de 2006 y 2007 (Iniciativas, 2006–2007).

37 Es de interés el contenido del Artículo 10 de la LFED, que le confiere al procedimiento de extinción de dominio su autonomía del de materia penal, e incluso lo visualiza como distinto e independiente de cualquier otro diverso de naturaleza penal que se haya iniciado simultáneamente, del que se haya desprendido, o en el que tuviera origen.

sustanciación del proceso[38]. Empero, no sería sino hasta la implementación de la ley reglamentaria constitucional, cuando los anteriores elementos encontrarían un umbral de concretización.

3.1.5 El principio de audiencia de terceros afectados

Al hablar del principio de audiencia o participación procesal de toda persona afectada ante el ejercicio de la acción de extinción de dominio, resulta de interés en un primer plano la obligada referencia al procedimiento de reforma a la CPEUM a fin de advertir sus atributos distintivos.

De tal devenir legislativo se advierte que inicialmente ninguna provisión fue conferida para constituir el señalado principio. Tan sólo se profirió sobriamente en un plano de iniciativa que la resolución judicial que extinguiera el dominio se dictaría previo procedimiento en que se haya dado vista a las partes procesales y se acreditara plenamente la vinculación de los bienes con la comisión de un delito (Iniciativa, 2007).

A la postre, se determinaría expresamente por la Cámara de Origen que a fin de respetar la garantía de audiencia[39] de cualquier persona que se considerara afectada en contra del procedimiento de extinción de dominio, procederían los recursos para que ésta acreditara tanto la

38 Véase en particular, la exposición de motivos a iniciativa del diputado César Camacho Quiroz (Exposición de motivos, 2007).

39 En el contexto actual de conceptualización de los derechos humanos reconocidos en la Constitución es preferible hablar de derechos humanos y ya no de garantías individuales ya que, por medio de la reforma constitucional publicada el día 10 de junio de 2011 (DOF, 2011: 10), se modificó la denominación del Capítulo I del Título Primero de la Constitución que se leía "DE LAS GARANTIAS INDIVIDUALES" para ahora decir "De los Derechos Humanos y sus Garantías". De tal forma, dicha modificación de nomenclatura permeó hacia todas estructuras constitucionales, pues, incluso en otro aspecto ya no se habla de que en "[…] los Estados Unidos Mexicanos todo individuo goza[…] de las garantías que otorga [la] Constitución […]", sino de que en la actualidad "[…] todas las personas goza[…]n de los derechos humanos reconocidos en [la] Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección […]". De ahí que el matiz de sustantividad que poseía anteriormente el término "garantía", tras la reforma, haya quedado reducido hacia el género de instrumentos de protección de los derechos humanos (verbigracia, el juicio de amparo, entre otros). A pesar de esto, también se comparte en términos generales la opinión de Carbonell (2011: 63) de que, a nivel teórico, resulta preferible usar la más moderna y apropiada denominación de "derechos fundamentales", la cual, como lo notará el lector, se usa de modo frecuente y como sinónimo de "derechos humanos" en la presente disertación.

procedencia lícita de los bienes y su actuación de buena fe, como que se encontraba imposibilitada para conocer su utilización ilícita (Dictamen, 2007a). Dicha enunciación sería ulteriormente reafirmada en los mismos términos por la Cámara Revisora (Dictamen, 2007b). Y por consiguiente, el contenido constitucional se regló en tales términos[40].

En este contexto, resulta interesante advertir que el contenido del señalado principio remite de manera irrefutable al ejercicio de un derecho esencial reconocido en la teoría jurídica y que se desarrolla ampliamente bajo la temática de los derechos humanos.

Al tenor de lo anterior y sobre este punto en particular cabe acentuar la relevante identificación que se le otorgó a la participación procesal del afectado para con el derecho fundamental denominado como de "audiencia". Por lo que de inicio, tal acción de manera lógica implicaría la expresa remisión al Artículo 14 de la Constitución Federal, así como al Artículo 8, párrafo 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana), ambos con sus consecuentes interpretaciones jurisprudenciales y con el objetivo de determinar sus alcances prácticos. No obstante ello, es posible advertir del contenido del Artículo 22 aludido una redacción restrictiva del citado derecho humano que aparentemente constriñe al tercero afectado a la actuación procesal singular de interposición de recursos; esto, en el exclusivo rumbo de tres objetivos determinados: a) demostrar la procedencia lícita de los bienes; b) demostrar su actuación de buena fe; y, c) demostrar que estaba impedido para conocer la utilización ilícita de sus bienes.

Sin embargo, dicha visión no deberá de constituirse en la preponderante, en tanto que si, en principio, el numeral 1º de la Constitución reconoce el goce de toda persona en los derechos humanos reconocidos en ésta, así como en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, y, en cambio, el citado precepto 22 no limita patentemente dicho ejercicio, que por corolario el contenido de los derechos fundamentales determinados tanto en el numeral 14 de la Constitución como en el

40 Esta señalada parte procesal, es decir, la del tercero afectado, sería con posterioridad reconocida y precisada en la norma reglamentaria secundaria al tenor de su Artículo 11, fracción III (LFED), que estipula que resultan ser parte en el procedimiento de extinción de dominio, entre otros, quienes se consideren afectados por dicha acción y acrediten tener un interés jurídico sobre los bienes materia de la acción de extinción de dominio.

diverso 8, párrafo 1, de la Convención Americana, resulte directamente aplicable ante la primera disposición de la CPEUM. Esto, sin perjuicio de que, como se comentará más adelante, las partes procesales se encuentren bajo la hipótesis de directa aplicación de otros diversos derechos humanos de índole cardinal.

Al mismo tiempo debe de admitirse que el párrafo segundo del Artículo 1º de la CPEUM[41], al que con regularidad se le ha atribuido la génesis del principio de interpretación conforme, constriñe a la interpretación armónica entre las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente constitucional o internacional, con el resto del texto de la propia Constitución y con los tratados sobre derechos humanos (Carmona, 2011: 46). De tal forma, que a partir de este precepto se integre un control de constitucionalidad en el que las normas del texto fundamental sobre derechos humanos deban ser interpretadas de manera armónica, conjunta y complementaria entre sí. Además, dicho control de la Constitución implica la atención al principio de convencionalidad, por el cual, las normas constitucionales en comento deben también de interpretarse de conformidad con los tratados internacionales y con la jurisprudencia convencional (Caballero, 2011: 122).

Ante esto, en concordancia con la noción contemporánea interpretativa de las normas públicas subjetivas prescritas en nuestro orden constitucional, el desarrollo y los límites de todo derecho humano deben de erigirse al centro del conjunto constitucional y convencional y no simplemente en uso de una hermenéutica privativa o aislada. Sólo tras dicho análisis, podremos vislumbrar los confines jurídicos que importa un determinado derecho fundamental en su construcción operativa y funcional.

Es por tal convicción que en lo subsiguiente se procurará trazar el trayecto del derecho de audiencia que profiere el Artículo 22, interpretado éste conformemente con respecto a dos particulares normas capitales. No se pretende lograr una determinación exhaustiva de aquél, dada la natural amplitud interpretativa que puede alcanzarse ante la multiplicidad de lo real, sino, simplemente, exponer su caracterización más definida. Así, a efecto de desarrollar debidamente lo anteriormente indiciado,

41 Que prescribe que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán conforme a la Constitución y a los tratados internacionales de la materia, buscando favorecer en todo tiempo a las personas en la protección más amplia (DOF, 2011: 10).

a continuación se articulará, en primer lugar, el alcance del derecho humano de audiencia entendido conforme a la guía que nos proporciona el Artículo 14 de la Constitución. Una vez llevado a cabo lo anterior, se efectuará lo propio en su tono convencional.

El ya apuntado precepto de la Constitución señala en su texto:

> **Artículo 14.-** […]
> Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho. […] (DOF, 2005: 2).

En este sentido, como puede leerse de su segundo párrafo, el citado dispositivo constitucional refiere a una hipótesis prohibitiva concerniente a la afectación de determinados bienes humanos básicos que permite su salvedad únicamente al contemplarse cuatro requisitos ineludibles y conjuntos. De esta forma, la privación de la libertad, las propiedades, las posesiones o los derechos sólo podrá verificarse: a) a través de un juicio; b) que se siga ante tribunales previamente establecidos; c) con el cumplimiento de las formalidades esenciales del procedimiento; y, d) conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

Para el caso que nos ocupa, el derecho fundamental de audiencia que interesa coincide y forma parte de las llamadas formalidades esenciales del procedimiento; no obstante ello, de manera previa a su consideración, será necesario determinar si este precepto de la Constitución resulta aplicable al procedimiento de extinción de dominio.

En principio, la aplicabilidad del Artículo 14 de la CPEUM se encuentra delimitada en torno a los denominados actos privativos; esto, en referencia directa a la literal conceptualización que refiere su propio texto: "[…] [n]adie podrá ser privado […]" (DOF, 2005: 2). Sobre este punto, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) interpretó jurisprudencialmente que la Constitución Federal en sus Artículos 14 y 16 distingue y regula de manera diferente los actos privativos respecto de los actos de molestia, en tanto que los primeros son los que producen como efecto la disminución, menoscabo o supresión definitiva de un derecho del gobernado, autorizados mediante el cumplimiento de determinados

requisitos precisados en el Artículo 14, mientras que los actos de molestia sólo restringen de manera provisional o preventiva un derecho con el objeto de proteger determinados bienes jurídicos, autorizados por el Artículo 16, siempre y cuando preceda mandamiento escrito de autoridad legalmente competente, en el que funde y motive la causa legal del procedimiento (Tesis P./J. 40/1996)[42].

Además, en dicho criterio judicial, el Pleno de la SCJN también precisó que, para dilucidar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de un acto de autoridad impugnado como privativo, se requiere fijar si verdaderamente lo es y, que para ello, debe atenderse a la finalidad que con el acto se persigue; es decir, si la privación de un bien material o

42 A continuación se transcribe su parte conducente: "ACTOS PRIVATIVOS Y ACTOS DE MOLESTIA. ORIGEN Y EFECTOS DE LA DISTINCIÓN. El artículo 14 constitucional establece, en su segundo párrafo, que nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho; en tanto, el artículo 16 de ese mismo Ordenamiento Supremo determina, en su primer párrafo, que nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. Por consiguiente, la Constitución Federal distingue y regula de manera diferente los actos privativos respecto de los actos de molestia, pues a los primeros, que son aquellos que producen como efecto la disminución, menoscabo o supresión definitiva de un derecho del gobernado, los autoriza solamente a través del cumplimiento de determinados requisitos precisados en el artículo 14, como son, la existencia de un juicio seguido ante un tribunal previamente establecido, que cumpla con las formalidades esenciales del procedimiento y en el que se apliquen las leyes expedidas con anterioridad al hecho juzgado. En cambio, a los actos de molestia que, pese a constituir afectación a la esfera jurídica del gobernado, no producen los mismos efectos que los actos privativos, pues sólo restringen de manera provisional o preventiva un derecho con el objeto de proteger determinados bienes jurídicos, los autoriza, según lo dispuesto por el artículo 16, siempre y cuando preceda mandamiento escrito girado por una autoridad con competencia legal para ello, en donde ésta funde y motive la causa legal del procedimiento. Ahora bien, para dilucidar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de un acto de autoridad impugnado como privativo, es necesario precisar si verdaderamente lo es y, por ende, requiere del cumplimiento de las formalidades establecidas por el primero de aquellos numerales, o si es un acto de molestia y por ello es suficiente el cumplimiento de los requisitos que el segundo de ellos exige. Para efectuar esa distinción debe advertirse la finalidad que con el acto se persigue, esto es, si la privación de un bien material o inmaterial es la finalidad connatural perseguida por el acto de autoridad, o bien, si por su propia índole tiende sólo a una restricción provisional" (Tesis P./J. 40/1996).

inmaterial es la finalidad connatural perseguida por el acto de autoridad, o bien, si por su propia índole tiende sólo a una restricción provisional (Tesis P./J. 40/1996).

En tal orden de ideas, resulta claro y evidente que, si el procedimiento de extinción de dominio posee como finalidad la aplicación a favor del Estado de aquellos bienes cuyo dominio se declare extinto en sentencia, ello bajo el entendimiento de que dicha restricción a la propiedad resultará definitiva y no de tipo provisional, entonces nos encontremos ante un acto privativo y no de molestia. Esto constituye un aspecto de procedencia para afirmar que con respecto al procedimiento de extinción de dominio, le es aplicable la medida constitucional del Artículo 14, y, por consecuencia, que el juicio o proceso de extinción de dominio se encuentre ineludiblemente supeditado a que en su substanciación se satisfagan de manera categórica y conjunta, los derechos fundamentales derivados de dicho numeral; a saber, que se lleve a cabo la substanciación de la extinción de dominio: a) a través de un juicio; b) ante tribunales previamente establecidos; c) con el cumplimiento de las formalidades esenciales del procedimiento; y, d) conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

Sin embargo, con motivo del actual estudio, no será necesario referirnos a cada uno de los ya conferidos supuestos de condición, en tanto que interesa conducirnos con orientación al concepto conocido como "formalidades esenciales del procedimiento".

Al respecto, la literatura interpretativa jurisdiccional en el ámbito federal ha sido prolífica en determinar los alcances y límites de las formalidades esenciales del procedimiento, a las cuales regularmente se les identifica plenamente con el derecho humano de audiencia, percibido éste como un medio para garantizar la defensa adecuada del gobernado de manera previa al acto de privación. Sobre tal tenor, el Pleno de la SCJN, ha afirmado que las formalidades esenciales del procedimiento, como derecho fundamental de audiencia, se traducen en los siguientes requisitos: a) la notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; 2) la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; 3) la oportunidad de alegar; y, 4) el dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas; de tal forma, conforme al Pleno, de no

respetarse estos requisitos, se dejaría de cumplir con el fin de la garantía de audiencia, que es evitar la indefensión del afectado (P./J. 47/1995)[43].

Todos los anteriores componentes en su conjunto configuran la función del derecho básico de audiencia del tercero afectado, que por mayoría de razón y dada su culminación con un acto privativo en su esfera jurídica, debe de ser garantizado en todo procedimiento de extinción de dominio[44]. Ante ello, se coincide con Carbonell (2006: 660) en que la noción de las formalidades esenciales del procedimiento no debe de tener un carácter cerrado, sino abierto, y en ese sentido ésta puede y debe ser ampliada por la jurisprudencia nacional; y se añadiría también que tal acción es susceptible de enriquecerse con atención a los tratados internacionales en materia de derechos humanos de los que México es parte y, naturalmente, con la interpretación de estos últimos. Y es que como se ha reconocido con prelación, la convencionalidad de los derechos fundamentales contemplados en la Constitución constituye una primordial fuente interpretativa de los mismos, que, como se advertirá de la presente exposición, circundará una más amplia concepción del derecho humano de audiencia.

Para analizar lo anteriormente establecido y, como se adelantó, es que con basamento en el Artículo 1º de la Constitución Política será menester dirigirnos a continuación sobre la convencionalidad que en

43 A continuación se transcribe su parte conducente: "FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO. La garantía de audiencia establecida por el artículo 14 constitucional consiste en otorgar al gobernado la oportunidad de defensa previamente al acto privativo de la vida, libertad, propiedad, posesiones o derechos, y su debido respeto impone a las autoridades, entre otras obligaciones, la de que en el juicio que se siga "se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento". Estas son las que resultan necesarias para garantizar la defensa adecuada antes del acto de privación y que, de manera genérica, se traducen en los siguientes requisitos: 1) La notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; 2) La oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; 3) La oportunidad de alegar; y 4) El dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas. De no respetarse estos requisitos, se dejaría de cumplir con el fin de la garantía de audiencia, que es evitar la indefensión del afectado" (P./J. 47/1995).

44 Sin que resulte óbice afirmar, dada la esencial universalidad que posee el derecho humano mencionado, que en todo caso su aplicabilidad no resulta ser exclusiva para con la parte tercero afectada, sino que también es verificable su extensión para con otras partes procesales en la medida de su legal participación.

dirección al principio de debido proceso[45] se ha llevado a cabo en el sistema interamericano de derechos humanos, al cual pertenece el Estado mexicano de manera orgánica y como sujeto obligado, en atención a la firma, ratificación y entrada en vigor tanto de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, como de la Convención Americana, conocida también como el Pacto de San José de Costa Rica.

Lo anterior, a efecto de determinar los alcances interpretativos de dichos instrumentos de rango internacional con respecto a las normas contenidas en nuestra Constitución Federal. En esta tónica, García (2006: 650, 660) considera que el derecho fundamental de debido proceso se instala principalmente bajo el rubro de las "Garantías Judiciales", conforme al citado Artículo 8 de la Convención Americana, el cual desde luego no agota la materia tratante; aunado a que es de referencia precisar que dicho numeral contiene tanto las llamadas garantías judiciales generales en su párrafo primero como las garantías judiciales penales en su párrafo segundo.

En atención a lo previo, resulta conveniente verter el contenido del Artículo 8, párrafo 1, de la Convención Americana, el cual es del texto siguiente:

> **Artículo 8. Garantías Judiciales**
> **1.** Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. […] (Convención Americana).

Ahora bien, sobre lo antes indicado, cabe destacar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CrIDH) ha establecido que el Artículo 8, párrafo 1, de la Convención en estudio, consagra los lineamientos del llamado "debido proceso legal", que implica, entre otros aspectos, el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías

45 En tal sentido, es de afirmarse que la locución "formalidades esenciales del procedimiento" es denominada en otros sistemas jurídicos como "debido proceso" o "debido proceso legal" (Carbonell, 2006: 653).

y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley para la determinación de sus derechos (*Genie Lacayo vs.* Nicaragua, 1997: 74)[46].

Conforme a tales bases, la CrIDH ha conceptualizado al debido proceso como un límite a la actividad estatal que conforma un conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a fin de que existan las condiciones de defensa adecuada ante cualquier acto del Estado que pueda afectar a los derechos de las personas (García, 2006: 667).

De todo lo anterior, podemos desprender con atinencia al debido proceso legal en el ámbito del sistema interamericano de derechos humanos, que éste se equipare con el derecho de toda persona a ser oída, esto es, con su derecho de audiencia, el cual contendrá como elementos de satisfacción: a) que ocurra con las debidas garantías; b) dentro de un plazo razonable; c) por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial; y, d) que haya sido establecido con anterioridad por la ley para la determinación de sus derechos. Estas pautas amplían, sin lugar a dudas, la noción del derecho de audiencia contenido en el numeral 22 constitucional en complemento con los elementos advertidos en el diverso Artículo 14.

En tal aspecto, la participación procesal de la parte afectada por un juicio de extinción de dominio no debe de restringirse exclusivamente a las situaciones hipotéticas reducidas en el Artículo 22, dado que su contenido normativo merece ampliarse en su beneficio en función de la integración interpretativa derivada tanto del Artículo 14 de la Constitución Federal como del Artículo 8, párrafo 1, de la Convención Americana. Sólo de esta manera, podremos establecer de manera ilustrativa, mas no exhaustiva, que los elementos básicos que configurarán el ejercicio y la garantía procedimental del derecho fundamental de audiencia en el juicio de extinción de dominio, consistirán en los que ya se expresaron con antelación como parte de las "formalidades esenciales del procedimiento" en el ámbito nacional, y del debido proceso legal según se advierte del sistema interamericano de derechos humanos. En perspectiva, esto implicará indudablemente el reconocimiento de un derecho esencial

46 Así se ha interpretado además de manera reiterada en múltiples fallos por dicho tribunal, de los cuales se citan de manera expositiva el caso Yvon Neptune vs. Haití (2008: 79) y el caso *Bayarri vs.* Argentina (2008: 101).

pleno en su ejecución y así como garante de una protección más amplia y efectiva para su destinatario[47].

En conclusión, el principio constitucional de audiencia o participación procesal de la persona afectada en el juicio de extinción de dominio no debe ser considerado bajo una guía determinista reducida al margen del Artículo 22, sino que, en cambio, su alcance debe ser extendido con base a la relación armónica, conjunta y complementaria que existe entre los derechos fundamentales contenidos en la Constitución General, además, en debida circunspección a los instrumentos convencionales en materia de derechos humanos que forman ya parte del haber jurídico nacional[48].

---

47 Que como se reconoció anteriormente, no se delimita estrictamente en su aplicabilidad a la parte procesal del tercero afectado, sino que en atención a su rango de derecho humano, también puede ser comprendido verbigracia, en la esfera de los derechos del demandado.

48 Sin perjuicio de lo anterior, es posible desprender del contenido de la LFED el reconocimiento de diversas normas procesales que tienden a procurar la adecuada defensa legal del tercero afectado (así como de otras partes en lo conducente), que en vista de su concreción resultará menester considerar en adición a los derechos públicos subjetivos ya mencionados y que se derivan del sistema constitucional-convencional. Así, se advierte que, en primer lugar, el Artículo 1 de la LFED contiene la enunciación de que dicha norma secundaria regulará los medios para la intervención de los terceros que se consideren afectados; en segundo lugar, su numeral 10, determina que los afectados por un proceso donde no se compruebe el cuerpo del delito, tendrán derecho a reclamar la reparación del daño con cargo al Fondo establecido en dicha ley. Por otra parte, el Artículo 11, último párrafo, considera que el afectado podrá actuar por sí o a través de sus representantes o apoderados en los términos de la legislación aplicable. El Artículo 22, fracción I, señala que, admitida la demanda, el juez ordenará la notificación de manera personal de los afectados que se tengan identificados y se conozca su domicilio; por otra parte, el Artículo 24 confiere que toda persona afectada que considere tener interés jurídico sobre los bienes materia de la acción deberá comparecer dentro de los diez días hábiles siguientes al conocimiento de la acción para acreditar tal circunstancia, a lo cual el juez resolverá sobre la legitimación del afectado y aquél tendrá un plazo perentorio de quince días hábiles para contestar la demanda. Incluso, se reconoce que en contra del auto que niegue la legitimación procesal del afectado, procederá el recurso de apelación. También, el Artículo 27 indica que, cuando no comparezca el demandado o el afectado, el juez les designará un defensor quien en su ausencia realizará todas las diligencias para garantizar la audiencia y el debido proceso. El Artículo 28 establece que podrá interponerse el llamado incidente preferente de buena fe, que tendrá por finalidad que los bienes, motivo de la acción, se excluyan del proceso, siempre que se acredite la titularidad de los bienes y su legítima procedencia. En otro aspecto, el Artículo 32 dispone que las partes podrán ofrecer todo tipo de pruebas que no sean contrarias a derecho, en términos de lo dispuesto en el CFPC, con excepción de la confesional a cargo de las autoridades, siempre que

3.1.6 Otros principios aplicables al procedimiento de extinción de dominio

En seguimiento a los razonamientos ya vertidos, no podemos negar que, tanto del texto constitucional como del conjunto de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, puedan emanar diversos principios fundamentales –a los derivados del Artículo 22 de la CPEUM– que posean una consecuencia práctica con respecto al procedimiento de extinción de dominio. Incluso, a ello nos constriñe el criterio constitucional de interpretación conforme previamente considerado, el cual resulta obligatorio en todo caso que involucre normas de derechos humanos, independientemente de su fuente (Ferrer, 2001: 363–364).

De esta manera, por ahora, únicamente identificaremos aquellos principios dentro de este sistema correlacionado que posean una eminente connotación integrante de derechos humanos; esto, dada su relevancia en el contexto del devenir procesal que nos interesa desenvolver. Para esto, nos centraremos en la interpretación de diversos preceptos constitucionales y convencionales que, por su evocación de derechos fundamentales, inciden directamente en todo proceso de naturaleza jurisdiccional, éste finalmente sopesado como un producto de la actividad del Estado mexicano.

En el ámbito nacional y como un primer aspecto, la práctica interpretativa judicial de la SCJN ha procurado el determinar a través de múltiples criterios el contenido y alcance de las normas humanas básicas reconocidas en la CPEUM que presentan una indiscutible incidencia para

---

tengan relación con: el cuerpo del delito, la procedencia de los bienes, que los bienes materia del procedimiento no sean de los señalados en el artículo 8 de esa ley, y que respecto de los bienes sobre los que se ejercitó la acción se haya emitido una sentencia firme favorable dentro de un procedimiento de extinción de dominio. Asimismo, los Artículos 33 y 34 informan que el juez tomará las medidas necesarias para que el afectado pueda ejercer sus derechos de defensa a plenitud, garantizando la seguridad del testigo colaborante y que, cuando el afectado ofrezca como prueba constancias de algún proceso penal, el juez las solicitará al órgano jurisdiccional competente para que las remita. Igualmente, el Artículo 35 señala que, admitida la prueba pericial, el afectado podrá ampliar el cuestionario. Además, el Artículo 40 precisa que la audiencia comenzará con el desahogo de las pruebas del MP y continuará con las de los demandados y, en su caso, de los afectados, observando los principios de inmediación, concentración y continuidad. En otro punto, el Artículo 41 decreta que, dentro de la audiencia y una vez desahogadas las pruebas, las partes podrán presentar alegatos. Finalmente, los Artículos 58 y 59 otorgan permisividad para que las partes interpongan los recursos ahí indicados.

con la actuación de toda autoridad[49]. En tal sentido, podemos conocer que el cúmulo de actos de autoridad, entre los cuales se encuentra ciertamente la función jurisdiccional, se encuentra constreñido a la satisfacción de ciertos requerimientos de estirpe elemental que conforman derechos públicos subjetivos de necesaria observancia. Ante esto, y sin el afán de lograr un listado exhaustivo de todos los derechos humanos susceptibles de atención en un procedimiento jurisdiccional como el de extinción de dominio, se produce como un marco referencial el siguiente despliegue valorativo de tres normas constitucionales que complementan razonablemente al análisis de principios ya efectuado en las páginas precedentes.

En primer lugar, conviene llevar a cabo el reconocimiento del derecho fundamental de seguridad jurídica, tradicionalmente referido hacia los Artículos 14 y 16 de la Constitución mexicana, el cual se ha estimado que comprende a su vez a los derechos humanos de legalidad[50], fundamentación[51], motivación[52], competencia[53], irretroactividad[54] y

49 Que ha llevado a interpretar, entre otros aspectos, la indisponibilidad de los derechos humanos (Tesis P./J. 122/2009).

50 Atinente a la obligatoria y estricta aplicación en todo acto de autoridad de las normas jurídicas vigentes (Tesis I.7o.A. J/41).

51 Con relación a este derecho fundamental, la Primera y Segunda Salas de la SCJN han precisado su contenido y alcance en múltiples criterios, siendo contestes en definir la forma genérica de su cumplimiento a través de la expresión precisa en el acto de autoridad del precepto legal aplicable (Tesis 11, 1a./J. 139/2005).

52 A criterio de la Segunda Sala de la SCJN, el derecho humano de motivación de un acto consiste en externar las consideraciones relativas a las circunstancias de hecho que se formula la autoridad para establecer la adecuación del caso concreto a la hipótesis legal (Tesis s/n, registro 237716).

53 Este derecho humano implica que todo acto de autoridad necesariamente debe de emitirse por quien esté facultado para ello, además de que deberá de expresarse como parte de las formalidades esenciales el carácter con que se suscribe y el dispositivo, acuerdo o decreto que otorgue tal legitimación (Tesis P./J. 10/94).

54 Al respecto, el Artículo 14 de la CPEUM define claramente este derecho humano al determinar que no podrá haber una aplicación retroactiva de la ley en perjuicio del gobernado; sin embargo, como lo interpreta la Primera Sala de la SCJN, dicho dispositivo no instituye lo contrario, pues clarifica que, si bien es verdad que en materia penal una interpretación *a contrario sensu* de este principio sí se ha admitido, ello no ha sido por imperativo constitucional sino de la ley secundaria; por lo que la citada Sala advierte que en las contiendas de naturaleza civil tal aplicación benéfica para una de las partes resulta contraria al orden constitucional, en la medida de que

audiencia[55] (Tesis 1a./J. 104/2011). Tales normas categóricas sin duda alguna encuentran un cauce abierto y directo de operatividad en el procedimiento de extinción de dominio en razón de su intrínseca expresión jurídica y su inexcusable vinculación con la materia judicial. Por ello, la resolución de extinción de dominio, entendida bajo la concepción ya referida de constituir un verdadero acto privativo por parte del Estado, deberá de dictarse en acatamiento al derecho fundamental de seguridad jurídica, que implicará a su vez la satisfacción de los derechos inmersos en aquélla que han sido mencionados.

En un segundo lugar, dentro de la CPEUM en su Artículo 17 encontramos que el derecho humano de acceso a la impartición de justicia se constituye asimismo como un elemento válido de observancia para las autoridades que materializan actos jurisdiccionales. De esta forma, este derecho esencial humano ha sido desentrañado por la Segunda Sala de la SCJN (Tesis 2a./J. 192/2007), para concluir que en su composición se encuentran los siguientes principios: a) justicia pronta, consistente en la obligación de la autoridad de resolver la controversia dentro de los términos y plazos que para tal efecto establezcan las leyes; b) justicia completa, consistente en el pronunciamiento respecto de todos y cada uno de los aspectos debatidos, que garantice al gobernado la obtención de una resolución que resuelva si le asiste o no la razón; c) justicia imparcial, relativa a que el juzgador emita una resolución sin favoritismo hacia alguna de las partes y no exista arbitrariedad en su sentido; y, d) justicia gratuita, que estriba en que no existirá el cobro a la partes de emolumento alguno por la prestación del servicio público aludido.

Finalmente, en un segundo aspecto el cuadro convencional interamericano nos proporcionará otros tantos principios de evidente aplicación competencial en el caso del procedimiento de extinción de dominio. Ya previamente diversas reflexiones fueron externadas

---

implica perjudicar a su contraria, que es precisamente lo que prohíbe la Constitución (Tesis 1a. CCIV/2011 9a.).

55 Y, si bien ya se ha elaborado una breve consideración sobre el contenido de este derecho humano en el subtítulo que antecede, es de interés acotar la estimativa jurisprudencial que lo correlaciona además con la garantía de legalidad contenida en el texto del primer párrafo del Artículo 16 constitucional, a fin de constituir elementos fundamentales útiles para evitar que una resolución no se dicte de un modo arbitrario y anárquico sino, por el contrario, en estricta observancia del marco jurídico que la rige (Tesis I.7o.A. J/41).

con respecto al contenido del Artículo 8, párrafo 1, de la Convención Americana; empero, es posible advertir que con independencia de lo sostenido, el párrafo 2 del citado numeral[56], así como el diverso numeral 25, en sus párrafos 1 y 2[57], contienen valiosos derechos fundamentales de idónea aceptación en nuestro tema.

El primer derecho sujeto a estudio será el relativo al principio de presunción de inocencia. Sobre el mismo, opiniones contrarias se han desplegado por quienes consideran que con el Artículo 22 constitucional no se violenta dicho principio y por quienes estiman que en éste no debería existir la inversión de la carga de la prueba que se contiene (García, 2008: 1578) al apreciarse ésta como impropia del orden jurídico democrático. Por ello, que, con el objeto de no coartar ni siquiera la posibilidad teórica de su implementación, se realice enseguida una sobria semblanza del citado derecho humano.

Así, sobre el particular, cabe destacar que la CrIDH ha interpretado el Artículo 8, párrafo 2, de la Convención Americana, como garante del principio de presunción de inocencia, al cual se le aprecia como el fundamento de las garantías judiciales (Rosendo Cantú y otra *vs.* México, 2010: 182)[58]. Sin embargo, la dificultad técnica que se presenta para determinar la admisión de dicho principio –de indudable cariz penal– en su completa dimensión con relación al procedimiento de extinción de

56 Esta norma señala en su texto: "Artículo 8. Garantías Judiciales […] 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: […]" (Convención Americana).

57 Por su parte, estos dispositivos convencionales mencionan lo siguiente: "Artículo 25. Protección Judicial […] 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso" (Convención Americana).

58 Esta interpretación ha sido también referida en los casos Suárez Rosero vs. Ecuador (1997: 77), García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú (2005: 160) y Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador (2007: 145).

dominio radica en que, si bien dicho tribunal internacional ha establecido que la presunción de inocencia implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el *onus probandi* corresponde a quien acusa (Rosendo Cantú y otra *vs.* México, 2010: 182),[59] más cierto resulta que el propio Artículo 22 de la CPEUM previene la autonomía de la extinción de dominio para con el proceso de naturaleza penal y con ello, la permisión de disponibilidad de dicho derecho básico[60].

Esta última distinción implicará la consecuencia hondamente discutible de que los principios fundamentales pertenecientes a la materia penal, entre ellos los reconocidos en la Constitución y las convenciones internacionales conducentes, no resulten aplicables al juicio de extinción de dominio. Por tal consideración, dicha simiente conducirá a otro conflicto en la implementación convencional. Éste acaece con respecto a la provisión del Artículo 22 que encuadra la procedencia de la extinción de dominio en aquellos casos en los que, aún cuando no se determine la responsabilidad penal del demandado en la comisión del hecho ilícito[61], existan elementos suficientes para determinar que éste sucedió[62]. Lo antes mencionado se apunta en contraposición al sostenimiento de la CrIDH de que el principio de presunción de inocencia exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal (Rosendo Cantú y otra *vs.* México, 2010: 183)[63]. De tal forma, que la falta de prueba plena de la responsabilidad penal en una sentencia condenatoria constituye una violación a dicho principio (Cantoral Benavides *vs.* Perú, 2000: 121).

59 Igual consideración se produjo en el caso Ricardo Canese vs. Paraguay (2004: 154).

60 Ante lo cual, la LFED no contraviene al texto constitucional de manera alguna, pues asimismo, reitera el establecimiento de la autonomía del procedimiento de extinción de dominio del de naturaleza penal (LFED, 10).

61 Sobre este aspecto, el Artículo 2, fracción II, de la LFED señala que para efectos legales, se entenderá como cuerpo del delito, al hecho ilícito a que se refiere el inciso a) de la fracción II del Artículo 22 constitucional, en relación con el párrafo segundo del Artículo 168 del CFPP.

62 En el mismo sentido, la LFED confiere en concordancia con la CPEUM, que dicha acción se ejercerá, aún cuando no se haya determinado la responsabilidad penal en los casos de los delitos previstos en la fracción II del Artículo 22 constitucional (LFED, 7).

63 También se estimó lo indicado en los casos Cantoral Benavides vs. Perú, (2000: 120) y Ricardo Canese vs. Paraguay (2004: 153).

No resulta desapercibida al respecto la intencionalidad de la CPEUM posteriormente secundada en la norma reglamentaria de otorgarle a la acción de extinción de domino un carácter real que se enfoque sin excepción en la fisonomía patrimonial de los bienes susceptibles de aplicación estatal y que, en cambio, desconozca tangiblemente la afirmación de su vínculo, origen y fin para con el procedimiento penal. De ello se sigue que deba de ponderarse hasta qué punto resulta correcto, apropiado y constitucionalmente conforme, el que una construcción normativa formalmente válida pueda acarrear, sin mayor obstáculo, la inflexible alteración de derechos fundamentales a través de la proscripción impositiva de éstos del propio texto elemental. Esto adquiere relevancia, puesto que en la coyuntura actual es evidente que el diagnóstico y verificación de tales derechos ya no se confina hacia las fronteras de la producción jurídica nacional, sino que, además, se complementa con la adopción y jurisdicción de todas aquellas normas esenciales surgidas de los sistemas regionales y universal de derechos humanos.

Aquí conviene señalar, en vista de las anteriores complicaciones operativas de aplicabilidad que entrañan una notoria antinomia entre la Constitución y la Convención Americana, si la adopción del principio *pro persona* en el Artículo 1 de la norma fundamental nacional resulta suficiente para su dilucidación. Sobre la problemática, Caballero (2011: 130) señala que, afortunadamente, en la Constitución se incluyó este principio, el cual constituye un criterio indispensable de actuación hermenéutica ante la cláusula de interpretación conforme que señala la preferencia de aplicación que se formalizará ante los reenvíos que se realizan desde las normas sobre derechos a la CPEUM y a los tratados internacionales. Ante lo cual, las previsiones constitucionales deberán de interpretarse con respecto al bloque de convencionalidad, buscando favorecer las aplicaciones más protectoras en caso de conflictos normativos a menos que exista una antinomia tal que sea imposible esta integración (Caballero, 2011:133). Y en tal sentido, le corresponderá finalmente a la labor de índole jurisdiccional el esclarecer las relaciones contradictorias entre normas que en principio guardan una misma jerarquía en el orden constitucional y convencional de los derechos humanos[64].

64 Para así determinar en atención al sistema complementario de derechos humanos, si la extinción de dominio verdadera y esencialmente en todos sus aspectos consiste en una acción de carácter real y contenido patrimonial (LFED, 5) sustentada en la

En otro orden de ideas, en seguimiento de la revisión de aquellos principios convencionales protectores de derechos humanos básicos que resultan aplicables al procedimiento de extinción de dominio, encontramos el determinado en el Artículo 25, párrafo 1, de la señalada Convención, que contempla la obligación a cargo de los Estados de ofrecer a todas las personas sometidas a su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales (Velásquez Rodríguez *vs.* Honduras, 1987: 91)[65].

El citado derecho público subjetivo se estima de importancia, dado que la CrIDH ha considerado que sobre los Estados recae la obligación de proveer recursos judiciales efectivos a las personas que aleguen ser víctimas de violaciones de derechos humanos, los cuales deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal y dentro de la obligación general, a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (Rosendo Cantú y otra *vs.* México, 2010: 183)[66]. Siguiendo dicho sentido, la CrIDH ha señalado que los Estados poseen la responsabilidad de establecer normativamente y de asegurar la aplicación de los recursos efectivos y de las garantías del debido proceso legal ante las autoridades competentes contra actos que violen derechos fundamentales ("Niños de la Calle" *vs.* Guatemala, 1999: 237); por lo que, además, tales recursos deben de poseer efectividad (Opinión Consultiva, 1987: 24)[67], otorgar resultados o respuestas a las violaciones de derechos reconocidos (Opinión Consultiva, 1987: 24)[68], y ser idóneos en combatir la violación (Maritza Urrutia *vs.* Guatemala, 2003: 117).

---

provisión constitucional de eliminación subjetiva penal, que no pueda ser reprochable en los términos del tratamiento convencional del principio de presunción de inocencia en una adecuada interpretación *pro persona*.

65 Similar criterio fue determinado en los casos Fernández Ortega y otros vs. México (2010: 180) y Rosendo Cantú y otra vs. México (2010: 164).

66 Existe reiteración de este criterio en los casos Velásquez Rodríguez vs. Honduras (1987: 91), De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala (2009: 104) y *Chitay Nech* y otros vs. Guatemala (2010: 190).

67 Hay reiteración de tal criterio en los casos Fernández Ortega y otros *vs.* México (2010: 182) y Rosendo Cantú y otra *vs.* México, (2010: 166).

68 Como también se estableció en los casos Fernández Ortega y otros *vs.* México (2010: 182) y Rosendo Cantú y otra *vs.* México, (2010: 166).

Derecho esencial es el antes reseñado, que, a pesar de que no presentar un matiz de aplicación directa ya sea procesal o sustantiva en el procedimiento de extinción de dominio, con seguridad constituye una inestimable garantía de defensa de todos aquellos derechos humanos básicos que condicionan patentemente el actuar de la autoridad jurisdiccional en aquél. En tal sentido, el gobernado podrá encontrar el respaldo jurídico de que ante la infracción o desconocimiento de los derechos humanos emanados tanto del texto constitucional como convencional –y que de manera ilustrativa se han descrito en la actual disertación–, el Estado se encuentra obligado a proporcionar los medios efectivos e idóneos para la impugnación de dichos actos violatorios de su esfera jurídica esencial.

3.2 Las reglas de la extinción de dominio

3.2.1 Las reglas de la extinción de dominio

Ya con anterioridad se expresó una opinión respecto de la descaminada práctica parlamentaria de incluir normas operativas de carácter reglamentario en la norma fundamental y, con ello, que técnicamente resulte en un contrasentido jurídico hablar con propiedad de reglas constitucionales. A pesar de lo anterior, la específica estructuración dispuesta en la fracción II del numeral 22 bajo el epíteto de reglas, permitirá como mínimo conocer algunos aspectos relevantes de naturaleza programática de la institución de extinción de dominio.

Estas normas formalmente constitucionales, aunque materialmente reglamentarias, contemplan esencialmente dos supuestos de procedencia condicional del procedimiento de extinción de dominio:

a. El primero determina que éste operará ante casos de delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, robo de vehículos y trata de personas (DOF, 2008: 9).
b. El segundo condiciona su conducción con respecto a los bienes ahí determinados a través de cuatro hipótesis enunciadas con cierto rigor casuístico (DOF, 2008: 9).

3.2.2 Primer aspecto de procedencia de la extinción de dominio

Ahora bien, sobre lo anterior, resulta relevante centrar la atención en la descripción de las referencias tipológicas de carácter penal que lleva a cabo el texto constitucional en el primero de los supuestos mencionados.

Sin duda, la hermética especificación de los ilícitos ahí contenida puede justificarse en el interés de impedir un cauce irrestricto de procedencia del juicio de extinción de dominio frente a un sinnúmero de hechos antijurídicos que podrían ser posteriormente precisados en la norma reglamentaria secundaria, originado todo ello ante la eventual indeterminación constitucional. Y es que, propiamente, la existencia constitucional de un procedimiento como el que tratamos ha sido acogida como un aspecto de la reforma del año de 2008, que implica tanto en el fondo como en la superficie un repliegue de los derechos humanos y un retroceso de sus garantías (García, 2011: 64)[69].

Por eso, en principio, podría ser aceptable que sea la Constitución y no la legislación secundaria la que limite las hipótesis típicas penales de procedencia de la extinción de dominio, dada la mayor dificultad procesal constitutiva y reformativa de la primera[70]. Empero, como se ha advertido con antelación, la concreción cerrada de supuestos normativos dentro del texto constitucional podría asimismo conllevar a la pronta o demorada transitoriedad de su contenido ante la incesante evolución de los componentes de la realidad que pretendió regular.

Ante tales circunstancias, es de notar que el proceso de reforma constitucional no proporciona una directriz o criterio de racionalidad en la elección de los casos o delitos sobre los cuales finalmente se afincaría la acción de extinción de dominio. Esto se sustenta así puesto que de la revisión exhaustiva del desarrollo legislativo de la reforma tan sólo se advierte la mera proposición de la inclusión denominativa de tales ilícitos (Dictamen 2007a, Dictamen 2007b), sin haberse justificado tal maniobra en atención a la descripción normativa de su correspondiente texto, su relación con la temática sujeta a ordenación, ni mucho menos se estableció

69 García (2011: 64) se ha apersonado como un firme crítico de la reforma al Artículo 22 de la CPEUM, al considerar que la extinción de dominio en esencia, constituye un decomiso tras un procedimiento exento de garantías al que se le ha desconocido injustificadamente su verdadera naturaleza penal.

70 En la LFED no se contiene dispositivo alguno que aumente o limite el listado constitucional de dichos ilícitos.

discusión alguna sobre la enumeración propuesta, o bien, la prudente adición o reducción de su formulación ante la diversidad de tipos punibles que podrían formar parte o no del listado aludido. Sin que se acepte, que la implícita referencia que se hizo de tales hechos antijurídicos para con la delincuencia organizada y sus medios de adquisición lucrativa, pueda satisfacer el examen de razonabilidad práctica que se eludió en perjuicio de la comunidad de derechos fundamentales sujetos a restricción.

Cuestionable procedencia es la anterior por parte del Constituyente Permanente, sobre todo en vista de la magnitud reductiva de derechos humanos que implicará en la persona destinataria el resultado del procedimiento de extinción de dominio que se instaure. Por ello en todo caso, en atención al pronunciamiento restrictivo de los supuestos derivados del Artículo 22, que la norma secundaria no pueda considerar otros diversos sino limitar su despliegue jurídico exclusivamente a aquéllos.

Sin embargo, no será la Constitución sino las normas secundarias federales, las que determinen con precisión los elementos constitutivos tanto de la delincuencia organizada como de los delitos contra la salud, secuestro, robo de vehículos y trata de personas, que, en atención a aquélla, cercan la materia de la acción de extinción de dominio.

De esta forma, se concuerda en considerar enseguida, de una manera inicial, el significado legal de los denominados casos de delincuencia organizada, pues ello nos marcará la pauta para describir el resto del enunciado normativo. Sobre este punto, la LFDO contiene el marco de ordenación de la denominada delincuencia organizada advertida como un fenómeno de consecuencias jurídicas en el ámbito criminal. En tal sentido, su propio contenido legal no conceptualizará a la delincuencia organizada como un tipo penal autónomo, sino que, como se percibe, configura su existencia a razón de la formación de una organización colectiva para la comisión de ciertos delitos ahí precisados[71]. Dichos ilícitos resultan ser, a saber:

71 El Artículo 2 de la LFDO, que contiene esta provisión, dice en su texto: "Artículo 2o.- Cuando tres o más personas se organicen de hecho para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada […]" (LFDO).

a. El terrorismo[72].
b. El terrorismo internacional[73].
c. Contra la salud[74].
d. La falsificación o alteración de moneda[75].
e. La sustracción o aprovechamiento de petróleo crudo o hidrocarburos refinados, procesados o sus derivados de ductos, equipos o instalaciones de Petróleos Mexicanos, sus organismos subsidiarios o empresas filiales[76].
f. Las operaciones con recursos de procedencia ilícita[77].
g. La transgresión a los derechos de autor[78].
h. El acopio y tráfico de armas[79].
i. El tráfico de indocumentados[80].
j. El tráfico de órganos[81].
k. La corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo[82].
l. La pornografía de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo[83].
m. El turismo sexual en contra de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para

72 Previsto en los Artículos 139 a 139 Ter del CPF (LFDO, 2).
73 Previsto en los Artículos 148 *Bis* al 148 *Quáter* del CPF (LFDO, 2).
74 Previsto en los Artículos 194 y 195, párrafo primero, del CPF (LFDO, 2).
75 Previsto en los Artículos 234, 236 y 237 del CPF (LFDO, 2).
76 Previsto en la fracción IV del Artículo 368 *Quáter* del CPF (LFDO, 2).
77 Previsto en el Artículo 400 Bis del CPF (LFDO, 2).
78 Previsto en el Artículo 424 Bis del CPF (LFDO, 2).
79 Previstos en los Artículos 83 bis y 84 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos (LFDO, 2).
80 Previsto en el Artículo 159 de la Ley de Migración (LFDO, 2).
81 Previsto en los Artículos 461, 462 y 462 bis de la Ley General de Salud (LFDO, 2).
82 Previsto en el Artículo 201 del CPF o en las disposiciones correspondientes de las legislaciones penales estatales o del Distrito Federal (LFDO, 2).
83 Previsto en el Artículo 202 o en las disposiciones correspondientes de las legislaciones penales estatales o del Distrito Federal (DF) (LFDO, 2).

comprender el significado del hecho o de personas que no tiene capacidad para resistirlo[84].

n. El lenocinio de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo[85].
o. El asalto[86].
p. El tráfico de menores o personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho[87].
q. El robo de vehículos[88].
r. La trata de personas[89].
s. El secuestro[90].

De la observación de lo antes reseñado aflora enseguida la duda en los motivos teóricos y prácticos por los cuales el Constituyente Permanente, pese a haber establecido la procedencia de la extinción de dominio en los casos de delincuencia organizada –que inexorablemente remite al contenido del Artículo 2 de la LFDO–, fue insistente en integrar además en el texto del Artículo 22 la nominación de los delitos contra la salud, secuestro, robo de vehículos y trata de personas, que ciertamente ya se encuentran comprendidos en el primero. A menos que se estime que con ello se haya pretendido la extensión normativa de todos los supuestos típicos que pertenecen a estos cuatro delitos, más allá de las limitaciones de la LFDO y en revisión de las propias directrices legales que les otorgan identidad jurídica.

84 Previsto en los Artículos 203 y 203 Bis o en las disposiciones correspondientes de las legislaciones penales estatales o del DF (LFDO, 2).
85 Previsto en el Artículo 204 o en las disposiciones correspondientes de las legislaciones penales estatales o del DF (LFDO, 2).
86 Previsto en los Artículos 286 y 287 o en las disposiciones correspondientes de las legislaciones penales estatales o del DF (LFDO, 2).
87 Previsto en el Artículo 366 *Ter* o en las disposiciones correspondientes de las legislaciones penales estatales o del DF (LFDO, 2).
88 Previsto en los Artículos 376 Bis y 377 del CPF, o en las disposiciones correspondientes de las legislaciones penales estatales o del DF (LFDO, 2).
89 Previsto y sancionado en los Artículos 5 y 6 de la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas (LFDO, 2).
90 Referente a las conductas previstas en los Artículos 9, 10, 11, 17 y 18 de la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro (LFDO, 2).

No obstante esta visión, como se ha relatado, el proceso reformatorio constitucional no proveyó a la comunidad nacional receptora del argumento que justificara la posición enumerativa descrita en el Artículo 22. Por ello, la aplicación jurisdiccional y, en su caso, la interpretación constitucional por los órganos facultados, en su momento producirán el esclarecimiento de éste y otros aspectos de necesaria solución más allá de las proposiciones emitidas.

3.2.3 Segundo aspecto de procedencia de la extinción de dominio

En un ulterior aspecto, a continuación se emitirá una breve opinión respecto de la concisión de otras denominadas reglas en torno a la procedencia de la extinción de dominio. Éstas se encuentran comprendidas, como se adelantó, a través de cuatro hipótesis enunciadas en la fracción II del Artículo 22 de la CPEUM (DOF, 2008: 9), las cuales disponen que la extinción de dominio se situará:

a. En bienes que sean instrumento, objeto o producto del delito, aún cuando no se haya dictado la sentencia que determine la responsabilidad penal pero existan elementos suficientes para determinar que el hecho ilícito sucedió[91].
b. En bienes que no sean instrumento, objeto o producto del delito, pero que hayan sido utilizados o destinados a ocultar o mezclar bienes producto del delito, siempre y cuando se reúnan los extremos del inciso anterior[92].
c. En bienes 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[93].
d. En bienes que estén intitulados a nombre de terceros, pero que existan suficientes elementos para determinar que son

91 La referencia legal en la LFED respecto de este supuesto se ubica en los Artículos 7 y 8, fracción I (LFED).

92 La fracción II del Artículo 8 de la LFED, determina que se entenderá por ocultar, la acción de esconder, disimular o transformar bienes que son producto del delito y por mezcla de bienes, la suma o aplicación de dos o más bienes (LFED).

93 Más allá de la reiteración legal de esta hipótesis en el Artículo 8, fracción III, de la LFED, dicha porción normativa advierte que será responsabilidad del MP acreditar lo anterior, lo que no podrá fundarse únicamente en la confesión del inculpado del delito (LFED).

> producto de delitos patrimoniales o de delincuencia organizada y el acusado por estos delitos se comporte como dueño[94].

Con relación a la directriz sustancial deducida de los incisos antes invocados, relativa a la suficiencia probatoria del hecho ilícito, ya se ha efectuado merecida mención sobre la negativa constitucional para determinar como un elemento necesario en la procedencia de la extinción de dominio a la existencia de una sentencia donde se acredite la plena responsabilidad penal. Es indudable que una inadecuada labor jurisdiccional sobre este motivo podría dar lugar a una preocupante discrecionalidad al momento del fallo definitivo, en tanto que el juez natural tan sólo se encontrará constreñido a verificar probatoriamente la acreditación de los elementos del cuerpo del delito, mas no si existe una responsabilidad penal en dirección de persona alguna[95].

Dicha disociación conduce a un profundo cuestionamiento sobre la esencia disciplinaria de la medida de extinción de dominio, en razón de que, si bien el planteamiento constitucional impone su completa separación del procedimiento penal y su configuración procesal del tipo civil, ello no resultará del todo sencillo en la práctica[96]. Esto se afirma

---

94 La relación de este supuesto en la LFED se ubica en la fracción IV del Artículo 8 (LFED).

95 Lo anterior se corrobora del contenido del Artículo 45 de la LFED, que instituye que el juez, determinará procedente la extinción de dominio siempre que el MP: a) acredite plenamente los elementos del cuerpo del delito por el que se ejerció la acción; b) acredite que los bienes son de los señalados en el Artículo 8 de dicha ley; c) en los casos a que se refiere el Artículo 8, fracción III de esa ley, pruebe plenamente la actuación de mala fe del tercero; y, d) en los casos a que se refiere el Artículo 8, fracción IV de esta Ley, haya probado la procedencia ilícita de dichos bienes. Elementos todos los reseñados que proscriben, como se ha reiterado, la acreditación de toda responsabilidad penal subjetiva.

96 En principio, puesto que incluso la propia LFED establece un complicado sistema de supletoriedad dentro del procedimiento en estudio que ubicará múltiples escenarios de aplicabilidad legal. De esta forma, se estará: a) en la preparación del ejercicio de la acción de extinción de dominio, a lo previsto en el CFPP; b) en el juicio de extinción de dominio, a lo previsto en el CFPC; c) en la administración, enajenación y destino de los bienes, a lo previsto en la LFAEB; d) en los aspectos relativos a la regulación de bienes u obligaciones, a lo previsto en el Código Civil Federal; e) en lo relativo a toda la información que se genere u obtenga con relación a esa ley, a lo previsto en los términos de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental; y, f) en lo tocante a la documentación e información obtenida

puesto que el aplicador de la norma deberá conducirse ineludiblemente bajo una normatividad de naturaleza criminal, a fin de determinar el contenido y comprobación del tipo penal y, en el caso de que haya existido una previa resolución o investigación sobre el hecho ilícito, ésta sin duda configurará en su parecer[97]. Sin embargo, al menos es posible entrever que dicha separación entre materias jurídicas no lo será con relación al referido aspecto de la comprobación del hecho ilícito; que, en cambio, sí resulta ser así con respecto a las normas penales que en definición de auténticos derechos humanos amplificarían la gama de protección y garantías en el procedimiento de extinción de dominio. Distinción que no encuentra un motivo de justificación razonable y que, por ende, permite percibir su causa en la arbitrariedad dispositiva. En consecuencia, la Constitución no impondrá limitación alguna para que sea declarada la extinción de dominio en las particulares hipótesis ya descritas previamente, siempre y cuando el hecho ilícito quede acreditado procesalmente.

Así y por último, sólo cabe describir que, conforme a la disposición del Artículo 22, la aplicación de bienes se extenderá no sólo a los instrumentos, objetos o productos del delito, sino también a los que no lo sean pero que hayan sido utilizados o destinados a ocultar o mezclar a los ya mencionados; o bien, respecto de aquéllos que fueron 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; y también en relación de los bienes que estén intitulados a nombre de terceros, pero que 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.

---

de averiguaciones previas, a lo dispuesto por el Artículo 16 del Código Federal de Procedimientos Penales (LFED).

97 Esto se sustenta, ya que conforme al Artículo 6 de la LFED, el MP como único depositario de la acción de extinción de dominio, podrá preparar ésta en empleo de la información que se genere en las averiguaciones previas que inicie en términos del CFPP y en su caso, de la LFDO; aunado que el Artículo 7 amplía esta visión al determinar que el ejercicio de tal acción se sustentará en la información que recabe dicho servidor público cuando se haya iniciado la averiguación previa, o en las actuaciones conducentes del procedimiento penal respectivo, o de ambas, cuando de ella se desprenda que el hecho ilícito sucedió y que los bienes se ubican en los supuestos del Artículo 8 antes referido (LFED).

Las hipótesis aludidas en el párrafo que precede, como fue determinado en su momento, merecen una interpretación cabal para el reconocimiento en su ejecución de los derechos públicos subjetivos y sus garantías que impone el orden constitucional contemporáneo.

4. CONCLUSIÓN

A pesar de que la presente disertación pretendió ser flanqueada tras los límites de la Constitución y, con ello, ofrecer al lector una reflexión primordialmente sustentada en la arista que nos provee dicha percepción, no resulta desapercibida la muy necesaria correspondencia que existe entre dicho posicionamiento y el que nos proporciona la teoría de los derechos fundamentales; esto, a la luz del principio de interpretación conforme que ahora se incluye positivamente en aquélla.

En tal forma, el sistema constitucional mexicano actual se ve enriquecido, ya no exclusivamente a través de la tradicional remisión a la legislación secundaria, sino además por disposición propia, que su operatividad se centre en la atención de los derechos inalienables emanados de la CPEUM y de los instrumentos con origen en la comunidad internacional. Es por ello que no resulta sorpresiva la circunstancia de que el reformado Artículo 22, dada su irrebatible novedad en el sistema legal nacional, haya sido provisto tanto de opiniones colmadas de elogios como de alegatos de censura.

Así, dos escenarios se presentan en franca exposición de sus argumentos justificativos: por una parte, el que postula la necesidad de la institución de extinción de dominio como una medida efectiva ante el incremento del poderío fáctico y económico de la delincuencia organizada; y, por otra parte, el que denuncia la siempre desalentadora restricción de derechos fundamentales como la evidencia palpable de un retroceso en los logros democráticos a favor de los derechos humanos del gobernado.

Ante tal coyuntura es que se espera modestamente que las líneas precedentes hayan servido de eslabón entre los principios constitucionales deducidos del Artículo 22 y el propio discernimiento de las consecuencias jurídicas que conllevará el ejercicio de los procedimientos de extinción de dominio en el territorio de México. Al final, sólo ello ante el escrutinio de la actividad del Estado nos proporcionará la noción de si esta inusitada

figura del derecho satisface o no la prueba de razonabilidad práctica que debe imponérsele sin excepción en todo momento.

REFERENCIAS

Acceso a la impartición de justicia. El Artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece diversos principios que integran la garantía individual relativa, a cuya observancia están obligadas las autoridades que realizan actos materialmente jurisdiccionales. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Segunda Sala, Jurisprudencia, Tesis 2a./J. 192/2007. Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVI (p. 209), Octubre de 2007, Registro 171257, Materia Constitucional. México: SCJN.

Actos privativos y actos de molestia. Origen y efectos de la distinción. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Pleno, Jurisprudencia, Tesis P./J. 40/1996. Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta (p. 5), tomo IV, julio de 1996, Registro 200080, Materia Común. México: SCJN.

AGUAYO González, Olga Leticia (2004). *Confiscación*. En *Enciclopedia Jurídica Mexicana* (tomo II, pp. 413–414). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas – Universidad Nacional Autónoma de México.

ALCALÁ-ZAMORA y Castillo, Niceto (1972). *Cuestiones de terminología procesal*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Amparo contra leyes. La inconstitucionalidad de éstas puede derivar de la contradicción con otras de igual jerarquía, cuando se demuestre violación a la garantía de seguridad jurídica. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, Jurisprudencia, Tesis 1a./J. 104/2011. Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXXIV (p. 50), Septiembre de 2011, Registro 161139, Materia Común. México: SCJN.

Aplicación retroactiva de una ley en beneficio. No opera en contiendas de naturaleza civil. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, Tesis Aislada 1a. CCIV/2011 (9a.). Décima Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro I, Octubre de 2011, Tomo 2 (p. 1064), Registro 160954, Materia Constitucional. México: SCJN.

ARTEAGA Nava, Elisur (1999). *Derecho constitucional* (2ª ed.). México: Oxford.

Aseguramiento de bienes producto del delito, medidas para el. No es confiscación. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Pleno, Jurisprudencia, Tesis P. XIII/93. Octava Época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación 61 (p. 63), Enero de 1993, Registro 205592, Materia Penal. México: SCJN.

Audiencia, cómo se integra esta garantía. Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, Jurisprudencia, Tesis I.7o.A. J/41. Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVIII (p. 799), Agosto de 2008, Registro 169143, Materia Común. México: SCJN.

BARRAGÁN Barragán, José (1999). *Breve comentario sobre las leyes constitucionales de 1836*. En Galeana, Patricia (Coordinadora), *México y sus Constituciones*. México: Fondo de Cultura Económica – Archivo General de la Nación.

CABALLERO Ochoa, José Luis (2011). *La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (Artículo 1º, segundo párrafo, de la Constitución).* En Carbonell S., M. y Salazar U., P. (Coordinadores), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma* (pp. 103–133). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas – Universidad Nacional Autónoma de México.

CARBONELL, Miguel (2011). *Las obligaciones del Estado en el Artículo 1º de la Constitución mexicana*. En Carbonell S., M. y Salazar U., P. (Coordinadores), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma* (pp. 63–102). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas – Universidad Nacional Autónoma de México.

_____ (2006). *Los derechos fundamentales en México* (2ª ed.). México: Porrúa – Universidad Nacional Autónoma de México – Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

CARMONA Tinoco, Jorge Ulises (2011). *Las reformas y las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales*. En Carbonell S., M. y Salazar U., P. (Coordinadores), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma* (pp. 39–62). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas – Universidad Nacional Autónoma de México.

CARNELUTTI, Francesco (1944). *Sistema de Derecho Procesal Civil* (traducción de Alcalá-Zamora y C., N. y Sentís M., S.). Buenos Aires: Uthea.

Carta de la Organización de los Estados Americanos (1948). Organización de los Estados Americanos. Bogotá, Colombia.

CASAL H., Jesús M. (2006). *La protección de la Constitución frente a las omisiones legislativas*. En Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (Coordinador), *Derecho Procesal Constitucional* (5ª ed., tomo III, pp. 2235–2292). México: Porrúa.

Caso *Bayarri vs.* Argentina (2008). Corte Interamericana de Derechos Humanos, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 30 de octubre, Serie C No. 187.

_____ Cantoral Benavides *vs.* Perú (2000). Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo, sentencia de 18 de agosto, Serie C No. 69.

_____ Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez *vs.* Ecuador (2007). Corte Interamericana de Derechos Humanos, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 21 de noviembre, Serie C No. 170.

_____ *Chitay Nech* y otros *vs.* Guatemala (2010). Corte Interamericana de Derechos Humanos, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 25 de mayo, Serie C No. 212.

_____ De la Masacre de las Dos Erres *vs.* Guatemala (2009). Corte Interamericana de Derechos Humanos, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 24 de noviembre, Serie C No. 211.

_____ Fernández Ortega y otros *vs.* México (2010). Corte Interamericana de Derechos Humanos, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 30 de agosto, Serie C No. 215.

_____ García Asto y Ramírez Rojas *vs.* Perú (2005). Corte Interamericana de Derechos Humanos, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 25 de noviembre, Serie C No. 137.

_____ *Genie Lacayo vs.* Nicaragua (1997). Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 29 de enero, Serie C No. 30.

_____ Maritza Urrutia *vs.* Guatemala (2003). Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 27 de noviembre, Serie C No. 103.

_____ "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) *vs.* Guatemala (1999). Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo, sentencia de 19 de noviembre, Serie C No. 63.

_____ Ricardo Canese *vs.* Paraguay (2004). Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 31 de agosto, Serie C No. 111.

_____ Rosendo Cantú y otra *vs.* México (2010). Corte Interamericana de Derechos Humanos, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 31 de agosto, Serie C No. 216.

_____ Suárez Rosero *vs.* Ecuador (1997). Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo, sentencia de 12 de noviembre, Serie C No. 35.

_____ Velásquez Rodríguez *vs.* Honduras (1987). Corte Interamericana de Derechos Humanos, Excepciones Preliminares, sentencia de 26 de junio, Serie C No. 1.

_____ *Yvon Neptune vs.* Haití (2008). Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 6 de mayo, Serie C.

Código Federal de Procedimientos Penales.

Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal.

Competencia. Su fundamentación es requisito esencial del acto de autoridad. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Pleno, Jurisprudencia, P./J. 10/94. Octava Época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación 77 (p. 12), Mayo de 1994, Registro 205463, Materia Común. México: SCJN.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Organización de los Estados Americanos. San José, Costa Rica.

CRUZ Barney, Óscar (2004). *El constitucionalismo mexicano en el siglo XIX*. En Carbonell, M., Cruz B., O. y Pérez P., K. (Compiladores), *Constituciones históricas de México* (2ª ed., pp. 51–122). México: Porrúa – Universidad Nacional Autónoma de México.

Derechos y prerrogativas contenidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Son indisponibles pero no ilimitados. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Pleno, Jurisprudencia, Tesis P./J. 122/2009. Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXX (p. 1230), Diciembre de 2009, Registro 165818, Materia Constitucional. México: SCJN.

Diario Oficial de la Federación (DOF) (1917). Tomo V, 4ª época, número 30, 5 de febrero. México.

_____ (1982). Tomo CCCLXXV, número 41, 28 de diciembre. México.

_____ (1996). Tomo DXIV, número 3, primera sección, 3 de julio. México.

_____ (1996). Tomo DXVIII, número 5, primera sección, 7 de noviembre. México.

_____ (1999). Tomo DXLVI, número 6, primera sección, 8 de marzo. México.

_____ (1999). Tomo DXLVIII, número 9, segunda sección, 14 de mayo. México.

_____ (2002). Tomo DXCI, número 14, primera sección, 19 de diciembre. México.

_____ (2005). Tomo DCXXVII, número 7, primera sección, 9 de diciembre. México.

_____ (2008). Tomo DCLVII, número 13, primera sección, 18 de junio. México.

_____ (2009). Tomo DCLXVIII, número 20, primera sección, 29 de mayo. México.

_____ (2011). Tomo DCXCIII, número 8, primera sección, 10 de junio. México.

Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Justicia, del Distrito Federal y de Estudios Legislativos Primera Sección de la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión (1996). Procedimiento legislativo respecto de las iniciativas de Decretos que reforman y adicionan diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 28 de marzo de 1996. México.

Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión (2007). Procedimiento legislativo respecto al Proyecto de Decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 11 de diciembre de 2007. México.

Dictamen de primera lectura de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Justicia, de Gobernación, de Seguridad Pública, y con opinión de la Comisión de la Defensa Nacional de la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión (2007). Procedimiento legislativo

respecto de la Minuta con Proyecto de Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 13 de diciembre de 2007. México.

DÍAZ-ARANDA, Enrique e Islas de González Mariscal, Olga (2003). *Pena de muerte*. México: Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas – Instituto Nacional de Ciencias Penales.

FERRER Mac-Gregor, Eduardo (2011). *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*. En Carbonell S., M. y Salazar U., P. (Coordinadores), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma* (pp. 339–429). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas – Universidad Nacional Autónoma de México.

FIX-ZAMUDIO, Héctor (2004). *Principios Procesales*. En *Enciclopedia Jurídica Mexicana* (tomo V, pp. 782–784). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas – Universidad Nacional Autónoma de México.

FIX-ZAMUDIO, Héctor y Valencia Carmona, Salvador (1999). *Derecho constitucional mexicano y comparado*. México: Porrúa.

Formalidades esenciales del procedimiento. Son las que garantizan una adecuada y oportuna defensa previa al acto privativo. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Pleno, Jurisprudencia, Tesis P./J. 47/1995. Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta (p. 133), tomo II, diciembre de 1995, Registro 200234, Materias Constitucional, Común. México: SCJN.

Fundamentación y motivación. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Segunda Sala, Jurisprudencia, Tesis 11. Séptima Época, Informe 1973, Parte II (p. 18), Registro 815374, Materia Constitucional. México: SCJN.

Fundamentación y motivación de las resoluciones jurisdiccionales, deben analizarse a la luz de los Artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, respectivamente. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, Jurisprudencia, Tesis 1a./J. 139/2005. Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXII (p. 162), Diciembre de 2005, Registro 176546, Materia Común. México: SCJN.

GAMAS Torruco, José (2007). *La vigencia de la Constitución de 1917*. En Valadés, D. y Carbonell, M. (Coordinadores), *El proceso constituyente mexicano. A 150 años de la Constitución de 1857 y 90 de la Constitución de 1917* (pp. 361–445). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas – Universidad Nacional Autónoma de México.

GARCÍA Ramírez, Sergio (1996). *El sistema penal constitucional y la libertad provisional del inculpado.* En *Reforma constitucional y penal de 1996* (pp. 37–66). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas – Universidad Nacional Autónoma de México.

_____ (2004). *Procuración de justicia y regulación penal de la delincuencia organizada*. En Carbonell, Miguel (Coordinador), *Retos y perspectivas de la procuración de justicia en México* (pp. 59–89). México: Porrúa – Universidad Nacional Autónoma de México.

_____ (2004). *Una reflexión jurídica sobre la muerte*. En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (nueva serie, año XXXVII, no. 111, septiembre–diciembre, pp. 861–918). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas – Universidad Nacional Autónoma de México.

_____ (2006). *El debido proceso, concepto general y regulación en la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (nueva serie, año XXXIX, no. 117, septiembre–diciembre, pp. 637–670). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas – Universidad Nacional Autónoma de México.

_____ (2008). *Reseña legislativa sobre la reforma constitucional de 2007–2008 en materia penal de seguridad pública y justicia penal.* En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (nueva serie, año XLI, no. 123, septiembre–diciembre, pp. 1557–1581). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas – Universidad Nacional Autónoma de México.

_____ (2011). *Seguridad pública, proceso penal y derechos humanos*. En García R., S. e Islas de G. M., O. (Coordinadores), *La situación actual del sistema penal en México XI Jornadas sobre Justicia Penal* (pp. 39–65). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas – Universidad Nacional Autónoma de México.

GENY, F. (1925). *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Madrid: Reus.

GONZÁLEZ, María del Refugio y Caballero Juárez, José Antonio (2004). *Notas para el estudio del proceso de formación del Estado de Derecho en México. Los modelos de Estado de la Constitución de 1917*. En Carbonell, M., Cruz B., O. y Pérez P., K. (Compiladores), *Constituciones históricas de México* (2ª ed., pp. 3–50). México: Porrúa – Universidad Nacional Autónoma de México.

HERNÁNDEZ, María del Pilar (1998). *Algunas consideraciones en torno al combate a la delincuencia organizada en México*. En *Liber ad honorem. Sergio García Ramírez* (pp. 1221–1230). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas – Universidad Nacional Autónoma de México.

Iniciativa del Poder Ejecutivo (1982). Exposición de motivos. Procedimiento legislativo ante la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión en su carácter de Cámara de Origen de 3 de diciembre de 1982. México.

_____ (1999). Exposición de motivos. Procedimiento legislativo ante la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión en su carácter de Cámara de Origen de 8 de marzo de 1999. México.

Iniciativas de diversas partes (1998–2004). Exposiciones de motivos. Procedimiento legislativo ante la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión en su carácter de Cámara de Origen entre el 28 de octubre de 1998 y el 5 de mayo de 2004. México.

_____ (2006–2007). Exposiciones de motivos. Procedimiento legislativo ante la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión en su carácter de Cámara de Origen entre el 29 de septiembre de 2006 y el 4 de octubre de 2007. México.

Iniciativa de los Poderes Ejecutivo y Legislativo (1996). Exposición de Motivos. Procedimiento legislativo ante la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión en su carácter de Cámara de Origen de 19 de marzo de 1996. México.

Iniciativa del diputado César Camacho Quiroz, grupo parlamentario del Partido Revolucionario Institucional (2007). Exposición de motivos. Procedimiento legislativo ante la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión en su carácter de Cámara de Origen de 29 de marzo de 2007. México.

ISLAS de González Mariscal, Olga (1996). *Reformas a la Constitución y al Código Penal de 1996*. En *Reforma constitucional y penal de 1996* (pp. 91–104). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas – Universidad Nacional Autónoma de México.

Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos.

Ley Federal de Extinción de Dominio, Reglamentaria del Artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley Federal para la Administración de Bienes Asegurados, Decomisados y Abandonados.

Ley Federal para la Administración y Enajenación de Bienes del Sector Público.

Ley General de Salud.

Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la fracción XXI del Artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas.

MANRESA y Navarro, José María (1856). *Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación.

MARTÍNEZ Morales, Rafael (2006). *Procedimiento*. En *Diccionario Jurídico General* (tomo 3). México: Iure editores.

MEDINA Lima, Ignacio (1984). *Procedimientos*. En *Diccionario Jurídico Mexicano* (tomo VII, pp. 244–245). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas – Universidad Nacional Autónoma de México.

Motivación, concepto de. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Segunda Sala, Jurisprudencia, Tesis sin número. Séptima Época, Semanario Judicial de la Federación 151–156 Tercera Parte (p. 225), Registro 237716, Materia Común. México: SCJN.

NARVÁEZ H., José Ramón (2008). *La Constitución de 1857: culto, fetichismo y taumaturgia*. En Rabasa, Corzo, García, Narváez y Ramírez (autores), *1857–2007 Legado Constitucional* (pp. 1–25). México: Porrúa – ITESM.

Opinión Consultiva OC-9/87 (1987). Corte Interamericana de Derechos Humanos. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (Artículos 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), 6 de octubre, Serie A No. 9.

OVALLE Favela, José (1996). *Teoría General del Proceso* (3ª ed.). México: Oxford University Press – Harla México.

_____ (2004). *Juicio*. En *Enciclopedia Jurídica Mexicana* (tomo IV, pp. 733–734). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas – Universidad Nacional Autónoma de México.

PEDROZA De La Llave, Susana Thalía y Cruz Velázquez, Jesús Javier (2000). *Introducción a la Técnica Legislativa en México*. En Carbonell, M., y Pedroza De La Ll., S. T. (Coordinadores), *Elementos de Técnica Legislativa* (pp. 39–77). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas – Universidad Nacional Autónoma de México.

PEÑA y Peña, Manuel De La (1835). *Lecciones de práctica forense mexicana* (tomo II). México: Imprenta a cargo de Juan Ojeda.

PRIETO Sanchís, Luis (1997). *Constitucionalismo y positivismo*. México: Fontamara.

RABASA, Emilio O. (2004). *Historia de las Constituciones mexicanas*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas – Universidad Nacional Autónoma de México.

RAMÍREZ Gutiérrez, José Othón y Ríos Granados, Gabriela (2004). *Decomiso*. En *Enciclopedia Jurídica Mexicana* (tomo III, pp. 40–42). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas – Universidad Nacional Autónoma de México.

RAMÍREZ Marín, Juan (2008). ¿Avances o Retrocesos?. En Rabasa, Corzo, García, Narváez y Ramírez (autores), *1857–2007 Legado Constitucional* (pp. 27–94). México: Porrúa – ITESM.

Real Academia de la Lengua (2001). *Autonomía*. En *Diccionario de la Lengua Española* (tomo I, 22ª ed.). Madrid: Espasa Calpe.

TENA Ramírez, Felipe (1968). *Derecho Constitucional Mexicano* (9ª ed.). México: Porrúa.

_____ (2008). *Leyes Fundamentales de México 1808–1998*. México: Porrúa.

VALENCIA Carmona, Salvador (1998). *Las tendencias constitucionales básicas después de 1917*. En *La ciencia del derecho durante el siglo XX* (pp. 45–91). México: Universidad Nacional Autónoma de México.

ZAGREBELSKY, Gustavo (1999). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (3ª ed.). España: Trotta.

_____ (2000). *La Constitución y sus normas*. En Carbonell, Miguel (Compilador), *Teoría de la Constitución Ensayos Escogidos*. México: Porrúa.

Acerca de los autores

David A. Shirk es Director de Trans-Border Institute, y profesor adjunto de ciencia política en la Universidad de San Diego. Tiene estudios de Licenciatura en Estudios Internacionales por la Universidad de Lock Haven y Recibió su Maestría y Doctorado en Ciencia Política en la Universidad de California San Diego. Es investigador principal del Proyecto Justicia en México (Justice in Mexico Project).

Octavio Rodríguez Ferreira es Coordinador del Programa de Seguridad Publica y Estado de Derecho y Coordinador del Proyecto Justicia en México (Justice in Mexico Project) dentro del Trans-Border Institute (TBI) de la Universidad de San Diego. Es licenciado en Derecho y doctorante por la Universidad Panamericana (UP) y ha realizado estudios sobre derecho procesal y derechos humanos en la UP y en la Universidad de Castilla—La Mancha en España, respectivamente. Es investigador del Proyecto Justicia en México (Justice in Mexico Project).

Matthew C. Ingram, J.D., Ph.D., es Profesor Adjunto del Departamento de Ciencia Política en la Universidad de Albany, Nueva York (SUNY Albany). El Dr. Ingram obtuvo su licenciatura en Pomona College (1993), su especialización de abogado (2006) y su doctorado en Ciencia Política (2009) en la Universidad de Nuevo México. En 2009–2010, el Dr. Ingram fue becario en el Center for U.S.-Mexican Studies (Centro de Estudios EEUU-México) de la Universidad de California en San Diego (UCSD), en 2010-2011 fue profesor adjunto de ciencia política en la Universidad de Masschusetts, Dartmouth, y en 2011–2012 fue becario en el Kellogg

Institute for International Studies (Instituto Kellogg) de la Universidad de Notre Dame.

María Candelaria Pelayo Torres es Licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma de Baja California (UABC) y Doctora por la Universidad Nacional Autónoma de México. Cuenta con una Maestría en Gobernabilidad Transfronteriza y Administración Pública por San Diego State University. Desde 1989 es profesora de la UABC en las áreas de Licenciatura y Posgrado. Es Coordinadora de Formación I en la Facultad de Derecho, en la UABC, Mexicali.

Daniel Solorio Ramírez es abogado, profesor de derecho Constitucional, Derechos Humanos y Amparo en la Universidad Autónoma de Baja California desde 1975. Es coordinador del área de Derecho Constitucional en la misma institución.

Rubén Vasconcelos Méndez es Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid donde obtuvo el grado Cum Laude, y miembro del Sistema Nacional de Investigadores (2011). Ha impartido clases en varias Universidades del país, conferencias en México y el extranjero. Es autor de varios libros, artículos y ensayos publicados en revistas jurídicas especializadas. Actualmente es Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Oaxaca e investigador y consultor en materia de reforma penal.

Francisco Javier Gorjón obtuvo su titulo de Abogado por la Universidad de Guadalajara. Es doctor por la Universidad Complutense de Madrid con la mención "cum laude". Actualmente es Director General de Estudios de Posgrado de la Universidad Autónoma de Nuevo León; Miembro del Sistema Nacional de Investigadores nivel I desde 2001 a la fecha. Es profesor de tiempo completo de la Facultad de Derecho y Criminología de la misma universidad. Es coordinador del Cuerpo académico consolidado, PROMEP "Derecho comparado". Es coordinador del Doctorado en Metodos Alternos de Solución de Conflictos y de la linea MASC del Centro de Investigación de Tecnología Juridica y Criminologica de la UANL.

Janice Deaton es abogada por la University of San Francisco School of Law, y cuenta con la Licenciatura en Artes de San Diego State University y la Universidad de Granada, España. Recientemente recibió una Maestría en Paz y Justicia en la Universidad de San Diego, con una especialidad en derechos humanos en México y Guatemala. Forma parte del Consejo del Trans-Border Institute en la Universidad de San Diego. En 1988 se unió a Federal Defenders of San Diego, Inc. y desde entonces se ha dedicado a la defensa penal en las cortes federales.

Luis Raúl Gutiérrez Calderón es Doctorante en Derecho por la Universidad Panamericana campus Ciudad de México. Ha sido profesor titular de diversas asignaturas en el nivel de educación superior. Actualmente labora en el Poder Judicial de la Federación.