

Decisiones penales en la constitución mexicana*

Criminal Decisions in the Mexican Constitution

Sergio GARCÍA RAMÍREZ**

RESUMEN: En la Constitución mexicana no existe un “capítulo penal”. La materia se plantea en diversas series normativas, que conforman el “sistema penal constitucional” sobre el que es preciso proyectar la ideología que inspira la ley suprema, los valores que la presiden y le confieren sentido. En este artículo se busca rastrear dichas disposiciones penales fundamentales. Aquellas series abordan: a) la legalidad penal; b) la sanción jurídica, que fija el “proyecto penal” del Estado; c) el “cuerpo de la justicia” en este ámbito; d) el debido proceso legal: juicio justo; e) el régimen cautelar, que pretende el equilibrio entre los derechos del individuo y la protección de la sociedad, a través de un complejo elenco de medidas; f) los órdenes penales especiales o especializados; y g) instituciones de control y tutela, comunes a todos los sectores, con modalidades o matices en materia penal.

* En esta breve exposición recupero ideas y textos que formaron parte de otros trabajos de los que soy autor. Me remito a *El Derecho penal en la Constitución*, con la colaboración de Laura Martínez Breña y Eduardo Rojas Valdez, México, Secretaría de Gobernación-Secretaría de Cultura-Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016. Asimismo, García Ramírez, “El sistema penal constitucional”, en Varios, *El Derecho en México: dos siglos (1810-1910)*, México, 2010, t. VII, pp. 1 y ss., y *La Constitución y el sistema penal: 75 años (1940-2015)*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2016.

** Profesor Emérito de la Facultad de Derecho de la UNAM e Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Contacto: <sgrijunam@gmail.com>. Fecha de recepción: 21/05/2019. Fecha de aprobación: 18/08/2019

PALABRAS CLAVE: Constitución mexicana; sistema penal constitucional; series normativas; reformas constitucionales; federalismo en el régimen penal.

ABSTRACT: In the Mexican Constitution there is no “criminal chapter”. The matter is raised in various normative series, which make up the “constitutional criminal system” on which it is necessary to project the ideology that inspires the supreme law, the values that preside over it and make it meaningful. This article seeks to track these fundamental criminal provisions. Those series address: a) criminal legality; b) the legal sanction, which sets the “criminal project” of the State; c) the “body of justice” in this area; d) due process of law: fair trial; e) the precautionary regime, which seeks to balance the rights of the individual and the protection of society, through a complex list of measures; f) special or specialized criminal orders; and g) institutions of control and guardianship, common to all sectors, with modalities or nuances in criminal matters.

KEYWORDS: Mexican Constitution; constitutional criminal system; normative series; constitutional reforms; federalism in the criminal regime.

I. INTRODUCCIÓN. LAS “SERIES NORMATIVAS”

U n punto común en las Constituciones modernas ha sido la relación estrecha entre las disposiciones constitucionales y la normativa penal, por una parte, y el régimen de los derechos humanos y la democracia, por la otra. Hay expresiones elocuentes sobre esta vinculación. César Beccaria¹ pudo afirmar con razón: “en caso de haber una exacta y universal escala de las penas y de los delitos, tendríamos una común y probable medida de los grados de tiranía y de libertad (...) de todas las naciones”². También se pronunció Manuel de Lardizábal y Uribe: “Nada interesa más a una nación que el tener buenas leyes criminales (...) de ellas depende su libertad civil”, pero “no hay una empresa tan difícil como llevar a su entera perfección la legislación criminal”³. Enseñanza, ésta, que debieran tener en cuenta los autores de las reformas penales.

El “genio y la figura” de las medidas penales adoptadas por México en la primera etapa del siglo XIX reflejaron la violencia que caracterizó la vida de la nación⁴, asediada por un torrente de

¹ Sobre la influencia del pensamiento de Beccaria en América, sobre todo en México, cfr. mi artículo: “Beccaria en nuestra América”, *Revista Mexicana de Historia del Derecho*, México, segunda época, vol. XX, julio-diciembre 2014, pp. 285-321, así como mi libro *Los reformadores. Beccaria, Howard y el Derecho penal ilustrado*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales-Tirant Lo Blanch-IIIJ-UNAM, 2014.

² *De los delitos y de las penas*, 2a. ed., trad. de Juan Antonio de las Casas, con estudio introductorio de Sergio García Ramírez (“Beccaria: el hombre, la circunstancia, la obra”), México, FCE, 2006, p. 226.

³ *Discurso sobre las penas*, 1a. ed. facsimilar, México, Porrúa, 1982, p. III.

⁴ José María Figueroa, presidente del Congreso en 1840, señaló: “Son tan notorios cuanto graves los males que afligen á la Nación: un Erario empobrecido, costumbres cada día más depravadas, inseguridad de bienes y de la

“robos, asesinatos, venganzas y crímenes de todo género”⁵. Se dijo que “la raíz última de la delincuencia era el carácter de los mexicanos, predispuestos a la comisión de delitos de sangre”⁶. En su momento, el Constituyente de 1824 ordenó “asegurar las garantías individuales que a cada momento se atropellan en todos sentidos (...) por la relajación general introducida por la revolución (y) la confusión extraordinaria de nuestras leyes, por la multitud de criminales y la arbitrariedad de los jueces”⁷.

Corrieron muchos años antes de que contásemos con legislación penal secundaria propia. Rigieron, por décadas, los ordenamientos coloniales⁸. Sin embargo, los temas de la justicia penal figuraron en los textos constitucionales de aquella centuria. En 1917, el Congreso Constituyente quiso reformar a fondo el procedimiento penal. Venustiano Carranza presentó el proyecto que arremetió contra el aparato opresivo montado por los jueces de instrucción⁹: “El procedimiento criminal en México ha sido has-

vida en un país infestado de bandidos, y al lado de esta calamidad una general miseria”. *Los Presidentes de México ante la Nación*, 2ª ed., México, LII Legislatura de la Cámara de Diputados, 1985, t. II, p. 210.

⁵ COSÍO VILLEGAS, Daniel, *Historia moderna de México. La República restaurada. Vida política*, 2ª ed., México, Hermes, 1959, pp. 270-271.

⁶ Cfr. GONZÁLEZ NAVARRO, Moisés, “La vida social”, en COSÍO VILLEGAS, Daniel, *Historia moderna de México. El porfiriato*, 2a. ed., México, Hermes, 1970, p. 420.

⁷ “Manifiesto del Congreso Constituyente de 1824 sobre el Acta Constitutiva”, en *La Constitución y la República*, Xalapa, Ver., Gobierno del Estado de Veracruz, 1980, p. 113.

⁸ Cfr. VALDÉS, Ramón Francisco, *Diccionario de jurisprudencia criminal mexicana: común; militar y naval; mercantil y canónica; con todas las leyes especiales que rigen en la República en materia de delitos y penas*, México, Tipografía de V. G. Torres, 1850, p. 127.

⁹ Cfr. “Venustiano Carranza, al abrir el Congreso Constituyente sus sesiones, el 1o de diciembre de 1916, en la ciudad de Querétaro”, en *Los Presidentes de México...op. cit.*, t. III, p. 119.

ta hoy, con ligerísimas variantes, exactamente el mismo que dejó implantada la dominación española”¹⁰.

En nuestra Constitución mexicana no existe un “capítulo penal”. La materia se plantea en series normativas que conforman el “sistema penal constitucional”¹¹, sobre el que es preciso proyectar la ideología que inspira la ley suprema, los valores que la presiden y le confieren sentido. Esas series abordan: a) legalidad penal (en relación con tipos penales, órganos y autoridades, procedimiento de ejecución de consecuencias jurídicas del delito); b) sanción jurídica, que fija el “proyecto penal” del Estado; c) “cuerpo de la justicia” (disposiciones orgánicas y funcionales); d) debido proceso legal: juicio justo; e) régimen cautelar, con un complejo elenco de medidas; f) órdenes penales especiales o especializados (régimen militar, menores de edad, servidores públicos, extradición); y g) instituciones de control y tutela, con modalidades o matices en materia penal.

II. REFORMAS CONSTITUCIONALES

La Constitución mexicana ha sido profusamente reformada; la materia penal se ha inscrito en el caudal de las reformas, especialmente las muy frecuentes entre 1993 y 2019. Somos proclives a la frondosidad legislativa, olvidando la enseñanza de Descartes: más

¹⁰ *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, 4a. ed., México, Cámara de Diputados, LV Legislatura, 1994, t. III, p. 879.

¹¹ Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, *Curso de Derecho procesal penal*, 5ª ed., México, Porrúa, 1989, pp. 60-61; *Los derechos humanos y el Derecho penal*, 2ª ed., México, Miguel Ángel Porrúa, Librero-Editor, 1988, pp. 49 y ss., y “La ‘cuestión penal’ en la Constitución”, en FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (coord.), *La Constitución de 1978 y el Constitucionalismo Iberoamericano*, Madrid, Ministerio de la Presidencia, Secretaría General Técnica, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pp. 591 y ss.

vale pocas leyes bien cumplidas, que muchas que no se observen¹²; así como las expresiones de nuestros clásicos: los “pueblos se gobiernan por los hábitos y las creencias, por la imaginación y las costumbres”, señaló Mariano Otero¹³, y “todo lo hemos esperado de la ley escrita”, y ésta “ha demostrado su incurable incompetencia”, reconoció Emilio Rabasa¹⁴. No hemos aprendido a desconfiar del automatismo –señalado por Delmas-Marty– que pretende recurrir a la “ley penal como respuesta única frente al conflicto”¹⁵. Diversos “impulsos” han motivado las reformas penales constitucionales. Unas sirvieron al desarrollo “fisiológico” del Derecho¹⁶. Otras atendieron a la urgencia de resolver una crisis, aunque las raíces de ésta no se hallasen en las normas, sino en las prácticas; tal fue el caso de la extensa reforma de 2007-2008. A esta categoría corresponden los cambios adoptados en materia de delitos graves y delincuencia organizada en los últimos años del siglo XX y los primeros del XXI, que contaminaron la regulación penal constitucional¹⁷.

¹² Los “Estados mejor organizados son los que dictan pocas leyes, pero de rigurosa observancia (...)”. DESCARTES, René, *Discurso del método*, 7ª ed., México, Porrúa, 1980, p. 15.

¹³ “Voto particular”, TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes constitucionales de México. 1808-1973*, 5a. ed., México, Porrúa, 1973, p. 447.

¹⁴ RABASA, Emilio, *La Constitución y la dictadura. Estudio sobre la organización política de México*, 3a. ed., México, Porrúa, 1956, p. 8.

¹⁵ “Pour des principes directeurs de législation pénale”, *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, núm. 2, avril-juin 1985, p. 226.

¹⁶ Sobre factores de las reformas constitucionales penales, *cfr.*: mis comentarios en “La reforma constitucional del Poder Judicial en México (1994-1995”, en *Poder Judicial y Ministerio Público*, 3ª ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Porrúa, 2006, pp. 25-27.

¹⁷ *Cfr.* GARCÍA RAMÍREZ, *Delincuencia organizada. Antecedentes y regulación penal en México*, 4a. ed., México, Porrúa, pp. 94 y ss., y *La reforma penal constitucional (2007-2008) ¿Democracia o autoritarismo?*, México, Porrúa, 2008, pp. 3 y ss. (2ª ed., 2009, 3a. ed., 2010, ed. especial publicada por Porrúa-Tribu-

En algunos casos, las reformas fueron impulsadas por ofrecimientos en “campañas” electorales¹⁸. En otros, sirvieron a la recepción extralógica de modelos¹⁹, la adopción de modas o tecnicismos dispensables, o el simple protagonismo. Así, *v.gr.*, las reformas constitucionales en la denominación de la policía investigadora y en la invocación del tipo penal, mejor que cuerpo del delito²⁰.

Entre 1917 y 1982 el Poder revisor de la Constitución abordó tres materias penales: libertad provisional bajo caución (1948, artículo 20, fracción I²¹), sistema penitenciario –con la divisa de la readaptación social– (1965²² y 1977²³, artículo 18) y menores infractores (1965²⁴, artículo 18). En el periodo 1982 y 1993 emitió modificaciones sobre otros tres temas: responsabilidad de servidores públicos (1982²⁵, Título Cuarto de la Constitución y varios preceptos conexos); faltas de policía y buen gobierno (1983²⁶, artí-

nal Superior de Justicia del Distrito Federal-Anales de Jurisprudencia, 2009, 4ª ed., 2010, 5ª ed., 2016), pp. 50 y ss.

¹⁸ En este sentido, la “renovación moral de la sociedad”. Cfr. los motivos de la correspondiente iniciativa presidencial de 2 de diciembre de 1982, en DE LA MADRID, Miguel, *El marco legislativo para el cambio. Diciembre 1982*, México, 1983, vol. 1, p. 15.

¹⁹ Cfr. Ignacio L. Vallarta en el Congreso Constituyente de 1856-1857. *Cit.* ZARCO, Francisco, *Crónica del Congreso Extraordinario Constituyente (1856-1857)*, México, El Colegio de México, 1957, reimp. 1979, pp. 504 y 507.

²⁰ Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, *El nuevo procedimiento penal mexicano*, 4ª ed., México, Porrúa, 2003, pp. 51 y ss. y 152 y ss.

²¹ *Diario Oficial* (en lo sucesivo, *D.O.*) de 2 de diciembre de 1948.

²² *D.O.* de 23 de febrero de 1965.

²³ *D.O.* de 4 de febrero de 1977.

²⁴ *D.O.* de 23 de febrero de 1965.

²⁵ *D.O.* de 28 de diciembre de 1982.

²⁶ *D.O.* de 3 de febrero de 1983.

culo 21), y libertad provisional (1985²⁷, artículo 20, fracción I). En 1993 hubo una extensa reforma²⁸ en la que figuraron desarrollos plausibles, pero también temas que causarían perturbación en los años siguientes y determinarían nuevas reformas constitucionales; por ejemplo, elementos del tipo penal, delitos graves y delincuencia organizada.

En la etapa abarcada entre 1994 y 2005 hubo varias reformas acerca de cuestiones penales o con repercusión sobre éstas, a saber: Poder Judicial y Ministerio Público (1994²⁹, diversos artículos), preceptos del enjuiciamiento penal (1996³⁰, una, y 1999³¹, otra³², en numerosos preceptos), derechos de la víctima u ofendido (2000³³, artículo 20), cumplimiento de la pena de prisión en lugar cercano al domicilio del sentenciado (2001³⁴, artículo 18); atribuciones sobre seguridad nacional (2004³⁵, artículo 73, fracción XXIX-M, y 89 fracción VI); Corte Penal Internacional (primera de 2005³⁶, artículo 21); conocimiento de delitos federales por autoridades comunes (segunda de 2005³⁷, artículo 73, fracción XXI); supresión de la pena capital (tercera de 2005³⁸, artículos 14 y 22),

²⁷ D.O. de 14 de enero de 1985.

²⁸ D.O. de 3 de septiembre de 1993.

²⁹ D.O. de 31 de diciembre de 1994.

³⁰ D.O. de 3 de julio de 1996.

³¹ D.O. de 8 de marzo de 1999.

³² Ésta fue promovida por iniciativa –de fuerte corte autoritario– del 7 de diciembre de 1997. Cfr. mi comentario en *Delincuencia organizada...*, cit., p. 74.

³³ D.O. de 21 de septiembre de 2000.

³⁴ D.O. de 14 de agosto de 2001.

³⁵ D.O. de 5 de abril de 2004.

³⁶ D.O. de 20 de junio de 2005.

³⁷ D.O. de 28 de noviembre de 2005.

³⁸ D.O. de 9 de diciembre de 2005.

y justicia para adolescentes que infringen leyes penales (cuarta de 2005³⁹, artículo 18)⁴⁰.

Podemos identificar una última etapa a partir de la reforma del 18 de junio de 2008, que introdujo un modelo de enjuiciamiento identificado como “sistema penal acusatorio”, un régimen de excepción en materia de delincuencia organizada, principalmente, y bases de la seguridad pública⁴¹. Esta etapa comprende, además, las reformas relativas a ley general en materia de secuestro (2009⁴², artículo 73, fracción XXI); disposición transitoria sobre el régimen de adolescentes en conflicto con la ley penal (2009⁴³); derechos humanos en general y reinserción social (2011⁴⁴, diversos artículos); trata de personas (2011⁴⁵, artículos 19, 20 y 73, fracción XXI); delitos contra periodistas, derecho a la información y libertades de expresión y de imprenta (2012⁴⁶, artículo 73, fracción XXI); legislación procesal y ejecutiva penal única, así como la relativa a mecanismos alternativos de solución de controver-

³⁹ D.O. de 12 de diciembre de 2005.

⁴⁰ En torno a las reformas penales a partir de 1993, así como a diversos proyectos de reforma, me remito a mis libros: *Poder Judicial y Ministerio Público, Delincuencia organizada.... op. cit.*, pp. 33 y ss.; *El nuevo procedimiento... op. cit.*, pp. 3 y ss.; y *La reforma penal constitucional... op. cit.*, en numerosas páginas.

⁴¹ D.O. de 18 de junio de 2008. Me he ocupado de la reforma de 2008 en *Temas del nuevo procedimiento penal. Las reformas de 1996, 2008, 2013 y 2014*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016. Asimismo, ampliamente, *El procedimiento penal. Constitución y Código Nacional*, con la colaboración de Eduardo Rojas Valdez, Ed. Porrúa, México, 1918.

⁴² D.O. de 4 de mayo de 2009.

⁴³ D.O. de 14 de agosto de 2009.

⁴⁴ D.O. de 10 de junio de 2011.

⁴⁵ D.O. de 14 de julio de 2011.

⁴⁶ D.O. de 25 de junio de 2012.

sias (2013⁴⁷, artículo 73, fracción XXI); Fiscalía General (2014⁴⁸, varios artículos); Sistema Nacional Anticorrupción (2015⁴⁹, varios artículos); legislación nacional sobre justicia penal para adolescentes (2015⁵⁰, artículos 18 y 73, fracción XXI); emisión de leyes generales para la persecución de diversos delitos (2015⁵¹, artículo 73, fracción XXI); Ciudad de México, que tiene algunas implicaciones en el orden penal (2016⁵², varios artículos), ley general de **víctimas** (2016⁵³, artículo 73, fracción XXIX-X), y régimen transitorio sobre la Fiscalía General (2018⁵⁴, artículo décimo sexto transitorio del decreto de reforma constitucional del 10 de febrero de 2014). **Más tarde llegarían las abundantes reformas de 2018-2019, que traen consigo regresiones inquietantes.**

III. EL FEDERALISMO EN EL RÉGIMEN PENAL

La versión federalista de la República mexicana ha gravitado sobre el sistema penal. En las constituciones centrales del siglo XIX hubo disposiciones concentradoras de la legislación ordinaria. Pero el triunfo del federalismo dispuso otro rumbo, pese a los alegatos en contra del “extremoso federalismo”⁵⁵ que profesamos⁵⁶.

⁴⁷ D.O. de 8 de octubre de 2013.

⁴⁸ D.O. de 10 de febrero de 2014.

⁴⁹ D.O. de 27 de mayo de 2015.

⁵⁰ D.O. de 2 de julio de 2015.

⁵¹ D.O. de 10 de julio de 2015.

⁵² D.O. de 29 de enero de 2016.

⁵³ D.O. de 25 de julio de 2016.

⁵⁴ D.O. de 27 de agosto de 2018.

⁵⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de derecho penal*, 3ª ed., Buenos Aires, Losada, 1964, t. I., p. 1263.

⁵⁶ En este sentido, CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, *Derecho penal mexicano. Parte general*, 8a. ed., México, Porrúa, 1967, pp. 103 y ss. Desde la perspectiva procesal, v. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, en *Panorama*

El artículo 73 atribuye al Congreso de la Unión la facultad de establecer (es decir, definir) “los delitos y las faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse”, texto que se mantuvo en estos términos desde 1917 hasta 1996. Al amparo de la normativa constitucional, hemos tenido treinta y dos códigos penales locales, un número igual de códigos de procedimientos penales, a los que se sumaron los códigos penales federales tanto en su vertiente sustantiva como adjetiva, así como múltiples leyes que destinaron algunos de sus preceptos a la tipificación de delitos.

Últimamente se ha recogido entre las atribuciones del Congreso de la Unión (artículo 73) la facultad legislativa en materia de procedimiento penal, soluciones alternas al proceso y la ejecución de penas, así como “justicia penal” para adolescentes. Otras expresiones correctivas de la dispersión legislativa –que finalmente desembocan en la expansión del centralismo penal– son la variación de competencia por motivo de conexidad (reformas de 1996: conexidad en general; y 2012: conexidad relacionada con delitos contra periodistas y otros supuestos en que se afecte, limite o menoscabe el derecho a la información o las libertades de expresión o imprenta), concurrencia persecutoria con respecto a delitos federales (reforma de 2005), federalización o centralización –como se prefiera decirlo– en lo que respecta a delincuencia organizada (reforma de 2008) y leyes generales relativas a secuestro (reforma de 2009), trata de personas (2011), delitos electorales (2014), desaparición forzada de personas (2015), formas diversas de privación ilegal de la libertad (*idem*), y tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (*idem*). Por lo que toca a ejecución de penas, se ha echado mano de convenios entre la Federación y las entidades federativas, sistema alentado desde 1917⁵⁷.

del Derecho mexicano. Síntesis del Derecho procesal, México, Instituto de Derecho Comparado UNAM, 1966, pp. 9 y ss.

⁵⁷ Cfr. mi reseña en *El artículo 18 constitucional: prisión preventiva, sistema penitenciario, menores infractores*, México, UNAM, Coordinación de

Las mencionadas leyes generales son una figura novedosa en el texto constitucional⁵⁸. Por lo que toca a la materia penal, aparecieron en la reforma de 2009 sobre secuestro: el Congreso de la Unión emitirá una ley general “que establezca, como mínimo, los tipos penales y sus sanciones, la distribución de competencias y las formas de coordinación entre la Federación, el (entonces) Distrito Federal (ahora ciudad de México), los Estados y los Municipios”. El mismo alcance ha figurado en otras reformas a la fracción XXI del artículo 73 constitucional. En fin de cuentas, las leyes generales podrían abarcar el ámbito completo –o casi– de la persecución de los delitos contemplados en ellas, puesto que la regulación de tipos, sanciones, competencia y coordinación sólo es el mínimo que deben atender esos ordenamientos.

La unificación penal sustantiva constituye una asignatura pendiente⁵⁹. No existen argumentos plausibles para mantener

Humanidades, 1967, pp. 50 y ss.

⁵⁸ El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha definido a las leyes generales como “aquellas que pueden incidir válidamente en todos los órdenes jurídicos parciales que integran al Estado Mexicano”. Se trata de leyes que “no son emitidas *motu proprio* por el Congreso de la Unión, sino que tienen su origen en cláusulas constitucionales que obligan a éste a dictarlas, de tal manera que una vez promulgadas y publicadas, deberán ser aplicadas por las autoridades federales, locales, del Distrito Federal y municipales”, en la medida en que respecto a ellas “el Constituyente o el Poder Revisor de la Constitución ha renunciado expresamente a su potestad distribuidora de atribuciones entre las entidades políticas que integran el Estado Mexicano, lo cual se traduce en una excepción al principio establecido por el artículo 124 constitucional”. “LEYES GENERALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL”, tesis P. VII/2007, registro 172739, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXV, abril de 2007, p. 5.

⁵⁹ “Es conveniente contar con una legislación penal –sustantiva, adjetiva y de ejecución de sanciones– única para todo el país. La dispersión prevaleciente, en la que abundan ocurrencias y diferencias, no favorece la lucha contra

la dispersión legislativa. La organización federal no implica por fuerza la entrega de la regulación penal a las entidades federadas. Cada Federación puede y debe adoptar fórmulas propias al amparo de sus propias circunstancias⁶⁰; de ello ofrece testimonio el Derecho comparado⁶¹.

IV. LEGALIDAD. EL DELITO

En el ámbito penal, el principio de legalidad ha marcado el camino, con salvedades negativas. No habría “excepción alguna –señaló Beccaria– en este axioma general: cada ciudadano debe saber cuándo es reo y cuándo es inocente”⁶². Esta enseñanza arraigó en las democracias: “sólo las leyes pueden decretar las penas de los

el crimen y da lugar al absurdo de que el mismo delito tenga sanciones distintas según si es común o federal o según la entidad donde se cometa”. “Propuesta de la Academia Mexicana de Ciencias Penales sobre Seguridad Pública y Justicia Penal”, disponible en: <<http://www.academiamexicanadecienciaspenales.com.mx/academiamexicanadecienciaspenales/Documentos/PROPUESTA%20ACADEMIA%20MEXICANA%20DE%20CIENCIAS%20PENALES%202012.pdf>>.

⁶⁰ Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, “Identidad y funciones actuales del federalismo mexicano”, en *Temas de Derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Autónoma del Estado de México-Seminario de Cultura Mexicana, 2002, pp. 105 y 106.

⁶¹ Alemania, Suiza, Brasil, Venezuela y Argentina poseen un solo código penal sustantivo. A escala internacional se ha examinado la unificación penal en países organizados bajo el modelo de federación, así como en torno a la armonización del orden penal. Cfr. Varios, *Hacia la unificación del Derecho penal*, SIEBER, Ulrich y SIMON, Jan-Michael (eds.), 2a. ed., México, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht-Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2011.

⁶² *De los delitos...*, cit., p. 237.

delitos”⁶³. Este principio informa las vertientes cubiertas por el texto constitucional: sustantiva, adjetiva y ejecutiva⁶⁴.

En materia penal el juzgador no puede acudir a fuentes normativas diferentes de la ley. Debe resolver conforme a la ley exactamente aplicable al caso controvertido (artículo 14 constitucional, tercer párrafo). “Esta preciosa garantía importa un principio elemental en la jurisprudencia criminal”, observó un estudioso insigne de nuestra Constitución de 1857⁶⁵.

La disposición legalista tiene doble destinatario: legislador y juzgador. Aquél deberá acuñar rigurosamente las fórmulas punitivas; éste no tendrá espacio para la “imaginación”. El legislador debe generar tipos penales que permitan determinar con precisión cuál es la conducta que se pretende sancionar, sin que ello impida emplear términos valorativos⁶⁶, siempre que la norma pe-

⁶³ *Ibidem*, p. 218.

⁶⁴ El principio de legalidad comprende: garantía criminal (*nullum crimen sine lege*), garantía penal (*nulla poena sine lege*), garantía procesal y garantía ejecutiva. Cfr. ARROYO ZAPATERO, Luis, “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 3, núm. 8, mayo-agosto 1983, pp. 20 y ss.; CÁRDENAS RIOSECO, Raúl F., *El principio de legalidad penal*, México, Porrúa, 2009, pp. 28 y ss.; HUERTA TOCILDO, Susana, “El derecho fundamental a la legalidad penal”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 13, núm. 39, 1993, pp. 85 y ss., y VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de, *El principio de legalidad penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 62 y ss.

⁶⁵ LOZANO, José María, *Tratado de los derechos del hombre. Estudio del Derecho constitucional patrio en lo relativo a los derechos del hombre conforme a la Constitución de 1857 y a la Ley Orgánica de Amparo de Garantías de 20 de enero de 1869*, Ed. facsimilar, México, Senado de la República, 2007, p. 272.

⁶⁶ Cfr. ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997, t. I, p. 170.

nal pueda cumplir con sus funciones de seguridad y garantía de libertad⁶⁷.

La norma constitucional no suele describir conductas delictuosas. Es cosa de los últimos años –a través de reformas espectaculares, en el estricto sentido de la expresión– que la ley suprema inicie el proceso de tipificación. De esto dan testimonio las descripciones del enriquecimiento ilícito de servidores públicos, incorporada en 1982⁶⁸, y de la delincuencia organizada, introducida en 2008⁶⁹. El camino es arriesgado: se distrae la frontera entre la norma constitucional y la penal, con sus funciones respectivas.

El régimen sobre delincuencia organizada ha empañado la trayectoria liberal y democrática del sistema penal constitucional. Ahora tenemos un doble orden: el derivado de la plausible tradición que prosperó a lo largo de mucho tiempo, y el determinado por novedades que reducen garantías⁷⁰. Esta bifurcación –conocida en otros países, de donde la tomó el Poder Revisor de

⁶⁷ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 10a. ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillas Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Madrid, Trotta, 2011, p. 36. Véase además: JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal. Filosofía y ley penal*, 4a. ed., Buenos Aires, Losada, 1964, t. II, p. 379; HUERTA TOCILDO, Susana, “El derecho fundamental a la legalidad penal”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 13, núm. 39, 1993, p. 103, y VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de, *El principio de legalidad penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 13.

⁶⁸ Cfr. el dictamen correspondiente a la reforma del 28 de diciembre de 1982, en: <<http://www.sitios.scjn.gob.mx/constitucion1917>>.

⁶⁹ “Por delincuencia organizada se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia” (artículo 16, noveno párrafo).

⁷⁰ Cfr. un panorama general sobre esta materia en García Ramírez, *Delincuencia organizada...*, cit., y en GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe, *La delincuencia organizada. Algunos aspectos penales, criminológicos y político-criminales*, 2ª ed., México, Ubijus-Universidad de Guanajuato, 2012.

la Constitución mexicana— implica el más inquietante viraje acogido en los últimos años⁷¹. Agréguese el procedimiento sobre extinción de dominio.

En diversos momentos llegó a la Constitución mexicana la referencia a delitos de gravedad extrema, sancionados con las penas más elevadas. Otras acotaciones para el legislador provienen del régimen sobre los derechos y las libertades fundamentales: la ilicitud inicia donde aquéllos concluyen, es decir, donde comienza la tutela al derecho del tercero o se pisa el umbral del bien colectivo.

El dogma de legalidad rechaza la retroactividad perjudicial. Hubo tiempo en que el gobernante quiso abrir la puerta a la retroactividad: proscrita en general, no lo estaba cuando se tratase solamente de leyes “aclaratorias”, con todo lo que esta expresión podía entrañar. En otro turno, el legislador advirtió el artificio y sentenció expresamente: ni siquiera las normas aclaratorias tendrán aplicación retroactiva. Recientemente, la propia Constitución impuso un giro, erosionando el principio de irretroactividad. En efecto, la reforma de 1999 autorizó la aplicación retroactiva desfavorable de normas sobre permanencia de personal en instituciones de seguridad pública⁷², desvío reiterado por la reforma de 2008⁷³.

⁷¹ Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, *La reforma penal constitucional... op. cit.*, pp. 49 y ss.

⁷² Artículo 123, apartado B), fracción XIII, acerca de miembros de instituciones policiales. En ningún caso procede la reinstalación del individuo separado; sólo cabe la indemnización. Cfr. mi comentario en *Delincuencia organizada... cit.*, p. 87.

⁷³ La reforma alcanzó al mismo artículo 123, apartado B), fracción XIII, para abarcar a agentes del Ministerio Público y peritos. Cfr. mi comentario en *La reforma penal constitucional... cit.*, pp. 217 y ss.

V. LA PENA. LOS “PARADIGMAS”

Aludí a la selección constitucional sobre la consecuencia de delito: la pena, que entraña el “problema más clásico de la filosofía del derecho”⁷⁴. En esa consecuencia el Estado expresa tanto su compromiso sobre el instrumento penal como medio de control: se refiere a la finalidad de la pena y a la forma de procurarla⁷⁵. Aquélla sirve al arte de conducir la sociedad⁷⁶.

En la trayectoria histórica se han sucedido los proyectos punitivos. El artículo 23 de la Constitución de Apatzingán, adoptado a partir del pensamiento de los reformadores del siglo XVIII⁷⁷, enlaza con la idea contemporánea sobre un derecho penal mínimo y halla continuidad y progreso en el artículo 22 en vigor: “Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado”. De manera semejante, el texto actual del artículo 18 se refiere a las medidas aplicables a los adolescentes en conflicto con la ley penal: “proporcionales al hecho realizado”.

En la normativa constitucional sobre las penas coexisten diversas generaciones: primero, disposiciones humanitarias para aliviar la suerte de los prisioneros⁷⁸; después, normas finalistas:

⁷⁴ FERRAJOLI, *Derecho y razón...op. cit.*, p. 247.

⁷⁵ Al respecto, Beccaria afirmó que “el fin de las penas no es atormentar y afligir a un ente sensible, ni deshacer un delito ya cometido”. *De los delitos...*, *cit.*, p. 238.

⁷⁶ Cfr. BERISTÁIN, Antonio, “Fines de la pena: importancia, dificultad y actualidad del tema”, en *Cuestiones penales y criminológicas*, Madrid, Reus, 1979, p. 31.

⁷⁷ Beccaria concluye su obra con una proposición perdurable: la pena que prevenga la ley debe ser “necesaria, la más pequeña de las posibles en las circunstancias actuales, proporcionada a los delitos (...)”. *De los delitos...*, *cit.*, p. 323. La Declaración de 1789 dispuso: “La ley no debe establecer otras penas que las estrictas y evidentemente necesarias (...)”.

⁷⁸ Guadalupe Victoria se refirió a la reforma de las prisiones: “las cárceles y los establecimientos de corrección han corrido la suerte de los ti-

objetivo del sistema penal, o sólo del régimen penitenciario. Últimamente se erigió un sistema específico de garantías: control jurisdiccional de la ejecución, que abona a la legalidad⁷⁹.

Al inquirir sobre el propósito de la pena, que sirve a un designio político-jurídico-ético del Estado, no me refiero a la legitimidad del *ius puniendi*, asunto que la Constitución supone resuelto. Sólo aludo a los fines de la pena⁸⁰, que fueron objetivos del sistema penal y ahora lo son del régimen penitenciario⁸¹. El Constituyente de 1917 planteó la “regeneración” del delincuente sobre la base del trabajo: “generar” de nuevo a la persona. La reforma de 1964-1965 modificó el designio. Lo “secularizó”: readaptación social⁸². En 1977 hubo otra reforma, innovadora en el orden constitucional americano, también bajo el signo de la readaptación: convenios de repatriación o ejecución extraterritorial de condenas, de alcance internacional⁸³.

empos, más yo no desespero de hacerlos servir á la seguridad, sin aumentar las aflicciones u miserias de los delincuentes”. “General Guadalupe Victoria, Presidente de México, al abrir las sesiones ordinarias del Congreso General, en 1º de enero de 1825”, en *Los Presidentes de México...*, cit., t. I, p. 31.

⁷⁹ Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, “Prisiones, prisioneros y derechos humanos”, en *Derechos humanos de los reclusos en México. Guía y diagnóstico nacional de supervisión penitenciaria*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2007, p. 44.

⁸⁰ Todo el orden mira hacia ciertos fines. Cfr. IHERING, Franz von, *El fin en el derecho*, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1960, pp. 210 y ss.

⁸¹ Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, *La reforma penal constitucional... op. cit.*, pp. 181 y ss.

⁸² Cfr. Mi reseña de la reforma en *El artículo 18 constitucional... op. cit.*, pp. 53 y ss.

⁸³ Cfr. *Derechos del Pueblo Mexicano... op. cit.*, t. III, p. 785. Asimismo, GARCÍA RAMÍREZ, *Legislación penitenciaria y correccional comentada*, México, Cárdenas Editores, 1978, pp. 11 y ss.; GONZÁLEZ VIDAURRI, Alicia, y SÁNCHEZ SANDOVAL, Augusto, *Traslado nacional e internacional de sentenciados*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1985, y HERMOSO

Bajo la reforma de 2008, la ley fundamental pretende que haya reinserción social y que el sujeto no vuelva a delinquir⁸⁴, es decir, propone readaptar –aunque rechace el término– y reinserir⁸⁵, que no pasa de ser un horizonte mecánico de la excarcelación. En otra manifestación del doble sistema penal se ha excluido a los responsables de delincuencia organizada y “a otros internos que requieran medidas especiales de seguridad” de la garantía de ejecución en centros penitenciarios cercanos a su domicilio.

En aquel año el Poder Revisor de la Constitución confesó la impotencia del Estado para entender y conseguir la readaptación social⁸⁶. Varió el rumbo: sólo reinserción. Para lograr este *desideratum*, el reformador de 2008 sumó elementos a los que habían acogido el texto original y la reforma de 1964-1965: la salud y el deporte, además del trabajo, la capacitación para el trabajo y la educación. La reforma del 10 de junio de 2011 añadió el respeto a los derechos humanos. Esta incorporación busca destacar la

LARRAGOITI, Héctor, *Del Sistema inquisitorio al moderno sistema acusatorio en México*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2011, pp. 470-471.

⁸⁴ Cfr. las consideraciones que formulo en *La reforma penal constitucional...*, *cit.*, pp. 181 y ss.

⁸⁵ Sobre el concepto “readaptación”, cfr. AROCENA, *Principios básicos de la ejecución de la pena privativa de libertad*, Buenos Aires, Hammurabi, 2014, pp. 66 y 76. Acerca del tránsito de “paradigmas”: de la regeneración a la reinserción, cfr. GARCÍA RAMÍREZ y MARTÍNEZ BREÑA, Laura, *Presos y prisiones. El sistema penitenciario desde la perspectiva de los derechos humanos*, México, Porrúa-UNAM, Programa Universitario de Derechos Humanos, 2014, pp. 58 y ss.

⁸⁶ En el dictamen del 10 de diciembre de 2007, los diputados sostuvieron que “no es posible que los sentenciados logren durante su estancia en (prisión) una readaptación social. Por lo anterior se apoya que se cambie el término de ‘readaptación social’ por el de ‘reinserción social’ y que se tenga como un nuevo objetivo el procurar que los reclusos no vuelvan a delinquir”. El dictamen figura en mi libro *La reforma penal constitucional...*, *cit.*, p. 182.

importancia de los derechos esenciales en la ejecución de la pena privativa de libertad, en contraste con la deplorable realidad penitenciaria⁸⁷, pero redundante en lo obvio: que los presos son titulares de derechos humanos. Diré, finalmente, que en los textos constitucionales del último siglo –que conservan vigencia– se invocó la clasificación penitenciaria⁸⁸: procesados y sentenciados, hombres y mujeres⁸⁹, mayores y menores de edad.

En 2001 el artículo 18 de la Constitución recibió una disposición benigna: ejecución de penas en instituciones cercanas al domicilio del ejecutado. La iniciativa consideraba solamente a los indígenas. El Congreso reformuló ese derecho, que abarca a todos los sentenciados. Años después, en una vertiente restrictiva (reforma de 2008), se incorporó salvedades relativas a sentenciados por delincuencia organizada y “respecto de otros internos que requieran modalidades especiales de seguridad”⁹⁰, como *supra* señalé.

Entre la proclamación de la Independencia y el cambio de milenio se abrió paso la abolición de la pena capital. Esa abolición se condicionó inicialmente al establecimiento del sistema penitenciario. En nuestro debate constitucional histórico se presentaron varias cuestiones de gran calado. Ante todo, ¿“es éticamente aceptable que el ordenamiento jurídico pretenda di-

⁸⁷ Cfr. el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en: <<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Mexico2016-es.pdf>>. Asimismo, véase el diagnóstico que ofrece la Comisión Nacional de los Derechos Humanos sobre el estado que guardan las prisiones en el país. Cfr. <http://www.cndh.org.mx/Diagnostico_Nacional_de_Supervision_Penitenciaria>.

⁸⁸ Al respecto, cfr. GARCÍA RAMÍREZ y MARTÍNEZ BREÑA, *Presos y prisiones... op. cit.*, p. 119.

⁸⁹ En torno al régimen de mujeres, cfr., entre otros autores, AZAOLA, Elena, y JOSÉ YACAMÁN, Cristina, *Las mujeres olvidadas*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos-El Colegio de México, 1996.

⁹⁰ Al respecto, cfr. mi comentario en *La reforma penal constitucional... op. cit.*, pp. 187-188 ¿

poner, y máxime a título de pena, de la vida humana”⁹¹ Hubo otras consideraciones: ineficacia disuasiva de la pena capital, carácter discriminatorio de la justicia penal, error judicial, irreparabilidad.

Desde los primeros años del siglo XIX se pretendió la reforma de las cárceles, herencia de la etapa colonial⁹². Otero denunció: el “sistema de prisiones es la combinación más diestra que el genio del mal hubiera podido inventar para pervertir a los hombres”⁹³. Ante el Congreso Constituyente de 1916-1917, Carranza presentó una ambiciosa propuesta sobre el artículo 18: la pena mayor a tres años de prisión se haría efectiva en colonias penales o presidios federales. La sugerencia naufragó en las olas del federalismo⁹⁴. Sólo avanzó la idea en torno al objetivo del “sistema penal”: regeneración.

El signo actual de la prisión tiene perceptibles componentes autoritarios bajo la capa de la dualidad penal. Han ascendido al plano constitucional, merced a la reforma de 2008, los regímenes penitenciarios especiales que profundizan la escisión del régimen penal y anuncian reducciones cada vez mayores de los derechos individuales. A los responsables de delincuencia organizada se añaden otros sujetos, que la ley suprema menciona pero no define, merecedores de “medidas especiales”⁹⁵.

⁹¹ BUNSTER, Álvaro, “Comentario al artículo” (22), *Derechos del pueblo mexicano... op. cit.*, t. III, p. 1054.

⁹² Para una revisión de esta materia, cfr. MALO CAMACHO, Gustavo, *Historia de las cárceles en México (precolonial, colonial e independiente)*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1979.

⁹³ “Mejora del pueblo”, en *Obras. Recopilación, selección, comentarios y estudio preliminar de Jesús Reyes Heróles*, México, Porrúa, 1967, t. II, p. 702.

⁹⁴ *Derechos del pueblo mexicano... op. cit.*, t. III, pp. 750 y ss.

⁹⁵ Cfr. mi consideración acerca de este nuevo rumbo del penitenciarismo constitucional, en *La reforma penal constitucional... op. cit.*, pp. 188-190.

La Constitución alude a otras consecuencias jurídicas de la conducta ilícita⁹⁶. El artículo 22 proscribire la confiscación y al mismo tiempo autoriza privaciones de bienes que tienen apariencia confiscatoria, por la vía de aclarar que no revisten esta naturaleza. Aquí encontramos otra manifestación reciente del combate a la delincuencia organizada, especialmente –aunque no exclusivamente– el narcotráfico. Un grave retroceso se introdujo a través de la extinción de dominio, en 2008 y 2019.

El orden de las infracciones de policía y buen gobierno osciló entre el Derecho penal y el Derecho administrativo. El proyecto de 1916 reprobó el abuso prohijado en esta materia por la norma de 1857⁹⁷. La Constitución vigente abre el espacio al poder reglamentario, pero introduce limitaciones para el legislador ordinario. Todavía bajo el espíritu de moderación punitiva –y justicia social– que caracterizó la anterior etapa de la normativa penal, ésta redujo la severidad de las sanciones aplicables a los infractores.

VI. LOS PROTAGONISTAS DEL SISTEMA PENAL

La Constitución reúne temas y personajes, parlamentos y desempeños, advertencias y programas. Me referiré a algunos personajes de este orden: ante todo, el inculpado y el sentenciado. En la actualidad, hay nutridos catálogos de derechos del inculpado. A esta natural preocupación de la ley suprema ha venido a sumarse el rescate de la víctima –“víctima u ofendido”, dice la Constitu-

Asimismo, GARCÍA RAMÍREZ y MARTÍNEZ BREÑA, *Presos y prisiones... op. cit.*, pp. 169.

⁹⁶ En la mayoría de los ordenamientos penales del país, la reparación del daño se considera pena pública. Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, “Comentario” al artículo 42, en GARCÍA RAMÍREZ, ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga y VARGAS CASILLAS, Leticia (coords.), *Nuevo Código Penal para el Distrito Federal comentado*, México, IIJ UNAM-Porrúa, 2006, t. I, pp. 184 y ss.

⁹⁷ *Derechos del pueblo mexicano... op. cit.*, t. III, pp. 999-1000.

ción, erróneamente, desde 1993: no se trata del mismo sujeto⁹⁸-, a la que también se ha reconocido un conjunto de derechos

La principal necesidad y actividad del imputado es la defensa, tema sobresaliente en una Constitución liberal y democrática⁹⁹. La defensa corre a través del proceso como derecho a ser oído, en la extensa acepción de esta palabra. Los textos constitucionales mexicanos han consagrado el derecho de audiencia y recibido crecientemente el tema de la defensa, que tuvo algún tropiezo en el Congreso de 1856-1857¹⁰⁰.

En 2008 llegó a la ley suprema la presunción de inocencia¹⁰¹, prenda del liberalismo penal¹⁰². Contra ella militan las medidas cautelares –especialmente la detención (también el arraigo)– y la “probable o presunta” responsabilidad, eje del proceso, de la que habló nuestra Constitución al referirse a la orden de aprehensión

⁹⁸ Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, *El nuevo procedimiento penal... op. cit.*, pp. 130 y ss.

⁹⁹ Cfr. FERRAJOLI, *Garantismo penal*, México, UNAM IJJ, núm. 34, 2006, pp. 12 y ss.

¹⁰⁰ Emilio Rabasa señaló: “Los juristas empedernidos del bando moderado no podían aceptar la amplitud de defensa que se procuraba en el proyecto”, *La Constitución y la dictadura... op. cit.*, p. 49.

¹⁰¹ El reconocimiento expreso de la presunción de inocencia en la Constitución data de la reforma del 18 de junio de 2008. El Pleno de la Suprema Corte de Justicia había determinado que dicho principio se desprendía de la interpretación armónica y sistemática de diversos preceptos constitucionales. Cfr. “PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, registro, 186185, t. XVI, agosto de 2002, tesis P. XXXV/2002, p. 14. Asimismo, la presunción de inocencia se hallaba prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 8.2).

¹⁰² Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, *La reforma penal constitucional... op. cit.*, pp. 141 y ss.

y al auto de formal prisión, concepto, este último, relevado por el de auto de vinculación a proceso¹⁰³.

El inculpado puede defenderse por sí mismo, pero su mayor garantía reside en el ejercicio de una defensa profesional, oportuna y eficiente¹⁰⁴. Los textos constitucionales aluden a la defensa de “calidad” y requieren competencia profesional en quien la ejerce, condición para que la defensa sea “adecuada”. La evolución de los derechos del inculpado queda de manifiesto en el desarrollo constitucional del defensor, prenda del garantismo.

Para que haya genuina defensa es preciso que el inculpado conozca quién le acusa¹⁰⁵ y los cargos que se le hacen, desde el momento mismo en que se le detiene. Obviamente, no se trata de informarle acerca de las “calificaciones jurídicas” de los hechos imputados, sino de la “naturaleza del delito”, sus circunstancias o su cuerpo, como aclaró Ponciano Arriaga en el Constituyente de 1857.

La autoridad ante la que se desarrolla el enjuiciamiento –en las fases respectivas– debe enterar al sujeto de los derechos que la Constitución le reconoce y atender las solicitudes de prueba que aquél formule, por sí o por medio de su defensor. Existe plazo para el desarrollo del proceso, garantía “temporal” del inculpado; pero domina el interés por el despliegue de la defensa, garantía “material” de aquél. Los sucesivos textos constitucionales han

¹⁰³ Esta última expresión, ajena a la tradición constitucional mexicana, fue deficientemente explicada —como un acto de simple información— en los trabajos conducentes a la reforma del artículo 19 constitucional, de 2008. Cfr. mi comentario en *La reforma penal constitucional... op. cit.*, pp. 91 y ss.

¹⁰⁴ Al respecto, cfr. GARCÍA RAMÍREZ y MARTÍNEZ BREÑA, *Presos y prisiones... op. cit.*, p. 44 y ss.

¹⁰⁵ Arriaga propuso en el Constituyente de 1856-1857 que las funciones de acusar “se encomienden a los magistrados más íntegros, que acusarán por el interés de la causa pública, sin que haya en esto nada de odioso”. *Derechos del pueblo mexicano... op. cit.*, t. III, p. 883.

traído novedades plausibles, que incrementan los derechos del inculpado y disuaden deslices autoritarios.

El ofendido, titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por el delito, se retrajo en la escena del proceso. Fue “un nadie”, dijo el Procurador y Ministro Carlos Franco Sodi¹⁰⁶. El reingreso del ofendido a los derechos procesales se presentó primero en la ley secundaria; luego, en la Constitución¹⁰⁷. La reforma de 1993 colocó en el plano constitucional los derechos del ofendido: asesoría jurídica, reparación del daño, coadyuvancia con el Ministerio Público y atención médica de urgencia. El tema avanzó en la reforma del año 2000¹⁰⁸ y ganó espacio en la de 2008¹⁰⁹.

El juzgador es un personaje central en el escenario constitucional. El primer Presidente de los mexicanos advirtió que era “inexistente” el Poder Judicial de la Federación¹¹⁰. Más tarde,

¹⁰⁶ *Código de procedimientos penales comentado*, 2ª ed., México, Botas, 1960, pp. 17-18.

¹⁰⁷ Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, “El ofendido en el proceso penal”, en *Temas y problemas de la justicia penal*, México, Seminario de Cultura Mexicana, 1996, esp. pp. 52 y ss.; “Situación procesal del ofendido por el delito (Derecho mexicano)”, *Criminalia*, año LXIX, núm. 1, enero-abril de 2003, pp. 57-106; *El nuevo procedimiento penal...*, *cit.*, pp. 128 y ss., *La reforma penal constitucional... op. cit.*, pp. 165 y ss., y en BERTOLINO, Pedro J., *La víctima del delito en el proceso penal latinoamericano*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2003, pp. 391 y ss.

¹⁰⁸ Esta reforma localizó los derechos de víctimas y ofendidos en un apartado específico del artículo 20. Cfr. el examen que hago en *El nuevo procedimiento penal... op. cit.*, pp. 128 y ss., y *La reforma penal constitucional... op. cit.*, pp. 165 y ss.

¹⁰⁹ Cfr. “Iniciativa que reforma el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”. *Gaceta Parlamentaria*, Cámara de Diputados, 29 de septiembre de 2006, en: <<http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/60/2006/sep/20060929-I.html#Ini20060929Tello>>.

¹¹⁰ “El General Victoria, al abrir las sesiones ordinarias del Congreso General, en 1º de Enero de 1825”, en *Los Presidentes de México... op. cit.*, t.

el Presidente Bustamante requirió: “no puedo menos que recomendar eficazmente a la sabiduría del Congreso la preferente necesidad de perfeccionar cuanto antes la organización del Poder Judicial, de que dependen en gran parte la conservación de las garantías y derechos sociales”¹¹¹. La recomendación sería frecuente en años venideros.

La ley fundamental atiende a la excelencia de la función judicial. Previene: independencia, inamovilidad, carrera judicial y seguridad económica. Bien que estas condiciones para el buen desempeño figuren como garantías judiciales; pero mejor que se les entienda como garantías para el justiciable¹¹².

En 1986 retornó la preocupación por asegurar el acceso a la justicia pública. El Poder Revisor recordó otras exigencias: “La impartición de justicia que merece el pueblo de México debe ser pronta, porque procesos lentos y resoluciones tardías no realizan el valor de la justicia; debe ser gratuita, para asegurar a todos el libre acceso a ella; debe ser imparcial, para lograr que se objetive en sentencias estrictamente apegadas a las normas; y debe ser honesta, pues al juzgador se confía el destino de la libertad y patrimonio ajenos”¹¹³.

Del desarrollo constitucional proviene la norma imperante: el conocimiento de los delitos y la emisión de sentencias son “propios de la autoridad judicial” o “exclusivos” de ésta —dijeron algunos textos históricos—; en otros términos, sólo incumben al

I, p. 31.

¹¹¹ “El General Bustamante, en la apertura de las sesiones ordinarias del Congreso General, el 1o de enero de 1832”, en *Los Presidentes de México... op. cit.*, t. I, p.

¹¹² Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, “El Estado de Derecho y la reforma del Poder Judicial”, en *Poder Judicial... op. cit.*, pp. 9 y ss.

¹¹³ Así, la iniciativa de reforma de ese año al artículo 17 constitucional. *Derechos del pueblo mexicano... op. cit.*, t. III, p. 595.

tribunal, enfatizó el Constituyente de 1916-1917¹¹⁴. Se prohíbe la autojusticia, lo cual no excluye fórmulas autocompositivas ni impide alternativas al proceso para la solución de los litigios penales.

El juzgador está desprovisto de facultades indagatorias y atento a la presentación de los hechos y la argumentación que expongan las partes. Con ello, es posible que tropiece el valor de la verdad como sustento del proceso. Es conveniente traer a cuentas las reflexiones de Michele Taruffo sobre este asunto¹¹⁵. En todo caso, la división de atribuciones es característica del régimen acusatorio, cuyos elementos radicales fueron refrendados en la reforma de 2008¹¹⁶. Un paso adelante se dio, como mencioné, con el control jurisdiccional de la ejecución¹¹⁷.

¹¹⁴ El mandato figura tanto en el artículo 14 como en el 21; pero en éste “la declaración parece más circunscrita y terminante y colocada como para deslindar los respectivos campos de acción de las autoridades judicial y administrativa”, señaló el dictamen de la comisión. *Derechos del pueblo mexicano... op. cit.*, t. III, p. 1001.

¹¹⁵ Es necesario que “los hechos sean confirmados por el juez de forma verdadera. De esta suerte, la verdad de los hechos es, a su vez, una condición no suficiente *per se*, pero sí necesaria para la justicia de la decisión”. y que es preciso abrir la puerta al juez en esta materia, “porque finalmente es quien tiene el deber de buscar la verdad, y a él es a quien habría que pedírselo, y ello nos lleva nuevamente a consecuencias obvias. El juez debe tener poderes de instrucción autónomos que pueda utilizar en todas las ocasiones en las cuales las pruebas ofrecidas por las partes no son suficientes para llegar a juicio, es decir, se trata de un perfil activo en la función instructora del juez que corresponda justamente a la función epistémica del proceso”. *Proceso y decisión. Lecciones mexicanas de Derecho procesal*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 48 y 70.

¹¹⁶ Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, *La reforma penal constitucional...op. cit.*, pp. 190 y ss.

¹¹⁷ Cfr. *Idem*

El Ministerio Público mexicano ¹¹⁸tiene diversas raíces¹¹⁹: hispánicas, francesas y norteamericanas. El Constituyente de 1857 miró con desconfianza al M.P. Lo contrario ocurriría en 1916-1917. Carranza fue enfático¹²⁰: se requiere “una innovación que de seguro revolucionará completamente el sistema procesal”: reservar a los jueces la misión de juzgar, restituyéndoles “toda la dignidad y toda la respetabilidad de la magistratura”, y encomendar al Ministerio Público, asistido por la Policía Judicial, la tarea de perseguir los delitos¹²¹.

En el Constituyente de 1917 emergió un Ministerio Público poderoso y naufragó la secretaría de Justicia. La reforma constitucional de 1994-1995 amplió el posible desempeño del Procurador como custodio de la constitucionalidad a través de su participación en las controversias constitucionales y en las acciones de inconstitucionalidad, además del juicio de amparo, como representante del “interés de la juridicidad”¹²². El papel de la institución en el juicio de amparo constituyó –en términos de Luis

¹¹⁸ El Ministerio Público: “participa la institución moderna del sello local que la evolución o la historia le ha impreso en cada país y en cada época. Con tal criterio debe estudiarse, verificando en cada caso y circunstancia, sus caracteres esenciales y comunes”. AYARRAGARAY, Carlos A., *El Ministerio Público*, J. Lajouane & Cia. (eds.), 1928, pp. 9-10.

¹¹⁹ Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, “Reflexiones sobre el Ministerio Público”, en *Estudios jurídicos*, México, IJ UNAM, 2000, pp. 635 y ss.

¹²⁰ Cfr. *Los Presidentes de México... op. cit.*, t. III, p. 119.

¹²¹ *Derechos del pueblo mexicano... op. cit.*, t. III, pp. 999-1000. Carranza señaló que “el ministerio público... con la policía judicial represiva a su disposición, quitará a los presidentes municipales y a la policía común la posibilidad que hasta hoy han tenido de aprehender a cuantas personas juzgan sospechosas, sin más méritos que su criterio particular”. *Los Presidentes de México... cit.*, t. III, p. 119.

¹²² Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, “Reflexiones sobre el Ministerio Público”, en *Estudios... op. cit.*, p. 645, y “A manera de prólogo: La obra de Fix-Zamudio y la institución del Ministerio Público”, en FIX-ZAMUDIO, *Función constitucio-*

Cabrera— “la función más trascendental de todas las que se han confiado al Ministerio Público”¹²³. Al final del siglo XX, diversas reformas redujeron la entidad del Ministerio Público y lo encauzaron hacia la pura investigación de los delitos. Decayó la calidad del procurador de la República como asesor jurídico del Presidente, que la Constitución tomó de la tradición norteamericana¹²⁴.

La preocupación por asegurar el desempeño independiente del Ministerio Público suscitó una nueva reforma constitucional. Se depositó en el Senado la ratificación del Procurador designado por el Presidente de la República¹²⁵. Quedaba pendiente una reiterada petición: autonomía, régimen que llegó antes a otras

nal del Ministerio Público. Tres ensayos y un epílogo, México, IIJ-UNAM, 2002.

¹²³ *Función constitucional del Ministerio Público. Tres ensayos y un epílogo*, México, IIJ UNAM, 2002, p. 60; en el mismo sentido, PORTES GIL, *Ibidem*, p. 93. Alfonso Noriega calificó esta atribución como la “más noble, importante y trascendente” a cargo del Ministerio Público federal y el Procurador. *Lecciones de amparo*, México, Porrúa, 1975, pp. 346-347.

¹²⁴ Que proviene de una ley del 24 de septiembre de 1789 acerca de la designación y las atribuciones del Attorney General. Cfr. NELSON, Rita W., “The opinion function of the Federal Attorney General”, *New York University Law Review*, vol. 25, núm. 4, 1950, pp. 825-826. Igualmente, cfr. RHODES, Irwin S., “Opinions of the Attorney General revived”, *American Bar Association Journal*, vol. 64, 1978, p. 1375.

¹²⁵ Cfr. mis comentarios en “El Ministerio Público y la reforma constitucional de 1994...”, en *Poder Judicial...*, *cit.*, pp. 176 y ss. Por lo que hace a la provisión de otros cargos dentro del Ministerio Público, se ha sugerido la implantación de un organismo equivalente al Consejo de la Judicatura, que asumiría el control de la “carrera ministerial”, a semejanza de la “carrera judicial”. Cfr. FIX-ZAMUDIO, *Función constitucional... op. cit.*, pp. 176 y 188 y ss.

instituciones del Estado mexicano¹²⁶. Mediante reforma constitucional del 10 de febrero de 2014 quedó asentada esa autonomía.

Vayamos a la policía, otro personaje del sistema penal previsto en la ley suprema. En el inicio de nuestra vida independiente se dijo que “solamente un pueblo tan dócil como el mexicano ha podido conservarse sin policía”¹²⁷. El Constituyente de 1916-1917 identificó a la “policía judicial”, órgano de investigación, bajo el mando y la autoridad inmediata del Ministerio Público. Una reforma de 1996 retiró a esta policía la calificación de judicial¹²⁸. La revisión constitucional de 2008 “aligeró” el vínculo entre el Ministerio Público y la policía, vínculo que no sólo interesa a éstos, sino a la relación entre la policía y el ciudadano¹²⁹. Ahora la Constitución incorpora otro discutido actor de la seguridad: la Guardia Nacional, que examino en la obra reciente: *Seguridad y justicia penal. Plan Nacional y reforma constitucional. El difícil itinerario hacia un nuevo orden* (México, UNAM-IIIJ/Porrúa, 2019).

Otros personajes del ordenamiento penal constitucional, que han tenido un apreciable desarrollo en las reformas recientes, son el defensor del inculcado, mirado con la seriedad debida a través de las estipulaciones del artículo 17 (defensoría pública¹³⁰) y de las disposiciones que ordenan la defensa adecuada; asistencia “profe-

¹²⁶ Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, “Bases constitucionales...”, en *Poder Judicial... op. cit.*, pp. 149 y ss.

¹²⁷ “El General Bustamante, al abrir las sesiones del primer período, el 1º de Enero de 1839”, en *Los Presidentes de México... op. cit.*, t. I, p. 190.

¹²⁸ Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, *El nuevo procedimiento penal... op. cit.* pp. 150-151.

¹²⁹ Cfr. mi comentario en *La reforma penal constitucional... op. cit.*, pp. 24 y ss., y en mi libro *Temas del nuevo procedimiento penal... cit.* En esta obra reitero los comentarios desfavorables a la reducción de controles ministeriales con respecto a la policía. Cfr. pp. 47 y ss.

¹³⁰ Acerca de este organismo, cfr. ESQUINCA MUÑOA, César, *La defensoría pública federal*, México, Porrúa, 2003, pp. 59 y ss.

sional”; y el asesor del ofendido¹³¹ Ambas figuras corresponde a la mejor tradición penal constitucional, que pugna contra el autoritarismo¹³².

VII. EL PROCEDIMIENTO

El progreso político, la revisión de las relaciones de poder, la preservación de la dignidad humana, el equilibrio entre inculpado y ofendido, la procuración legítima de la verdad y otras preocupaciones de la sociedad moderna, convertidas en ocupaciones del enjuiciamiento, han hecho su propia aportación al desarrollo del proceso penal en el marco constitucional.

El procedimiento histórico incluyó fuertes componentes inquisitivos¹³³. La Constitución de 1917 abrió la puerta al sistema acusatorio¹³⁴, acogiendo sus datos clásicos y diversos extremos procesales que suelen acompañarlo. Actualmente, la Constitución postula los principios y el objeto *–rectius*, objetivos o fines– del proceso penal y contiene un amplio conjunto de disposiciones

¹³¹ Al respecto, cfr. ZAMORA GRANT, José, *Derecho victimal. La víctima en el nuevo sistema penal mexicano*, 2a. ed., México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2009, pp. 161 y ss., y GARCÍA RAMÍREZ, *Temas del nuevo procedimiento... op. cit.*, pp. 40 y ss.-

¹³² Sobre el derecho de defensa, cfr. CÁRDENAS RIOSECO, Raúl F., *El derecho de defensa en materia penal. Su reconocimiento constitucional, internacional y procesal*, 2ª ed., México, Porrúa, 2009, esp. pp. 89 y ss., y ESQUINCA MUÑOA, César, “El reto de la defensoría pública mexicana”, *Iter Criminis. Revista de Ciencias Penales*, México, cuarta época, núm. 2, marzo-abril 2008, pp. 179-187, y *La defensoría pública federal, cit.*

¹³³ Cfr. HERMOSO LARRAGOITI, *Del Sistema inquisitorio...*, *cit.*, pp. 269-377.

¹³⁴ En este sentido, cfr. Islas de González Mariscal y Ramírez, Elpidio, *El sistema procesal penal en la Constitución*, México, Porrúa, 1979, pp. 39 y ss. Asimismo, Hermoso Larragoiti, *Del sistema inquisitorio...*, *cit.*, pp. 377-394.

acerca de lo que denomina sistema acusatorio, que suele identificarse bajo el rubro de los juicios orales. El primer párrafo del fundamental artículo 20 señala que “el proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación”. La fracción I del apartado A) del mismo precepto señala que “el proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen”.

De tiempo atrás, el ordenamiento secundario previno enjuiciamientos abreviados¹³⁵. La reforma de 2008 conserva y constitucionaliza los procedimientos breves en supuestos que ahora desembocan tanto en ventajas procesales como en “quitas penales” sustantivas, tema que suscita debate¹³⁶ y que no guarda congruencia con el objeto que la Constitución asigna al proceso penal.

Como señalé, en 2008 se adoptó un giro profundo e inquietante: el doble régimen de enjuiciamiento –con diversas conexiones hacia el orden penal sustantivo y ejecutivo–, que supone, en un extremo, la preservación e inclusive el incremento de los

¹³⁵ Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, *La reforma penal de 1971*, México, Botas, 1971, pp. 37 y ss.

¹³⁶ Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, *La reforma penal constitucional... op. cit.*, pp. 134 y ss. y 149 y ss. ‘Criterios de oportunidad’ y ‘economía’ en el sistema de justicia penal: ¿nuevos paradigmas?, *Criminalia*, México, nueva época, año LXXXII-2, 2015, pp. 81-82. Igualmente en sentido crítico sobre el procedimiento abreviado, inspirado en la figura anglosajona del *plea bargaining*, cfr. ZAMORA PIERCE, Jesús, *El procedimiento abreviado*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2014; del mismo autor, *Juicio oral. Utopía y realidad*, México, Porrúa, 2011, esp. pp. 24 y ss., y AZZOLINI BINCAZ, Alicia, “Las salidas alternas al juicio en el Código Nacional de Procedimientos Penales”, en Varios, *Comentarios al Código Nacional de Procedimientos Penales*, MORENO HERNÁNDEZ, Moisés y ONTIVEROS ALONSO, Miguel (coords.), México, Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales-AMPEC-Ubijus, 2015, p. 166.

componentes democráticos del proceso (derechos y garantías); y en el otro, el enrarecimiento de éstos y la entronización de ingredientes autoritarios¹³⁷. Se afirma que el sistema jurídico mexicano ha recogido paulatinamente normas que pueden ser identificadas con la doctrina del Derecho penal del enemigo¹³⁸. Se entroniza una lógica de excepción que ofrece seguridad pública por medio de la restricción de derechos humanos, bajo la promesa de que los únicos afectados serán los enemigos del Estado mexicano¹³⁹.

En nuestro Derecho prevaleció la solución jurisdiccional de los litigios penales a través del proceso. Hoy avanza la flexibilización en el ejercicio de la acción, sustentada en un notorio descenso del “estándar” probatorio reclamado para el ejercicio de la acción penal y el énfasis en el principio de oportunidad: “El Ministerio Público podrá considerar criterios de oportunidad para

¹³⁷ No puedo extenderme aquí sobre esta revisión constitucional –que se ilustró como eliminación de “falsos garantismos”–, con sus antecedentes, concreciones y proyecciones. Me remito al estudio que hago en *La reforma penal constitucional...*, esp., pp. 4 y ss., 50 y ss., 104 y ss., 134 y ss., 149 y ss., 188 y ss. y 196 y ss.

¹³⁸ Günther Jakobs identifica el Derecho penal del ciudadano, caracterizado por una serie de principios y derechos, y el Derecho penal del enemigo (*Feindstrafrecht*), diseñado para la neutralización de sujetos peligrosos. Cfr. “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, trad. de Manuel Cancio Meliá, en JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005, esp. pp. 19-47. Sobre la presencia del Derecho penal del enemigo en las normas mexicanas, cfr. ASTRAIN BAÑUELOS, Leandro Eduardo, *El Derecho penal del enemigo en un Estado constitucional: especial referencia a México*, Madrid, Marcial Pons, 2017, y ROJAS VALDEZ, Eduardo, “El Derecho penal del enemigo: ¿condición o negación del Estado constitucional?”, *Criminalia*, México, nueva época, año LXXXII-2, 2015.

¹³⁹ Eugenio Raúl Zaffaroni impugna el autoritarismo que entraña el trato diferenciado para enemigos. Cfr. *El enemigo en el Derecho penal*, México, FLASUD-Ediciones Coyoacán, 2007, p. 124.

el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley” (artículo 21, séptimo párrafo)¹⁴⁰.

Nuestro ordenamiento constitucional histórico previno “salidas alternas” al proceso: medios de composición del litigio¹⁴¹ colocados nuevamente en el centro del escenario a través de reformas a los artículos 18, en 2005, y 17, en 2008¹⁴². De esas alternativas depende, en buena medida –conjuntamente con la aplicación del principio de oportunidad–, la suerte que corra el enjuiciamiento penal del futuro. La nueva normativa constitucional se encamina hacia la composición penal por dos vías: vertical, a través del entendimiento entre el Estado y el inculpado, y horizontal, entre la víctima y el victimario. No sobra insistir en los riesgos que entraña este régimen de “negociaciones”¹⁴³.

El proceso es, en esencia, un largo ejercicio probatorio sobre hechos punibles y responsabilidad de quien los comete. Como he dicho, la normativa suprema acepta la verdad formal, en aras del alivio jurisdiccional: soluciones alternas, conciliaciones, compo-

¹⁴⁰ Cfr. mi examen en *La reforma penal constitucional...*, esp., pp. 29 y ss. y 38 y ss. En relación con el principio de oportunidad se ha dicho que con los “mecanismos de deflación judicial –ritos alternativos, pactos o decisiones prioritarias dentro de los procesos (...) han dado espacios ilimitados a la discrecionalidad de los ministerios públicos, que frustran la obligatoriedad de la acción penal privando a la jurisdicción de sus principales fuentes de legitimación”. FERRAJOLI, *Garantismo penal, cit.*, p. 64.

¹⁴¹ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Proceso, autocomposición y autodefensa (Contribución al estudio de los fines del proceso)*, 3a. ed., México, IIJ-UNAM, 1991, pp. 43 y ss.

¹⁴² Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, *La reforma penal constitucional... op. cit.*, pp. 85 y ss. Sobre métodos alternativos de solución de controversias cfr. Márquez Algara, Ma. Guadalupe y De Villa Cortés, José Carlos, “Medios Alternos” de URIBARRI, Gonzalo (coord.), *Acceso a la justicia alternativa. La reforma al artículo 17 constitucional*, México, Porrúa, 2010.

¹⁴³ Cfr. Mi comentario en *Delincuencia organizada... op. cit.*, pp. 127 y ss., y *La reforma penal constitucional... cit.*, esp. pp. 134 y ss. y 149 y ss.

siciones, convenciones. La Constitución contiene disposiciones en torno a la prueba; entre ellas, el rechazo de la ilícita¹⁴⁴, otro gran tema del proceso moderno.

La Constitución se ocupa de la privación procesal de la libertad cuyo fin cautelar consta en la letra de la ley suprema, desatendida por una práctica persistente¹⁴⁵. En el desarrollo penal constitucional se afirmó el principio de legalidad en la privación cautelar de la libertad. Esta cuestión animó el debate en el Constituyente de 1916-1917, que amplió las estipulaciones garantistas de la Constitución de 1857, refiriéndose a las órdenes judiciales de aprehensión y cateo, a la detención por autoridades administrativas en casos urgentes y a las visitas domiciliarias¹⁴⁶. La preocupación por esta materia reapareció reapareció 2008 a propósito de la detención y el cateo¹⁴⁷.

¹⁴⁴ Al respecto, cfr. NATARÉN NANDAYAPA, Carlos F. y CABALLERO JUÁREZ, José Antonio, *Los principios constitucionales del nuevo proceso penal acusatorio y oral mexicano*, México, IJ UNAM-Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 2014, pp. 60 y ss.; ARMENTA DEU, Teresa, *Estudios sobre el proceso penal acusatorio*, Bogotá, Temis, 2014, pp. 255-256; Aguilar López, Miguel Ángel, *La prueba en el proceso penal acusatorio*, México, Bosch, 2014, esp. pp. 80-93, y CÁRDENAS RIOSECO, Raúl F., Charre, Omar, y SALAZAR, Juan, *La motivación de los hechos en la sentencia penal. Una visión interdisciplinaria de la motivación judicial aplicable al juicio oral y acusatorio*, México, Porrúa, 2016, pp. 346 y ss.

¹⁴⁵ Denunciada en 1916 por CARRANZA, en “Venustiano Carranza, al abrir el Congreso Constituyente sus sesiones, el 1º de diciembre de 1916, en la ciudad de Querétaro”, en *Los Presidentes de México... op. cit.*, t. III, p. 117.

¹⁴⁶ Cfr. OVALLE FAVELA, “Comentario al artículo” (16), *Derechos del pueblo mexicano... op. cit.*, p. 187.

¹⁴⁷ Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, *La reforma penal constitucional... op. cit.*, pp. 74 y ss.

La facultad de detener opera ampliamente en supuestos de flagrancia, últimamente acotados¹⁴⁸, al menos a nivel constitucional¹⁴⁹, aunque desbordantes en la normativa secundaria. En hipótesis de urgencia el Ministerio Público se halla facultado para disponer la detención¹⁵⁰, en los términos de la reforma de 1993¹⁵¹.

La ley suprema señaló que la emisión de la orden de aprehensión está condicionada a la existencia de denuncia o querrela (requerimiento minimizado: hay espacio para la delación¹⁵²); quedaron restringidos los supuestos de captura –que siempre preocupó al Poder Constituyente, desde la carta de 1824¹⁵³– y pri-

¹⁴⁸ Cfr. *Ibidem*, pp. 69-71.

¹⁴⁹ El artículo 16 constitucional define a la detención en flagrancia como la que se realiza “en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido”, caracterización que contraviene la llamada “flagrancia por señalamiento” (artículo 146, fracción II, inciso b) del Código Nacional de Procedimientos Penales).

¹⁵⁰ En el Constituyente de 1916-1917 se objetó facultar a las autoridades administrativas para ordenar la detención en hipótesis de urgencia. Por lo que toca a la atribución de esta facultad al Ministerio Público, aportada por la reforma constitucional de 1993, cfr. los razonamientos de la iniciativa y del dictamen en la Cámara de Diputados, Cfr. *Derechos del pueblo mexicano... op. cit.*, t. III, pp. 224, 418 y 428.

¹⁵¹ Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, *El nuevo procedimiento penal... op. cit.*, pp. 22 y ss.

¹⁵² Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, *Delincuencia organizada... op. cit.*, pp. 185 y ss.

¹⁵³ Citemos los artículos 150: “Nadie podrá ser detenido sin que haya semi-plena prueba, o indicio de que es delincuente”; y 151: “Ninguno será detenido solamente por indicios más de sesenta horas”. En el Constituyente, Lombardo y González Angulo insistieron en “el respeto y protección que se debe á la libertad individual, y los abusos que puede haber contra ella por parte de los jueces, si se permite la detención ó el arresto por cualesquiera indicios”. *Constitución Federal de 1824. Crónicas*, México, Comisión Nacional para la

sión preventiva; se procuró reducir estas hipótesis¹⁵⁴; se autorizó la ampliación de la detención –retención– en hipótesis de delincuencia organizada; se dispuso –de tiempo atrás– la separación entre procesados detenidos e individuos condenados a privación punitiva de la libertad. Otra garantía notable es la obligación del juzgador de verificar la legalidad de la detención practicada en casos de flagrancia y urgencia, aporte en la cuenta favorable de la reforma de 1993.

Bajo la reforma de 2008 se introdujo la posibilidad de contar con prisiones “especiales” y echar mano de medidas del mismo carácter y garantías reducidas para ciertos sujetos a prisión preventiva o a prisión punitiva: “especialidad” que abre la puerta del Derecho penal del enemigo¹⁵⁵. También es cosa de este tiempo la figura cautelar del “arraigo”, anticipación de la cárcel preventiva, inicialmente acogida en el régimen de la delincuencia organizada¹⁵⁶. Esta cuestionable medida enfrenta una crítica constante,

Conmemoración del Sesquicentenario de la República Federal y del Centenario de la Restauración del Senado, 1974, t. II, p. 681.

¹⁵⁴ Sin embargo, la reforma de 2008 no ha conseguido establecer un régimen adecuado de prisión preventiva. Cfr. Mi examen de esta cuestión en *La reforma penal constitucional... op. cit.*, pp. 99 y ss.

¹⁵⁵ Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, *La reforma penal constitucional... cit.*, pp. 188-190. Igualmente, cfr. GARCÍA RAMÍREZ y MARTÍNEZ BREÑA, *Presos y prisiones... op. cit.*, pp. 166 y ss.; GARCÍA RAMÍREZ, “Régimen jurídico de la delincuencia organizada”, *Revista El Foro*, México, Barra Mexicana, Colegio de Abogados, 2008, pp. 65 y ss.; Moreno Hernández, Moisés, “Política criminal y sistema de justicia penal en materia de delincuencia organizada”, en *Varios La situación actual del sistema penal en México. XI Jornadas sobre Justicia Penal*, GARCÍA RAMÍREZ e ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga (coords.), México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2011, pp. 343 y ss.

¹⁵⁶ Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, *Delincuencia organizada... op. cit.*, pp. 177 y ss., y *La reforma penal constitucional... op. cit.*, pp. 71 y ss.

dentro y fuera de México¹⁵⁷. La reforma de 2008 incorporó una deplorable figura: prisión preventiva “oficiosa”, agravada en la reforma de 2019, que limita las atribuciones del M.P. y del juzgador para resolver casuísticamente acerca de esa medida cautelar.

Es relevante la normativa constitucional a propósito de otras injerencias en el ámbito de libertad del individuo. Entre las novedades determinadas o influidas por el auge del crimen organizado, figura el régimen constitucional de intervención de comunicaciones personales. Es un paso más en la dirección abierta por el cateo, que ahora aborda diversos espacios tradicionalmente amurallados frente a la acción de la autoridad¹⁵⁸.

Que se resolviese la situación del inculcado a través de un auto de formal prisión –o de libertad– dictado en el breve plazo de tres días, base del proceso y, en su hora, de la sentencia, fue acuerdo unánime de los diputados constituyentes de 1856-1857¹⁵⁹ y de 1916-1917¹⁶⁰. El llamado estándar probatorio necesario para la orden de aprehensión o el auto que inicia el proceso judicial, ha variado durante la vigencia de la Carta Magna. En el texto original se exigió la presentación previa de denuncia o querrela de un hecho castigado con “pena corporal”, apoyada en declaración de “persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculcado”. Asimismo, se exigió “comprobar el

¹⁵⁷ Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, *La reforma penal constitucional... op. cit.*, pp. 71-74, y BARREDA SOLÓRZANO, Luis de la, “Detener para investigar”, en Varios, *El Código Nacional de Procedimientos Penales... op. cit.*, 2015, pp. 31-50. El Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas recomendó al Estado mexicano la eliminación del arraigo, como se indica en el Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal, publicado el 11 de diciembre de 2013 (párrafos 148.60, 148.61 y 148.62).

¹⁵⁸ Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, *Delincuencia organizada... op. cit.*, pp. 49 y ss. y 155 y ss., y *La reforma penal constitucional... op. cit.*, p. 80 y ss. Asimismo, HERMOSO LARRAGOITI, *Del sistema inquisitorio... op. cit.*, pp. 498-499.

¹⁵⁹ Cfr. *Derechos del pueblo mexicano... op. cit.*, t. III, p. 832.

¹⁶⁰ Cfr. *Ibidem*, t. III, p. 833.

cuerpo del delito” y la “probable responsabilidad del acusado”. La regulación actual reduce el estándar.

La reforma de 1993 suprimió la alusión a cuerpo del delito y se refirió a los elementos que integran el tipo penal. En 1997 se presentó una iniciativa que culminó en la reforma de 1999¹⁶¹. En este nuevo proceso reformador se cuestionaron los cambios de 1993. Se propuso establecer como sustento la acreditación de “la probable existencia de los elementos objetivos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado”¹⁶². Finalmente, el legislador optó por recuperar el concepto de “cuerpo del delito”, cuya caracterización quedó a cargo del legislador ordinario¹⁶³.

El auto de procesamiento (hoy, auto de vinculación) fija el tema del proceso. La extrema brevedad del plazo para emitirlo llevó a ampliar la garantía: primero en disposiciones secundarias y luego en reformas constitucionales¹⁶⁴. Actualmente, la ley supre-

¹⁶¹ Sobre la reforma de 1999, cfr. HERMOSO LARRAGOITI, *Del sistema inquisitorio...op. cit.*, pp. 501-507.

¹⁶² Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, *Delincuencia Organizada... op. cit.*, pp. 75-76.

¹⁶³ Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, *El nuevo procedimiento penal... op. cit.*, pp. 14 y 16. Con el propósito de orientar al legislador secundario, el dictamen elaborado en la Cámara de Senadores definió al cuerpo del delito como “el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal”, connotación que no coincidía con la prevaleciente antes de 1993. *Ibidem*, p. 55. Sobre el cuerpo del delito cfr: HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio Antonio, *El proceso penal mexicano*, México, Porrúa, 2002, pp. 339-392; DÍAZ-ARANDA, Enrique, *Cuerpo del delito, probable responsabilidad y la reforma constitucional de 2008*, México, IJ-UNAM, pp. 19 y ss.; UROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando, *El cuerpo del delito y la responsabilidad penal*, 2ª ed., México, Porrúa, 2004, pp. 1-198, y CUENCA DARDÓN, Carlos E., *Manual de Derecho procesal penal*, México, Porrúa, 2015, pp. 49-56.

¹⁶⁴ Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, *El nuevo procedimiento penal... op. cit.*, pp. 55 y ss.

ma alude al auto de vinculación a proceso, cuya emisión exige un estándar probatorio menor que el anteriormente exigido para el auto de formal prisión, es decir, trae consigo una reducción de garantías.

Las Constituciones mexicanas han previsto recursos contra las resoluciones judiciales y limitado el número de instancias: a lo más, tres. Y las mismas normas han acogido el dogma *ne bis in idem*, ahora relativizado por la jurisprudencia internacional de los derechos humanos¹⁶⁵.

Al orden constitucional mexicano ha llegado el Derecho internacional de los derechos humanos, con gran pujanza, mediante la relevante reforma de 2011¹⁶⁶. Asimismo, ha hecho acto de presencia la jurisdicción penal internacional, a la que se abrió la puerta a través de una reforma –técnicamente muy defectuosa– del año 2005¹⁶⁷.

Brevemente mencionaré otros extremos del enjuiciamiento penal en el marco de la Constitución. Recordé la existencia de la jurisdicción militar, que se mantiene limitadamente en el artículo 13. Añadiré el régimen de faltas contra disposiciones de policía y buen gobierno, que entraña una manifestación del poder punitivo del Estado y opera bajo criterios garantistas provenientes de la

¹⁶⁵ Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, *El debido proceso. Criterios de la jurisprudencia interamericana*, México, Porrúa, 2012, pp. 80 y ss.-

¹⁶⁶ GARCÍA RAMÍREZ y MORALES SÁNCHEZ, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, 4a. ed., México, Porrúa, 2015.

¹⁶⁷ Al respecto, cfr. GARCÍA RAMÍREZ, “Propuesta de reforma constitucional sobre la Corte Penal Internacional aprobada por el Senado de la República (14 de diciembre de 2002)”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXXVI, núm. 108, septiembre-diciembre 2003, pp. 1057 y ss., reproducido en mi libro *La Corte Penal Internacional*, 3ª ed., México, Instituto Nacional de Ciencias Penales-Novum, 2012, pp. 151 y ss.

reforma constitucional publicada el 3 de febrero de 1983¹⁶⁸. También corresponde al orden penal constitucional la extradición, interna o endógena y externa o exógena; aquélla, gobernada inicialmente por el principio de legalidad, se relegó a convenios político-administrativos, merced a la reforma constitucional de 1993¹⁶⁹.

Conviene tomar nota del sistema penal, parapenal, tutelar o protector para menores de edad que infringen la ley penal o incurrir en conductas o situaciones que traen consigo la actuación “tutelar” del Estado. Estos conceptos, manejados por el Poder Reformador de la Constitución, atienden a diversas etapas en el desarrollo de las ideas y del ordenamiento constitucional. Siguiendo la corriente tradicional que acogió la sustitución del poder paterno por el poder estatal, la Suprema Corte de Justicia negó el carácter penal de la intervención pública sobre los menores infractores¹⁷⁰.

En 1964-1965, los menores de dieciocho años que incurrir en conductas tipificadas por la ley penal llegaron al plano constitucional a través de una reforma al artículo 18, afiliada a la orientación tutelar que campeaba en la ley secundaria¹⁷¹. Por reforma de 2005, la Constitución proclamó el sistema integral de justicia para

¹⁶⁸ Cfr. Mi *Curso de Derecho procesal penal... op. cit.*, pp. 849 y ss., y HERMOSO LARRAGOITI, *Del sistema inquisitorio... op. cit.*, pp. 473-474.

¹⁶⁹ Cfr. Mi comentario en *El nuevo procedimiento penal... op. cit.*, pp. 147-148.

¹⁷⁰ Cfr. “Ejecutoria dictada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con motivo del amparo promovido a favor del menor Castañeda, por su detención en el Tribunal de Menores”, en CENICEROS, J. Ángel y GARRIDO, Luis, *La delincuencia infantil*, México, Botas, 1936, pp. 317 y ss.

¹⁷¹ Cfr. Mi punto de vista en “Jurisdicción para menores de edad que infringen la ley penal. Criterios de la jurisdicción interamericana y reforma constitucional”, en Varios, *Derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores, 2006, pp. 51 y ss.

estos adolescentes; el concepto constitucional promovió controversias,¹⁷² que subieron de punto cuando la ley suprema acogió formalmente, mediante reforma de 2015, el régimen “penal” aplicable a los adolescentes. En este año se incorporó la “justicia penal para adolescentes”. Fue así que los menores de edad retornaron al Derecho penal.

¹⁷² Cfr. VILLANUEVA CASTILLEJA, Ruth, *Los menores infractores en México*, México, Porrúa, 2005, pp. 216 y ss., y HERMOSO LARRAGOITI, *Del sistema inquisitorio... op. cit.*, pp. 547-549.